

ALTERNATIVAS AL ANÁLISIS CONCEPTUAL EN LA FILOSOFÍA DEL DERECHO: EL CASO DE LA CONSTRUCCIÓN CONCEPTUAL EXPLICATIVA DE GIUDICE*

*ALTERNATIVES TO CONCEPTUAL ANALYSIS IN JURISPRUDENCE:
GIUDICE'S CASE FOR CONSTRUCTIVE CONCEPTUAL EXPLANATION*

Juan VEGA GÓMEZ**

SUMARIO: I. *Dudas acerca del análisis conceptual: críticas comunes y punto de vista de Giudice.* II. *Construcción conceptual explicativa, la tesis de Giudice.* III. *Críticas.* IV. *Bibliografía.*

Este artículo tiene como objetivo discutir algunos puntos del libro *Understanding the Nature of Law: a Case for Constructive Conceptual Explanation* de Michael Giudice.¹ Iniciaré el texto con un resumen de los principales argumentos de Giudice, para pasar a discutir algunos puntos concretos de su postura.

Como introducción general debo decir que Giudice se une a la tendencia reciente de mostrar dudas acerca de la forma tradicional de hacer filosofía del derecho en la vertiente analítica de la disciplina,

* Artículo recibido el 31 de julio de 2018 y aceptado para su publicación el 19 de noviembre de 2018.

** Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. Este texto se beneficia de extensas discusiones sostenidas a lo largo de varios años con el autor, agradezco a Michael Giudice su constante disposición para intercambiar textos inéditos y su tiempo para el diálogo.

¹ Guidice, Michael, *Understanding the Nature of Law: a Case for Constructive Conceptual Explanation*, Cheltenham, Reino Unido, Edward Elgar Publishing, 2015 (de aquí en adelante sólo citaré la página del libro).

JUAN VEGA GÓMEZ

concretamente al papel que juega el análisis conceptual en su base metodológica. Giudice tiene como objetivo principal criticar el análisis conceptual sin dejarlo de lado completamente y propone en su lugar la tarea de realizar una construcción conceptual explicativa (de aquí en adelante CCE). Esta CCE tiene entre sus elementos: resaltar características contingentes del concepto derecho; introduce nuevos conceptos que muestren utilidad para explicar el fenómeno jurídico, y finalmente permite una construcción conceptual en nuestras explicaciones del derecho que sean continuas y responsivas a las ciencias sociales, y con una relevancia moral.

Muchos temas para discutir, por lo mismo dividiré el artículo en tres apartados: *a)* primero explicaré las dudas generales al análisis conceptual en la filosofía del derecho y la postura de Giudice ante ellas; *b)* posteriormente explicaré los elementos principales de la aportación de Giudice y su CCE. Y en un tercer apartado *c)* mostraré algunas reservas a la tarea que Giudice nos pide para la filosofía del derecho.

I. DUDAS ACERCA DEL ANÁLISIS CONCEPTUAL: CRÍTICAS COMUNES Y PUNTO DE VISTA DE GIUDICE

Giudice inicia por los lugares ya comunes que critican este enfoque tradicional al análisis conceptual y que se suelen dividir en tres grupos: *i)* aquellos que sostienen que el análisis conceptual no puede resolver las disputas propias de los confines del concepto derecho; *ii)* los que argumentan que el análisis conceptual descansa en una epistemología errónea, y *iii)* el embate pluralista que defiende que no hay un solo concepto de derecho, sino diversidad en los tipos y conceptos de derecho.

Pero primero partamos de un elemento común sobre qué entendemos por análisis conceptual tradicional. Sigamos a Giudice en ello y digamos que es el que reflexiona sobre la aplicación de conceptos o categorías familiares a casos particulares mediante la apelación a intuiciones, hasta que obtengamos algo así como condiciones necesarias y suficientes; la tarea es hacer explícito lo que es implícito en el entendimiento y uso ordinario del concepto (p. 18).

