

BASES FILOSÓFICAS PARA LA REGIONALIZACIÓN DE LA TEORÍA DEL DERECHO

Alexander Víctor Rivera Chávez

Universidad Nacional Mayor de San Marcos

SUMARIO: 1. *Cuestiones Preliminares.* 2. *Herramientas teóricas.* 2.1. *La respuesta semántica.* 2.1.1. *Conceptos criteriológicos.* 2.1.2. *Conceptos de parecidos de familia.* 2.1.3. *Conceptos de referencia directa.* 2.1.4. *Conceptos interpretativos.* 2.2. *La respuesta metodológica.* 2.2.1. *La metodología descriptiva.* 2.2.2. *La metodología prescriptiva.* 3. *¿Cómo entender una teoría del derecho regionalizada?* 3.1. *La regionalización completa.* 3.2. *La negación de la regionalización.* 3.3 *La regionalización parcial.* 4. *Bibliografía.*

1. CUESTIONES PRELIMINARES

Para la comunidad académica iusfilosófica de este lado del mundo no es una noticia el hecho de que Manuel Atienza, desde hace un tiempo, trabaja la posibilidad de construir una teoría del derecho exclusiva para el «mundo latino». Tampoco le es extraño, quizá en menor medida, el intento de fundamentar su trabajo en un «manifiesto»¹ en el que logra reunir una serie de razones teóricas y morales por los cuales nuestra academia iusfilosófica podría y debería adquirir alguna «identidad». La razón principal, en sus palabras, se debe a que:

«No existe ninguna estructura institucional en la que los trabajos iusfilosóficos puedan competir entre sí en un plano de igualdad, en la que cualquier idea pueda llegar a imponerse a sus rivales si es que cuenta con mejores argumentos en su favor. Y no existe porque ese tipo de diálogo — de diálogo racional— presupone ciertos requisitos que están manifiestamente ausentes en el ámbito de la filosofía del derecho. Está ausente, sin ir más lejos, el interés en escuchar por parte de quienes —se supone— tendrían que ser los destinatarios de esos mensajes. Y no hay, por otro lado, por qué considerar que se trata de un desinterés culpable: no hay nada que reprochar a quien no te escucha porque simplemente no conoce tu lengua o porque vive y trabaja inserto en un tejido institucional —en una cultura jurídica— que cuenta con sus reglas propias de funcionamiento, las

¹ Cfr. Atienza, M. 2014: 301-302.

cuales le llevan a comportarse de manera «autopoiética». Simplemente, el derecho no es como las matemáticas, como la biología o como la física. Hoy por hoy, la «ciencia del derecho» (en el sentido amplio e impreciso de la expresión) sigue siendo, en muy buena medida, una ciencia de cada pueblo o de cada cultura. Por lo demás, esa relación de asimetría comunicativa que caracteriza a la filosofía del derecho tiene, naturalmente, algunas excepciones y, en todo caso, no es una razón para dejar de escuchar a quien, aunque no esté en disposición a su vez de escucharnos, sin embargo, tiene algo interesante que decirnos»².

Con base a lo citado, podemos percatarnos fácilmente de que Atienza entiende la posible regionalización de la teoría del derecho como una independencia completa respecto de otras iusfilosofías regionalizadas. Más difícil es darse cuenta, sin embargo, de que el profesor de Alicante no repara en ciertas distinciones —por ejemplo, cuáles son los límites de la independencia o a qué tipo de actividades teóricas se refiere— de forma tal que su argumento parece ganar y perder fuerza intermitentemente.

Por las consideraciones anteriores, uno de los objetivos de este texto es demostrar que para poder discutir la posibilidad de una teoría del derecho regionalizada es necesario hacer ciertas distinciones que nos permitirán esclarecer el panorama de debate. Entendido así, en lo que sigue, precisaré algunas cuestiones que delimitarán el cauce de mi argumentación.

La primera precisión es una de naturaleza terminológica: si bien ha tenido cierto éxito en algunos lugares la distinción³ entre «filosofía del derecho» y «teoría del derecho», ya sea en virtud del objeto de estudio o la metodología, estimo que la distinción para los fines adoptados es totalmente irrelevante y, en todo caso, significaría un lastre. Por lo mismo, he de usar «filosofía del derecho» y «teoría del derecho» indistintamente a lo largo del texto.

Sentado esto, conviene ahora reparar en una cuestión diferente: ¿cuál es el objeto de estudio de la teoría del derecho? Esta pregunta, como veremos, no solo es controvertida, sino sobretudo bastante abarcadora de tal forma que la mejor manera de

2 Citado por el propio Atienza en Atienza, M. 2014: 308-309.

3 Véase la distinción de Tarello, Bobbio y Guastini en Guastini, R. 1999: 29-81.

responder es aclarando algunos campos de estudio que los filósofos del derecho hoy en día consideran importantes.

