

SCOTT J. SHAPIRO

LEGALIDAD

Traducción de
Diego M. Papayannis y
Lorena Ramírez Ludeña

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2014

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
AGRADECIMIENTOS	17
PREFACIO A LA EDICIÓN ESPAÑOLA	23

CAPÍTULO I

¿QUÉ ES EL DERECHO (Y POR QUÉ DEBERÍA IMPORTARNOS)?

1. ¿QUÉ ES LA FILOSOFÍA DEL DERECHO?	25
1.1. Filosofía del derecho: normativa y analítica	26
1.2. ¿Qué significa «¿qué es el derecho?»?	28
1.3. «Derecho»	29
1.4. Derecho, el derecho y «derecho»	32
2. LA NATURALEZA DE UN OBJETO	33
3. LA ESTRUCTURA DEL MUNDO SOCIAL	36
4. ANÁLISIS CONCEPTUAL	38
4.1. Verdades obvias	39
4.2. Verdades obvias acerca del derecho	41
4.3. Los desacuerdos en el análisis conceptual	42
4.4. Estrategias para la imaginación	45
4.5. ¿Por qué preocuparse?	50
5. LOS ELEMENTOS FUNDAMENTALES DE LOS HECHOS JURÍ- DICOS	54
6. POSITIVISMO JURÍDICO Y DERECHO NATURAL	55

	<u>Pág.</u>
6.1. Denominaciones.....	59
7. LAS VERDADES OBIAS DE LA CONFIANZA	61

CAPÍTULO II

ESE EXTRAÑO FENÓMENO LLAMADO «DERECHO»

1. LA INVENCION DEL DERECHO.....	65
2. ¿CÓMO ES POSIBLE EL DERECHO?	67
3. UN COMENTARIO SOBRE LAS NORMAS	71
4. POSIBLES SOLUCIONES	73
4.1. En última instancia.....	75
5. EL DESAFÍO DE HUME.....	76
5.1. Positivo vs. Natural	77
5.2. Nens y Dens	79
9. ESCOJA SU VENENO.....	80

CAPÍTULO III

LA TEORÍA IMPERATIVA DE AUSTIN

1. UN JUEGO DE NIÑOS.....	83
2. LA TEORÍA DE AUSTIN	84
2.1. Derecho = Reglas + Soberanía.....	85
2.2. El asaltante a gran escala	86
3. LAS IMPLICACIONES DE LA IDENTIDAD.....	89
4. ¡PRIMERO FUE LA GALLINA!.....	90
5. DEBER Y POTESTAD.....	92
5.1. Potestades.....	92
5.2. Primera respuesta: la nulidad como sanción	96
5.3. Segunda respuesta: fragmentos de reglas	99
6. ¿SON ÓRDENES LAS NORMAS?.....	102
6.1. El buen ciudadano.....	103
6.2. El conocimiento de lo que se ha ordenado.....	105
7. HÁBITOS Y REGLAS	108
7.1. Continuidad, persistencia y limitación.....	108
7.2. La inteligibilidad del derecho	111

CAPÍTULO IV

HART Y LA REGLA DE RECONOCIMIENTO

1.	REGLAS ACERCA DE REGLAS	115
2.	LA REGLA DE RECONOCIMIENTO	117
2.1.	Los problemas del mundo pre-jurídico	118
2.2.	La solución mediante el derecho.....	119
2.3.	La doctrina de HART sobre la regla de reconocimiento	120
2.4.	La regla de reconocimiento y la Constitución de Estados Unidos	122
3.	LA NECESIDAD DE REGLAS SECUNDARIAS	123
3.1.	Continuidad, persistencia, supremacía, independencia y pertenencia	124
3.2.	Reflexividad, autolimitación, costumbre y potestades.....	126
3.3.	Validez.....	127
3.4.	El derecho como unión de reglas primarias y secundarias	129
3.5.	Reducción inteligible	131
4.	LA TEORÍA DE LAS PRÁCTICAS	132
4.1.	El punto de vista interno	134
5.	HECHOS JURÍDICOS Y JUICIOS SOBRE EL DERECHO	136
5.1.	Aproximación teórica y práctica	136
5.2.	Una aproximación «jurídica» al derecho	138
5.3.	Conceptos jurídicos y morales	140
6.	REGLAS Y PRÁCTICAS	141
6.1.	Error de categoría.....	141
7.	CONVENCIONES DE COORDINACIÓN	144
7.1.	Problemas de coordinación	145
7.2.	Convenciones de coordinación	146
7.3.	Alienación y convención	147
7.4.	Arbitrariedad y convención.....	148
8.	JURÍDICO, NORMATIVO, MORAL	150
8.1.	Redescripción del derecho y accesibilidad del razonamiento jurídico.....	151
8.2.	Un compromiso inestable	154
9.	¿Y AHORA QUÉ?	156

**CAPÍTULO V
CÓMO HACER COSAS CON PLANES**

1. UN NUEVO PUNTO DE PARTIDA.....	159
2. PLANIFICACIÓN INDIVIDUAL	162
2.1. La parcialidad de los planes	162
2.2. Planes anticipados	163
2.3. Planificación descendente vs. planificación ascendente	166
2.4. La aplicación de planes	167
2.5. Planes y normas	169
3. LA PLANIFICACIÓN PARA ACTIVIDADES COMPARTIDAS DE PEQUEÑA ESCALA.....	171
3.1. Mi parte y su parte	171
3.2. Planificar para el grupo	172
3.3. Complejidad, controversia y arbitrariedad.....	175
4. PLANES COMPARTIDOS Y AGENCIA COMPARTIDA.....	176
4.1. La actuación en conjunto	180
5. LA REDUCCIÓN DE LOS COSTES DE PLANIFICAR	182
5.1. Las políticas	182
5.2. Las costumbres.....	183
5.3. La introducción de la jerarquía	184
5.4. Planes compartidos que se auto-regulan	186
6. LA PLANIFICACIÓN PARA LA AGENCIA COMPARTIDA MASIVA	187
6.1. Planes y alienación.....	188
6.2. Mecanismos de planificación descentralizados	190
6.3. La afectación de planes	192
6.4. Modernidad y agencia compartida masiva	193
7. LA VIDA EN COMUNIDAD	195

CAPÍTULO VI

LA CONSTRUCCIÓN DE UN SISTEMA JURÍDICO

1. LA IDEA DE PLANIFICACIÓN SOCIAL.....	199
2. PLANES PRIVADOS	202
2.1. La internalización de costes	203
2.2. La planificación para el orden espontáneo	206
3. LA OFERTA Y LA DEMANDA DE PLANES	207

	<u>Pág.</u>
3.1. La necesidad de planes sociales	207
3.2. Falta de consenso	209
3.3. La jerarquía como solución	209
3.4. La función pública	212
3.5. La institucionalización de planes	213
4. EL DERECHO COMO PLAN SOCIAL	215
4.1. ¿Sanciones?	215
4.2. Las circunstancias de la legalidad	216
5. EL DERECHO COMO INSTRUMENTO UNIVERSAL	220
5.1. El problema del mal carácter	220
5.2. El plan es más poderoso que la espada	222
6. LA PRIMACÍA DE LOS HECHOS SOCIALES	223
7. LA POSIBILIDAD DE LA AUTORIDAD JURÍDICA	226
7.1. La capacidad de planificar	226
7.2. Autoridad jurídica y autoridad para planificar	228
7.3. La normatividad de la autoridad jurídica	229
7.4. La racionalidad interna del derecho	230
7.5. Afirmaciones adjetivales vs. perspectivistas	231
7.6. El punto de vista del derecho	234
7.7. Un nuevo examen del Desafío de HUME	236
8. COMPARACIONES	237

