FINNIS, John. Ley natural y derechos naturales (traducción de Cristóbal Orrego Sánchez). Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000, pp. 37-55.

PRIMERA PARTE

CAPÍTULO I

DESCRIPCIÓN DEL DERECHO Y VALORACIÓN

SUMARIO: I.1. La formación de los conceptos para una ciencia social descriptiva.— I.2. Atención al fin práctico.— I.3. Selección del caso central y del significado focal.— I.4. Selección del punto de vista.— I.5. La teoría de la ley natural.— Notas.

I.1. LA FORMACIÓN DE LOS CONCEPTOS PARA UNA CIENCIA SOCIAL DESCRIPTIVA

Hay bienes humanos que solamente pueden ser conseguidos mediante las instituciones de la ley humana, y exigencias de razonabilidad práctica que sólo esas instituciones pueden satisfacer. El fin de este libro es identificar esos bienes y esas exigencias de razonabilidad práctica, y así mostrar cómo y bajo qué condiciones tales instituciones se justifican y las formas en que ellas pueden ser (y a menudo son) defectuosas.

A menudo se supone que una valoración del derecho como tipo de institución social, si acaso ha de intentarse, debe ser precedida por una descripción y un análisis libres de valoraciones de esa institución tal como existe de hecho. Pero el desarrollo de la moderna teoría del derecho sugiere, y la reflexión sobre la metodología de cualquier ciencia social confirma, que un teórico no puede proporcionar un análisis y descripción teórica de los hechos sociales a menos que también él participe en la tarea de valorar, de comprender qué es realmente bueno para las personas humanas y qué exige realmente la razonabilidad práctica.

Una ciencia social, como la teoría sociológica o analítica del derecho, busca describir, analizar y explicar algún objeto o materia. Este objeto está constituido por acciones humanas, prácticas, hábitos, disposiciones y por el discurso humano. Las acciones, prácticas, etc., están ciertamente influidas por las causas "naturales" adecuadamente estudiadas mediante los métodos de las ciencias naturales, incluyendo una parte de la psicología. Pero las acciones, prácticas, etc., solamente pueden comprenderse plenamente captan-

do su fin, es decir, su objetivo, su valor, su relevancia o importancia, tal como fueron concebidos por quienes realizaron esas acciones, participaron en esas prácticas, etc. Y estas concepciones sobre el fin, el valor, la relevancia y la importancia, se reflejarán en el discurso de esas mismas personas, en las distinciones conceptuales que ellas hacen u omiten o se niegan a hacer. Además, estas acciones, prácticas, etc., y por tanto estos conceptos, varían mucho de una persona a otra persona, de una sociedad a otra, de un tiempo y lugar a otros tiempos y lugares. *¿Cómo ha de haber, entonces, una teoría general descriptiva sobre estos pormenores cambiantes?*

Un teórico desea describir el derecho como, por ejemplo, una institución social. Pero las concepciones del derecho (y de *jus, lex, droit, nomos,...*) que las personas han tenido en mente y han usado para determinar su propia conducta son bastante diversas. La materia para la descripción del teórico no viene pulcramente delimitada de otras características de la práctica y vida social. Además, esta práctica y vida social tiene denominaciones en muchos idiomas. Los idiomas pueden ser aprendidos por hablantes de otros idiomas, pero los principios según los cuales se adoptan y aplican las denominaciones —*i.e.* los intereses prácticos y las interpretaciones sobre sí mismas de las personas cuyas conductas y disposiciones van a constituir la materia de estudio del teórico— no son uniformes. *¿Puede el teórico, entonces, hacer algo más que una lista de estas cambiantes concepciones y prácticas y de sus correspondientes denominaciones? Incluso una lista exige algún principio de selección de los objetos que se incluirán en ella. Y la teoría del derecho, como otras ciencias sociales, aspira a ser más que una conjunción de lexicografía e historia local, o incluso más que una yuxtaposición de todas las lexicografías unidas a todas las historias locales.*

¿Cómo decide el teórico qué ha de considerar como derecho para los fines de su descripción? Los primeros teóricos analíticos del derecho no muestran gran conciencia del problema. Ni Bentham ni Austin dan ninguna razón o justificación para las definiciones de derecho y de teoría del derecho que prefieren. Los dos tratan de mostrar cómo los datos de la experiencia jurídica pueden ser explicados en términos de esas definiciones. Pero las definiciones están simplemente puestas al principio y después se dan por sentadas. La noción de Bentham sobre los “elementos reales” de las ideas nos anima a suponer que fue atraído hacia su definición de ley (“una unión de signos declarativos de una volición concebida o adoptada por el soberano en un estado...”¹) por el hecho de que las uniones de signos (y los mandatos y prohibiciones de un determinado individuo o conjunto de individuos) son

¹ Bentham, *Of Laws*, pág. 1; sobre “elementos reales” y “entidades reales”, véase *ibid.*, págs. 2-3, 251-2, 278, 294, y *A Fragment on Government* (1776), Capítulo V, parág. vi, nota 1 (6).

“entidades reales” que causan una impresión empírica en la mente. Los *obiter dicta* de Austin sobre la metodología sugieren que las nociones de mandato, superior político y hábito de obediencia, eran atractivas para él precisamente por su simplicidad y precisión. Al parecer él quería que los “términos principales” de su sistema explicativo tuvieran la “simplicidad y precisión” presentes en el “método tan exitosamente seguido por los geómetras”.² Por eso no se preocupaba ni por la complejidad de algunas de las conclusiones (e.g. sobre la soberanía en las federaciones) exigidas por sus premisas definicionales, ni por la novedad y artificialidad de otras entre esas conclusiones (e.g. sobre el carácter extrajurídico del derecho constitucional, o la no existencia de derechos legales del soberano). Él apreciaba el “corto número” de sus términos principales;³ cualquier lector de Austin se da cuenta de que, como consecuencia, pierde relieve o se debilita la descripción de la experiencia jurídica.

En la “teoría general del derecho” de Kelsen no encontramos una atención crítica al problema metodológico de seleccionar los conceptos para los fines de una teoría general descriptiva o libre de valoraciones. Mas sí encontramos una percepción, no evidente en Bentham y Austin, de que el objetivo o función es intrínseco a la constitución, y por tanto a la comprensión descriptiva, de la materia en estudio. Así Kelsen define el derecho (*law*) como una técnica social específica: “la técnica social que consiste en obtener la deseada conducta social de los hombres mediante la amenaza de una medida de coacción que ha de aplicarse en caso de conducta contraria”.⁴ De aquí deriva su caracterización de la norma jurídica individual como una norma para la aplicación de una sanción, y de aquí derivan a su vez las otras características de su “nomoestática” y varias características de su “nomodinámica”. ¿Pero cómo propone Kelsen justificar la definición misma? Simplemente como sigue:

¿Qué puede tener en común el orden social de una tribu de negros bajo el mando de un jefe despótico —un orden igualmente llamado “*law*” (o “ley” o “derecho”)— con la constitución de la República suiza?