En primer término, no es una novedad para los relativamente informados en la historia de la filosofía del derecho que, desde la profesionalización de la misma con Kelsen⁴, los filósofos se han preocupado por temas diferentes, aunque relacionados, a la «naturaleza del derecho» o el «concepto de derecho». En efecto, los iusfilósofos, con el transcurrir del tiempo, se han preocupado por conceptos menos abarcadores como los de «norma jurídica», «sistema jurídico» o «interpretación jurídica»; así como por lo que Waluchow⁵ ha denominado «las fuerzas del derecho» (la fuerza moral y la fuerza institucional).

Asimismo, un hecho relevante en los últimos años es la importancia adquirida por la «teoría de la argumentación jurídica». Importancia que, a fin de cuentas, es subsidiaria de una filosofía práctica determinada: así como los iusfilósofos se han preocupado por temas que implican la lógica deóntica o la hermenéutica, también, en los últimos años los filósofos del derecho han pretendido realizar una «reconstrucción racional» del razonamiento jurídico —en especial la judicial— en virtud de un neokantismo discursivo en materia ética⁶.

Por otro lado, la filosofía del derecho —sobre todo en el mundo anglosajón— también se ha encargado de dar luces en campos menos extensos como el derecho civil y penal. Por poner unos ejemplos, los trabajos de Coleman (2010) en materia de responsabilidad extracontractual y los de Duff (2015) en derecho penal permiten mostrar a la teoría del derecho como una actividad intelectual que de alguna forma u otra se preocupa por la actividad de los especialistas en el derecho positivo.

Ahora bien, todo este panorama nos permite entender que el filósofo o teórico del derecho se encuentra ante un rico y bastante fértil campo de estudio. Naturalmente, este

4 Sobre los argumentos en torno a la profesionalización con Kelsen véase Ruiz Manero, 2014: 35-51

5 Cfr. En Waluchow, W. 2007: 45-92.

6 El ejemplo más paradigmático es el pensamiento de Robert Alexy (Cfr. Alexy, R. 1989)

panorama no tiene fines exhaustivos: puede haber y, de hecho, hay otros temas (por poner unos ejemplos, la teoría de la prueba y las filosofías normativas jurídicas de género, clase o raza) a los cuales los filósofos del derecho han prestado atención. A pesar de esta limitación, sin embargo, habré tenido éxito si al lector mediante los ejemplos lo he convencido de lo amplio y variopinto de los temas de debate en los cuales diariamente se enfrascan los teóricos del derecho.

Así las cosas, es menester ahora individualizar —más precisamente, limitar— las pretensiones de este trabajo. La primera se debe a lo polisémico que puede resultar «una teoría del derecho regionalizada». Lo polisémico *per se*, sin embargo, no es el principal problema: en realidad, solo cobra relevancia una vez que nos percatamos de que la posibilidad de una iusfilosofía regional dependerá del significado que le demos, o más precisamente, al tipo de temas que consideremos parte de una «teoría del derecho». Por ejemplo, si bien respecto de elementos conceptuales como los de norma jurídica y sistema normativo resulta bastante controvertida la posibilidad de una iusfilosofía regional, no lo es así respecto de una teoría de la fuerza moral e institucional del derecho. Asimismo, una teoría de la argumentación parece ser el campo más fértil para tratar una iusfilosofía de esa naturaleza.

En este sentido, e independientemente de la plausibilidad de poder regionalizar la actividad iusfilosófica en cualquiera de estos campos de estudios, el presente trabajo pretende señalar la posibilidad de la regionalización de la filosofía del derecho limitada al tema que más importancia ha tenido en su historia: el concepto de derecho. Por esta razón, a lo largo del texto, he de restringir el término «filosofía o teoría del derecho» a la «filosofía del concepto de derecho».

Con este fin realizaré un estudio filosófico de las tres posibilidades existentes, a saber: i) regionalizar completamente la teoría del derecho, ii) la regionalización parcial de la misma y iii) la inexistencia de posibilidad alguna. Este estudio filosófico se valdrá de un componente semántico —una explicación de cómo funciona el concepto de derecho— y otro metodológico. Este desarrollo, a su vez, me servirá para —siendo el objetivo principal del texto— fundamentar parcialmente la regionalización de la teoría del derecho

en virtud de una semántica de parecidos de familia y una metodología descriptiva con ciertas características.

La última precisión, aunque quizá más exactamente una advertencia, es la limitación filosófica de mi trabajo. Como podrá desprenderse del título, mi objetivo es fundamentar filosóficamente la regionalización de la teoría del derecho —entendida limitadamente como he expuesto— sin precisar escala alguna. Dicho en otras palabras, mi escrito no busca determinar la posibilidad de una filosofía del derecho *para el mundo latino* —americano y europeo— o solo *para el mundo latinoamericano* o el peruano. Lo único que busca es justificar la posibilidad de una teoría del derecho relativa a una cultura. Los límites de mi trabajo se deben a que se enfrasca a un análisis semántico y metodológico, mientras que la justificación de una teoría del derecho a una escala definida depende, a mi entender, de una labor de filosofía política primera o normativa.