CAPÍTULO VII

LO QUE ES EL DERECHO

1. UNA INVERSIÓN DE LA ANALOGÍA ALMA-ESTADO	243
2. LA TESIS DE LA PLANIFICACIÓN	245
2.1. La senda del derecho	245
2.2. El <i>common law</i> como planificación ascendente	248
2.3. El aspecto positivo de los planes	250
2.4. La actividad jurídica es resolutoria, dispositiva e intencional	252
2.5. La actividad jurídica como planificación social	253
3. LA TESIS DE LA AGENCIA COMPARTIDA	255
3.1. El diseño del plan maestro	256
3.2. La unidad del derecho	259
4. FUNCIONES PÚBLICAS, INSTITUCIONALIDAD Y COACCIÓN....	260
4.1. Actividad oficial	261

	<u>Pág.</u>
4.2. Actividad institucional	262
4.3. Regulación forzosa.....	263
5. LA TESIS DEL FIN MORAL	265
5.1. Felices coincidencias	267
5.2. La representación de fines morales	269
6. ORGANIZACIONES QUE SE AUTOCERTIFICAN	270
6.1. Lo que no es el derecho	271
6.2. La presunción de validez	273
6.3. Grados de juridicidad	277
7. LAS LEYES COMO PLANES, O NORMAS SIMILARES A LOS PLANES	278
7.1. Directivas, permisos y estipulaciones	280
7.2. Una nota sobre la definición de los delitos	282
7.3. Autorizaciones e instrucciones.....	283
8. DERECHO, PLAN Y CRÍTICA.....	285
9. LA CUESTIÓN DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA	287

CAPÍTULO VIII

EL RAZONAMIENTO JURÍDICO Y LAS DECISIONES JUDICIALES

1. LA DURA REALIDAD	289
2. EL FORMALISMO JURÍDICO	296
2.1. Cuatro tesis del formalismo jurídico	297
2.2. La regla de la expedición	299
3. LA CONEXIÓN ENTRE EL POSITIVISMO Y EL FORMALISMO.....	301
4. NÚCLEO Y PENUMBRA.....	303
4.1. Razonamiento jurídico y toma de decisiones judiciales	304
4.2. Las limitaciones de la guía de conducta	305
4.3. Los límites de lo social	307
5. LOS FORMALISTAS MODERADOS	310
5.1. Interpretación basada en los propósitos	310
5.2. La restricción judicial	313
6. ¿ES TAN DURA LA REALIDAD?.....	316

CAPÍTULO IX

LOS CASOS DIFÍCILES

1.	FORMALISMO ENCUBIERTO	319
2.	RESPUESTAS CORRECTAS EN LOS CASOS DIFÍCILES	322
2.1.	Reglas y principios.....	322
2.2.	Contra la discreción fuerte	324
2.3.	El rechazo del formalismo clásico	325
2.4.	El nuevo problema para el positivismo.....	326
3.	POSITIVISMO INCLUYENTE Y EXCLUYENTE.....	328
3.1.	El positivismo jurídico incluyente	331
3.2.	El positivismo jurídico excluyente.....	333
4.	EL POSITIVISMO INCLUYENTE VS. EL EXCLUYENTE	335
4.1.	Problemas terminológicos.....	336
4.2.	La lógica de los planes	337
4.3.	Planificación e indeterminación	339
4.4.	Un nuevo examen de la obligación jurídica.....	342

CAPÍTULO X

DESACUERDOS TEÓRICOS

1.	EL OTRO BUSH V. GORE	345
2.	DESACUERDOS JURÍDICOS	347
2.1.	Los fundamentos del derecho	348
2.2.	La concepción de los meros hechos	349
2.3.	TVA vs. Hill	351
3.	COMPARACIÓN DE CRÍTICAS	352
3.1.	Incoherencia e hipocresía.....	353
4.	INTERPRETACIÓN CONSTRUCTIVA	356
4.1.	La analogía literaria	356
4.2.	Ajuste y justificación.....	359
5.	INTERPRETAR LA PRÁCTICA JURÍDICA: PRIMERA ETAPA	360
5.1.	Concepciones del derecho.....	361
5.2.	El convencionalismo.....	361
5.3.	El derecho como integridad	363
6.	LA INTERPRETACIÓN DE LA PRÁCTICA JURÍDICA: SEGUNDA ETAPA.....	365

	<u>Pág.</u>
7. INTERPRETACIÓN Y META-INTERPRETACIÓN.....	367
7.1. Meta-interpretación.....	370

CAPÍTULO XI

DWORKIN Y LA DESCONFIANZA

1. JURISTAS FILÓSOFOS	373
2. EL ARGUMENTO DE LA LÓGICA GENERAL DE LOS PLANES.....	375
3. LA EVOLUCIÓN DE LA DESCONFIANZA	378
3.1. Whigismo radical	381
3.2. La primera ola: la degradación del poder ejecutivo.....	384
3.3. La segunda ola: el control del poder legislativo	387
3.4. La tercera ola: la pérdida de confianza en los individuos	390
3.5. Economizar en la virtud	392
4. DWORKIN Y LOS WHIGS	395
4.1. La temprana República	395
4.2. El sistema actual	398
5. LA CONFIANZA Y LA DIVERSIDAD TOMADAS EN SERIO.....	400

CAPÍTULO XII

LA ECONOMÍA DE CONFIANZA

1. PLANES Y CONFIANZA.....	404
1.1. El propósito de los planes	405
1.2. La gestión de la confianza y la desconfianza	406
1.3. Respetar la economía de la confianza	407
2. DERECHO Y CONFIANZA.....	408
2.1. El derecho y la gestión de la confianza	409
2.2. Deshaciendo el derecho	411
3. LOS JURISTAS Y LA CONFIANZA	413
4. DETERMINAR LA ECONOMÍA DE LA CONFIANZA.....	415
4.1. Dos puntos de vista	416
4.2. Jugar a ser Dios	419
4.3. Legitimidad	423
5. AUTORIDAD Y SISTEMAS OPORTUNISTAS.....	424

CAPÍTULO XIII

LA INTERPRETACIÓN DE LOS PLANES

1. LITERALISMO VS. PROPÓSITOS	427
2. LA TEORÍA DE LA PLANIFICACIÓN APLICADA A LA META-INTERPRETACIÓN	429
2.1. Quién es quién en la meta-interpretación.....	430
2.2. La economía de la confianza	431
2.3. La importancia del rol	432
3. ESPECIFICACIÓN	434
4. EXTRACCIÓN	436
4.1. La extracción como explicación	436
4.2. Juicios absolutos vs. relativos	438
4.3. Juicios generales vs. particulares	439
4.4. Alcance de la extracción	440
4.5. Síntesis	441
4.6. Objetivos	444
5. EVALUACIÓN	446
5.1. Las relaciones entre la confianza y la discreción	446
5.2. Discreción, texto y propósito	449
5.3. Literalismo cínico vs. ambicioso	453
6. LA COMPETENCIA	454
7. LA POSIBILIDAD DE DESACUERDOS TEÓRICOS	459
7.1. Una revisión de la pena de muerte	462
8. LOS SISTEMAS JURÍDICOS DE COSTUMBRE	464

