



Positivism Jurídico y Teoría Sociológica del Derecho ¹

Manuel Calvo García

Resumen:

Este artículo defiende la necesidad de incorporar una perspectiva socio-jurídica en la Teoría del derecho. Al respecto, quizá es importante dejar claro *ab initio* que no se va a sostener su sustitución por una Sociología del derecho o una Teoría sociológica del derecho. Sus objetivos son más modestos. No se pretende fundamentar, ni desarrollar una “disciplina” que pueda operar como alternativa excluyente de la Teoría del derecho. El reto planteado es mucho más moderado y pasa por defender la *necesidad* de introducir la perspectiva socio-jurídica en la Teoría del derecho y quizá sea aquí donde sí se vislumbran trazas de radicalidad al reivindicar la exigencia de una perspectiva socio-jurídica como fundamento de la Teoría del derecho. Como ya evidencia el título, el enfoque de este artículo se circunscribe básicamente a la Teoría positivista del derecho y, sobre todo, a la teoría analítica desarrollada por Hart y a partir de las tesis de este autor. También puede afirmarse que los objetivos planteados se abordan desde una perspectiva crítica. Aunque esta perspectiva no estaría basada en el mero rechazo, sino que buscaría una especie de complementariedad simbiótica. Una propuesta de este tipo exige avanzar en la revisión y las consiguientes rectificaciones de las tesis sustentadas por el “imperialismo filosófico” imperante en la Teoría del derecho. Sería un paso previo necesario para articular una propuesta alternativa que incorpore la *perspectiva socio-jurídica* al análisis conceptual y abrir espacios, incluso, para desarrollar una *Teoría socio-jurídica del derecho*.

Palabras Claves:

Teoría Socio-jurídica del Derecho, Positivism Jurídico, Teoría del Derecho.

Abstract:

This article will argue for the need to incorporate a socio-legal perspective in Legal Theory. It is important to clarify that the aim is not to sustain a substitution for a Sociology of Law or a Sociological Theory of Law. The aims are much more modest. I do not attempt to found, nor develop a “discipline” which can operate as an alternative that excludes Legal Theory. The challenge is moderate and it implies a defense of the *need* to introduce the socio-legal perspective within Legal Theory; here one can find a radical trace by vindicating the demand of a socio-legal perspective to ground Legal Theory. As it is evident in its title, this article’s focus is circumscribed to the Positivist Theory of the law and, mostly, to the analytical theory developed by Hart, parting from

¹Este trabajo se revisan y actualizan algunas reflexiones avanzadas en un artículo anterior, “Cabe el enfoque socio-jurídico en la Teoría del derecho”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 44 (2010): 371-394. En el mismo utilizaré libremente textos de aquel.

the author's thesis. However, this perspective will not be based on a mere rejection but would seek a symbiotic complementarity. This kind of proposal demands to advance in the revision and consequent rectifications of the thesis upheld by the dominant "philosophical imperialism" in Legal Theory. It would be a necessary previous step towards the articulation of an alternative proposal which incorporates a *socio-legal perspective* to the conceptual analysis and even opens up spaces to develop a *Socio-Legal Theory of Law*.

Keywords:

Socio-legal Theory of Law, Legal Positivism, Legal Theory.

1. INTRODUCCIÓN

Este artículo defiende la necesidad de incorporar una perspectiva socio-jurídica en la Teoría del derecho. Al respecto, quizá es importante dejar claro *ab initio* que no se va a sostener su sustitución por una Sociología del derecho o una Teoría sociológica del derecho. Sus objetivos son más modestos. No se pretende fundamentar, ni desarrollar una "disciplina" que pueda operar como alternativa excluyente de la Teoría del derecho. El reto planteado es mucho más moderado y pasa por defender la *necesidad* de introducir la perspectiva socio-jurídica en la Teoría del derecho y quizá sea aquí donde sí se vislumbran trazas de radicalidad al reivindicar la exigencia de una perspectiva socio-jurídica como fundamento de la Teoría del derecho.