La crítica *i)* referente a los confines del concepto derecho argumenta que no existe un acuerdo en estas intuiciones que nos deben servir como base para nuestros análisis conceptuales. La filosofía del derecho, según estos críticos, trabaja a partir de estas intuiciones al presentar contra-ejemplos a posturas rivales (tal como lo hizo Hart frente al modelo simple, o Dworkin frente a Hart, etcétera), pero insisten en la falta de acuerdos en ellos. Uno de estos críticos es Dan Priel y él menciona cómo un recuento de lo que es el derecho puede partir de una sociedad que para determinar la existencia del derecho parte de un principio de moralidad, y cómo otro recuento puede partir de una sociedad en la que dicha determinación de la existencia del derecho depende de criterios no morales, sino estrictamente formales (p. 25). Finalmente, lo único que podemos hacer como filósofos del derecho, según esta crítica, es reportar estos múltiples y diversos conceptos de derecho. Y eso es lo que pasa en la filosofía del derecho contemporánea, disputas entre diferentes filósofos corresponden no a un acuerdo previo de estos elementos pre-teóricos, sino a la diversidad de intuiciones y conceptos de derecho. Aquí, el consejo de los críticos es dejar esta ambición de explicar una esencia del derecho, y concentrarse en explicar problemas propios de cada uno de los sistemas jurídicos que sean relevantes filosóficamente o bien juzgar las diferentes teorías no por su verdad al explicar dicha esencia, sino por sus consecuencias prácticas y políticas (el primero es el caso de Priel y el segundo de Murphy, pp. 24-26).

La crítica *ii)* argumenta que dicho análisis conceptual tradicional descansa en una epistemología errónea y basa sus críticas en la famosa cruzada de W. V. O. Quine contra las verdades a priori o analíticas y la dudosa distinción de éstas con las verdades sintéticas, así como la necesidad de reconocer que todas estas proposiciones son revisables frente a la observación empírica (p. 27). La recomendación ha resultado en la defensa de la naturalización de la filosofía y la necesidad de que nuestros análisis, incluso conceptuales, sean continuos con las mejores explicaciones científicas del mundo (*idem*). Entonces, el apelar a las intuiciones no nos llevará muy lejos en la verdad de nuestras tesis propias del análisis conceptual tradicional, tendrán que enfrentarse y serán buenas explicaciones no por su carácter verdadero y analítico, sino por su utilidad y congruencia

JUAN VEGA GÓMEZ

con nuestras explicaciones científicas, esa es la labor en la filosofía del derecho que emprende gente como Leiter al defender tesis como la del positivista excluyente, pero no por su naturaleza verdadera conceptual, sino por su utilidad para explicar un fenómeno como la adjudicación del derecho (pp. 28 y 29).

Pasemos a la crítica *iii)* propia del pluralista que resalta la diversidad en los tipos de derecho que tenemos que explicar. Por ejemplo, ellos sostienen una crítica a la orientación estatal de nuestras explicaciones del derecho propias del análisis conceptual tradicional, y cómo hoy en día tenemos no sólo el derecho estatal, sino ejemplos importantes de derecho no-estatal, tales como normatividad transnacional, regional o global (p. 33). Esto trae como resultado la crítica importante, y parecida a las anteriores, consistente en la inutilidad de buscar una única esencia del derecho. La recomendación aquí ahora es abrir nuestros horizontes explicativos más allá de los confines del derecho estatal al que nos ha orillado la filosofía del derecho tradicional y enfocarse a resaltar la diversidad en los tipos de derecho y conceptos de derecho (p. 32).

Bastantes tesis e ideas para discutir, pero este no es el objetivo de mi contribución, sino las ideas de Giudice, por lo que nos debemos preguntar: ¿qué adopta y en qué difiere Giudice de estas críticas? Para así centrar mejor su postura y consecuentes comentarios a sus tesis.

Giudice coincide con algunas de estas críticas, sin adoptar la idea del abandono completo al análisis conceptual tradicional. Coincide con los pluralistas en tanto que para él la idea de buscar *un* concepto de derecho resulta inútil y reitera la pluralidad y desacuerdos existentes entre diferentes conceptos de derecho (p. 43).

Con aquellos que sostienen que el análisis conceptual no puede resolver disputas propias de los confines del concepto de derecho, también coincide, esto debido al peso que se le otorga a la perspectiva de los participantes y hacer explícito lo que se encuentra implícito en este entendimiento, *i.e.*, para Giudice la explicación de ciertos fenómenos en el derecho simplemente pueden reportar desacuerdos iniciales en relación con cómo se entienden dichos fenómenos, pero poco más.