CAPÍTULO XIV

EL VALOR DE LA LEGALIDAD

1. CASOS CENTRALES Y PERIFÉRICOS	469
2. EL GOBIERNO DE LOS PLANES	462
2.1. ¿Cuál es el valor de la legalidad?.....	475
3. PENSAR DE MANERA CONVENCIONAL	478
BIBLIOGRAFÍA	491
ÍNDICE ANALÍTICO	517

PREFACIO A LA EDICIÓN ESPAÑOLA

Al escribir este libro, nunca contemplé la posibilidad de que fuese traducido a otro idioma. Honestamente, estaba intentando publicarlo en inglés. Si hubiese escrito el libro teniendo en cuenta la traducción, tal vez habría escogido un título diferente. Mis muy capaces traductores me dicen que la palabra «*Legality*» es difícil de traducir al castellano, lo cual no debería ser sorprendente, dado que tampoco es fácil de definir en inglés. «*Legality*» es una palabra imprecisa, poco habitual en el discurso ordinario. Los angloparlantes emplean las palabras «*law*» (derecho), «*legal*» (jurídico) y «*lawful*» (lícito o conforme a derecho) todo el tiempo — rara vez hablan de «*legality*» (legalidad)—. Ahora que el libro aparece traducido, debo al lector una explicación del significado del título del libro y cómo su contenido se relaciona con él, especialmente si se tiene en cuenta que los sentidos que se asocian en español a la palabra «legalidad» son distintos de los que se asocian a «*legality*».

Es posible distinguir tres sentidos diferentes de «legalidad» en inglés. En primer lugar, la palabra puede expresar la propiedad de pertenecer a una clase jurídica. Esta definición está expresada con cierta torpeza, pero la idea es clara: la legalidad (en este primer sentido) es la propiedad que comparten todas las instituciones, actos, eventos, funcionarios y textos jurídicos. Es lo que hace que el derecho sea *derecho*. Digamos que este es el sentido clasificatorio. Cuando los filósofos hablan y debaten sobre la relación entre la «legalidad y la moral», por ejemplo, tienen en mente este sentido clasificatorio.

En segundo lugar, la palabra puede expresar un valor distintivo de las instituciones jurídicas. Este es el uso técnico que emplean los juristas, por ejemplo, cuando se refieren al «principio de legalidad». Denominémoslo el

sentido de la «legalidad» como «valor». Se piensa que la conformidad con el derecho promueve y realiza ciertos valores distintivos, aquellos que normalmente asociamos con el Estado de Derecho.

En tercer lugar, la palabra puede expresar la propiedad de ser conforme a derecho. Este «sentido de conformidad» es el significado usual en el habla ordinaria, aunque normalmente termina sonando muy formal. Cuando alguien pregunta por la legalidad, digamos, de la guerra de Irak, tiene en mente el sentido de conformidad. Desean saber si comenzar la guerra se ajusta al derecho o, más simplemente, si la guerra es lícita.

El libro es un intento por explicar cómo se relacionan las propiedades y los valores expresados en los tres sentidos de «legalidad» —el clasificatorio, el valorativo y el de conformidad—. La indagación básica comienza con la clasificación, a saber, preguntando qué propiedad hace que las instituciones y normas jurídicas sean instituciones y normas *jurídicas*. El argumento principal del libro es que las instituciones jurídicas son instituciones de planificación de un tipo sofisticado y que las normas que ellas crean son planes.

El análisis luego se centra en el valor de la legalidad. Sostengo que la naturaleza planificadora del derecho puede ayudarnos a comprender el valor inherente a contar con un sistema jurídico. ¿Por qué es bueno (en efecto, necesario) para las sociedades medianamente complejas tener derecho? La respuesta que propongo es que los sistemas jurídicos permiten resolver problemas que no podían ser resueltos, o tan bien resueltos, en su ausencia. Son una tecnología sofisticada para gestionar las complejidades de la vida social. En otras palabras, el valor de la legalidad es el valor de la planificación social.

Tras especificar la legalidad como clase y valor, el libro se ocupa finalmente de la conformidad. ¿Cuándo una acción es lícita? O, en términos más filosóficos, ¿cómo se determina el contenido del derecho de modo que pueda afirmarse de una cierta acción que es conforme a derecho? Argumento que la determinación del derecho debe tomar en cuenta la naturaleza planificadora del derecho. En particular, debe tomar en cuenta la manera en la cual los valores de la planificación social se plasman e incorporan en la estructura institucional del sistema jurídico en cuestión.

Por tanto, los tres sentidos de «legalidad» están fuertemente interconectados. La legalidad de la acción conforme a derecho depende del valor de la legalidad. Y el valor de la legalidad depende del tipo de entidad que es el derecho. Dado que los sistemas jurídicos son sistemas de planificación, promueven y realizan los valores de la planificación social y este valor contribuye al contenido de los planes que producen.

CAPÍTULO I

¿QUÉ ES EL DERECHO (Y POR QUÉ DEBERÍA IMPORTARNOS)?

1. ¿QUÉ ES LA FILOSOFÍA DEL DERECHO?

Cuando preparaba mi acceso al bachillerato, mi madre me aconsejó que en el campo de la solicitud destinado a «futura carrera» escribiese «jurisprudencia médica». Obviamente, yo desconocía por completo qué era la jurisprudencia médica, y ni siquiera había escuchado la palabra «jurisprudencia» antes. Pero, en parte para calmar a mi madre, y además porque no tenía otras ideas sobre mi futuro profesional, hice caso a su recomendación. Inexplicablemente, me admitieron en la escuela de todas formas.

Ahora, treinta años más tarde, sé que en esa ocasión «jurisprudencia» no era más que un modo elegante, y un poco arcaico, de decir «derecho». Entonces, puedo inferir que alguien que se dedica a la jurisprudencia médica se encarga del derecho médico, aunque, para ser honesto, todavía no tengo claro qué es *exactamente* el derecho médico. De manera similar, sé que cuando los juristas hablan con grandilocuencia de, por ejemplo, la «Jurisprudencia de la Cuarta Enmienda», se refieren a la Cuarta Enmienda de la Constitución de Estados Unidos y la doctrina jurídica elaborada en torno a ella.

Además, sé que el término «jurisprudencia» también tiene otros usos aceptados. Por ejemplo, con frecuencia se emplea para denotar el *estudio académico* del derecho: es decir, la rama de la enseñanza en la cual participan profesores de derecho. Siguiendo este uso, aquellos que se dedican a la jurisprudencia se encargan de describir el derecho de determinados sistemas

jurídicos. Tradicionalmente, esto implica desarrollar teorías donde se exponen los principios generales que integran la estructura de una determinada área de la doctrina jurídica y luego enumerar las normas concretas que expresan los principios mencionados. Este uso del término «jurisprudencia médica» no se referiría a las reglas jurídicas que regulan las cuestiones médicas, como en el primer ejemplo, sino a una subdisciplina académica, como la física del estado sólido o la lingüística japonesa. Vale la pena señalar también que este uso se ajusta a la etimología del término, ya que la palabra *jurisprudencia* en latín significa «conocimiento del derecho».