[Interrumpamos para preguntar: ¿Quién está imponiendo este nombre, esta denominación? ¿Qué voluntad de referirse así al orden social de la tribu

² Austin, *Province*, págs. 77-8.

³ *Ibid.*, pág. 78.

⁴ Kelsen, *General Theory*, pág. 19. Así el derecho es un medio específico para un fin específico: “El derecho es... un ordenamiento para la promoción de la paz” (*ibid.*, pág. 21); por ende, “el derecho es un orden de acuerdo con el cual el uso de la fuerza está generalmente prohibido, pero excepcionalmente está permitido, bajo ciertas circunstancias y para ciertos individuos, como una sanción” (pág. 22); véase también *ibid.*, págs. 392, 399.

(con un lenguaje que expresa distinciones que al jefe despótico y a sus súbditos no les interesa hacer) viene a ser de este modo decisiva?].

Mas hay un elemento común que justifica plenamente esta terminología... porque la palabra se refiere a esa técnica social específica que, no obstante las grandes diferencias... es con todo esencialmente la misma para todos estos pueblos que tanto difieren por el tiempo, el lugar y la cultura...

¿Qué podría ser más simple? Uno toma la palabra "law" (o "ley" o "derecho"). Ignorando un amplio rango de significados y referencias —como en "law of nature" ("ley de la naturaleza"), "moral law" ("ley moral"), "sociological law" ("ley sociológica"), "international law" ("derecho internacional"), "ecclesiastical law" ("ley eclesiástica"), "law of grammar" ("regla gramatical")— e ignorando además formas alternativas de referirse, e.g., al orden social de la "tribu de negros", uno determina la extensión del objeto significado por la palabra entendida según el uso lingüístico que uno ha seleccionado previamente (sin dar explicaciones). Después uno busca "un elemento común". Este *único elemento común* es el criterio que define la "esencia" del derecho (*law*) y, por ende, *el único aspecto* usado para caracterizar y para explicar descriptivamente la totalidad del objeto. Tenemos, por tanto, un solo concepto que puede ser predicado igualmente y *en el mismo sentido* (i.e. unívocamente) de todo lo que, según un uso lingüístico preteorético (que el teórico permite que determine su uso teórico), alguien estaba dispuesto a llamar "derecho" (*law*).

El poder explicativo, notablemente mayor, de posteriores análisis descriptivos del derecho, como los de H. L. A. Hart y Joseph Raz, ha de atribuirse a su ruptura verdaderamente decisiva con las metodologías algo ingenuas de Bentham, Austin y Kelsen. Este refinamiento del método tiene tres características principales, que se estudian en las tres secciones siguientes.

I.2. ATENCIÓN AL FIN PRÁCTICO

La crítica de Hart a Austin y Kelsen mantiene su objetivo teórico fundamentalmente descriptivo: en efecto, Hart objeta que la teoría de estos autores "no se adecuaba a los hechos".⁵ Pero los hechos a los que esa teoría no se adecuaba, según Hart, eran hechos acerca de las funciones. Si Kelsen identifica el derecho como una "técnica social específica", Hart contesta que la descripción kelseniana realmente oscurece "el carácter específico del derecho como medio de control social" porque "deforma las diferentes fun-

⁵ Hart, *Concept of Law*, pág. 78.

ciones sociales que cumplen los diferentes tipos de reglas jurídicas".⁶ La descripción ("concepto") del derecho de Hart se construye apelando, una y otra vez, al fin práctico de los componentes del concepto. El derecho ha de describirse en términos de reglas para la orientación de funcionarios y de ciudadanos por igual, y no meramente como un conjunto de predicciones de lo que harán los funcionarios. Un sistema jurídico es un sistema en el cual unas reglas "secundarias" han aparecido *con el fin de* remediar los defectos de un régimen pre-jurídico que contiene solamente "reglas primarias". El derecho debe⁷ establecer sanciones y un contenido mínimo de reglas primarias *con el fin de* garantizar la supervivencia de la sociedad o de sus miembros y para darles a éstos *una razón práctica para* la conformidad con él.

Raz refina estos elementos mediante una descripción del derecho que se aleja aún más de caracterizarlo como un monopolio de la fuerza por un "jefe despótico" mediante las amenazas de usar la fuerza. Para Raz, como para Hart, el derecho no es cualquier conjunto de normas; es un sistema de normas que proporciona un método (*i.e.* una técnica) para resolver controversias autoritativamente, por medio de normas que a la vez (*a*) proporcionan orientación vinculante para las "instituciones primarias" (las cuales resuelven las controversias mediante "determinaciones aplicadoras vinculantes") y (*b*) también ("exactamente las mismas normas") orientan a los individuos cuyo comportamiento es susceptible de ser valorado y juzgado por esas instituciones.⁸ A causa de esta doble función de sus normas, un sistema jurídico difiere sustancialmente de cualquier orden social en el cual una autoridad pueda adoptar determinaciones sobre diversas materias decidiendo cada problema como le parezca mejor, con una ilimitada discrecionalidad.⁹ Además, el derecho no busca simplemente monopolizar el uso de la fuerza y asegurar así la paz; de modo característico pretende tener autoridad para regular cualquier tipo de comportamiento, y para regular todas las instituciones normativas a las que pertenecen los miembros de la comunidad regida por él;¹⁰ finalmente, contiene normas "cuyo cometido es conferir fuerza vinculante dentro del sistema a normas que no pertenecen a él".¹¹ "Al hacer estas exigencias el derecho tiene la pretensión de proporcionar el marco ge-

⁶ *Ibid.*, págs. 38, 39. Para una breve explicación de estas diversas "funciones sociales", véase *ibid.*, págs. 27-8.

⁷ Véase *ibid.*, págs. 189-90, 193, 194-5; también Hart, "Positivism and the Separation of Law and Morals" (1958) 71 *Harvard Law Rev.* 593, en Dworkin (ed.), *The Philosophy of Law* (Oxford: 1977), 17 en pág. 35.

⁸ Raz, *Practical Reason*, págs. 136, 137, 139.

⁹ *Ibid.*, págs. 138, 141.

¹⁰ *Ibid.*, pág. 151.