Y parcialmente coincide con la agenda propia de la naturalización en la filosofía y en la filosofía del derecho, dado que hay una parte

ALTERNATIVAS AL ANÁLISIS CONCEPTUAL EN LA FILOSOFÍA...

importante de su propuesta que estrecha la mano a otras disciplinas científicas como complementos a una idea más completa de la labor del filósofo del derecho. Punto modular en la coincidencia parcial con la crítica *ii)* y gente como Leiter, está la idea de Giudice de que el análisis conceptual en la filosofía del derecho es mejor entendido como aquel que utiliza un concepto de necesidad, no *a priori*, sino *a posteriori* (p. 98), en tanto que para Giudice —auxiliándose de posturas como la de Kripke— la necesidad en juego en la filosofía jurídica atiende elementos de experiencia y observación y no son verdad sólo por su significados *a priori*. Por ejemplo, ¿cómo darle sentido a la tesis de Hart de que los sistemas jurídicos son la unión de reglas primarias y secundarias? ¿Es verdad sólo por el significado que compartimos de sistema jurídico? Dice Giudice que no, que Hart emprendió la labor de observación de los diferentes sistemas jurídicos y sus peculiaridades, lo cual complica la idea de ver esta tesis como una tesis de necesidad *a priori*, lo que se utiliza en la filosofía del derecho, reitero, es la noción de verdades necesarias *a posteriori* para Giudice (p. 92). Finalmente, es una coincidencia parcial como lo comenté al iniciar este punto, porque Giudice se mantiene en la idea de que aún hay un espacio considerable para un análisis conceptual que maneja *verdades necesarias*, lo cual en el caso de gente como Leiter, es erróneo dado que las tesis se juzgan no por este carácter verdadero, sino por su utilidad y continuidad con las mejores teorías científico-sociales.

Con esto ya podemos imaginar el trasfondo de la propuesta de Giudice, elemento que puede ser su principal ventaja o inconveniente, y que consiste en rescatar elementos del análisis conceptual tradicional en la filosofía del derecho, pero también adoptar parte de la agenda de los críticos a dicho análisis. La noción que hace que esta postura intermedia tenga viabilidad y permite unir posturas —al parecer en principio irreconciliables—, es su tesis de la CCE que resumiré a continuación.

II. CONSTRUCCIÓN CONCEPTUAL EXPLICATIVA, LA TESIS DE GIUDICE.

Giudice encuentra su inspiración propulsora en Isaiah Berlin cuando éste sostiene que identificar conceptos populares o compartidos y

JUAN VEGA GÓMEZ

sus propiedades esenciales es importante, pero sólo el comienzo, ya que el filósofo debe tomar el siguiente paso de *construir* conceptos, modelos o categorías de pensamiento que cumplan mejor el objetivo de explicarnos cosas y organizar nuestras experiencias (p. 38). Si trasladamos esto a las recomendaciones de Giudice para la filosofía del derecho, esto se resume en un lugar inicial que ocupa el análisis conceptual tradicional, pero con la subsecuente tarea de *construir* diferentes conceptos jurídicos que auxilien en explicarnos cuestiones que dicho análisis conceptual tradicional omite.

Entonces tenemos inicialmente dos piezas del rompecabezas: análisis de conceptos y construcción de conceptos. Aunado a lo anterior, Giudice desea resaltar no sólo las características *necesarias* en dichos recuentos conceptuales del derecho, sino también *contingentes* de los conceptos jurídicos. Faltaría sólo una pieza adicional: todo esto debe ser continuo con las ciencias sociales y tener una relevancia moral.

¿Cómo ordenar todas estas piezas del rompecabezas? Digamos a manera de resumen anticipado lo siguiente: la propuesta de Giudice no descarta un papel para el análisis conceptual tradicional, pero éste es sólo el punto de partida. Dado que existen diferentes conceptos y diferentes perspectivas alrededor de estos conceptos, lo que debe hacer el filósofo del derecho es construir nuevos conceptos que ayuden a entender el fenómeno jurídico. En este recorrido de explicación y construcción se resaltan no sólo las condiciones necesarias del concepto, sino las contingentes también, dado que aspirar a una esencia del derecho resulta un callejón sin salida. Un enfoque en estas condiciones contingentes construye un puente que conecta al derecho con otros dos fenómenos importantes a los cuales nuestras explicaciones deben ser sensibles: a las ciencias sociales, y ser relevantes moralmente. Dicho en otros términos, el filósofo del derecho de Giudice resalta condiciones contingentes las cuales deben ser retomadas por dichas ciencias sociales para ser explicadas, las ciencias sociales tienen una doble función en tanto que retoman temas dejados en la mesa por los filósofos del derecho, así como ser el parámetro que ayuda a revisar, cambiar o modificar nuestras explicaciones conceptuales. El destacar aspectos contingentes en el dere-

ALTERNATIVAS AL ANÁLISIS CONCEPTUAL EN LA FILOSOFÍA...

cho permite también que nuestras explicaciones conceptuales sean moralmente relevantes.