2. HERRAMIENTAS TEÓRICAS

Joseph Raz, a lo largo de su obra, ha defendido una teoría del derecho de corte semánticamente criteriológica y una metodología descriptiva. Si bien no es explícita esta estructura, en el fondo, es fundamental para entender sus postulados. En efecto, cuando Raz sostiene que la «(...) doctrina de la naturaleza del derecho puede y debe ocuparse de la explicación del derecho dentro del contexto ampliado de las instituciones sociales y políticas»⁷ y que «(...) las propiedades esenciales del derecho son características universales del derecho que deben ser encontradas en el derecho dondequiera y cuandoquiera exista»⁸ está sentando una posición en el campo semántico y metodológico.

Por su parte, Dworkin⁹ construirá su teoría del derecho sobre varios pasos teóricos, comenzando con el semántico, desentrañando lo metodológico y culminando en su teoría del contenido del derecho como integridad. Ahora bien, a pesar de ser una teoría por completo distinta a la de Raz, como se puede notar, en el fondo comparten

7 Raz, J. 2001: 225.

8 Raz, J. 2007: 57.

9 Cfr. Dworkin, R. 2007:11-45.

«respuestas comunes». Respuestas que hacen posible que participen de una misma actividad intelectual.

Por lo demás, las coincidencias de Raz y Dworkin en este punto no son gratuitas: parecen sugerir que es vital responder semántica y metodológicamente para toda discusión en torno a la teoría del derecho. De hecho, de ser correcta esta apreciación — como así lo creo—, solo dejando en claro estos presupuestos teóricos es posible discutir su relativización a una cultura. En lo que sigue, aclararé más esta tesis.

2.1 La respuesta semántica

Había señalado que Ronald Dworkin coloca —acertadamente— en el primer paso para la construcción de toda teoría del derecho el «paso semántico». Por paso semántico debemos entender, esencialmente, la explicación de cómo el concepto de derecho funciona en nuestra práctica lingüística, y esto porque los conceptos son entidades intermedias entre el lenguaje y las cosas¹⁰, de manera que solo tienen sentido en un discurso lingüístico.

Ahora bien, que los conceptos sean realidades que «comuniquen» al mundo con el lenguaje es una explicación relativamente novedosa. De hecho, los conceptos no siempre fueron dependientes del lenguaje en tanto objeto a teorizar. Por ejemplo, en la filosofía clásica fueron dependientes de la ontología y en la modernidad del problema del conocimiento. De ahí que la respuesta, si bien conceptual, tiene una esencia semántica debido a los avances de la filosofía contemporánea: será precisamente, el «giro lingüístico» dado en la filosofía por la denominada «filosofía analítica» lo que llevará a tomar a los conceptos como entidades parasitarias de la noción de significado¹¹.

Visto así, y sin ánimos exhaustivos, se puede encontrar, por lo menos, cuatro formas distintas de responder por el concepto de derecho.

10 Cfr. Raz, J. 2007:49ñ

11 Véase al respecto Bouvier, Gaido y Sánchez, 2007:9-41.

2.1.1 Conceptos criteriológicos

La respuesta criteriológica hace alusión a que el concepto no es más que el conjunto de criterios de aplicación que hacen que un objeto «sea» lo que «es». Más precisamente, y yendo un poco más allá, si entendemos que poseer un concepto implica compartir —convencionalmente— criterios de aplicación —o reglas—, entonces, necesariamente, lo que el objeto «es» depende del concepto¹².

Sentado esto, es posible ahora transparentar la filosofía del lenguaje que subyace a esta concepción de los conceptos. Si los conceptos son «sentidos» formados por reglas de aplicación, en última instancia, los conceptos son «descripciones definidas» cuyo incumplimiento implica salirse del discurso lingüístico con contenido semántico. En otras palabras, los conceptos serían un «paquete» de descripciones mentales que nos permiten dividir el mundo en categorías. Esta explicación semántica se denomina «la concepción Frege-Russell»¹³.

Por otra parte, es natural que en todo criterio de aplicación haya zonas claras, no claras y zonas de penumbra¹⁴. Como también es posible poseer un concepto sin comprenderlo completamente¹⁵. De esta forma no solo habría espacio para las discusiones teóricas en base a la vaguedad de los criterios, sino también en base a la comprensión total de los mismos ya sea en su zona clara de aplicación. Dicho esto, es fácil darse cuenta cómo la crítica dworkiniana que se propuso sepultar esta respuesta criteriológica —tildándola de «aguijón semántico»¹⁶— no es suficiente, pues no es cierto que de compartir criterios de aplicación no haya cabida para las discusiones que tengan que ver con las exigencias del derecho.