¹¹ *Ibid.*, pág. 153.

neral para la conducción de todos los aspectos de la vida social, y se pone a sí mismo como el supremo guardián de la sociedad".¹² Se concluye, naturalmente, que las sanciones y su imposición por la fuerza, lejos de ser el criterio específico para identificar el derecho como orden social, no son "una característica que forme parte de nuestro concepto de derecho".¹³ Por ser la naturaleza humana lo que es, el recurso a las sanciones es universal y el funcionamiento del derecho sin ese recurso, aunque "lógicamente posible", es "humanamente imposible".¹⁴ Pero las funciones del derecho relativas a la coordinación, la resolución de controversias y la reparación de daños, requerirían un orden social *plenamente* jurídico incluso en "una sociedad de ángeles" en la que no habría lugar para las sanciones.¹⁵

Raz elabora su explicación del derecho con plena conciencia (ausente en los teóricos del derecho precedentes) de que hay científicos sociales que no encuentran utilidad al concepto de derecho o de sistema jurídico para su descripción del orden humano social o incluso político.¹⁶ Él es consciente de que la decisión teórica de reemplazar el concepto de derecho (o de sistema jurídico) por otros conceptos puede ser atacada (como él desea hacerlo) solamente mostrando que ellos han pasado por alto (i) importantes funciones (u objetivos y técnicas) del orden social, y (ii) el modo en que esas funciones pueden estar interrelacionadas en una institución multifacética digna de ser mantenida como una unidad distinta, o un componente, del orden social.

Al subrayar (en su obra reciente) la distinción entre el derecho y los sistemas sociales de discrecionalidad absoluta, habida cuenta de que las normas jurídicas para orientar al ciudadano son también *vinculantes* para los tribunales (los "órganos primarios" jurídicos), Raz se aproxima mucho al análisis de Lon Fuller sobre la función social del derecho. Si Hart había conservado la noción kelseniana de que el derecho es un medio de control social, pero rechazando como insuficientemente diferenciada la explicación de Kelsen sobre el método, Fuller rechaza, como categoría general inapropiada e insuficientemente diferenciada, la noción de un "medio de control social". Para Fuller el derecho es ciertamente un orden social en el cual hay gobernantes y súbditos, pero ha de distinguirse de cualquier orden social en el que los gobernantes ejerzan una "dirección gerencial" sobre sus súbditos. El derecho se distingue de tal dirección gerencial en parte por la generalidad

¹² *Ibid.*, pág. 154.

¹³ *Ibid.*, pág. 159.

¹⁴ *Ibid.*, pág. 158.

¹⁵ *Ibid.*, pág. 159.

¹⁶ Véase su "On the Functions of the Law", en *Oxford Essays II*, págs. 278-304, en págs. 300-303, donde analiza G. A. Almond - G. B. Powell, *Comparative Politics* (Boston: 1966).

de sus reglas más importantes, y sobre todo por el hecho de que sus funcionarios están obligados a aplicar las reglas que ellos han anunciado previamente a sus súbditos. Existe, por tanto, un componente esencial de colaboración y reciprocidad en la empresa de sujetar la conducta humana al gobierno de normas que, en cuanto distintas de las meramente gerenciales, son jurídicas.¹⁷

Todas estas explicaciones sobre el derecho, incluso esa parte de la de Fuller que acabo de mencionar, pretenden ser descriptivas. Procuran "identificar el derecho sobre la base de características no valorativas solamente".¹⁸ Como dice Raz, tales "criterios identificadores no valorativos... deberían seleccionar aquellos fenómenos que constituyen un tipo especial de institución social, una institución que se encuentra como un componente importante de muchos sistemas sociales y que difiere significativamente de otras instituciones sociales".¹⁹ Es obvio, por tanto, que las diferencias en la descripción derivan de diferencias de opinión, entre los teóricos descriptivos, respecto de qué es *importante* y *significativo* en el campo de experiencia y de datos con el que todos ellos por igual están plenamente familiarizados.

I.3. SELECCIÓN DEL CASO CENTRAL Y DEL SIGNIFICADO FOCAL

La pregunta obvia que plantea la línea de argumentación esbozada en la sección precedente es: ¿Desde qué punto de vista, y en relación con qué intereses, han de ser estimadas la *importancia* y la *significación*? Antes de que consideremos esa pregunta, sin embargo, será bueno que identifiquemos el instrumento filosófico que permite a una descripción cada vez más *diferenciada* del derecho ser presentada, no obstante, como una teoría *general* del derecho.

Aristóteles introdujo, estudió y empleó regularmente tal instrumento, también en su filosofía de los asuntos humanos. Lo denominó identificación del *significado focal* (homonimia *pros hen* o *aph henos*). Este instrumento es o corresponde a un importante componente de un instrumento metodológico de Max Weber, explicado sin demasiada claridad, el *tipo-ideal*. Implica un abandono consciente del supuesto en que, como veíamos, Kelsen se basaba: que los términos descriptivos o explicativos deben ser empleados por el teórico de tal manera que se extiendan, directamente y en el mismo sentido, a *todos* los estados de cosas que, en el discurso no teorético, podrían razonablemente ser "llamados 'derecho'", no obstante lo poco desarrollados

¹⁷ *Morality of Law*, págs. 210, 214, 216; 39-40, 61, 155; 20.

¹⁸ Raz, *Practical Reason*, pág. 165.

¹⁹ *Ibid.*, pág. 165.

que esos estados de cosas puedan estar, y no obstante que esos estados de cosas difícilmente puedan revelar algún interés de sus autores (e.g. los "jefes despóticos") por diferenciar entre derecho y fuerza, derecho y moral, derecho y costumbre, derecho y política, derecho y discrecionalidad absoluta, o derecho y cualquier otra cosa. Esta insistencia en un significado completamente unívoco de los términos teóricos, que conduce a buscar un mínimo común denominador o un máximo factor *común* o el "único elemento común", fue atacada directamente por Aristóteles,²⁰ y es abandonada a sabiendas por Hart y por Raz. Así Hart rechaza la tesis de que "los diversos casos a los que se aplica un término general deben poseer las mismas características". En cambio, procede asumiendo que "la extensión de los términos generales de cualquier disciplina sería nunca carece de su principio o fundamento racional".²¹ Lo que Aristóteles dice en relación con "amigo" ["amistad"], "constitución" ["constitucionalidad"] y "ciudadano" ["ciudadanía"]²² está bien dicho por Raz en relación con "sistema jurídico":

Los rasgos generales que distinguen un sistema como jurídico son numerosos y cada uno de ellos admite, en principio, diversos grados.

En los casos típicos de sistemas jurídicos todos estos rasgos se manifiestan en un grado muy alto. Pero es posible encontrar sistemas en que todos o algunos estén presentes sólo en menor grado o en que uno o dos estén totalmente ausentes... Al enfrentarse con casos marginales es mejor reconocer sus credenciales problemáticas, enumerar sus semejanzas y desemejanzas respecto de los casos típicos, y dejar las cosas así.²³

En razón de que la palabra "típico" puede sugerir que el criterio relevante es la frecuencia estadística (ya sea en la historia humana o en el presente), prefiero llamar *caso(s) central(es)* a los estados de cosas a que se refiere un concepto teórico según su significado focal.