Como lo dije anteriormente, este resumen preliminar sólo me ayuda a ordenar las piezas del rompecabezas, ahora voy a mencionar un ejemplo del mismo Giudice para ubicar la propuesta en su justa dimensión. Este ejemplo tratará de ubicar esta contingencia que tanto le preocupa a Giudice, así como la construcción de conceptos que ayuden a explicar mejor los fenómenos y trataré de que el mismo ejemplo sea de utilidad para explicar esa relación de CCE con lo científico-social y lo moral.

El caso de la razón práctica y agentes sujetados a las normas.

Giudice tiene razón al sostener que gran parte de la filosofía del derecho “tradicional” resalta, en sus recuentos, la relación entre derecho y razón práctica como necesaria. Por ejemplo, si bien sólo dibujó preliminarmente elementos de la autoridad del derecho y su papel para las reglas jurídicas en *El concepto de derecho*, Hart en *Essays on Bentham*² terminó por resaltar la necesidad de explicar las razones para la acción de contenido independientes para explicar adecuadamente la normatividad del derecho. Por otra parte, Raz es otro autor que sostiene este carácter necesario al ver al derecho desde el punto de vista de las razones de segundo orden para la acción y su pretensión de ser excluyentes; incluso posturas no-positivistas como la de Finnis centran el punto medular de la filosofía del derecho en el papel que juegan las instrucciones del derecho en el amplio panorama de lo que debo decidir, en el razonamiento práctico, y así muchos más autores (p. 205).

Giudice toma este ejemplo y en primer término argumenta que dicha relación entre derecho y razón práctica no es necesaria, sino contingente y lo importante de explicar este carácter contingente del derecho. Para el autor, si sólo nos concentráramos en ver las instrucciones del derecho y su papel en nuestras decisiones, ignoramos una parte importante de personas para las que el derecho en ciertas

² Hart, L. H. A, *Essays on Bentham*, Oxford, Oxford University Press, 1982.

JUAN VEGA GÓMEZ

circunstancias no se presenta brindando esta oportunidad de afectar el razonamiento práctico, debido a que aplica las consecuencias de la ley, sin que el agente tenga una oportunidad previa de haberlas considerado. Giudice concretamente se centra en los casos de aplicaciones retroactivas de la ley, y cómo en estos escenarios, no existe la posibilidad de conocer el derecho con antelación para sopesarlo en mis balances de razones para saber qué hacer o no hacer, sin embargo, se aplican las consecuencias de dichas leyes o se considera aplicar dichas consecuencias por parte de los oficiales (p. 203).

Para Giudice, hay un número importante de casos de aplicación retroactiva de las leyes donde resulta imposible pensar en el derecho como un suministrador de razones para saber qué hacer o no hacer antes de la acción. Entonces, la relación entre derecho y razón práctica no es necesaria. No es el caso, como lo menciona Finnis, de que el objetivo del derecho, *su realidad primaria*, es hacer exigencias morales para ser consideradas al momento de decidir qué hacer (p. 200). Más bien es contingente porque hay casos que Giudice estima considerables donde esto resulta imposible y aún así el derecho tiene consecuencias importantes.

A Giudice no sólo le interesa resaltar que existen estos casos de aplicación retroactiva de la ley que ponen en duda ese papel del derecho frente al razonamiento práctico, sino que considera que debemos explicar el caso de todas estas personas a las que le es aplicada la ley de manera retroactiva. Por ello —y aquí otro elemento de su aportación de la CCE que debemos atender—, Giudice aporta un nuevo concepto que ayude a explicar a todas estas personas y casos donde el derecho no tiene un peso en el razonamiento práctico. Para esto, Giudice introduce el concepto de *agentes sujetados a las normas* a diferencia de *agentes sujetos a normas*.