Sin embargo, la mayoría de los académicos del derecho en los países angloparlantes no se llaman a sí mismos «jurisprudentes»¹. La palabra «jurisprudencia» generalmente se reserva para el estudio *filosófico* del derecho; y un jurisprudente, si es que alguna vez se utiliza este término, es alguien que se dedica a este tipo de estudio concreto de orientación filosófica. En este sentido, es importante destacar que la categoría «jurisprudencia» no aparece en el título de *todos* los cursos de las facultades de derecho estadounidenses y británicas, sino que se reserva a aquellos cursos que analizan los problemas filosóficos que plantea el derecho. De hecho, algunos académicos han sido un poco más meticulosos y distinguen entre jurisprudencia, por una parte, y filosofía jurídica, por la otra. Francamente, desconozco la relevancia de esta distinción, de modo que la dejaré de lado en las siguientes secciones y emplearé los términos «jurisprudencia» y «filosofía jurídica» de manera indistinta.

1.1. Filosofía del derecho: normativa y analítica

La teoría del derecho como disciplina filosófica tradicionalmente se divide en dos áreas: la normativa y la analítica. La teoría normativa del derecho se ocupa de los fundamentos *morales* del derecho, mientras que la teoría analítica del derecho examina sus fundamentos *metafísicos*. Analizaremos por separado cada una de ellas.

La teoría normativa del derecho es el estudio del derecho desde una perspectiva moral y presenta dos vertientes, a las que me referiré como *interpretativa* y *crítica*. Los teóricos del derecho *interpretativos* intentan ofrecer una explicación de la lógica o los fundamentos morales *concretos* del derecho vigente. Así, por ejemplo, pueden proponerse responder a la pregunta de por qué nuestro derecho penal castiga a los delincuentes. ¿Lo

¹ En cambio, los departamentos de derecho de las universidades continentales usualmente se denominan «departamentos de jurisprudencia».

hace para disuadirlos de que comentan delitos o para rehabilitarlos? ¿Castigamos con el fin de incapacitar a los delincuentes por un cierto tiempo o para asegurarnos de que reciban su merecido? Otro ejemplo es el del teórico interpretativo que se interesa por identificar el propósito o la función moral del derecho contractual. ¿Ciertos contratos son jurídicamente vinculantes para las partes porque estas hicieron promesas al celebrarlos, o porque la eficiencia económica exige que las personas respondan por sus acuerdos? Y estas son solo algunas preguntas.

Aquellos que se dedican a la vertiente *crítica* de la teoría normativa del derecho se ocupan de otra pregunta. En vez de intentar describir los fundamentos morales *concretos* del derecho vigente, desean establecer cómo *debería* ser el derecho desde un punto de vista moral. Así, por ejemplo, un teórico crítico no describe por qué el derecho penal existente castiga a los delincuentes, como lo haría el teórico interpretativo, y analiza en cambio si los delincuentes deberían ser castigados o no. El objetivo no es capturar la lógica moral del derecho penal actual sino determinar si esa lógica está justificada. Como sus nombres sugieren, la teoría crítica del derecho, la teoría crítica de la raza y la teoría feminista del derecho son ejemplos de la vertiente crítica de la teoría normativa del derecho. Cada una se ocupa de evaluar los sistemas jurídicos existentes en función de criterios morales, mostrando que el derecho vigente, injustamente y de manera encubierta, privilegia a ciertos grupos (capitalistas, las personas caucásicas, hombres) a costa de otros (los trabajadores, las minorías raciales, las mujeres).

La teoría analítica del derecho, en cambio, no se ocupa de la moral. Más bien, analiza la naturaleza del derecho y las entidades jurídicas, y su objeto de estudio abarca, entre otros, los sistemas jurídicos, las leyes, las reglas, los derechos, la autoridad, la validez, la obligación, la interpretación, la soberanía, los tribunales, la causa próxima, la propiedad, el delito, el ilícito extracontractual y la negligencia. Los teóricos analíticos del derecho buscan determinar la naturaleza fundamental de estos objetos de estudio en concreto a través de preguntas analíticas, tales como: ¿qué distingue los sistemas jurídicos de los juegos, las reglas del protocolo y la religión? ¿Todas las normas son reglas? ¿Son los derechos jurídicos una clase de derechos morales? ¿Es el razonamiento jurídico una variante especial de razonamiento? ¿Es la causalidad jurídica idéntica a la causalidad del sentido común? ¿Puede entenderse mejor la propiedad como un conjunto de derechos? ¿Qué diferencia los ilícitos extracontractuales de los delitos? Etcétera².

² A decir verdad, la línea que divide la teoría analítica del derecho y la rama interpretativa de la teoría normativa del derecho no siempre es del todo clara. ¿Es posible, por ejemplo, comprender el concepto de ilícito extracontractual y su diferencia respecto del delito, si no entendemos por qué las personas son responsables por los ilícitos extracontractuales que cometen? Parecería

1.2. ¿Qué significa «¿qué es el derecho?»?

Este libro se ocupa principalmente de la teoría analítica del derecho. En los próximos capítulos, me he propuesto tres objetivos: analizar la pregunta fundamental «¿qué es el derecho?»; examinar algunas respuestas a esta pregunta que han tenido trascendencia a lo largo de la historia; y, por último, proponer una explicación nueva que, con suerte, será mejor que las anteriores.

Soy consciente de que muchos se preguntan por qué alguien leería o debería leer un libro sobre teoría analítica del derecho, y mucho menos *escribir* un libro de este tipo. He aprendido a través de mi propia experiencia que la relevancia de este tipo de investigación no es evidente para un gran número de personas, incluidos los académicos del derecho, y generalmente es recibida con mucho más escepticismo que la teoría normativa del derecho. Esto tiene una razón evidente y comprensible. Las preguntas morales de las que se ocupa la teoría normativa del derecho se relacionan directamente con los temas candentes de hoy en día, como: ¿por qué castigar a los criminales? ¿Deberían tener las mujeres un derecho jurídicamente protegido a poner fin a su embarazo? ¿Deberían los adultos capaces tener el derecho a morir? ¿Deberían tener derecho a contraer matrimonio las parejas del mismo sexo? ¿Cuáles son los límites de la autoridad estatal en tiempos de terrorismo global? Casi todo el mundo acepta que la moralidad del derecho constituye un área de investigación no solo relevante, sino además vital.

