

TEORÍA DEL DERECHO: TIPOS Y PROPÓSITOS*

*Brian Bix***

Resumen

Una barrera para la existencia de un mayor diálogo y entendimiento dentro de la teoría jurídica es la falta de reconocimiento de la variedad de formas y propósitos de las diferentes teorías de (o sobre) la naturaleza del derecho. Los teóricos del derecho son en cierto modo culpables por la falta de una discusión más clara acerca de cuestiones metodológicas, en la medida en que, con frecuencia, no son tan claros como podrían serlo si prestasen atención a la naturaleza de las afirmaciones que hacen (e.g. descriptivas versus prescriptivas, conceptuales versus empíricas), o al proyecto general del cual sus teorías son parte. Este trabajo intenta ofrecer un somero repaso de los tipos y propósitos de la teoría del derecho, enfocado principalmente en teorías sobre la naturaleza del derecho. Otro tipo de teorías –e.g. en lo concerniente a los derechos o a la mejor aproximación al razonamiento jurídico o judicial– requerirán otra descripción.

Abstract

One barrier to greater dialogue and greater understanding within Jurisprudence is the failure to appreciate the variety of forms and purposes among the different theories of or about (the nature of) law. Legal theorists are often somewhat to blame for the failure of clearer discussion about methodological issues, as they are frequently not as clear as they might be regarding the nature of claims they are making (e.g., descriptive versus prescriptive, conceptual versus empirical) or regarding the larger project for which their theories are a part. This entry attempts to offer a rough overview of the types and purposes of legal theory. The focus is primarily on theories about the nature of law. Other types of theories –e.g., regarding rights or the best approach to legal or judicial reasoning– may warrant a different overview.

* Traducción del inglés por Erica Frontini

** Universidad de Minnesota

1. Introducción

Una advertencia preliminar: la lista de tipos de teoría del derecho que uno proponga depende obviamente en gran proporción de cómo y cuán ampliamente se defina “teoría del derecho”. La noción de teoría del derecho implícita en esta discusión reflejará los contornos usuales de los cursos y libros de texto de teoría jurídica en Estados Unidos y el Reino Unido. Uno puede imaginar fácilmente una noción de “teoría del derecho” que sea significativamente más amplia o más estrecha.

En general, uno puede dividir de un modo somero las teorías acerca de las prácticas sociales en tres amplias categorías: 1) teorías descriptivas –aquellas que pretenden determinar cuál es el caso, ofreciendo un relevamiento de las prácticas o concepciones; 2) teorías analíticas o conceptuales– teorías que hacen proposiciones acerca de la naturaleza necesaria o intrínseca de alguna práctica o institución; y 3) teorías prescriptivas, normativas o críticas –teorías que argumentan acerca de cómo las prácticas u opiniones deben ser reformadas. Cada tipo de teoría será discutida a su turno en las próximas secciones.

1.1. *Teorías puramente descriptivas*

Frecuentemente, los teóricos se refieren a sus teorías como “descriptivas” – pero “descriptivo” implica muchas variantes, algunas de las cuales, como las teorías analíticas y conceptuales, son tan distintas que serán discutidas separadamente en la próxima sección, 1.2. Existen también tipos interesantes de teorías que no parecen ser descriptivas ni prescriptivas pero están, en ciertos casos, a mitad de camino entre ambas. Esos tipos de teorías serán discutidas en la sección 1.3.

En términos generales, 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 actual, u ofrecer argumentos acerca de cómo las cosas deberían ser hechas. Muchos tipos de teorías sobre el derecho, pero que no son “teorías jurídicas” estrictamente hablando, son claramente descriptivas: e.g. teorías sociológicas, antropológicas y psicológicas sobre el modo en que la gente se comporta en sus situaciones jurídicas o en respuesta a la regulación jurídica; y reseñas históricas acerca

de porqué sistemas jurídicos particulares se desarrollaron en la manera en que lo hicieron.