Aprovechando la sistemática multiplicidad de significados de los términos teóricos que uno usa (sin perder de vista el "principio o fundamento racional" de esta multiplicidad de significados), uno puede diferenciar lo maduro de lo inmaduro en los asuntos humanos, lo refinado de lo primitivo, lo plenamente realizado (*the flourishing*) de lo corrompido, el buen ejemplar del caso desviado, lo que se dice "con propiedad", "sin restricciones" y "hablando de modo absoluto" (*simpliciter*) de lo que se dice "en cierto sentido", "por decirlo así" y "de algún modo" (*secundum quid*) —pero todo esto sin ignorar ni desterrar a otra disciplina los casos de la materia en estudio que

²⁰ *Et. Eud.*, VII, 2: 1236a 16-30.

²¹ *Concept of Law*, págs. 15, 210; véase también pág. 234.

²² *Et. Nic.*, VIII, 4: 1157a 30-33; *Pol.* III, 1: 1275a 33 - 1276b 4.

²³ *Practical Reason*, pág. 150.

sean inmaduros, primitivos, corrompidos, desviados o que de cualquier otra forma sean ejemplos sólo “en un sentido restringido” o bien “en un sentido ampliado”: véase XII.4, más adelante.

Hay, pues, casos centrales, como sostenía Aristóteles, de amistad, y hay casos más o menos periféricos (amistad profesional, amistad de conveniencia, amor interesado, relaciones accidentales y de diversión, y así sucesivamente: véase VI.4, más adelante). Hay casos centrales de régimen constitucional, y hay casos periféricos (como la Alemania de Hitler, la Rusia de Stalin, o incluso la Uganda de Amin). Por una parte, no tiene sentido negar que los casos periféricos *son* ejemplos (de amistad, constitucionalidad...). En efecto, arroja luz sobre su estudio pensarlos como versiones adulteradas de los casos centrales, o a veces como modos de aprovecharse de actitudes humanas formadas por referencia al caso central. Y, por otra parte, no tiene sentido limitar la propia explicación de los casos centrales a aquellas características que están presentes no solamente en éstos sino también en cada uno de los casos periféricos. Antes bien, la explicación descriptiva de los casos centrales debería ser tan rica y compleja conceptualmente como fuese requerido para responder todas las preguntas pertinentes sobre esos casos centrales. Y después la explicación de los otros casos puede seguir la pista de las semejanzas y las diferencias, de las analogías y las distinciones, por ejemplo, de forma, función o contenido, entre ellos y los casos centrales. De este modo uno hace patente el “principio o fundamento racional” en virtud del cual se extiende el término general (“constitución”, “amigo”, “derecho”...) desde los casos centrales a aquellos más o menos marginales, desde su significado focal a sus significados secundarios.

I.4. SELECCIÓN DEL PUNTO DE VISTA

¿Mas según qué criterios se ha de considerar focal un significado y secundario otro, central un estado de cosas y marginal otro? Ésta es simplemente una reformulación de la pregunta pendiente desde I.2: ¿Desde qué punto de vista, y en relación con qué intereses, han de ser estimadas la *importancia* y la *significación*?

Hart y Raz afirman claramente que un teórico descriptivo, al “decidir atribuir un rol central”²⁴ a una o más características particulares en su descripción de un ámbito de los asuntos humanos, debe “preocuparse de”,²⁵ “referirse a”²⁶ o “reproducir”²⁷ un determinado punto de vista *práctico* (o

²⁴ Véase Raz, *Legal System*, pág. 201.

²⁵ *Ibid.*, pág. 200, n. 2.

²⁶ Hart, *Concept of Law*, pág. 96.

²⁷ *Ibid.*, pág. 88.

un conjunto de puntos de vista similares). Por “práctico”, aquí como en todo este libro, no quiero decir “factible” como opuesto a no factible, ni eficiente como opuesto a ineficiente; quiero decir “con miras a la decisión y a la acción”. El pensamiento práctico es pensar acerca de qué (debe uno) hacer. La razonabilidad práctica es razonabilidad al decidir, al asumir compromisos, al elegir y ejecutar proyectos, y, en general, al actuar. La filosofía práctica es una reflexión disciplinada y crítica sobre los bienes que pueden realizarse en la acción humana y sobre las exigencias de la razonabilidad práctica. De manera que cuando decimos que el teórico descriptivo (cuyos fines no son prácticos) debe proceder, en su indispensable selección y formación de conceptos, adoptando un punto de vista práctico, queremos decir que él debe apreciar la importancia o significación de las semejanzas y las diferencias dentro de su materia de estudio preguntándose qué sería considerado importante o significativo en ese campo por aquellos cuyos intereses, decisiones y actividades crean o constituyen la materia estudiada.

Así Hart da prioridad descriptiva y explicativa a los intereses y valoraciones (y consiguientemente al lenguaje) de las personas con un “punto de vista interno”, *viz.* aquellos que no “se limitan a registrar y predecir la conducta que se conforma a las reglas”, o que no prestan atención a las reglas “solamente desde el punto de vista externo, como signos de un posible castigo”, sino que más bien “usan las reglas como criterios para valorar su conducta y la de los demás”.²⁸ Raz adopta, en su primera obra, “el punto de vista del hombre corriente”;²⁹ pero en su obra más reciente se vuelve hacia “el punto de vista jurídico (*legal*)”, que es el punto de vista de las personas que “creen en la validez de las normas y las siguen” (paradigmáticamente, el punto de vista del juez *qua* juez).³⁰

Evidentemente, esta postura de Hart y de Raz es precaria e insatisfactoria. Al oponerse a Austin y Kelsen han distinguido agudamente el punto de vista “interno” o “jurídico” respecto del punto de vista del hombre que simplemente se somete al derecho y que lo hace sólo porque teme, cuando teme y en la medida en que teme los castigos que se seguirán de la no sumisión. Pero rehúsan firmemente distinguir más allá. Reconocen que el punto de vista “interno” o “jurídico”, tal como ellos lo describen, es una amalgama de puntos de vista muy diferentes. “[L]a lealtad al sistema puede basarse en muchas consideraciones diferentes: cálculos de interés a largo plazo; interés desinteresado en los demás; una actitud irreflexiva heredada o tradicional; o el mero deseo de obrar como otros obran.”³¹ Raz está dispuesto a extender

²⁸ *Ibid.*, págs. 88 y 95-96; también 86-8, 59-60, 113, 197, 226.