Las preguntas relativas a la naturaleza fundamental del derecho —tradicionalmente formuladas como «¿qué es el derecho?»— parecen, en cambio, involucrar e interesar a una minoría de personas. En primer lugar, hay un sentido claro en el cual las personas *saben* qué es el derecho. Casi todos saben que los sistemas jurídicos están conformados por tribunales, parlamentos y policía, y podrían identificarlos fácilmente en imágenes o descripciones. En efecto, las instituciones jurídicas son entidades de una fuerte prominencia que se encargan de pregonar su estatus oficial cada vez que pueden. La mayoría de las personas también advierte que estas instituciones regulan numerosos aspectos de la vida contemporánea. Para ello, crean y aplican reglas que prohíben la agresión física, el robo y otras actividades inmorales, y que regulan las relaciones de propiedad, la asunción voluntaria de obligaciones y la estructura de la familia. Por supuesto, estas reglas se plasman en textos extensos y existe una legión de profesionales cuya única

que, al menos en estos casos, no podríamos formular una teoría analítica del derecho sin hacer a su vez teoría normativa del derecho.

función es asesorar sobre sus significados e implicaciones. De hecho, es posible que el escepticismo de juristas y estudiantes de derecho respecto de la teoría analítica del derecho se deba precisamente a que ya tienen bastante conocimiento acerca del derecho. Lo que resta por ver en estos casos es en qué medida la pregunta «¿qué es el derecho?», planteada en un alto nivel de abstracción, como suele hacerlo el teórico analítico del derecho, podría contribuir a incrementar su conocimiento. ¿Debería la teoría analítica del derecho ser de interés para otras personas además de los filósofos y, en caso afirmativo, por qué?

Es imposible realizar avances concretos respecto de esta pregunta —sobre la relevancia— sin antes aclarar qué tipo de cuestiones interesan a los teóricos analíticos del derecho. Cuando se estudia *la naturaleza del derecho*, ¿qué se está estudiando exactamente? ¿Qué significa en el fondo la pregunta «¿qué es el derecho?». Es indispensable tener una comprensión sólida de esta pregunta para apreciar cuál sería la utilidad de formularla.

1.3. «Derecho»

Evidentemente, el término central en este contexto es «derecho», y lo primero que debe notarse acerca de él es su ambigüedad. En muchos casos, «derecho» funciona como lo que los lingüistas denominan términos de masa, como «nieve» o «carne», y por tanto refiere a una cantidad incontable de normas jurídicas. Cuando nos preguntamos, por ejemplo, si en un sistema jurídico en concreto hay un gran volumen de derecho de las telecomunicaciones (una pregunta similar a si hay mucha nieve afuera) estamos empleando este uso particular. Pero, a diferencia de muchos otros términos de masa, «derecho» también puede combinarse con un artículo indefinido. No se puede jugar con *una* nieve, pero *se puede* crear, aplicar, estudiar, detestar o respetar *un* derecho. En este primer sentido, «derecho» es como «piedra» o «cordero»: en sí mismos, se trata de términos de masa, pero cuando están precedidos por un artículo indefinido o son pluralizados, se convierten en términos contables. Entonces, del mismo modo en que puede preguntarse cuántas piedras hay en el jardín, también puede preguntarse si un país o sistema jurídico en concreto tiene muchos derechos civiles.

El término «derecho» también es utilizado con frecuencia para aludir a una organización social concreta. Puede decirse, por ejemplo, que el derecho reivindica la facultad de emplear la fuerza para garantizar el cumplimiento de sus reglas. En este ejemplo, «derecho» no se refiere a un conjunto indefinido de normas jurídicas, sino a una organización que crea, aplica y hace cumplir tales normas. Y, en estos casos, «derecho» *puede* ir acompañada-

do por un artículo definido —podemos hablar de «el derecho»— mientras que agregarle un artículo indefinido o pluralizarlo supondría cambiarle su significado.

El término «sistema jurídico» está afectado por una ambigüedad similar. De acuerdo con un uso del término, un sistema jurídico es un sistema de normas concreto. Por ejemplo: el sistema jurídico estadounidense está constituido por la suma total de todas las normas de Estados Unidos y sus interrelaciones. En otros casos, sin embargo, el término «sistema jurídico» denota una institución u organización concreta. En estos casos, el sistema jurídico estadounidense se entiende como una organización constituida por senadores, jueces, ministros, empleados administrativos, policías, etc. O, en otras palabras, en el primer sentido de «sistema jurídico», los sistemas jurídicos están constituidos por *normas*; en el segundo sentido, están constituidos por *personas*.

Dado que los términos «derecho» y «sistema jurídico» son ambiguos, las preguntas «¿qué es el derecho?» y «¿qué son los sistemas jurídicos?» también resultan necesariamente ambiguas. Es difícil saber si estas preguntas indagan sobre la naturaleza de las normas jurídicas o sobre la naturaleza de las organizaciones jurídicas. Cuando se trata del primer tipo de indagación, el análisis filosófico normalmente se centrará en preguntas como ¿cuándo existen las normas jurídicas? ¿Cuál es su estructura lógica? ¿Existen distintos tipos de normas jurídicas? ¿Cuáles son las interrelaciones entre las distintas normas de un sistema jurídico? Cuando se emprende el segundo tipo de indagación, el análisis se aboca a preguntas como ¿a qué se dedica la organización? ¿Qué se supone que debería hacer? ¿Cuál es su estructura general? ¿Por qué ciertos sistemas jurídicos tienen determinadas estructuras institucionales? ¿Cómo se relacionan entre sí los distintos participantes en estos sistemas?

En general, los teóricos del derecho han tomado el primero de estos dos caminos. Estudian los fenómenos jurídicos analizando las normas producidas por las organizaciones jurídicas en vez de las organizaciones que las producen. En este sentido, la filosofía del derecho se ha resistido al «giro organizacional» seguido por muchas otras disciplinas académicas. En el siglo pasado, psicólogos, antropólogos, sociólogos, economistas y politólogos se han centrado en las organizaciones para estudiar conductas individuales y grupales en entornos institucionales, así como en el desempeño de las mismas instituciones. Este enfoque ha sido sumamente provechoso; ha generado gran cantidad de campos novedosos, incluyendo la teoría de la burocracia, la economía de los costes de transacción, la ciencia del gerenciamiento, los estudios legislativos y la teoría de sistemas. Los académicos del derecho, por supuesto, durante mucho tiempo han investigado y analizado la

adecuada regulación de las organizaciones, tales como legislaturas, tribunales, sociedades que cotizan en bolsa, cooperativas de trabajadores, bancos, iglesias, escuelas, asociaciones de comercio, etc. La Escuela del Proceso Jurídico (*School of Legal Process*), iniciada por los juristas Henry HART y Albert SACKS, fue una concepción sumamente influyente del sistema jurídico estadounidense que analizó el derecho desde el punto de vista organizacional. En los últimos años, los filósofos de la acción comenzaron a analizar la naturaleza de los grupos en general y de la acción colectiva en particular.

La filosofía del derecho, no obstante, ha permanecido relativamente ajena al tipo de análisis organizacional que se ha convertido en una característica prominente y productiva de estas otras disciplinas. Dado que difícilmente pueda negarse que los sistemas jurídicos son organizaciones dirigidas por grupos con una determinada cultura, o que tienen estructuras institucionales distintivas destinadas a conseguir ciertos objetivos políticos, esta aparente falta de interés resulta sorprendente. Empleando una analogía de la economía, puede pensarse en el derecho como una clase de empresa cuyas subdivisiones incluyen legislaturas, organismos administrativos, tribunales y departamentos de policía. Claramente, esta empresa no produce nada que se ofrezca en el mercado, sino que produce derecho. Sin embargo, del mismo modo que el economista se pregunta por qué los agentes económicos se organizan en empresas en lugar de realizar transacciones independientes en el mercado en forma continua, el filósofo puede preguntarse por qué los agentes morales crean sistemas jurídicos que producen normas en lugar de deliberar y negociar los términos de la interacción social entre ellos. Como intentaré mostrar, la respuesta a esta pregunta no solo esclarece la naturaleza de las organizaciones jurídicas —su misión distintiva, su *modus operandi*, etc.—, sino que es también una condición previa para abordar cuestiones referidas a la naturaleza de las normas jurídicas. En otras palabras, no puede comprenderse qué son las normas a menos que se entienda antes cómo y con qué propósito son producidas por el sistema jurídico.