Fiel a su propuesta de CCE y a lo que mencionó de Isaiah Berlin, Giudice introduce/construye un nuevo concepto que para él permite explicar mejor cuestiones en el derecho y organizar nuestras experiencias. La idea de los agentes sujetados a las normas es explicar una clase importante de agentes que no tienen la oportunidad de elegir qué hacer o no hacer con base en el derecho (p. 201), sino atenerse a ciertas consecuencias del derecho *ex post facto* a una decisión legislativa o decisión judicial, insisto, aplicada de manera

ALTERNATIVAS AL ANÁLISIS CONCEPTUAL EN LA FILOSOFÍA...

retroactiva (p. 202). A diferencia de agentes sujetos a normas que efectivamente tienen esta oportunidad de decidir previamente y con base en el derecho qué hacer o no hacer.

Explicadas estas dos piezas del rompecabezas, *i.e.*, construcción de conceptos y resaltar características contingentes de los mismos, nos falta explicar la relación de estos elementos con la exigencia de que nuestras explicaciones conceptuales sean continuas con las ciencias sociales y su dimensión empírica, así como la exigencia de ser relevantes moralmente.

Si bien Giudice no hace este ejercicio con el ejemplo de la contingencia de la relación entre razón práctica y derecho y su concepto de agentes sujetados a las normas, podemos seguir con este mismo ejemplo para explicar estos dos elementos faltantes. En algún momento Giudice sostiene que los conceptos filosóficamente construidos ocupan un espacio entre la completa abstracción y las explicaciones conceptuales dominadas empíricamente (p. 224). Esto nos da la pauta para usar el mismo ejemplo de los agentes sujetados a las normas y decir que la CCE tiene por objetivo construir estos conceptos para explicarnos mejor los fenómenos y resalta aspectos contingentes para llevar a cabo investigaciones empíricas al respecto, por ejemplo, me imagino, una tarea que destaque la importancia de investigar sociológicamente la postura y opinión de estos agentes sujetados a las normas y qué tanto consideran que se afecta o no su razonamiento práctico con estas leyes retroactivas, o bien preguntarles qué tanto el derecho afecta sus decisiones diarias o a largo plazo, independientemente de las leyes retroactivas aplicadas.

Por otra parte, Giudice dice que tenemos que ligar estas explicaciones conceptuales con su relevancia moral, es decir, resaltar temas que tengan una importancia moral digna de ser investigada en una etapa posterior. Sigamos con el caso de leyes retroactivas y agentes sujetos a las normas: aquí imagino que las explicaciones conceptuales producto de la CCE de Giudice dejaran como tema a investigar lo justo o injusto de estas leyes retroactivas, las justificaciones morales que tienen las autoridades para aplicarlas y expedirlas y qué tanto afecta moralmente al derecho el no poder guiar la conducta en estos casos concretos. Otro tema sería discutir cómo afectan estas leyes retroactivas la noción de Estado de derecho, etcétera.

JUAN VEGA GÓMEZ

Con esto espero proporcionar una idea clara de la propuesta de Giudice, pasemos ahora a discutir dos puntos concretos en relación con la tesis del autor.

III. CRÍTICAS

Uno de los aspectos de la tesis de Giudice al que me quiero resistir, no es tanto a la idea de adoptar la agenda propia de las CCE, sino a su argumento de que parte de la filosofía del derecho tradicional siempre ha llevado a cabo una labor de CCE. Por ejemplo, es insistente Giudice en decir que Hart a eso se dedicó y es un ejemplo paradigmático de CCE (p. 67) al no llevar a cabo una tarea de análisis conceptual tradicional con la debida importancia a la *necesidad* en dichas explicaciones, sino a resaltar características contingentes del concepto derecho.

Por ejemplo, Giudice sostiene que algunas tesis de Hart tienen como objetivo dirigir nuestra atención a estas características contingentes del derecho, tesis como la de la separación conceptual entre el derecho y la moral, la tesis de la textura abierta del lenguaje, su tesis de las reglas sociales, y otras como la tesis de la unión de reglas primarias y secundarias, contenido mínimo del derecho natural, tesis de la discreción y tesis de la pluralidad de razones para caracterizar la aceptación del derecho y su autoridad (capítulo 3). Para Giudice, Hart tiene como objetivo explicarnos cuestiones importantes para entender el derecho a pesar de que sean características contingentes. Veamos algunas de estas tesis y la explicación que proporciona el autor.