Por lo demás, como ya evidencia el título, tampoco se pretende abarcar la revisión de todas las Teorías del derecho. El enfoque del mismo se circunscribe básicamente a la Teoría positivista del derecho y, en particular, sobre todo, a la teoría analítica desarrollada por Hart y a partir de las tesis de este autor. Este enfoque viene determinado, en parte, porque han sido algunas relecturas de la jurisprudencia analítica las que han puesto sobre la mesa esas propuestas encaminadas a buscar la complementariedad o integración de la Teoría del derecho con la perspectiva de las ciencias sociales en el ámbito de las ideas jurídicas. Pero, también, porque entiendo que la Teoría del derecho de Hart ofrece más posibilidades a tal efecto que otras propuestas teóricas –y no sólo por, o mejor dicho, a pesar de la deriva sociológica que se anuncia en el prefacio de su libro *El concepto de derecho*.

Ciertamente, también puede afirmarse que los objetivos planteados se abordan desde una perspectiva crítica. Aunque esta perspectiva no estaría basada en el mero rechazo, sino que buscaría una especie de complementariedad simbiótica. Con todo, una propuesta de este tipo exige avanzar en la revisión y las consiguientes rectificaciones de las tesis sustentadas por el "imperialismo filosófico" imperante en la Teoría del derecho. Sería un paso previo necesario para articular una propuesta alternativa que incorpore la *perspectiva socio-jurídica* al análisis conceptual y abrir espacios, incluso, para desarrollar una *Teoría socio-jurídica del derecho*. Ello obligará a revisar las propuestas que se han realizado en esa dirección y a concluir perfilando las características de un enfoque socio-jurídico que pueda operar esa función integradora sin hacer que crujan significativamente las premisas de ambas perspectivas de conocimiento –que no "conceptos" o "disciplinas".

2. EL RECHAZO DEL ENFOQUE SOCIO-JURÍDICO DESDE LAS TEORÍAS POSITIVISTAS DEL DERECHO

Históricamente, la crítica del formalismo jurídico abrió espacios para la Sociología jurídica en el ámbito de la Ciencia jurídica y en la Teoría del derecho². Sin embargo, un siglo después seguimos formulando la pregunta sobre si cabe una orientación socio-jurídica de la Teoría del derecho e, incluso, si tiene sentido una aproximación socio-jurídica al análisis de los fenómenos jurídicos. Las resistencias del formalismo jurídico a desaparecer como elemento central de nuestra mentalidad jurídica tienen muchas caras. Las *Teorías positivistas del derecho*, en las que se va a centrar este trabajo, han jugado un papel fundamental a la hora de cerrar cualquier fisura en el proyecto de construir una teoría puramente conceptual y científicamente autónoma del derecho.

Hans Kelsen es quizá el autor más representativo de este talante en las primeras décadas del siglo XX. Su apuesta por un conocimiento jurídico sobre bases científicas sólidas le lleva a propugnar una *Teoría pura del derecho* que, por una parte, consagra la separación positivista del derecho y la moral y, por otro lado, aísla la ciencia jurídica de otras disciplinas conexas en pro de los ideales científicos de autonomía y objetividad (Kelsen 1979, p. 36-37, 17, 1982, p. 15). De esta manera, su propuesta entronca con las premisas del formalismo jurídico, si bien las renueva y de alguna manera las profundiza.

Como se ha señalado, Kelsen persigue *una auténtica aproximación científica* al conocimiento del derecho. Como consecuencia, la Teoría *pura* del derecho, desde sus orígenes, pretende ser una Teoría del derecho positivo y no quiere ser más que esto. En este sentido, es una teoría que crea sus instrumentos conceptuales desde el propio derecho, o mejor dicho, desde su dimensión formal. Al respecto, distingue entre forma y contenido y separa “los conceptos jurídicos formales, que se encuentran en cualquier ordenamiento jurídico, de los conceptos relativos al contenido del derecho, que sólo pueden ser establecidos a través de la investigación comparativa de los ordenamientos jurídicos históricamente considerados” (Kelsen 1992, p. 41). En cualquier caso, este autor propugna que si se quiere alcanzar una ciencia del derecho verdaderamente autónoma y objetiva “se debe formalizar necesariamente su objeto” (Kelsen 1992, p. 42).