Retomaré estos temas con mayor detalle en los siguientes capítulos. Mi propósito aquí ha sido simplemente señalar de manera preliminar la naturaleza ambigua de los términos «derecho» y «sistema jurídico», para resolver las ambigüedades y así identificar las preguntas centrales de la teoría analítica del derecho con mayor precisión. Sin embargo, en la práctica, la evocación de estos términos es en general inocua y los emplearé en forma ambigua cuando resulte engorroso un uso más preciso.

Ciertamente, si uno quisiera ser exigente, se podrían evitar por completo las ambigüedades aquí identificadas hablando de la legalidad, es decir, acerca de la propiedad de ser derecho. Tanto las normas, como las organizaciones jurídicas son manifestaciones de una misma propiedad —ambas

son objetos *jurídicos*—. Por tanto, algunas veces hablaré directamente de la legalidad, en cuyo caso me estaré refiriendo a una propiedad que puede ser instanciada por normas, organizaciones, funcionarios, textos, conceptos, enunciados, juicios, etcétera³.

1.4. Derecho, el derecho y «derecho»

Es importante distinguir la pregunta «¿qué es el derecho?» de la pregunta, en apariencia similar, «¿cuál es el derecho?». La segunda es, desde luego, una pregunta jurídica familiar y común. Refleja el deseo de saber qué dispone el derecho respecto de una cuestión *concreta* y es el tipo de pregunta que un cliente probablemente formularía a su abogado. La primera pregunta, en cambio, *no* se refiere al estado actual *del* derecho. Refleja un intento filosófico por comprender *la naturaleza del derecho en general*.

También es importante distinguir entre la pregunta «¿qué es el derecho?» y la pregunta «¿qué es “derecho”?». Esta segunda pregunta se refiere al significado de la palabra «derecho», y no a la naturaleza de la referencia de la palabra, a saber, el derecho. Pese a ello, a veces se piensa que es esta última pregunta semántica la que interesa a la teoría analítica del derecho, y que los teóricos del derecho están principalmente intentando definir la *palabra* «derecho». Pero esta impresión es equivocada. La filosofía jurídica no es igual a lexicografía. No es un intento deliberado de engrosar los diccionarios, sino que se trata más bien de un esfuerzo por comprender *la naturaleza de una institución social y sus productos*.

Una razón evidente por la cual la filosofía del derecho no se ocupa solamente de la definición de «derecho» es que el término «*law*» (N. de T.: que hemos traducido aquí como «derecho»), es una palabra inglesa y quienes no hablan inglés pueden dedicarse a la filosofía del derecho, y efectivamente lo hacen. Asimismo, ni siquiera es posible para un angloparlante hacer filosofía del derecho considerando tan solo el uso correcto de la palabra «derecho», ya que esta palabra es a la vez demasiado amplia y demasiado restringida. Es demasiado amplia en la medida en que muchas cosas que los angloparlantes llaman «derecho» (*law*) no son derecho en el sentido relevante, como por ejemplo, el derecho divino (*divine law*), el derecho moral

³ Lamentablemente, el término «legalidad» presenta sus propias ambigüedades. A veces se refiere a la propiedad de ser jurídico o legítimo. Por lo tanto, podemos preguntarnos por la legalidad de girar en U en medio de la calle. En otras ocasiones, «legalidad» refiere a un valor o conjunto de valores, en particular, aquellos valores asociados con el Estado de Derecho. El principio de legalidad, por ejemplo, requiere que las leyes sean claras, prospectivas, promulgadas, etc. Sobre el valor de la legalidad, véase el capítulo 14.

(*the moral law*), la ley de Boyle (*Boyle's law*), la ley del coseno (*the law of cosines*)*, etcétera⁴. Los teóricos del derecho no se ocupan de todo aquello a lo que podría aplicarse el término «derecho», sino de las normas *jurídicas* y los sistemas *jurídicos*. Por otra parte, la palabra «derecho» (*law*) también es excesivamente restringida. Como señaló Jeremy BENTHAM, los juristas de habla inglesa reservan esta palabra para aquellas reglas que han sido promulgadas por el legislador. Por ejemplo, se dice que el Congreso aprobó una ley (*law*), pero que la agencia de protección ambiental creó una *regulación*. De manera similar, el presidente emite un decreto, no una ley ejecutiva⁵. Por tanto, si solo se presta atención al uso lingüístico podemos terminar pensando, equivocadamente, que únicamente el Congreso crea derecho, cuando en realidad la mayor parte del derecho en Estados Unidos es creado por el poder ejecutivo en vez del legislativo⁶.

2. LA NATURALEZA DE UN OBJETO

Como hemos visto, entonces, preguntar «¿qué es el derecho?» supone indagar sobre la naturaleza fundamental del derecho. En esta sección, me gustaría continuar desentrañando esta pregunta y examinar qué es lo que deseamos saber exactamente cuando indagamos sobre la naturaleza de algo.

Una posibilidad es que estemos preguntando acerca de la *identidad* del objeto, es decir, en qué consiste ser ese objeto. Por ejemplo, los filósofos que estudian epistemología investigan la naturaleza del conocimiento. Preguntar «¿qué es el conocimiento?» es preguntar qué hay en el conocimiento que lo hace *conocimiento*. La respuesta clásica a esta pregunta afirma que

* Como se verá a continuación, la palabra «*law*» es ambigua también en cuanto refiere al derecho y a la ley, que es una fuente del derecho en concreto. De ahí que la palabra «*law*» sea excesivamente amplia en el sentido que señala el autor, en tanto se refiere a cierto tipo de normas (incluyendo las jurídicas) y a las leyes científicas. En castellano, este mismo problema también existe, pero no respecto de la palabra «derecho», sino solamente respecto de la palabra «ley» (N. de T.).

⁴ Véase RAZ, 1994a: 196-198.

⁵ BENTHAM, 1970: 9.

⁶ A veces también se afirma que a los filósofos del derecho en ningún caso les interesa el significado de la palabra «derecho». Así como los químicos están interesados en la composición química del agua, y no en las propiedades semánticas de la palabra «agua», los filósofos del derecho se preocupan por la naturaleza de una determinada práctica social y sus productos, y no por la palabra empleada para referir a la práctica. Pero esta postura es también demasiado rígida. No parece haber razones por las cuales los filósofos del derecho deban abstenerse de opinar sobre el significado de la palabra «derecho», al igual que de la metafísica del derecho. Para un excelente análisis de la palabra «derecho», véase COLEMAN y SIMCHEN: 2003. Aunque no encuentro razones para considerar que la investigación del aspecto semántico deba estar excluida del ámbito propio de la teoría del derecho, diré muy poco en este libro acerca de ello. Mi principal interés es investigar la naturaleza del derecho, y no la palabra «derecho».

el conocimiento es una creencia verdadera y justificada. Esto responde a la pregunta porque sostiene que lo que hace que una instancia de conocimiento sea *conocimiento* es que se trata de una creencia que es a la vez verdadera y está justificada.