En el caso de la tesis de la separación conceptual, para Giudice, Hart trató de explicar la importancia de que una cosa era la existencia del derecho y otra su justificación y cómo la existencia del derecho es una cuestión simplemente de hechos sociales (p. 74). En el caso de la tesis de la textura abierta, Giudice menciona que Hart resalta la naturaleza contingente de las relaciones entre el derecho y la determinación y cómo en ocasiones no existe la posibilidad de contar con una respuesta correcta en relación con lo que dice el derecho y el espacio que existe para un margen de discrecionalidad

ALTERNATIVAS AL ANÁLISIS CONCEPTUAL EN LA FILOSOFÍA...

por parte de los oficiales (p. 75). Y en el caso de la tesis de la pluralidad de razones para caracterizar la aceptación del derecho y su autoridad, Giudice sostiene que aquí la lección es entender la naturaleza contingente de las relaciones entre el derecho y la aceptación del mismo por parte de oficiales y ciudadanos, aceptación que no necesariamente es por razones morales, sino una pluralidad de razones, y ello, agrega Giudice, nos ayuda a entender por qué el derecho existe, persiste y en ocasiones se desintegra (p. 75).

Me gustaría concentrarme en una de estas tesis y la explicación que le da Giudice, me refiero a la tesis de la pluralidad de razones para caracterizar la aceptación del derecho y su autoridad. Hart discute este punto al presentar varias posibles conexiones necesarias entre el derecho y moral en el capítulo 9 de su libro *El concepto de derecho*.³ Una de estas posibles conexiones es justamente el tema de la autoridad del derecho donde se pregunta si podemos argumentar una conexión necesaria entre derecho y moral, dado que las obligaciones jurídicas, al ser aceptadas podrían depender en la noción de obligaciones morales⁴ o bien proporcionadas por una autoridad moral. Hart argumenta que dicha aceptación o lealtad al sistema jurídico puede ser por una pluralidad de razones, no necesariamente morales, tales como cálculos interesados a largo plazo, interés desinteresado en los demás, una actitud de tradición heredada no reflexionada, o simplemente el deseo de comportarse como los demás. Entonces, Hart se resiste a ver en esta relación entre obligaciones morales y jurídicas o entre autoridades morales y jurídicas una conexión necesaria.

Pero mi pregunta es: ¿realmente Hart intentó destacar una característica contingente del derecho que permite explicar mejor el fenómeno jurídico? Mi respuesta es negativa. A lo largo de esta sección de su libro, Hart trató de enfatizar varias relaciones importantes y significativas entre el derecho y la moral, pero se resistía en llamarlas necesarias porque esto sólo podría generar confusiones,⁵ aquí el punto es explicar qué tipo de confusiones, lo veremos más adelante.

³ Hart, H. L. A, *El concepto de derecho*, 2a. ed., Oxford, Oxford University Press, 1990, p. 202.

⁴ *Idem*.

⁵ *Idem*.

JUAN VEGA GÓMEZ

Pero, en otro de sus análisis de posibles conexiones necesarias entre el derecho y la moral en ese mismo apartado, Hart discute la posible conexión necesaria entre el derecho y ciertos requerimientos mínimos de justicia al guiar las conductas de los ciudadanos —tales como expedir leyes prospectivamente, que sean claras y entendibles, que le exijan lo posible a los ciudadanos, etcétera—, es decir, lo que Fuller denomina la moral interna del derecho,⁶ Hart aquí termina por decir que si a esto se refieren por una conexión necesaria entre el derecho y la moral, entonces podríamos aceptarla.⁷

Mi punto es que Hart no destacó deliberadamente estas conexiones entre el derecho y la moral como contingentes tal y como lo presenta Giudice, sino que simplemente se rehusaba —hasta cierto punto— a utilizar la noción de conexión necesaria por lo que señaló en el capítulo 1, donde aclara que su objetivo no es proporcionar límites precisos o una definición de lo que es el derecho. A Hart le preocupó la vaguedad del concepto derecho en tanto a sus casos dudosos y esto lo lleva a recomendar no intentar definir conceptos claves a manera de condiciones necesarias y suficientes para la aplicación del concepto. Acabo de mencionar un ejemplo donde si se le insiste a Hart en la conexión *necesaria* entre derecho y ciertos requerimientos mínimos para guiar la conducta, terminaría por aceptarla.