La Teoría pura del derecho responde precisamente a ese proyecto de formalización y trata de alcanzarlo a toda costa. Primero, construyendo una ciencia autónoma con respecto a la psicología, la sociología y, por supuesto, la política; y, segundo, diferenciando las normas jurídicas de las normas morales y estableciendo un criterio autónomo (autorreferencial, diríamos hoy) de validez, independiente tanto de la moral como de la propia eficacia de las normas jurídicas. Desde estas premisas, Kelsen desarrolla una Teoría *pura* del derecho que concibe el ordenamiento jurídico como un sistema normativo y dinámico autónomo, lo cual excluye radicalmente, entre otras posibles aproximaciones, la perspectiva socio-jurídica.

Dicho lo anterior, conviene puntualizar que Kelsen no excluye en ningún momento la posibilidad de una Sociología del derecho. De facto, como ha puntualizado Renato Treves (1983), reconoció su espacio y tiene publicaciones vinculadas a esta disciplina. Lo que sienta tajantemente es la separación de la Sociología y la Teoría pura del derecho, al igual que la desvincula de la moral, la política, etc.

² En general, sobre el tema puede verse Calvo García (1996, p. 105 ss).

Varias décadas después, Herbert L. A. Hart renovó la perspectiva del positivismo jurídico para que, sin abandonar su dimensión general y analítica, mantuviese –según sus palabras– una orientación descriptiva y basada en los sistemas jurídicos –normativos– realmente existentes. Ello ha llevado a plantear que su Teoría del derecho tendría un claro anclaje en la realidad social. El propio Hart (1994, p. v), en el prefacio de su libro *El concepto de derecho*, vincula su propuesta analítica a una suerte de *sociología descriptiva* de los sistemas jurídicos “modernos” asentada en los usos lingüísticos de las prácticas jurídicas. Como él mismo indica, esta referencia toma como pie las tesis de J. L. Austin, y descansa en la asunción de que los usos lingüísticos iluminan la percepción de los fenómenos. Cotterrell (2003, p. 83 ss.) ha hablado en ese sentido de un cierto “empiricismo lingüístico”, a partir del cual se podría vislumbrar un intento de reconciliación del conceptualismo de inspiración analítica y una cierta perspectiva empírica. Incluso, aprecia “una cierta “deriva sociológica” –que no una aproximación sociológica seria– en la teoría jurídica normativa de Hart” (Cotterrell 2003, p. 91-92). Según este autor, en la propuesta metodológica de Hart, la realidad empírica se reflejaría en las prácticas lingüísticas de la gente, en la forma en que hablan y piensan, por ejemplo, sobre las obligaciones jurídicas. Pero no serían la psicología o la sociología las encargadas de hacer emerger los elementos esenciales del derecho, su naturaleza esencial; sino la filosofía: una “filosofía especulativa sin base en ningún tipo de consideración sistemática sobre las condiciones sociales reales” (Cotterrell 2003, p. 91).