²⁹ *Legal System*, pág. 200, n. 2.

³⁰ *Practical Reason*, págs. 177, 171.

³¹ Hart, *Concept of Law*, pág. 198; también págs. 111, 226.

su concepción del “punto de vista jurídico (*legal*)” hasta abarcar el punto de vista de “un anarquista” que se hace juez “pensando que si la mayoría de las veces sigue el derecho podrá desobedecerlo en las pocas pero importantes ocasiones en que obrar así lo socavará en mayor grado”.³² Mas todo esto es precario e insatisfactorio porque implica una negativa a atribuir significación a diferencias que consideraría prácticamente significativas cualquier actor en el campo (sea el anarquista subversivo o su contrario, el “ciudadano ideal observante de la ley”³³). Y, dada la técnica de análisis mediante caso central y significado focal, que Hart y Raz usan en otras ocasiones con tan provechosa resolución, parece que no hay ninguna buena razón para esta negativa a diferenciar entre el caso central y los casos periféricos *del mismo punto de vista interno o jurídico*.

En efecto, no es difícil percibir que el punto de vista del juez anarquista de Raz, que disimuladamente escoge con cuidado entre las leyes que aplicará, con la intención de echar abajo el sistema entero, no es un paradigma ni del punto de vista judicial ni del punto de vista jurídico. Ni el anarquista ni sus compañeros lo considerarían como tal. ¿Por qué, entonces, debería hacerlo el teórico descriptivo? De modo similar ocurre con la “actitud irreflexiva heredada o tradicional... o el mero deseo de obrar como otros obran” de Hart. Éstas son actitudes que tenderán, hasta cierto punto, a mantener en la existencia un sistema jurídico (como distinto, por ejemplo, de un sistema de discrecionalidad despótica) si acaso ya existe uno. Pero no harán pasar desde el orden social prejurídico (¡o posjurídico!) de costumbres o de discrecionalidad a un orden jurídico, porque no participan de la preocupación, que el mismo Hart reconoce como fuente explicativa del orden jurídico, por remediar los defectos de los órdenes sociales prejurídicos. De modo similar, el hombre de Hart movido por “cálculos de interés a largo plazo” (*sc.* interés propio) mitiga cualquier preocupación que pueda tener por la función del derecho como respuesta a verdaderos problemas sociales; como el juez anarquista de Raz, diluye su lealtad al derecho y su seguimiento de métodos jurídicos de pensamiento con dosis de ese mismo interés propio respecto del cual el derecho tiene (según la opinión de todos) la función elemental de subordinarlo a las necesidades sociales. Todas estas consideraciones y actitudes, por ende, son casos manifiestamente desviados, diluidos o mitigados del punto de vista práctico que lleva al derecho a ser un tipo de orden social significativamente diferenciado y lo mantiene como tal. A decir verdad, son parasitarios de ese punto de vista.

³² *Practical Reason*, pág. 148.

³³ *Ibid.*, pág. 171.

De la lista de tipos de puntos de vista internos o jurídicos ofrecida por Hart y Raz, nos quedan ahora el "interés desinteresado en los demás", y la opinión de quienes consideran las reglas, o al menos las reglas de reconocimiento, como "moralmente justificadas".³⁴ Si se separa la preocupación desinteresada por los demás de la preocupación moral, como hace Hart,³⁵ entonces lo que eso implica es bastante poco claro, y, a falta de una clarificación, debe considerarse que tiene una relación con el derecho y los intereses jurídicos tan incierta y poco fija como su relación (según esta perspectiva) con la preocupación moral.

La conclusión que hemos de sacar está clara. Si hay un punto de vista en que la obligación jurídica sea tratada, al menos presuntivamente, como obligación moral (y por ende como algo de "gran importancia", que ha de ser mantenido "contra la presión de fuertes pasiones" y "al costo de sacrificar considerable interés personal"),³⁶ un punto de vista en que el establecimiento y mantención de un orden jurídico, en cuanto distinto de uno discrecional o estáticamente consuetudinario, se considera un ideal moral, si no una apremiante exigencia de justicia, entonces tal punto de vista constituirá el caso central del punto de vista jurídico. Porque solamente desde un punto de vista tal es de primordial importancia que sea puesto en la existencia el derecho en cuanto distinto de otras formas de orden social, y así llegue a ser objeto para la descripción del teórico. El término "moral", no obstante, tiene una connotación algo incierta. De modo que es preferible formular nuestra conclusión en términos de razonabilidad práctica (véase V.1, V.10, VI.1, XI.1, XI.4). Si hay un punto de vista en el cual la institución del "imperio del derecho" (*Rule of Law*) (X.4), y la conformidad con reglas y principios de derecho según su tenor, son consideradas como exigencias al menos presuntivas de la misma razonabilidad práctica, tal punto de vista es el punto de vista que debería ser usado como modelo de referencia por el teórico al describir las características del orden jurídico.

Resta por hacer una diferenciación adicional. Entre quienes, desde un punto de vista práctico, tratan el derecho como un aspecto de la razonabilidad práctica, habrá algunos cuyas opiniones sobre qué exige realmente la razonabilidad práctica en este ámbito sean, en los casos particulares, más razonables que otras. Por tanto, el caso central del mismo punto de vista interno es el punto de vista de quienes no solamente apelan a la razonabilidad práctica sino que también *son* razonables prácticamente, es decir: consecuentes; atentos a todos los aspectos de la potencialidad humana y su ple-

³⁴ Véase Raz, *Practical Reason*, págs. 147-8.

³⁵ *Concept of Law*, pág. 226.

³⁶ *Ibid.*, pág. 169.

na realización, y conscientes de la limitada conmensurabilidad entre tales aspectos; preocupados por remediar las deficiencias y los fracasos, y conscientes de las raíces de tales deficiencias en los diversos aspectos de la personalidad humana y en las condiciones económicas y en otras condiciones materiales de la interacción social.³⁷ ¿Qué razón podría tener el teórico descriptivo para rechazar las elecciones y discriminaciones conceptuales de estas personas, cuando él está seleccionando los conceptos con los cuales construirá su descripción del caso central y luego de todos los otros casos de derecho en cuanto institución social específica?