Cuando uno propone una teoría intentando cubrir un gran número de instancias de alguna institución o práctica (a lo largo de las jurisdicciones o el tiempo) siempre existe el problema de cómo combinar los datos. Por ejemplo, ¿cómo se hace para tener una “teoría del derecho” cuando los sistemas jurídicos (como quiera que se los entienda) claramente difieren de país a país y a lo largo del tiempo? Intentar ofrecer una teoría puramente descriptiva de una práctica social tan vasta como el derecho parece correr el riesgo de devenir poco “más que una conjunción de lexicografía e historia local”. (Finnis, 1980, p. 4). Se necesitan algunos medios para organizar los datos que son objeto de nuestra teoría descriptiva, y existen muchos debates acerca de cómo semejante selección puede o debe ser hecha. Por ejemplo, John Finnis acusa a Hans Kelsen de haberse equivocado en su construcción de una teoría del derecho al intentar encontrar el “mínimo denominador común” – que fuese común a todos los sistemas jurídicos – en vez de hacer como Finnis sostiene que hay que hacer en esos casos: encontrar qué es característico del derecho en su instanciación más madura o completa, aún cuando algunos, o quizás muchos, sistemas jurídicos no tuviesen todas esas características. (Finnis 1980, pp. 9-11).

Además, aunque una teoría pueda no ser prescriptiva en el sentido de que sugiera reformas de las prácticas actuales, para señalar algo acerca de la naturaleza o propósito, la teoría puede enfatizar algunos aspectos de la práctica y/o desechar otros. A este respecto, muchos escritores (e.g. Waluchow 1994, pp. 15-29; Raz 1994, pp. 219-221) distinguen entre formas no morales de evaluación que son necesarias para construir teorías descriptivas, conceptuales o analíticas y cualquier tipo de prescripción moral.

H.L.A. Hart arguyó a favor de la organización de una teoría del derecho que conciba la práctica, por lo menos en parte, desde la perspectiva de un participante que “acepta” el sistema jurídico como proveedor de razones para la acción. (Hart 1994, pp. 79-91). Aún Ronald Dworkin y John Finnis, quienes critican el positivismo legal hartiano y el proyecto de una teoría del derecho descriptiva, aceptan la idea de construir una teoría en torno a la perspectiva del participante, aunque sus ideas acerca de cómo construir una perspectiva del participante difie-

ran de modo significativo con la visión de Hart. (Dworkin, 1986; Finnis 1980, pp. 3-18; ver Bix 1999).

1.2. *Teorías analíticas o conceptuales*

Muchas teorías jurídicas pretenden ofrecer aserciones verdaderas sobre el derecho en general. Esas teorías hacen aserciones analíticas o conceptuales sobre el “derecho”, en oposición a aquellas que hacen aserciones que se aplican únicamente a un sistema jurídico particular (en un momento particular del tiempo). Como se discutirá más abajo, algunos teóricos del derecho dudan de la capacidad de ofrecer teorías de este tipo o de este nivel de generalidad.

Las teorías del derecho son frecuentemente catalogadas como “analíticas” o “conceptuales” –tales teorías generalmente pretenden ser “descriptivas”, en el sentido de que pretenden describir el modo en que las cosas son antes que criticar o prescribir. De todos modos, tales teorías no son generalmente “meramente descriptivas”, en el sentido en que, en esos casos, los teóricos están haciendo algo más que el mero reporte de datos u observaciones. (Además, hay algunos teóricos para los cuales no está claro si sus teorías son mejor comprendidas como conceptuales o como “meramente” descriptivas, e.g. este parece ser el problema del persistente debate concerniente a la mejor caracterización del trabajo de John Austin (Cotterrell 2003, pp. 81-83)).

El análisis conceptual usualmente involucra la aserción filosóficamente ambiciosa de que la teoría ha capturado aquello que es “esencial” a cierto concepto o práctica, características “necesarias” para que una práctica o institución justifique la etiqueta en cuestión. Mientras que tales afirmaciones sobre “naturaleza” o “esencia” fueron tradicionalmente asociadas a la metafísica platónica, existen versiones modernas metafísicamente menos ambiciosas de tales afirmaciones. (e.g. Bix 2003b). Por ejemplo, Raz (1996) defiende una comprensión de la teoría del derecho como análisis conceptual, y al hacerlo argumenta que tales teorías intentan explicar “*nuestro* concepto de derecho”, no algún concepto universal o intemporal (platonista) del derecho.