Estas tesis, además de haber azuzado el rechazo de los críticos, han dado lugar a un importante debate sobre las aperturas de la Teoría del derecho de Hart hacia la Sociología. De hecho, son varias las Teorías socio-jurídicas del derecho que parten o toman especialmente en consideración la teoría jurídica hartiana (vid. *infra* apartado 3). Nicola Lacey ha encarado directamente esta cuestión y, valiéndose de sus informaciones como biografía del mismo, ha establecido como punto de partida que “Herbert Hart nunca fue un hombre que se tomase las palabras a la ligera [...] Ciertamente, la referencia de Hart a la “sociología descriptiva” era un gesto hacia la tesis austiniana [J. L. Austin] de que el entendimiento de un uso lingüístico iluminaba el mundo. Pero desde mi punto de vista [continúa Lacey] era más que eso, y estaría sostenida por su determinación de ir más allá del rígido positivismo conceptual de Austin y Kelsen” (2006, p. 948-949). Una tesis no del todo pacífica y que ella misma se encarga de matizar. De entrada, recogiendo la opinión de Hart sobre el hecho de que la afirmación que consideramos no fue muy afortunada y “quizá hubiese sido más correcto decir que el libro [*El concepto de derecho*] proporcionaba *los conceptos normativos necesarios para una sociología descriptiva*” (Lacey 2006, p. 949)³. Esta autora, incluso se plantea una posible influencia de Weber, asentada en su propio descubrimiento de un ejemplar de *Economía y sociedad* subrayado y anotado profusamente (Lacey 2006, p. 951)⁴. Con todo, acaba concluyendo que el “imperialismo filosófico” predominante en el contexto en el que se movía Hart, la filosofía lingüística oxoniense, cierra cualquier espacio para una aproximación interdisciplinar y, en particular, para las ciencias sociales –que son vistas como disciplinas carentes de rigor y en las que no cabría el valor de verdad (Lacey 2006, p. 950, 953, Cotterrell 2006, p. 47 ss.).

³ La autora toma como fuentes de esta afirmación, que fecha a finales de los 80, los cuadernos de notas de Hart y la entrevista realizada por David Sugarman, publicada en 2005.

⁴ MacCormick (2008, p. 43), por su parte, rechaza la influencia weberiana directa en *El concepto de derecho* y da razones sobre el momento –tardío– en que Hart subraya y anota el libro de Weber. El enfoque “hermenéutico” de Hart sería más bien deudor del análisis lingüístico de J. L. Austin y de algunos temas avanzados por Winch, a través del cual conectaría también con la filosofía lingüística de Wittgenstein y con las tesis de Weber (MacCormick 2008, p. 42).

Con todo, a pesar de lo anterior, Lacey (2006, p. 960 ss.) distingue oportunamente entre lo que sería la jurisprudencia general, con respecto de la cual, lo anterior es plenamente válido; y la jurisprudencia “especial” desarrollada por Hart en obras que representan una parte sustancial de su producción: *Punishment and Responsibility, Causation in the Law*, con Tony Honoré, *Liberty and Morality*, etc. En estas obras puede apreciarse un claro interés en cuestiones normativas, percibiéndose además como los enfoques normativos (locales) y analíticos se retroalimentan en su obra (Lacey 2006, p. 961).

En cualquier caso, si atendemos a su jurisprudencia general, esto es, a su concepto de derecho, me atrevería a decir que en muchos sentidos Hart exagera la separación entre la dimensión social de los fenómenos jurídicos y su filosofía analítica. Un ejemplo claro lo encontraríamos en el hecho de que acaba expulsando la dimensión coercitiva de su concepto de derecho, con lo que se estaría llevando a sus últimas consecuencias el divorcio de la teoría positivista con la realidad empírica del derecho. Lo cual ha llevado a Frederick Schauer (2010) a preguntarse, un tanto provocadoramente, si después de todo Austin no tenía razón al asignar un valor central en su Teoría del derecho al papel de las sanciones. En el mismo sentido, Denis Galligan, tras haber apuntado el papel central de la dimensión coercitiva en la caracterización de los ordenamientos jurídicos modernos y por eso fundamental desde el punto de vista de “su naturaleza y funcionamiento” (2007, p. 21, 142 ss.), señala que la reformulación hartiana de las tesis de Austin sobre el derecho como un “sistema de reglas”, sitúa el papel de la coerción en un lugar “incierto” (2007, p. 142-143). En realidad, desde algún punto de vista, se ha sugerido que el soslayo de facto de la dimensión coercitiva del derecho por parte de Hart no supone el abandono de la perspectiva sobre la dimensión social del derecho. El giro hacia un “punto de vista interno” podría vincularse a una cierta perspectiva sociológica. Tamanaha (1997, cap. 3 y 4) ha vinculado este enfoque con una sociología de corte interpretativista y funcionalista⁵. Sin llegar a conclusiones tan tajantes, lo que sí hay que reconocer, en mi opinión, es que en este punto entrarían en juego las tesis de Weber –si bien indirectamente a través de la obra de Winch (1972)– y, en mayor medida, las tesis de Wittgenstein sobre el concepto de regla y las formas de vida como trasunto del concepto hartiano de práctica⁶.