En general, preguntarse por la identidad de X equivale a preguntarse qué característica de X hace que sea X y no Y o Z o cualquier otra cosa semejante. Denominemos «Pregunta de la Identidad» a esta cuestión. Una respuesta correcta a la Pregunta de la Identidad debe exponer un conjunto de propiedades que hacen de las instancias (reales o posibles) de X el objeto que son. La identidad del agua, para tomar otro ejemplo, es H_2O porque el agua es simplemente H_2O . Ser H_2O es lo que hace que el agua sea *agua*. Respecto del derecho, por consiguiente, responder a la pregunta «¿qué es el derecho?» es descubrir, según esta interpretación, qué hace que todas las instancias de derecho, y solo ellas, sean instancias de *derecho* y no otra cosa.

También es posible que la investigación sobre la naturaleza de una entidad no esté principalmente enfocada en la Pregunta de la Identidad. En estos casos, no nos interesa tanto qué hace que un objeto sea lo que es, sino más bien *qué implica necesariamente* el hecho de que sea lo que es y no otra cosa. Me referiré a esta cuestión como la «Pregunta de la Implicación».

Considérese el número 3. Podría decirse que lo que hace del número 3 el número 3 es que es el número que sigue luego del 2. La identidad del 3, por lo tanto, es ser el sucesor del 2. Sin embargo, cuando los matemáticos estudian el número 3 están claramente interesados en algo más que su identidad. Los matemáticos desean conocer todas sus propiedades matemáticas. En otras palabras, desean saber *qué implica* el hecho de que un cierto número sea el número 3 y no ningún otro número. Consideremos un hallazgo trivial: los matemáticos han descubierto que el número 3 es un número primo. Aunque ser un número primo no es parte de la identidad del número 3 (sí lo es ser el sucesor de 2), podría decirse que es parte de la naturaleza del 3, ya que ser el 3 necesariamente implica ser primo. En otras palabras, ser primo es parte de la naturaleza del 3 porque si un número no es primo, entonces es imposible que sea el 3.

En este segundo sentido de «naturaleza», descubrir la naturaleza de una entidad es, en parte, descubrir aquellas propiedades que tiene *necesariamente*. Un objeto tiene necesariamente una propiedad solo si no podría carecer de ella. Por lo tanto, determinar la naturaleza del derecho, en este segundo sentido, consiste en parte en descubrir sus propiedades necesarias, es decir, aquellas propiedades que el derecho no podría dejar de tener.

Debe destacarse que cuando los filósofos se preguntan por la naturaleza de un objeto, no se interesan por *todas* las propiedades que este posee

necesariamente. Por ejemplo, es necesariamente verdadero que todo conocimiento es idéntico a sí mismo y que el número 3 no está casado con el número 7. Pero su investigación sobre la naturaleza del conocimiento o los números no pretende descubrir y catalogar todas estas propiedades porque, aunque son necesarias, son también poco interesantes. En parte, son poco interesantes porque no son *distintivas* de las entidades en cuestión. Todo objeto es idéntico a sí mismo e incapaz de casarse con el número 7. Cuando nos preguntamos por la naturaleza del derecho, por ejemplo, deseamos saber qué propiedades posee el derecho necesariamente en virtud de ser una instancia de derecho y no un juego, reglas sociales de protocolo, religión u otra cosa.

Otra razón por la cual estas propiedades no son interesantes es que saber que estas entidades las poseen no responde ninguna pregunta interesante. Nadie se pregunta si el conocimiento es idéntico a sí mismo o cuál es el estado civil de un determinado número. Ciertamente, que los filósofos consideren interesante una determinada propiedad necesaria dependerá, en alguna medida, del contexto específico: dependerá de qué cuestiones y fenómenos parecen más desconcertantes en un momento dado. Cada generación identifica nuevos problemas, y estos nuevos desafíos centrales inciden en las propiedades que los filósofos del derecho intentarán catalogar y estudiar.

Cabe señalar que cuando los filósofos abordan la Pregunta de la Implicación respecto de un objeto, no están interesados solo en lo que implica necesariamente el hecho de que el objeto en cuestión tenga una determinada propiedad, sino también en lo que *no* implica necesariamente. En otras palabras, se preocupan asimismo por las propiedades contingentes del objeto. Por ejemplo, muchos filósofos del derecho han tratado de mostrar que la existencia de una obligación moral de obedecer al derecho es una característica contingente de los sistemas jurídicos. Por lo tanto, afirman que parte de la respuesta a la Pregunta de la Implicación es que el hecho de que algo sea derecho *no* implica necesariamente que sus sujetos tengan la obligación moral de obedecerlo. Otros, por cierto, creen precisamente lo contrario: afirman que el hecho de que algo sea derecho implica necesariamente que es moralmente obligatorio. Según este punto de vista, la legitimidad moral sería parte de la naturaleza de la legalidad en el segundo sentido.

Entonces, como hemos visto, cuando indagamos sobre la naturaleza de un objeto, podríamos estar preguntando dos cosas distintas⁷. Por un lado, podríamos estar preguntando acerca de la identidad del objeto, es decir, ¿qué

⁷ La distinción entre la identidad de una entidad y sus implicaciones necesarias se remonta a ARISTÓTELES. Véase ARISTÓTELES, *Tópicos*: I.5, 102a 18-25. Véase también MATTHEWS: 1990. Para una explicación moderna, véase FINE, 1994.

hace que sea el objeto que es? O bien podríamos estar preguntado sobre las implicaciones necesarias de su identidad, es decir, ¿qué implica necesariamente (o no) el hecho de que sea lo que es y no otra cosa distinta?

3. LA ESTRUCTURA DEL MUNDO SOCIAL

Dado que mi análisis hasta aquí ha sido más bien abstracto, quisiera reformular estas preguntas sobre la naturaleza del derecho en términos un poco más concretos. Todos somos conscientes de que clasificamos el mundo social de maneras muy complejas y sutiles. Por ejemplo, no nos referimos simplemente a determinados individuos ni a la humanidad en general, sino que establecemos distinciones exhaustivas y detalladas entre distintos tipos de grupos sociales. Hablamos de diferentes familias, grupos étnicos, grupos religiosos, clubes, naciones, clases, tribus, sectores de trabajadores, estudiantes, departamentos académicos, equipos deportivos, partidos políticos, tipos de personalidades, fanáticos de la televisión, etc.

También hablamos, por supuesto, de funcionarios públicos. Los jueces, los legisladores, las autoridades regulatorias, los fiscales y los oficiales de policía suelen ser clasificados como funcionarios públicos para distinguirlos de aquellos que carecen de la competencia jurídica para actuar. Y no solo distinguimos entre grupos jurídicos y no jurídicos dentro de una determinada comunidad, sino que también diferenciamos los grupos jurídicos de las distintas comunidades. Consideramos que los jueces, los ministros, los legisladores y el personal encargado de hacer cumplir la ley en Francia son parte del sistema jurídico francés y no, por ejemplo, del sistema jurídico británico. De manera similar, consideramos que los funcionarios británicos pertenecen a dicho sistema, y no al sistema francés.