Otra de las tesis que presenta Giudice para argumentar este objetivo en Hart de estudiar características contingentes en el derecho, es el de la textura abierta del lenguaje (p. 75), donde para Giudice se resalta el carácter contingente de las relaciones entre el derecho y

⁶ *Ibidem*, p. 206.

⁷ Claro, al final de la oración dice: "...Desafortunadamente esto es compatible con una gran iniquidad" (p. 207). Lamentablemente este es otro ejemplo de las pocas partes donde Hart es confuso en *El concepto de derecho* porque da a entender o se puede interpretar en el sentido de que no se puede aceptar como conexión necesaria, dado que aceptarla y aceptar la posibilidad de sistemas jurídicos malvados que cumplen cabalmente con la moralidad interna del derecho suena extraño. Pero aceptar esta y otras conexiones necesarias no debe tener nada que ver con dejar abierta la posibilidad de este tipo de sistemas jurídicos malvados o bien —como creo tanto le preocupó a Hart— poner en entredicho su tesis de la separabilidad. Trato de resaltar este punto en Vega Gómez, Juan, "The Hart-Fuller debate", *Philosophy Compass*, 9, 2014.

ALTERNATIVAS AL ANÁLISIS CONCEPTUAL EN LA FILOSOFÍA...

la determinación o entre el derecho y la comunicación y cómo contingentemente el derecho guía nuestras conductas a través de reglas claramente inteligibles para todos, dado que habrá casos donde esta forma de guiar la conducta no podrá realizarse por la textura abierta del lenguaje y casos de indeterminación que se presentarán.

Aquí también considero que esta es una lectura extraña de la tesis de Hart. Desde mi punto de vista la idea fue contestar una pregunta muy sencilla sobre la que dos teorías del derecho habían realizado grandes exageraciones, la pregunta es: ¿en qué medida los tribunales están constreñidos por las normas jurídicas al momento de decidir? Para Hart, tanto el realismo jurídico como el formalismo eran absolutistas desilusionados⁸ dado que los primeros contestaban que nunca y los segundos que siempre.⁹ La verdad estaba en que ambos tenían algo de razón por la noción de núcleo central de significado que le daba sentido a una parte de la tesis formalista, pero aunado a este núcleo, existía una penumbra de incertidumbre o textura abierta que daba la razón a una parte de la crítica realista.

Considero entonces que Hart, a diferencia de lo que sostiene Giudice, no trató de darnos una explicación conceptual contingente para entender mejor los fenómenos jurídicos, no trató de dar ninguna teoría general de la adjudicación o de la función del derecho de guiar la conducta. De hecho considero que justamente este carácter contingente del tema de la interpretación del derecho y cómo los sistemas jurídicos interpretan las normas, es lo que ha detenido a diferentes positivistas o filósofos del derecho “tradicionales”, incluido Hart, a elaborar toda una teoría general de la interpretación, porque la respuesta a las preguntas referentes a cómo interpretar el derecho o cómo se interpreta, dependerá de circunstancias tan variables como sus métodos y técnicas de interpretación prevalecientes en una época y lugar determinado, las circunstancias políticas de la legitimidad de los tribunales, etcétera. Sigue justamente lo contrario a lo que argumenta Giudice, lo contingente es un elemento que juega en contra de la tarea de proporcionar explicaciones generales sobre el derecho.

⁸ *El concepto de derecho*, cit., p. 147.

⁹ *Idem*, véase en general capítulo 7.

JUAN VEGA GÓMEZ

Otra de mis reservas a las tesis de Giudice es una relacionada a la metodología propia de CCE. Nos queda claro que Giudice quiere mantener cierta actividad de la filosofía tradicional con su análisis conceptual basado en características necesarias del concepto derecho, pero también quiere construir/aportar conceptos que nos sirven para explicarnos mejor el fenómeno jurídico. Las primeras preguntas que tengo son: ¿qué actividad tiene prioridad sobre la otra? ¿Debemos primero concentrarnos en esas características necesarias para posteriormente y dados los resultados de este análisis pasar a la parte constructiva? ¿O bien puedo sin problema construir un concepto, ignorando dichas características necesarias del concepto derecho?