Han existido numerosos cuestionamientos acerca del valor o la posibilidad de sostener de teorías puramente descriptivas o descriptivo-conceptuales en teoría jurídica. Algunos de los cuestionamientos han veni-

do desde la teoría del derecho natural (e.g. Finnis (2000)), que sostiene que los objetivos morales y los ideales morales son inherentes a la naturaleza del derecho., y por lo tanto centrales para su comprensión.

John Finnis (2003) ha postulado además otro cuestionamiento: si la teoría descriptiva/conceptual del positivismo jurídico es entendida como determinante de la naturaleza del “derecho”, en donde el derecho es entendido como separado de la cuestión normativa de cómo los jueces deben decidir los casos (ver, e.g. Raz 1998, pp. 4-6) o de cómo los ciudadanos deben actuar ante los decretos del gobierno, entonces es una investigación de poco valor y poco interesante. Finnis ha dicho (1980, p. 4) que una teoría del derecho sin elementos normativos no sería otra cosa que “una conjunción de lexicografía con historia local”.

Una crítica de otra índole ha venido por parte de aquellos que dudan del análisis conceptual o bien en general o bien por lo menos en áreas en donde los conceptos poseen notas normativas. El cuestionamiento general viene del naturalismo (no confundir con la teoría del derecho natural; el naturalismo brega por un acercamiento más empírico o científico a los temas, previamente encarados de una manera conceptual o *a priori*), y ha sido sostenido en filosofía del derecho principalmente por Brian Leiter (2003). Leiter, apoyándose en el conocido trabajo filosófico de W.V.O. Quine (1951) sostiene que no existen verdades conceptuales a descubrir, y que los teóricos del derecho (o del razonamiento judicial u otros fenómenos legales) deben confinarse a investigaciones empíricas de las prácticas reales.

La otra crítica al análisis conceptual descriptivo que asevera que el análisis de un concepto como “derecho” (o “democracia” o “justicia”) es inevitablemente cuestionable y valorativo, ha sido sostenida principalmente por Ronald Dworkin (2004) y Stephen Perry (1998). El punto de vista de Dworkin es que las teorías (sobre la naturaleza) del derecho son teorías que intentan mostrar el valor de la legalidad como parte de una red mayor de valores morales y políticos.

1.3. *Entre la descripción y la prescripción*

A pesar de la distinción comúnmente aceptada entre descripción y prescripción, existen numerosas aproximaciones y tipos de teoría que

parecen caer conflictivamente en el espectro entre lo “puramente descriptivo” y lo “puramente prescriptivo”.

1) “Teorías semánticas”. Ronald Dworkin caracterizó célebramente la teoría del positivismo jurídico de H. L. A. Hart como mejor comprensible en el sentido de una teoría semántica – una definición del significado de la palabra “derecho”. (Dworkin 1986; 2004). De todos modos, esta caracterización fue rechazada por el propio Hart, así como por la mayoría de los comentaristas (Hart 1994, pp. 244-248; Endicott 2001; para una defensa de la propuesta de Dworkin, ver Stavropoulos 2001). Como mínimo es deseable notar que ningún teórico, al postular una teoría del derecho, ha caracterizado dicha teoría como (“meramente”) una definición de la palabra “derecho”.

2) Variaciones en teoría descriptiva. Aún las mismas teorías descriptivas parecen muchas veces desviarse de la pura descripción. Como lo señalamos antes, la construcción de una teoría sobre una institución social o práctica requiere alguna selección o simplificación: *a)* para prevenir que la teoría devenga simplemente una reformulación caótica de una realidad compleja; *b)* para permitir a la teoría extraer alguna intuición básica sobre la institución o práctica; y/o *c)* para permitir a la teoría enfocarse en la “más acabada” o “mayor” instanciación de la institución o práctica, más que en lo que aparece como común a todas las instanciaciones. Estas formas de selección al interior de la teoría descriptiva se presentan bajo diversos títulos: “principios de la construcción de la teoría” (e.g. Waluchow 1994, 19-21), enfatizando componentes importantes, y los “tipos ideales” de Weber (*cf.* Finnis 1980, 9-11).