12 Véase como Bulygin esclarece la noción convencionalista en Bulygin, 2007: 99-110.

13 Véase Frege, G. 1973 y Russell, B. 1966.

14 Cfr. Hart, H. 1963: 155-193.

15 Cfr. Raz, J. 2007: 53-54.

16 Cfr. Dworkin, R. 1988: 44-64.

2.1.2 Conceptos de parecidos de familia

Otra forma distinta de responder es utilizando la semántica de Wittgenstein. Resumidamente, el filósofo austriaco —ya en la segunda etapa de su pensamiento— argumentará que existen conceptos que no poseen (todos los) criterios compartidos de aplicación, sino más bien criterios superpuestos e intercalados: como si fueran «parecidos de familia»¹⁷.

Esta visión semántica, a pesar de lo claro que pueda parecer, tiene dos interpretaciones diferentes. La primera es la dada por el propio Wittgenstein que asegura que no existe *un solo* criterio común de aplicación. Para ver con más claridad esta tesis tomemos un ejemplo: imaginemos un concepto «x» que hace referencia a tres objetos, sean estos sus criterios de aplicación: ab, bc y ac. Como es fácil percatarse, no hay ningún criterio común, si quisiéramos elaborar una teoría de «x» no podríamos enumerar propiedades omnipresentes, pues no existen en todos los objetos que participan de «x». En el fondo solo hay una habilidad (el captar un concepto solo sería cuestiones de uso) semántica que subyace a «x».

Por su parte, la segunda interpretación solo sugiere que no comparten *todos* los criterios de aplicación: pueden compartir uno solo, por ejemplo. Como argumentaré más adelante, esta visión es adecuada para la fundamentación semántica de una teoría del derecho regionalizada. De hecho, cualquiera que haya tenido la oportunidad de leer *El concepto de derecho* de Hart, puede percatarse cómo Hart¹⁸ analiza la posibilidad que el concepto de lo «jurídico» funcione como el concepto de lo «ferroviario» o lo «saludable» en el sentido que señalé.

2.1.3 Conceptos de referencia directa

A partir de los años setenta, en la filosofía del lenguaje se empezará a criticar el hecho de nuestro concepto determine el objeto. Serán en especial Hilary Putnam (1991) y Saúl Kripke (1985) quienes defenderán la existencia de designadores rígidos: enunciados

17 En especial véase Wittgenstein, L.1988.

18 Cfr. Hart, H. 1963: 19.

que hacen referencia al mismo objeto en todo mundo posible. Y, añadirán estos autores, si existen enunciados de esta forma, necesariamente muchos de nuestros conceptos dependen de la «naturaleza» de los objetos.

Contrario a la versión criteriológica y la de parecidos de familia, en los conceptos que participan «designadores rígidos» los conceptos no son reglas convencionales sean estos criterios fijos o regularmente parecidos, en realidad, son —o por lo menos pretenden ser— el reflejo de la naturaleza de los objetos. Bajo la feliz analogía de Kripke solo serían «etiquetas» de las cosas del mundo.

En la filosofía del derecho, Alexy¹⁹ adopta esta postura argumentando que existen conceptos «verdaderos» y «falsos» de nuestro concepto de derecho en función de su congruencia con la naturaleza del objeto que hace referencia. A la vez, esta semántica se identifica con lo que Dworkin denomina los conceptos de clase natural.

2.1.4 Conceptos interpretativos

Esta concepción asevera que ciertos conceptos como el de justicia y democracia funcionan como una práctica argumentativa más que como una «cosa» que se comparte. En realidad, aseveran sus defensores, hay conceptos que se construyen por un mecanismo de reflexión filosófica. Un ejemplo claro de esto es el concepto de «justicia» en la obra de John Rawls²⁰, por lo que no será extraño que sea, precisamente, uno sus más celebres seguidores —Ronald Dworkin— el que defienda una postura similar para el concepto de derecho.

En efecto, Dworkin no solo construye su teoría del derecho en consideración de la metaética neokantiana de Rawls, sino también extiende su metodología al propio concepto de derecho. Lo hace de tal manera que para este filósofo el concepto de derecho se construye interpretativamente mediante lo que él llama la «interpretación constructiva», que no vendría a ser otra cosa que la imputación de sentido en función de

19 Cfr. Alexy, R. 2007: 87-ss.

20 Cfr. Rawls, J. 1975.

entender al objeto como el objeto mejor posible de las cosas de su clase²¹. De esta forma, para Dworkin lo que el derecho «es» no se comparte criteriologicamente o regularmente, ni solo designa una naturaleza intrínseca al mundo: es construido interpretativamente — en un sentido de moralidad política— por la práctica jurídica.

2.2 La respuesta metodológica

Después de tomar postura en el campo semántico, una cuestión importantísima es la adopción de una metodología. Como se verá, la adopción de una está íntimamente relacionado con la visión de cómo funciona el concepto de derecho en la práctica lingüística.