Y, al igual que distinguimos entre diferentes grupos, también diferenciamos los sistemas de reglas. Por ejemplo, nos referimos a las reglas del cristianismo, de la familia Smith, del protocolo de la clase media estadounidense, del Rotary Club, del derecho francés, de la moral, del derecho canónico medieval, del ajedrez, de la Universidad de Cambridge, del Comité Olímpico, y así sucesivamente.

El hecho de que distingamos entre diferentes grupos y sistemas de reglas refleja un aspecto importante de nuestro mundo social: a saber, que es sumamente plural. Porque en un mundo en el cual todos tuviesen las mismas creencias y valores fundamentales, y en el cual la actividad de cada grupo fuese vista como una contribución a un objetivo global compartido, no habría necesidad de distinguir de manera tan minuciosa entre diferentes grupos y sus respectivas reglas. La pregunta «¿de quién es esta regla?» no tendría

particular relevancia, precisamente porque todos considerarían la totalidad de las reglas como igualmente válidas. Y, a pesar de que en ese mundo serían muchas las fuentes de reglas diferentes, sus habitantes no creerían que clasificarlas en función de su pedigrí u origen fuese relevante.

La diversidad ideológica del mundo moderno, en cambio, nos compele a distinguir entre diversos grupos y las exigencias contrapuestas que nos plantean. Si nos dicen que existe una regla que prohíbe una cierta acción, como por ejemplo, comer carne, deseearíamos saber *de quién* es esa regla. Si se trata de una regla moral, entonces tal vez lleguemos a obedecerla si nos persuaden de que comer carne es realmente inmoral (o si, al menos, nos sentimos culpables por no obedecerla). Pero si comer carne es simplemente una conducta contraria al derecho, tal vez optemos por desobedecerla y asumir las consecuencias. También existen otras posibilidades: la regla podría ser la de un amigo y nosotros podríamos optar por cumplirla cuando estamos ante él, para apoyarlo en su decisión de convertirse en vegetariano. Podría asimismo ser la regla de la iglesia en la que fuimos criados y cuyas enseñanzas ya no respetamos en la vida adulta. O bien nuestro interlocutor podría estar simplemente recordándonos nuestra nueva dieta vegetariana.

Por lo tanto, podría decirse que una de la motivaciones filosóficas principales para preguntar «¿qué es el derecho?» es intentar dar sentido a un aspecto importante de nuestro complejo sistema de clasificación social. Cuando esto se interpreta como una búsqueda para conocer la identidad del derecho, la tarea es taxonómica. Cuando afirmamos que una determinada regla es una regla jurídica, ¿qué hace que sea una regla jurídica, y no una regla de protocolo, del ajedrez, del catolicismo, de Microsoft, de la moral o de la concepción de la moral que tiene mi amigo? Y cuando decimos que una regla es una regla del derecho francés, ¿qué hace que sea una regla del derecho *francés*, y no del estadounidense, del chino, del judío o del iraní? Estas preguntas nos plantean el desafío de explicitar los principios que sustentan nuestra concepción ordinaria del mundo social.

Por otra parte, la pregunta «¿qué es el derecho?» puede ser entendida como la búsqueda de las propiedades necesarias e interesantes del derecho. Al abordar la Pregunta de la Implicación, no nos interesa por qué algo cuenta como una instancia de derecho, sino qué consecuencias tiene o no este hecho. En otras palabras, ¿qué debe ser verdad acerca de una regla en razón de que es una regla *jurídica*, y no una regla de protocolo, del ajedrez, del catolicismo... etc.? ¿Significa que quien no cumpla la regla recibirá un castigo? ¿Significa que ahora tiene la obligación moral de obedecerla? ¿Razonamos con esta regla de un modo distinto a como lo hacemos con las reglas no jurídicas? Estas preguntas intentan explicitar la lógica que subyace a nuestras clasificaciones sociales. Nos instan a que determinemos qué

implica, necesariamente, el hecho de que algo recaiga en una determinada casilla de nuestro esquema social y no en otra.

Los teóricos del derecho no siempre han estado interesados en responder las preguntas de la Identidad y de la Implicación al mismo tiempo⁸. Como veremos, algunos filósofos, como AUSTIN, se han centrado en la identidad del derecho, mientras que otros, como HART y DWORKIN, han estado mucho más interesados en sus implicaciones necesarias. En esta obra me propongo abordar ambos problemas. Es decir, en los próximos capítulos me ocuparé no solo de la pregunta referida a qué hace que el derecho sea *derecho*, sino también de la pregunta relacionada con cuáles son las consecuencias necesarias de que algo sea derecho.

4. ANÁLISIS CONCEPTUAL

Tradicionalmente, los filósofos analíticos se han aproximado a los problemas de la identidad y de la implicación empleando una metodología distintiva. Este método recibe varios nombres diferentes: «análisis conceptual», «metafísica descriptiva», «equilibrio reflexivo» y «reconstrucción racional». Por simplicidad y deferencia a la tradición, me referiré a él como «análisis conceptual»⁹.

⁸ Los filósofos del derecho tampoco han distinguido con cuidado entre las preguntas de la Identidad y de la Implicación. Por ejemplo, considérese la conocida «Tesis de la Separabilidad», que usualmente es formulada como la afirmación de que «no existe una conexión necesaria entre el derecho y la moral» (véase, por ejemplo, COLEMAN, 1988: 4). La tradición nos indica que los positivistas jurídicos aceptan la Tesis de la Separabilidad, mientras que los iusnaturalistas la rechazan. Recientemente, algunos filósofos han cuestionado que la Tesis de la Separabilidad sea un problema entre estas dos escuelas de pensamiento. Véase, v. gr., RAZ, 1994b: 226-227; COLEMAN, 2007; GREEN, 2009. Por ejemplo, RAZ sostiene que ningún positivista jurídico puede negar plausiblemente que exista una conexión necesaria entre el derecho y la moral. Según señala, es plausible suponer que el orden social que necesariamente genera el derecho es deseable en términos morales. De aquí se sigue que todos los sistemas jurídicos tienen algún aspecto moralmente deseable, incluso si a fin de cuentas el daño creado supera el beneficio, por lo que el derecho y la moral están necesariamente conectados. Pero en mi opinión la Tesis de la Separabilidad es en realidad una afirmación sobre la identidad del derecho, no sobre sus implicaciones necesarias. En otras palabras, los positivistas admiten que el derecho y la moral pueden compartir algunas propiedades necesarias. Sin embargo, sostienen que el derecho y la moral no están *esencialmente* conectados, y que las propiedades que hacen del derecho lo que es tienen una naturaleza no moral. Los iusnaturalistas, por su parte, insisten en que una institución social es una institución jurídica porque posee ciertas propiedades morales deseables. Creen que la moral es parte de la identidad del derecho. Según esta interpretación, entonces, la Tesis de la Separabilidad es un punto de desacuerdo entre positivistas jurídicos y iusnaturalistas.

⁹ La terminología «análisis conceptual» es un poco confusa, en la medida en que sugiere que el objeto de análisis es el concepto antes que la entidad a la que se aplica el concepto. Tal como emplearé el término, no obstante, denota el proceso que utiliza el concepto para analizar la naturaleza de las entidades que caen en su ámbito de aplicación. Como señala RAZ, aunque el libro de HART se llame *El concepto de derecho*, la mejor lectura de su teoría consiste en verla como un análisis de la naturaleza del derecho, en lugar del concepto. Véase RAZ, 2004: 324-325.