3) Reconstrucción racional. Dentro de la doctrina jurídica de muchos países, es usual que el comentarista intente reformular una decisión de los tribunales, o todo un área del derecho, de un modo mayormente consistente con el resultado, reformulando la justificación ofrecida para hacerla más persuasiva. (En los países del *Common Law*, tales reformulaciones de áreas del derecho que han sido primariamente desarrolladas por jueces –como el Derecho Contractual, el Derecho Civil (e. g. Owen 1995) y el Derecho de Propiedad– a veces van bajo el título de “Fundamentos Filosóficos del *Common Law*”.)

4) Enfoque Interpretativo de Ronald Dworkin. La influyente teoría de Dworkin (e.g. Dworkin 1986) está fundada en la interpretación constructiva de las acciones oficiales. (“Interpretación constructiva” es el principio que Dworkin habría aplicado no sólo para resolver disputas

jurídicas, sino también para construir teorías sobre la naturaleza del derecho.) Por ‘derecho’, Dworkin entendería el hecho de que los jueces decidiesen los casos a partir de una teoría de las decisiones anteriores de los funcionarios (la legislación, la constitución, y las decisiones judiciales) relacionadas con la disputa que se ajustase adecuadamente a aquellas decisiones del pasado y presentase a esa área del derecho lo mejor que sea posible (moral o políticamente). El enfoque interpretativo de Dworkin, de ser seguido en la práctica, se aproximaría probablemente a la “reconstrucción racional”.

2. ¿Son estas cuestiones específicas de la teoría del derecho?

Otro modo de distinguir entre teorías es tener en cuenta diferentes escuelas de teorización social: e. g., si el foco está puesto en los individuos o en las estructuras, y si la descripción básica de la acción social es conductista o hermenéutica (interpretativa, *Verstehen*). (Bix 2003a, pp. 7-8; Lucy 1999, pp. 17-32). Esta distinción tiene su mayor fuerza en teorías de la acción social dentro de sistemas jurídicos. Por ejemplo, la crítica de H. L. A. Hart a la teoría de la orden respaldada por amenazas de John Austin y el desarrollo de Hart de su propia versión del positivismo jurídico, es entendida principalmente en términos de un rechazo hermenéutico a una aproximación más empírica o científica. (Harat 1994, pp. 18-123; Bix 1999). Ya mencionamos la crítica de algunos comentaristas de las teorías conceptuales del derecho sobre la base de que tales teorías son generalmente insostenibles en derecho.

3. Ontología (elementos básicos para construir)

Un tipo (o tópico) de teoría del derecho involucra una explicación metafísica (ontológica) del derecho y los conceptos jurídicos. Los realistas jurídicos escandinavos, en particular, se centraron en este punto, aunque diversos aspectos de tales cuestiones pueden ser encontrados en un amplio rango de otros teóricos. Los realistas escandinavos, construyendo puntos de vista paralelos (aunque no equivalentes) al positivismo lógico, eran escépticos con respecto a entidades que no pudiesen ser

entendidas en términos de datos observables, empíricos. (Hägerstöm 1953, 1957, Lundstedt 1956, Olivecrona 1971).

Si se rechaza el cuestionamiento metafísico/ontológico de los realistas escandinavos, aún tiene que enfrentarse a cuestiones concernientes al status metafísico de los conceptos y proposiciones utilizadas en la práctica jurídica. Esta investigación es presentada a veces desde una perspectiva diferente: en términos de la naturaleza de la verdad jurídica o como cuestiones generales del razonamiento jurídico. En el caso de la verdad jurídica: cuando uno dice que cierta proposición jurídica es correcta (“X tiene derecho de poseer A” o “existe un contrato válido entre R y S”), ¿a la luz de qué es esa proposición verdadera o falsa?

Ninguna de las alternativas obvias parece atractiva. En un extremo, ya discutido, es la posición metafísicamente escéptica la que demanda que los conceptos jurídicos sean reducidos a términos empíricos, observables. Un tipo diferente de concepción escéptica argumentaría en pos de reducir los conceptos jurídicos a descripciones y predicciones de las acciones oficiales. Esta perspectiva, a veces descrita como una teoría del derecho predictiva, tiene algunos atractivos iniciales, pero también conocidas debilidades.