2.2.1 La metodología descriptiva

Por descripción podemos entender, por lo menos, dos cosas diferentes. Una primera acepción refiere a una recopilación no evaluativa de datos empíricos. Lo que el teórico descriptivo realizaría no sería más que una suma de datos sin ningún sentido. Resulta obvio que una tarea de esta naturaleza resulta poco interesante y, de hecho, ningún filósofo del derecho lo ha hecho.

La segunda acepción de descriptivo es más débil —pero más interesante— porque no se opone a lo evaluativo en abstracto, sino simplemente a la evaluación moral. Habría, pues, descripción aun cuando haya una «evaluación indirecta» por decirlo en términos de Julie Dickson²². ¿Cómo puede ser posible esto? Fácil: no todo «deber ser» es un «deber ser moral». Es posible usar criterios evaluativos que respondan a exigencias de «importancia» o «consideraciones teóricas» evitando toda justificación moral.

Por lo demás, esta metodología solo tiene sentido si aceptamos que a) el concepto de derecho posee criterios compartidos de aplicación, b) el concepto de derecho es de referencia directa o c) funciona con criterios de parecido de familia. A su vez, como

21 Cfr. Dworkin, R. 1988: 44-64.

22 Cfr. Dickson, J. 2006: 73-83.

veremos más adelante, la justificación de la descripción en virtud de la semántica aceptada adopta matices diferentes.

2.2.2 La metodología prescriptiva

Ya hemos señalado que lo descriptivo funciona en dos sentidos diferentes, pues bien, lo prescriptivo también: posee un sentido débil y fuerte. El sentido débil es sinónimo de evaluativo, mientras que el sentido fuerte hace referencia solo a la evaluación moral. Lo interesante para la teoría del derecho vendría a ser la prescripción en sentido moral.

Ahora bien, para que tenga sentido una teoría del derecho prescriptiva se tiene que responder semánticamente de tal forma que se haga posible evaluar sin perder el «estatus de teoría del derecho». Para entender esta aseveración es preciso esclarecer que el «deber ser moral» como metodología de una teoría del derecho debe fundamentar primero que el derecho que «es» se confunde con el derecho que «debe ser». Esta justificación es importante ya que no se puede defender una teoría no-descriptiva a menos que la descripción sea imposible, de lo contrario no se haría teoría jurídica: se optaría por hacer política jurídica o filosofía política.

El ejemplo más conocido de una metodología tal es la que busca estudiar un concepto interpretativo, como el elaborado por Dworkin. En efecto, para este filósofo, como ya se mencionó, el concepto de derecho que «es» necesariamente es el derecho que «debe ser», dado que el concepto se construye en función de la mejor teoría moral justificadora del poder coercitivo²³.

En lo que sigue, tomando las herramientas semánticas y metodológicas expuestas, me centraré en sentar las bases filosóficas capaces de justificar una teoría del derecho relativo a una cultura y en esclarecer qué tipos de hechos hacen a un concepto un caso particular.

23 Para una interpretación de Dworkin en ese sentido remito a Waluchow, W. 2007: 23-43.

3. ¿CÓMO ENTENDER UNA TEORÍA DEL DERECHO REGIONALIZADA?

3.1 La regionalización completa

La única posibilidad semántica, a primera vista, pareciera que fuera el uso de la semántica argumentativa —la concepción del concepto de derecho como una cosa que se construye argumentativamente— que Atienza parece defender cuando señala, parafraseando a Nino, que «el derecho es una práctica interpretativa, una acción colectiva en el tiempo»²⁴. Ya hemos tratado sobre esta concepción líneas arriba, ahora solo nos queda dejar un poco más en claro por qué es inútil su uso para los objetivos del profesor de Alicante.

Precisando de una vez, no es extraño que Atienza se base en tres autores —si bien no hace explícito su uso semántico— para justificar su independencia teórica, a saber: Nino, Alexy y Dworkin²⁵. Su uso, sin embargo, es bastante oscuro: algunas veces pretende usarlos metaéticamente, otras veces metodológicamente y hasta en base a una teoría constitucional. No obstante esto, a continuación, trataré de demostrar (a pesar de que Dworkin y, parcialmente, Nino si defienden una visión argumentativa del concepto de derecho) que ninguno de estos autores le sirve para justificar semánticamente la completa regionalización de la teoría del derecho.