El teórico descriptivo no está, por cierto, obligado a adoptar en su teoría todos los conceptos que las sociedades que él está estudiando han usado en su propia autointerpretación de sus mismas prácticas. Muchos de tales conceptos delatan escasa sensibilidad hacia ciertos aspectos del bienestar humano; otros delatan la influencia de mitos ideológicos, por ejemplo, que “el pueblo” se gobierna “a sí mismo” (cfr. IX.4), o que “la revolución” va a sustituir el gobierno mediante el derecho (*rule of law*) por “la administración de las cosas”. Pero es precisamente un pensamiento *práctico* disciplinado e informado (ya sea “teórico”, *i.e.* reflexivo, en su propósito, o más inmediatamente dirigido a la acción) el que puede proporcionar una crítica de estos conceptos, con el fin de superar los obstáculos que ellos ponen en el camino del pensamiento claro sobre qué se debe hacer. La teoría social descriptiva no comparte este interés sobre qué se debe hacer. Pero no puede prescindir en sus descripciones de los conceptos considerados apropiados por los hombres de razonabilidad *práctica* para *describir para sí mismos* aquello que estiman digno de hacer y de lograr, a pesar de todas las contingencias, incomprendimientos y mitos, que se les oponen en su práctica.

Así, mediante una larga marcha a través de la metodología operante o implícita en la teoría analítica del derecho contemporánea, llegamos a la conclusión alcanzada más rápidamente (si bien sobre la base de una ciencia social mucho más amplia) por Max Weber, a saber, que las valoraciones del teórico mismo son un elemento indispensable y decisivo en la selección o formación de cualesquiera conceptos para su utilización en la descripción de tales aspectos de los asuntos humanos como el derecho o el orden jurídico. Porque el teórico no puede identificar el caso central de ese punto de vista

³⁷ Tras el principio cardinal de Aristóteles sobre el método para el estudio de los asuntos humanos —*viz.* que los conceptos han de ser seleccionados y empleados principalmente como son usados en la práctica por el *spoudaios* (el hombre maduro dotado de razonabilidad práctica); véase XII.4 más adelante— está el argumento de Platón (*Rep.* IX: 582a-e) de que el amante de la sabiduría puede comprender los intereses de los hombres dotados de otro carácter, mientras que no sucede así a la inversa; con otras palabras, los intereses y la comprensión del hombre maduro y razonable proporcionan una mejor base empírica para la explicación reflexiva de los asuntos humanos: véase también *Rep.* III: 408d-409e.

práctico que él usa para identificar el caso central de su materia de estudio, a menos que decida cuáles son realmente las exigencias de la razonabilidad práctica en relación con todo este ámbito de los asuntos e intereses humanos. En relación con el derecho, las cosas más importantes que el teórico ha de conocer y describir son las cosas que, a juicio del teórico, hacen importante desde un punto de vista *práctico* tener derecho —las cosas, por tanto, que en la práctica es importante “atender” al ordenar los asuntos humanos. Y cuando de hecho (en algunas o aun en muchas sociedades) estas “cosas importantes” están ausentes o se ven rebajadas o explotadas o son de alguna otra forma deficientes, entonces las cosas más importantes que el teórico ha de describir son esos aspectos de la situación que revelan esta ausencia, rebajamiento, explotación o deficiencia.

¿Significa esto que la teoría del derecho descriptiva (y la ciencia social como un todo) está sujeta inevitablemente a las concepciones y prejuicios que cada teórico posee acerca de qué es bueno y prácticamente razonable? Sí y no. “Sí”, en la medida en que no cabe eludir la exigencia teórica de que debe hacerse un juicio de *significación e importancia* si la teoría ha de ser algo más que un inmenso montón despreciable de hechos heterogéneos descritos con una multitud de terminologías inconmensurables. “No”, en la medida en que la adquisición disciplinada de un conocimiento correcto sobre los asuntos humanos —y por ende sobre lo que otros hombres han considerado importante prácticamente, y sobre el resultado efectivo de su preocupación— es una ayuda importante para el teórico reflexivo y crítico en su esfuerzo por convertir sus propios “prejuicios” prácticos (y los de su cultura) en juicios verdaderamente razonables acerca de qué es bueno y prácticamente razonable. El conocimiento descriptivo puede, de este modo, provocar una modificación de los juicios de importancia y significación con que el teórico abordó sus datos por primera vez, y puede sugerir una reconceptualización. Pero este conocimiento no habrá sido obtenido sin una conceptualización preliminar ni, por tanto, sin un conjunto preliminar de principios de selección y relevancia derivados de algún punto de vista práctico.

Hay así un ir y venir entre, por una parte, las estimaciones sobre el bien humano y sus exigencias prácticas y, por otra, las descripciones explicativas (empleando todas las convenientes técnicas históricas, experimentales y estadísticas para descubrir todas las interrelaciones causales relevantes) del contexto humano en que de diversos modos se alcanza o de diversos modos se destruye el bienestar humano. Así como no cabe derivar los propios juicios básicos sobre los valores humanos y las exigencias de razonabilidad práctica mediante alguna inferencia a partir de hechos de la situación humana (como veremos: II.4), tampoco cabe reducir la ciencia social descriptiva a una apología de los propios juicios éticos o políticos, ni a un proyecto para repartir elogios o anatemas entre los actores de la escena humana: en este

sentido, la ciencia social descriptiva es "libre de valoraciones". Pero tras haber puesto todo el énfasis debido en las diferencias de objetivo y de método entre la filosofía práctica y la ciencia social descriptiva, los problemas metodológicos de la formación de conceptos, tal como la hemos delineado en este capítulo, nos fuerzan a reconocer que el punto de equilibrio reflexivo en la ciencia social descriptiva es alcanzable sólo por alguien en quien un amplio conocimiento de los datos y una comprensión penetrante de los puntos de vista prácticos y de las preocupaciones de otros hombres están unidos a un juicio correcto sobre todos los aspectos de la genuina realización humana y de la auténtica razonabilidad práctica.

I.5. LA TEORÍA DE LA LEY NATURAL

Bentham, Austin, Kelsen, Weber, Hart y Raz publicaron, todos ellos, severos repudios de lo que entendían que era la teoría de la ley natural; y Fuller se desligó cuidadosamente de esa teoría en sus formas clásicas. Pero la obra teórica de cada uno de estos escritores estaba controlada por la adopción, con fundamentos no explicitados e inadecuadamente justificados, de algún punto de vista práctico como criterio de relevancia y significación para la construcción de su análisis descriptivo. Una teoría sólida de la ley natural es aquella que explícitamente, con plena conciencia de la situación metodológica recién descrita, emprende una crítica de los puntos de vista prácticos para distinguir lo no razonable prácticamente de lo razonable prácticamente, y así diferenciar lo realmente importante de lo que no es importante o sólo es importante por su oposición a, o por su explotación no razonable de, lo realmente importante. Una teoría de la ley natural pretende ser capaz de identificar condiciones y principios de rectitud práctica, de un orden bueno y correcto entre los hombres y en la conducta individual. A menos que alguna pretensión así esté justificada, la teoría analítica del derecho en particular y (por lo menos la mayor parte de) todas las ciencias sociales en general no pueden tener criterios críticamente justificados para la formación de conceptos generales, y deben contentarse con no ser más que manifestaciones de los diversos conceptos propios de determinados pueblos y/o de determinados teóricos que se interesan por esos pueblos.