En el otro extremo estaría una especie de platonismo en el cual se piensa que los conceptos jurídicos se corresponden con entidades metafísicas (uno de los teóricos modernos cuyo trabajo se acerca a veces a esta suerte de platonismo es Michael Moore; e. g. Moore 2000). Algunos esfuerzos relacionados intentan fundar la objetividad subyacente a los conceptos jurídicos a través de una especie de análisis de los “tipos naturales”, derivada de teorías del significado y la referencia. (Stravropoulos 1996)

Ha habido varios intentos de crear una posición intermedia – pretendidamente más coincidente con la comprensión común de los términos, sin requerir compromisos con proposiciones metafísicas ambiciosas o inusuales. Entre las más prominentes de esas teorías están las teorías del hecho institucional (e.g. MacCormick y Wwinberger 1986) y la teoría interpretativa del derecho de Dworkin (Dworkin 1986). Alternativamente, algunos teóricos simplemente han sostenido que uno puede eludir posibles cuestiones ontológicas equiparando el significado de los términos jurídicos y conceptos con las reglas para su uso –una respuesta a las cuestiones metafísicas similar a esa fue advertida por Ludwig Wittgenstein. (Hart 1954, BixX 1995).

4. Propósitos

Como mencionamos anteriormente, el tópico de los propósitos de la teoría del derecho está íntimamente relacionado con el tópico de la(s) naturaleza(s) de la teoría del derecho.

Una amplia variedad de propósitos son satisfechos por las teorías sobre el derecho. Algunas teorías, especialmente aquellas que pretenden ser analíticas o descriptivas, pueden ser justificadas en las bases limitadas de la búsqueda de la verdad y el conocimiento. Aquí tal conocimiento puede ser visto como la recta colección de hechos que puede resultar de una simple descripción, o de una clase más profunda de intuición o comprensión que puede resultar de un modelo cuasi-descriptivo.

De todos modos, tal conocimiento, una vez obtenido, puede también jugar un papel en una teoría evaluativa o prescriptiva (un punto importante para los escritos de Jeremy Betham (1996 [1789]) y H.L.A. Hart (1958)).

Debe hacerse notar, además, que la “reconstrucción racional” con frecuencia juega un papel importante en la enseñanza del derecho y el entrenamiento de los abogados. Aquí, de todos modos, debería notarse que la “reconstrucción racional” usada en la enseñanza puede diferenciarse poco, pero significativamente, comparada con la ofertada para fines puramente académicos. Un abogado debe tener buen ojo no sólo para la mejor reconstrucción de un área doctrinal confusa, sino también para la reconstrucción que parecerá mejor a los jueces con los cuales este abogado debe enfrentarse realmente. Así, si la mejor reconstrucción de los casos anteriores puede justificar algún derecho constitucional, pero los miembros actuales de la corte suprema del país son remisos a reconocer ese derecho, el abogado debe ser entrenado en una reconstrucción que excluya ese derecho (por lo menos hasta que cambien los miembros de la corte suprema).

Las teorías críticas del derecho logran más en relación con la reforma de las leyes y prácticas actuales que con el (mero) aumento de conocimiento o conciencia de esas leyes y práctica. Muchas de las teorías influyentes de los siglos XX y XXI –desde el realismo americano hasta *Law and Economics*, e incluyendo *Critical Legal Studies*, teoría crítica de la raza y la teoría del derecho feminista– son mejor comprendidas como esencialmente críticas de las actuales aproximaciones a la regu-

lación jurídica y/o la toma judicial de decisiones, combinadas con sugerencias acerca de cómo el sistema puede mejorar.