En primer lugar, Nino²⁶ defiende una teoría que configura diferentes conceptos de derecho —social, moral, formal, etc.— siendo todos ellos válidos, pues a su entender no hay algo que haga privilegiar un concepto sobre otro. De hecho, para este autor las discusiones entre iusnaturalistas y positivistas no tienen sentido pues se centran en conceptos diferentes que no compiten entre sí. Dicha discusión sería análoga a la realizada por dos personas que discuten sobre si hay un banco en x lugar cuando la persona A piensa sobre el objeto para sentarse mientras el sujeto B hace referencia al concepto de banco como entidad financiera. Al respecto habría que hacer dos críticas:

24 Cfr. Atienza, M. 2014: 303.

25 Cfr. Atienza, M. 2014: 308.

26 Cfr. Nino, C. 2014: 21-44

i) Esta teoría falla al no aclarar los tipos de hechos que hacen que esos diversos conceptos sean conceptos *del derecho*. Naturalmente, la aserción que defiende diversos conceptos de derecho necesita una explicación que haga que todos ellos sean conceptos familiares o que sean conceptos de la misma cosa. Este error, como veremos, luego será subsanado por Dworkin.

ii) Contrario a lo que Nino creía, teorizar sobre un único concepto de derecho no es imposible ni alejado a la actualidad filosófica. De hecho, en esos tiempos, Putnam y Kripke —como ya vimos— elaboraban una semántica externalista que podría servir de base para una teoría del derecho que discuta sobre un único concepto. Por otro lado, Nino no presta atención a la aclaración hecha por Raz²⁷ mediante la cual es posible discutir sobre «nuestro concepto de derecho» aún sin implicancias metafísicas. Resumidamente, Nino ignoró el hecho de que, desde los setentas, la metafísica volvía a ser respetable en la filosofía y también el hecho de que un único concepto de derecho no implica necesariamente alguna aserción metafísica.

Por su parte, Dworkin si resulta una fuente mucha más sólida que Nino. A diferencia de este último, Dworkin no defenderá una teoría en la cual sean posible construir diversos conceptos de derecho, negativamente, esto es, usando como único argumento la «imposibilidad filosófica» de un único concepto de derecho. Por el contrario, este filósofo dará argumentos semánticos y metodológicos. Los más importantes fueron esclarecidos en los epígrafes que trataron la respuesta semántica y metodológica.

Por añadidura, Dworkin si prestará atención a la primera crítica presentada contra Nino: Dworkin sostendrá que la identificación del derecho si bien una práctica interpretativa, se encuentra con un material pre-interpretativo al cual la teoría justificativa debe presentar una «dimensión de ajuste»²⁸. Es decir, para que los posibles conceptos de derecho que potencialmente pueden justificar el poder coercitivo (o materiales coercitivos) tengan vitalidad debe haber un material que anteceda a la interpretación.

27 Cfr. Raz, J. 2007: 66-67.

28 Cfr. Dworkin. R. 1986: 44-64 y Marmor, A. 2001: 87-111.

Vemos que, a diferencia de Nino, Dworkin si da una fundamentación semántica relativamente sólida. Este lugar no es adecuado para reparar en si tiene suficiente solidez, dado que la inutilidad para la regionalización absoluta de esta teoría deviene de una fuente diferente. Esta proviene del propio Dworkin, más precisamente de una respuesta a Raz en la cual, define su teoría como potencialmente universal²⁹. Y esto puesto que la semántica de Dworkin *solo* se compromete con una manera universal de entender el funcionamiento del concepto de derecho: todo concepto de derecho posible consiste en una constante práctica justificativa de modo que «(...) podemos hallar que las únicas justificaciones que se ajustan a lo que tomamos como una práctica jurídica en algún lugar remoto se rinden, en el estadio doctrinal, a una explicación positivista (*convencionalmente*) de las condiciones de verdad de las proposiciones jurídicas»³⁰. (Lo escrito entre paréntesis es mío)

Así las cosas, contrario a lo que a primera vista se puede entender, el antipositivismo de Dworkin no deviene de su semántica³¹. A su vez, entendiendo este hecho, no hay algo en toda su teoría que justifique una regionalización. Al contrario, hemos visto que el propio Dworkin sugiere una visión diferente.

Por último, el uso de Alexy es aún más inútil: Alexy es un filósofo que cree que nuestros conceptos de derecho tienden hacia una verdad. De hecho, Alexy está convencido de que «(...) a través de conceptos se busca captar, tan exacta y correctamente como sea posible, la naturaleza de las cosas a las cuales ellos se refieren»³². Vemos pues que Alexy adopta una postura semántica de referencia directa, y si hay una naturaleza universal del derecho a la cual nuestros conceptos tienden, entonces la regionalización se torna imposible.

Por lo demás, hemos podido presenciar cómo, una vez desentrañada filosóficamente el uso de estos tres autores (Alexy, Nino y Dworkin), semánticamente no

29 Cfr. Dworkin, R. 2007: 252.

30 Dworkin, R. 2007: 251

31 Para un análisis de Dworkin en este nivel véase Coleman, J. 2012: 94-148

32 Alexy, R. 2011: 78.gb

nos ayudan a fundamentar la regionalización completa de la teoría del derecho. En el caso de Nino, resulta filosóficamente insuficiente y la defensa de conceptos interpretativos en Dworkin no involucra una regionalización. Por su parte, Alexy es inútil pues apunta en un sentido diferente.