No es necesario emprender la tarea de elaborar una teoría de la ley natural principalmente con el propósito de proporcionar así un marco conceptual justificado para la ciencia social descriptiva. Puede emprenderse esta tarea, como lo hace este libro, principalmente para facilitar las reflexiones prácticas de aquellos preocupados por actuar, ya sea como jueces o como hombres de estado o como ciudadanos. Pero en cualquier caso, la empresa no puede proceder con seguridad sin un conocimiento del entero espectro de las posibilidades y oportunidades, inclinaciones y capacidades, del ser hu-

mano, un conocimiento que exige el apoyo de la ciencia social descriptiva y analítica. Hay así una mutua, si bien no del todo simétrica, interdependencia entre el proyecto de describir los asuntos humanos por vía teórica y el proyecto de valorar las opciones humanas con vistas, remotamente al menos, a actuar razonablemente y bien. Las valoraciones no se deducen de ninguna manera de las descripciones (véase II.4); pero es poco probable que alguien cuyo conocimiento de los hechos de la situación humana sea muy limitado juzgue bien al discernir las implicaciones prácticas de los valores básicos. Del mismo modo, las descripciones no se deducen de las valoraciones; pero sin las valoraciones uno no puede determinar qué descripciones son realmente iluminadoras y significativas.

NOTAS

I.1

La descripción de las prácticas e instituciones humanas exige la identificación de su fin... Véase Max Weber, *Theory of Social and Economic Organization*, T. Parsons (New York - London: 1947), págs. 88-126; *On Law*, págs. 1-10; Alfred Schütz, "Concept and Theory Formation in the Social Sciences" (1954) *J. of Philosophy* reimpreso en sus *Collected Papers*, vol. I (ed. M. Natanson, The Hague: 1967), 48 en págs. 58-9; Eric Voegelin, *The New Science of Politics* (Chicago-London: 1952), págs. 27-9.

Bentham acerca de la definición del derecho... Véase también Bentham, *Collected Works* (J. Bowring, Edinburgh: 1863), vol. IV, pág. 483; y el excursus a XI.8 (notas), más adelante.

La técnica de Kelsen para definir... Véase también Kelsen, *Pure Theory of Law* (Berkeley-Los Ángeles: 1967), págs. 30-1.

I.2

La descripción de las instituciones sociales, como el derecho, exige la identificación de su fin o función(es)... Véase también J. Raz, "On the functions of the law", en *Oxford Essays II*, págs. 278-304, en 278; *Legal System*, pág. 145.

Raz acerca del criterio de identificación del derecho... Raz sostiene claramente que cualquier teórico que busque describir el derecho debe decidir entre diferentes conceptos teóricos, y que "la formulación explícita de criterios meta-teóricos es una condición para una comparación de teorías racional y razonada": Raz, *Legal System*, pág. 146. Para su propia apreciación de criterios meta-teóricos es central su decisión de que la teoría jurídica debería explicar "el sentido común y la opinión profesional": pág. 201. En *Legal System*, ofrece un "criterio de teoría jurídica" (*a jurisprudential criterion*) (pág. 200): *viz.* que "un sistema jurídico considerado en un instante determinado contiene todos, y solamente, los preceptos legales reconocidos por un órgano primario aplicador del derecho, que el sistema establece" (pág. 192). Él subraya que este criterio

"atiende al comportamiento efectivo de los órganos primarios, no a lo que ellos deben hacer..." (pág. 198). Pero en *Practical Reason* él critica a esos teóricos "que concluyeron que el derecho está formado por todas las pautas que los tribunales efectivamente aplican. Esto... confunde los sistemas institucionalizados con los sistemas de discrecionalidad absoluta" (pág. 142). De modo que su nuevo criterio es: un sistema jurídico contiene "solamente aquellas normas que sus órganos primarios están obligados a obedecer" (pág. 142; también pág. 148). Este cambio en el criterio teórico-jurídico (*jurisprudential*) de Raz acerca de la pertenencia a un sistema jurídico ha de reconducirse a su cambio desde un interés por reproducir el punto de vista bastante indiferenciado "del hombre corriente" hacia un interés por reproducir el "punto de vista jurídico (*legal*)", el punto de vista de quien (paradigmáticamente un juez, o un "ciudadano ideal observante de la ley") cree que la gente está de alguna manera *justificadu* para seguir las reglas del sistema: págs. 139, 143, 171.

I.3

Aristóteles acerca del significado focal y el análisis de casos centrales... Véase W. F. R. Hardie, *Aristotle's Ethical Theory* (Oxford: 1968), págs. 59-60, 63-5; Gauthier-Jolif, II, I, págs. 45-6; II, 2, págs. 686 sigs.; cfr. W. W. Fortenbaugh, "Aristotle's Analysis of Friendship: Function and Analogy, Resemblance and Focal Meaning" (1975) 20, *Phronesis*, 51-62; y XII.4, más adelante. El análisis de Hart, *Concept of Law*, págs. 15-16, 234, no distingue con claridad lo que Aristóteles llamó analogía (y los medievales llamaron "analogía de proporcionalidad") de lo que llamó homonimia *pros hen* o significado focal (llamada por los medievales "analogía de atribución o proporción"). La explicación de Hart en págs. 15-16 parece concentrarse en la primera, pero la última es el instrumento más importante en la teoría de los asuntos humanos. Sin embargo, tras advertir esta distinción encuentro adecuado usar el concepto amplio de "analogía" y "analógico", introducido por los medievales y más o menos mantenido en el uso filosófico desde entonces. En este sentido amplio, un término es analógico cuando su significado cambia sistemáticamente (*i.e.* de acuerdo con algún principio o fundamento racional) cuando uno cambia desde un contexto o uso a otro. Sobre la búsqueda del principio o fundamento racional en tales casos, véase también Hart, "Definition and Theory in Jurisprudence" (1954) 70, *L.Q.R.*, 37 en págs. 38, 44n., 56-9.

Max Weber sobre la construcción de conceptos de tipo-ideal para la sociología general... Véase *Methodology*, págs. 89-93. Véase también Alfred Schütz, "The Problem of Rationality in the Social World", en sus *Collected Papers*, vol. II (The Hague: 1964), 64 en págs. 81-8.

Diferenciación de los ejemplares "maduros" de derecho y sistema jurídico respecto de los "arruinados"... Austin reconoció que la teoría del derecho debería estudiar primariamente los sistemas jurídicos "más extensos y más maduros": véase *Province*, pág. 367. Véase también Raz, *Legal System*, pág. 140; *Practical Reason*, pág. 150.