Bibliografía

- Bentham, Jeremy (1996) [1789], *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. J. H. Burns & H. L. A. Hart, eds. Oxford: Clarendon Press.
- Bix, Brian, (1995), "Questions in Legal Interpretation", en Andrei Marmor (ed.), *Law and Interpretation*, Oxford, Clarendon Press, pp. 137-154.
- _____, (1999), "H.L.A. Hart and the Hermeneutic Turn in Legal Theory", *SMU Law Review*, vol. 52, pp. 167-199.
- _____, (2003a), *Jurisprudence: Theory and Context*, 3rd ed. London: Sweet & Maxwell.
- _____, (2003b), "Raz on Necessity", *Law and Philosophy*, vol. 22, pp. 537-559.
- Cotterrell, Roger (2003), *The Politics of Jurisprudence*, 2nd ed. London: LexisNexis.
- Dworkin, Ronald, (1986), *Law's Empire*. Cambridge, Mass., Harvard University Press.
- _____, (1991), "On Gaps in the Law", en Neil MacCormick & Paul Amselek (eds.), *Controversies About Law's Ontology*, Edinburgh, Edinburgh University Press, pp.84-90.
- _____, (2004), "Hart's Postscript and the Character of Political Philosophy," *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 24, pp. 1-37.
- Endicott, Timothy A. O., (2001), "Herbert Hart and the Semantic Sting", en Jules Coleman (ed.), *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, pp. 39-58.
- Finnis, John, (1980), *Natural Law and Natural Rights*. Oxford: Clarendon Press.
- _____, (2000), "On the Incoherence of Legal Positivism", *Notre Dame Law Review*, vol. 75, pp. 1597-1611.

- _____, (2003), "Law and What I Should Truly Decide," *American Journal of Jurisprudence*, vol. 48, pp. 107-129.
- Hägerström, Axel (1953), *Inquiries into the Nature of Law and Morals* (Karl Olivecrona, ed., C. D. Broad, trad.), Stockholm: Almqvist & Wiksell.
- Hart, H. L. A., (1954), "Definition and Theory in Jurisprudence", *Law Quarterly Review*, vol. 70, pp. 37-60, reimpresso en (1983) *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, pp. 21-48.
- _____, (1958), "Positivism and the Separation of Law and Morals", *Harvard Law Review*, vol. 71, pp. 593-629.
- _____, (1994), *The Concept of Law*, 2ª ed., Oxford, Clarendon Press.
- Leiter, Brian (2003), "Beyond the Hart/Dworkin Debate: The Methodology Problem in Jurisprudence", *American Journal of Jurisprudence*, vol. 48, pp. 17-51.
- Lucy, William (1999), *Understanding and Explaining Adjudication*, Oxford, Oxford University Press.
- Lundstedt, A. Vilhelm (1956), *Legal Thinking Revised*, Stockholm, Almqvist & Wiksell.
- MacCormick, Neil, "On 'Open Texture' in Law", en Neil MacCormick & Paul Amserek (eds.), *Controversies About Law's Ontology*, Edinburgh, Edinburgh University Press, pp. 72-83.
- MacCormick, Neil & Weinberger, Ota (1986), *An Institutional Theory of Law*. Dordrecht: D. Reidel.
- Moore, Michael S. (2000), *Educating Oneself in Public*. Oxford: Oxford University Press.
- Olivecrona, Karl (1971), *Law as Fact*, 2ª ed. London: Stevens & Sons.
- Owen, David G., (ed.), (1995), *Philosophical Foundations of Tort Law*, Oxford, Clarendon Press.
- Perry, Stephen (1998), "Hart's Methodological Positivism," *Legal Theory*, vol. 4, pp. 427-467.
- Quine, W. V. O. (1951), "Two Dogmas of Empiricism", *Philosophical Review*, vol. 60: pp. 20-43.
- Raz, Joseph, (1994), *Ethics in the Public Domain*. Oxford: Clarendon Press.
- _____, (1996), "On the Nature of Law", *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. 82, pp. 1-25.

- _____, (1998), “Postema on Law’s Autonomy and Public Practical Reasons: A Critical Comment”, *Legal Theory*, vol. 4, pp. 1-20.
- Ross, Alf (1957), “Tu-Tu”, *Harvard Law Review*, vol. 70, pp. 812-825.
- Stavropoulos, Nicos, (1996), *Objectivity in Law*, Oxford, Clarendon Press.
- _____, (2001), “Hart’s Semantics”, en Jules Coleman, (ed.), *Hart’s Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, pp. 59-98.
- Waluchow, W. J. (1994), *Inclusive Legal Positivism*, Oxford, Clarendon Press.

Recepción: 25/07/2005

Aceptación: 12/07/2006