3.2. La negación de la regionalización

Antes de empezar a esbozar una posibilidad débil de una «regionalización» de la filosofía del derecho, es preciso, aunque quizá ya innecesario, mencionar que la semántica criteriológica y la de referencia directa, rechazan *in limine* la posibilidad. Lógicamente, si compartimos todos los criterios para la posesión —y comprensión— del concepto de derecho, sean estos convencionales o determinados por la naturaleza de las cosas, ¿cómo podemos defender una filosofía del derecho regional si los criterios que esta actividad busca transparentar son los mismos en todo lugar donde exista derecho? En todo caso, ¿en base a qué criterios una comunidad teórica puede adquirir alguna independencia si no lo encuentra en el objeto de estudio que a la vez condiciona la metodología?

3.3 La regionalización parcial

Ahora bien, pareciera que la única posibilidad adecuada vendría a ser la semántica del segundo Wittgenstein, concepción que tomaría a los conceptos de derecho que poseen los diversos «mundos» como entidades que comparten propiedades intercaladas y superpuestas de modo que se configurarían —recordando la feliz expresión de Walzer refiriéndose a la justicia— «esferas de lo jurídico». Entendido así, el concepto de derecho se enmarcaría en un «juego de lenguaje» en el cual compartirán muchas cosas en común en tanto práctica lingüística, de modo que los criterios de los conceptos, en realidad, configurarían «parecidos de familia» —usando la segunda interpretación de esa semántica— y por lo mismo la idea de una regionalización completa sería imposible.

Habría ahora que entrar en más detalles ya que aún no sabemos exactamente cómo serviría una concepción de esta naturaleza para la regionalización —parcial— de la filosofía del derecho. Tomemos estas dos tesis: a) el concepto de derecho configura «esferas de lo jurídico» donde lo que es derecho tiene significado en cuanto y en tanto se

enmarca en un juego de lenguaje que, a decir de Wittgenstein, encarna un peculiar estilo de vida y b) estos conceptos en tanto enmarcados en un juego de lenguaje, poseen características pragmático-trascendentales³³ (por usar el término de Habermas). Pragmáticas en tanto circunscritas en una práctica lingüística y trascendentales en tanto constituyan precondiciones para existir dentro de la misma, más precisamente, las propiedades que hacen que sea un discurso de actos de habla regulativos institucionalizado en tanto discurso.

Dibujada de esta forma, resulta fácil vislumbrar cómo podemos construir una filosofía del derecho relativa a una cultura. Si entendemos que una filosofía del derecho se encarga no solo de lo necesario de los conceptos —las características pragmático-trascendentales que serían criterios compartidos por cualquier concepto de derecho en tanto concepto de derecho—, sino también de las propiedades importantes de los mismos —y en el caso en particular, sobre las propiedades que encarnan un «estilo de vida» que no serían compartidos por todos—; entonces, habría posibilidad para los acuerdos entre las filosofías del derecho de las diversas culturas, pero también independencia en torno a mucho de lo «importante».

Esta última aclaración —la de la teoría del derecho interesado en lo necesario y lo importante— como ya se podrá haber dado cuenta el lector se enmarca ya en el plano metodológico. De hecho, es la propuesta metodológica de Fred Schauer³⁴ para la teoría del derecho. Por lo que resta, el uso de esta concepción es válida pues, como ya se había sugerido, toda descripción necesita matices en virtud de la semántica utilizada: la postura metodológica de Schauer es una descripción, pero entendida de tal forma que hace posible describir en el contexto semántico utilizado.

Dadas las condiciones que anteceden, conviene ahora considerar lo siguiente: la posibilidad de la prescripción y sus problemas para una descripción como la dibujada. Está claro que los problemas no son patentes en torno a las propiedades necesarias de todo concepto de derecho. Naturalmente, podemos describir las condiciones conceptuales

33 Cfr. Este uso de Habermas en García, A. 2011: 263-265.

34 Cfr. Schauer, F. 2012: 41-61.

de las razones del derecho como un conjunto especial de razones para la acción en todos los participantes *de toda* práctica jurídica. Sin embargo, la cuestión no es tan clara respecto de «lo importante», esto es, en torno a la parte que da originalidad a nuestro concepto en tanto enmarcado en un discurso cultural diferente. Más específicamente, no queda tan claro cómo es posible dar cuenta de un «estilo de vida» o una «cultura» sin adoptar los mismos valores de la práctica.

La cuestión se esclarece una vez que se acepta que se puede describir una valoración. En efecto, el teórico del derecho puede describir una práctica valorativa sin comprometerse con la misma. Como argumenta Waluchow, «(...) es posible reconocer el rol del valor, incluyendo el valor moral, en la teoría del derecho sin necesidad de estar totalmente de acuerdo con Dworkin. Puede encontrarse un rol central para el valor sin proponer que deliberadamente tratemos de hacer de los datos investigados “lo mejor que puedan ser»³⁵.