La frecuencia de los acontecimientos o de los casos no es un criterio decisivo de relevancia o centralidad... Véase Weber, *Methodology* en págs. 72-80; Eric Voegelin, "The Theory of Legal Science: a Review" (1942), 4, *Louisiana Law Rev.*, 554 en págs. 558-64.

I.4

Pensamiento práctico, razonabilidad, filosofía, etc.... Para mi uso de "práctico", en este libro, véase Aristóteles, *Et. Nic.*, VI, 2: 1139a 26-31; *De Anima* III, 9: 432b 27; Tomás de Aquino, *S.T.*, I, q. 79, a. 11; Raz, *Practical Reason*, págs. 10-13. En Aristóteles, "práctico" se distingue de *theoretike*, traducido por los medievales como *speculativa*: véase Aristóteles, *loc. cit.* y *Meta.* VI, 1: 1025b 19-29. Ni "teorético" ni "especulativo" son muy aptos para trazar las distinciones necesarias en inglés; en este capítulo se han usado "descriptivo" y "explicación descriptiva" para tal propósito. La distinción aristotélica/tomista presenta dificultades intrínsecas, pues la filosofía práctica está "dirigida a la acción" en cierto sentido sólo remotamente, *i.e.* de una "manera teorética". A pesar de las dificultades, la distinción debería ser conservada; ella testimonia la antigua conciencia de la distinción básica entre "ser" y "deber" (una distinción que por su parte no es del todo simple en sus aplicaciones).

Weber acerca de la necesidad de que el teórico use sus propias valoraciones para estimar qué es significativo para la teoría descriptiva... Véase, sobre todo, *Methodology*, págs. 58, 76-82, 24; también Julien Freund, *The Sociology of Max Weber* (London: 1968), págs. 51-61. Por supuesto, Weber consideraba estas valoraciones del teórico como no científicas, *i.e.* como carentes de la dignidad de la objetividad: véase II.3 (notas). De ahí que él no aceptaría que la tarea del teórico, en esta parte de su trabajo, sea decidir cuáles "son realmente" las formas básicas del bien humano y las exigencias de la razonabilidad práctica. Me permito añadir que al referirme a la aseveración de Weber de que la valoración es necesaria para toda ciencia social, no estoy suscribiendo todos los aspectos de su argumento en favor de esta aseveración, un argumento que no está libre de la noción neokantiana de que todos los conceptos tienen que ser impuestos por la mente humana al flujo de los fenómenos, flujo que no posee una estructura inteligible propia que haya de ser descubierta.

La ciencia social descriptiva no versa sobre lo que se debe hacer... Así pues han de distinguirse claramente el objetivo y los métodos de una teoría del derecho general, descriptiva y analítica, como la de Hart y la de Raz, respecto del objetivo y los métodos de una "teoría jurídica" como la concibe R. M. Dworkin. Para Dworkin, una función principal de una "teoría del derecho" es "proporcionar una base para el deber judicial"; "los principios que ella expone deben tratar de justificar las reglas establecidas [de una comunidad dada] identificando las tradiciones y los intereses políticos o morales que, en opinión del jurista al que pertenece la teoría, de hecho sostienen las reglas": Dworkin, *Taking Rights Seriously* (London: 1977), pág. 67. (La frase "de hecho" significa aquí "realmente" [en cuanto estimado normativamente], no "a modo de causa-y-efecto"; véase también pág. 51, líneas 6, 11). Véase también pág. 117; Dworkin, "No Right Answer?", en *Essays* en pág. 82. Por supuesto, una teoría tan relativa a las prácticas y a las opiniones morales de una comunidad dada no es una teoría general del tipo que las teorías de la ley natural aspiran a ser. Dworkin, con todo, tiene en mente una "teoría general del derecho" que en su "parte normativa" (bastante ambiciosa) expondría, *inter alia*, "criterios que los jueces deberían usar para decidir los casos difíciles conforme a derecho", y explicaría "por qué y cuándo los jueces, antes que otros grupos o instituciones, deberían tomar las decisiones exigidas por la teoría..." (*Taking Rights Seriously*, págs. vii-viii). Por razones que no son claras, él tiene en mente una "parte conceptual",

distinta aunque relacionada, que determinaría (el cómo no está explicado) cuestiones tales como "¿Pueden los principios más fundamentales de la constitución... ser considerados ellos mismos parte del derecho?". En cualquier caso, su debate con positivistas como Hart y Raz resulta estéril, porque Dworkin no logra reconocer que el interés teórico de ellos no es, como el suyo, identificar un "test para el derecho" fundamental para identificar (aun en los casos "difíciles" más debatidos) dónde se encuentra realmente el deber jurídico (moral y político) de un juez en una comunidad dada en un tiempo dado. Más bien el interés de ellos está en describir qué es tratado (*i.e.* aceptado y efectivo) como derecho en una comunidad dada en un tiempo dado, y en generar conceptos que permitirán que tales descripciones sean claras y explicativas, pero sin la intención de ofrecer soluciones (ya sean "respuestas correctas" o pautas que, si fuesen aplicadas adecuadamente, darían respuestas correctas) a cuestiones debatidas entre juristas competentes. Las "preguntas embarazosas" enumeradas por Dworkin, *op. cit.*, págs. 14, 15, 44, no son preguntas que Hart o Raz ofrezcan responder. De modo que la de Dworkin es fundamentalmente (aunque con muchos momentos de descripción iluminadores) una teoría normativa del derecho, que ofrece orientación al juez en cuanto a su deber judicial; la de ellos es una teoría descriptiva, ofrecida a los historiadores para que pueda escribirse con discernimiento una historia de los sistemas jurídicos. El hecho de que, como he sostenido en este capítulo, el teórico descriptivo necesite el apoyo de una teoría general normativa para desarrollar conceptos suficientemente diferenciados y criterios razonables de relevancia no elimina los diferentes usos que, de la provisión más o menos común de conceptos teóricos, harán los teóricos normativos y los teóricos descriptivos (históricos), respectivamente.

Equilibrio reflexivo en la ciencia social descriptiva... El teórico que podría alcanzar este punto sería uno cuyo punto de vista se aproximara sistemáticamente al "punto de vista universal" postulado por B. J. F. Lonergan, *Insight: A Study of Human Understanding* (London: 1957), págs. 554-68. Como Lonergan destaca (pág. 566), un punto de vista así "es universal no por abstracto sino por potencial completitud. Alcanza inclusividad no despojando los objetos de sus peculiaridades" (cfr. Kelsen, Austin...) "sino visualizando a los sujetos" (*i.e.* a las personas) "con sus necesidades".