No me queda claro cómo proceder en este sentido. Supongamos que Giudice nos dice que el análisis conceptual tradicional centrado en lo necesario tiene prioridad sobre la construcción de conceptos, si es así,¹⁰ entonces no veo la incompatibilidad y crítica tan feroz que lanza Giudice al análisis conceptual tradicional; los “tradicionalistas” simplemente recomendarían a Giudice retomar la batuta de explicaciones conceptuales contingentes y constructivas relevantes para las ciencias sociales y la moralidad, una vez concluida esta labor primaria.

Por otra parte, queda pendiente por parte de Giudice decírnos con base en qué evaluamos las diferentes etapas contenidas en su propuesta de CCE, sobre todo me preocupa la parte constructiva. En una sección de su libro, Giudice da a entender que esta labor constructiva de conceptos para explicarnos mejor el fenómeno jurídico es una labor conceptual y por ende una labor moralmente neutral y descriptiva (p. 160), pero entonces aquí la duda que surge es: ¿dónde queda la labor de ser continuo con deliberaciones morales y con las mejores explicaciones científico-sociales del fenómeno jurídico? La *continuidad* que señala Giudice parece que queda vacía al caracterizar así la construcción de nuevos conceptos que poco o mucho pueden tener que ver con las respectivas deliberaciones morales o mejores explicaciones científico-sociales, debido a que los conceptos construidos se juzgarán finalmente por su me-

¹⁰ Guidice, Michael, *op. cit.*, p. 88. Hay un guiño a esto en dicha página.

ALTERNATIVAS AL ANÁLISIS CONCEPTUAL EN LA FILOSOFÍA...

todología conceptual descriptiva. Me podrá responder Giudice que en relación con las deliberaciones morales de estos conceptos construidos, su CCE no tiene por qué justificar o criticar los diferentes fenómenos, sino simplemente destacar lo moralmente relevante de un problema, y eso sigue siendo una labor descriptiva y conceptual que cumple con su misión de continuidad que recomienda, destacar como moralmente relevante un problema —continuará Giudice— es diferente a justificarlo o criticarlo moralmente (p. 180). Certo, pero el filósofo moral o el científico social ya sabe que tiene que retomar *temas relevantes* del derecho para ser estudiados por sus disciplinas, no creo que necesiten que se los recuerde Giudice.

En este sentido, y para atender temas relevantes moralmente y continuos con las ciencias sociales parece que posturas como las de Leiter, en relación con el caso de las ciencias sociales, lleva ventaja en su labor de continuidad, porque los conceptos se evaluarán directamente con base en su utilidad y continuidad con los hechos y coincidencia con las mejores teorías científico-sociales. Y en el caso de atender temas moralmente relevantes, llevaría la ventaja una postura como la de Dworkin, donde las explicaciones conceptuales en el derecho de por sí incorporan análisis de moralidad para saber qué es el derecho o algún concepto dentro del derecho.¹¹ Dicho en otros términos, no queda claro por qué se necesita a Giudice como intermediario, uno que pretende poner nuestras explicaciones conceptuales en continuidad con las mejores explicaciones científico-sociales y con los temas moralmente relevantes, dado que sólo demoraría mi objetivo final de continuidad, si es que eso me preocupa, ya que hay posturas que me permiten hacerlo sin pasar por las etapas conceptuales previas que recomienda el autor. Entonces, lo que en un principio parecía ser una labor incluyente, con diferentes metodologías, y ecléctica, al adoptar elementos importantes de cada una, al final no queda claro qué aporte tiene la labor de la CCE, porque no queda clara la relación entre los diferentes enfoques y su trascendencia para explicar el derecho.

Estos son sólo dos puntos que me generan dudas acerca de la labor que nos recomienda Giudice, en el marco de un libro sumamente

¹¹ Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986.

JUAN VEGA GÓMEZ

interesante y novedoso que recomiendo ampliamente, el cual seguramente seguirá siendo objeto de discusión y análisis.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- GIUDICE, Michael, *Understanding the Nature of Law: A Case for Constructive Conceptual Explanation*, Cheltenham, Reino Unido, Edward Elgar Publishing, 2015.
- HART, H. L. A., *Essays on Bentham*, Oxford, Oxford University Press, 1982.
- HART, H. L. A., *El concepto del derecho*, 2a. ed., Oxford, Oxford University Press, 1990.
- VEGA GÓMEZ, Juan, "The Hart-Fuller Debate", *Philosophy Compass*, 9, 2014.
- DWORKIN, Ronald, *Law's Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986.