En consideración a todo lo expuesto, y tomando como ejemplo una posible teoría del derecho para el mundo latinoamericano, resulta más claro ahora cómo el filósofo del derecho latinoamericano, en especial, puede describir tanto las propiedades universales del concepto de derecho como las propiedades importantes de su concepto de derecho, propiedades con alta carga valorativa, pero susceptibles de ser descritas desideologizadamente. De esta forma, el filósofo no solo podría debatir con sus pares anglosajones en torno a las propiedades necesarias de todo concepto de derecho, sino también podría teorizar sobre aspectos independientes e importantes de «nuestro concepto de derecho» en tanto «hija» de un juego de lenguaje mestizo donde lo criollo e indígena aún luchan por encontrarse en armonía.

35 Waluchow, W. 2007: 33.

4. BIBLIOGRAFÍA

Alexy, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*, 1989, Centro de estudios constitucionales, Madrid-España

— «Acerca de dos yuxtaposiciones: concepto y naturaleza, derecho y filosofía. Algunos comentarios sobre “¿Puede haber una teoría del derecho?” de Joseph Raz» en *Una discusión sobre la teoría del derecho*, 2007, Marcial Pons. Madrid-España.

— «Algunas reflexiones en torno a cómo mi pensamiento jurídico ha ido desarrollándose con el paso de los años» en *La doble dimensión del derecho: autoridad y razón en la obra de Robert Alexy*, 2011, Palestra, Lima-Perú.

Atienza, Manuel. «Una filosofía del derecho para el mundo latino. Otra vuelta de tuerca» en DOXA. 2014, Alicante-España.

Bouvier, Hernán; Gaido, Paula y Sánchez, Rodrigo. «Teoría del derecho y análisis conceptual» en *Una discusión sobre la teoría del derecho*, 2007, Marcial Pons, Madrid-España.

Bulygin, Eugenio. «Raz y la teoría del derecho. Comentarios sobre “¿Puede haber una teoría del derecho?” de Joseph Raz» en *Una discusión sobre la teoría del derecho*, 2007, Marcial Pons, Madrid-España.

Coleman, Jules. «La arquitectura de la filosofía del derecho» en *Neutralidad y teoría del derecho*, 2012, Marcial Pons, Madrid-España.

— *Riesgos y daños*, 2012, Marcial Pons, Madrid-España.

Dickson, Julie. *Evaluación en la teoría del derecho*, 2006, UNAM, Ciudad de México-México.

Duff, Antony. *Sobre el castigo*, 2015, Siglo XXI, Buenos Aires-Argentina

Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*, 2004, Ariel, Barcelona-España.

— *El imperio de la Justicia*, 1988, Gedisa, Barcelona-España.

— *La justicia con toga*, 2007, Marcial Pons, Madrid-España.

Frege, Gottlob. *Estudios sobre semántica*, 1973, Ariel, Barcelona-España.

García Figueroa, Alfonso. «Derecho, metafísica y naturaleza» en *La doble dimensión del Derecho: autoridad y razón en la obra de Robert Alexy*, 2011, Palestra, Lima-Perú.

Guastini, Riccardo. *Distinguiendo*, 1999, Gedisa, Barcelona-España.

Hart, Herbert. *El concepto de derecho*, 1963, Abeledo-Perrot, Buenos Aires-Argentina.

- Kripke, Saúl. *El nombrar y la necesidad*, 1985, UNAM, Ciudad de México-México.
- Marmor, Andrei. *Interpretación y teoría del derecho*, 2001, Gedisa, Barcelona-España.
- Nino, Carlos Santiago. *Derecho, moral y política*, 2014, Siglo XXI, Buenos Aires-Argentina.
- Putnam, Hilary. «El significado de significado» en *La búsqueda del significado*, 1991, Técnos, Madrid-España.
- Rawls, John. *Una teoría de la justicia*, 1975, Fondo de cultura económica. Ciudad de México-México.
- Raz, Joseph. «¿Puede haber una teoría del derecho?» en *Una discusión sobre la teoría del derecho*, 2007, Marcial Pons, Madrid-España.
- *Ética en el ámbito público*, 2001, Gedisa, Barcelona-España.
- Ruiz Manero, Juan. *El legado del positivismo jurídico*, 2014, Palestra, Lima-Perú.
- Russell, Bertrand. «Sobre el denotar» en *Semántica filosófica: problemas y discusiones*, 1966, Siglo XXI, Buenos Aires-Argentina.
- Schauer, Frederick. «Necesidad, importancia y naturaleza del derecho» en *Neutralidad y teoría del derecho*, 2012, Marcial Pons, Madrid-España.
- Waluchow, Wilfrid. *Positivismo jurídico incluyente*, 2007, Marcial Pons, Madrid-España.
- Wittgenstein, Ludwig. *Investigaciones filosóficas*, 1988, Crítica, Barcelona-España.