A tenor de lo anterior puede concluirse que el concepto de derecho de Hart se presenta como una teoría verdadera y, en consecuencia, universal y neutral en términos morales, políticos e ideológicos. Ello es así porque se parte de un concepto “filosófico” del derecho, defendible como “el” concepto del derecho *que es*. Este es justo el núcleo del enfrentamiento de las tesis de Hart y Dworkin, una polémica que habría oscurecido otros planteamientos y enfoques críticos en torno al concepto de derecho de Hart. En este sentido, hay que subrayar que el concepto de derecho de Hart “no es tan neutral como él aparentemente piensa” (Tamanaha 2001, p. 134). No es necesario adentrarse en los vericuetos del *debe*, para que se abran perspectivas críticas y de evaluación en la Teoría del derecho. De hecho, la defensa de tesis positivistas ha sido conciliable con la crítica jurídica y social⁷.

⁵ Ciertamente, coincidiría con el papel secundario que tiene en la teoría social funcionalista la noción de fuerza, en favor de nociones como las de poder, consenso, medios simbólicos, etc. (Calvo García 2001).

⁶ Sin entrar ahora en mayores profundidades, se puede recordar también que este enfoque también encajaría con las tesis del llamado “giro hermenéutico” de la Teoría del derecho de Hart (Bix 2006: 182).

⁷ Como señala Schauer (1996, p. 37), las posiciones positivistas con frecuencia han sido simplificadas, malinterpretadas y/o confundidas. En este sentido comparto muchas de las matizaciones que hace este autor en este trabajo.

Especular ahora sobre la trascendencia de la teoría jurídica de Hart estaría sin lugar a dudas de más. Tampoco es posible hacer eco de todas las críticas y matizaciones que se han ido acumulando sobre sus propuestas. Ahora bien, con el fin de perfilar más el enfoque filosófico de la Teoría analítica del derecho quizá no esté de más revisar las tesis de Joseph Raz, quien podría ser considerado como el autor que con mayor rotundidad defiende las premisas hartianas como fundamento de la Teoría del derecho.

Según Raz, la Teoría del derecho:

... tiene que basarse sólo en aquellos rasgos que los sistemas jurídicos tienen que poseer, con independencia de las circunstancias especiales de las sociedades en las cuáles se encuentran en vigor. Esta es la diferencia entre Filosofía jurídica y Sociología jurídica. Esta última se ocupa de lo contingente y particular; la primera de lo necesario y universal. La Sociología del derecho proporciona gran abundancia de información detallada y de análisis de las funciones del derecho en sociedades particulares. La Filosofía del derecho tiene que contentarse con aquellas pocas características que los sistemas jurídicos necesariamente poseen (1982, p. 137).

Tesis que este autor ha reafirmado recientemente en su defensa de una Teoría del derecho en sentido restringido, esto es, una teoría analítica, conceptual, dirigida a explicar la naturaleza del derecho. Una teoría que, en definitiva, debe estar construida sobre “proposiciones verdaderas, sistemáticamente relacionadas”, que puedan explicar qué es el derecho, o siendo más precisos, la naturaleza del derecho (Raz 2007, p. 47). Tales verdades necesarias, al revelar la naturaleza del derecho, pondrían de manifiesto y explicarían la esencia del derecho. Como consecuencia, Raz entiende que “una Teoría del derecho es exitosa si satisface dos criterios: en primer lugar, si consiste en proposiciones acerca del derecho que son necesariamente verdaderas y, en segundo lugar, si estas proposiciones explican lo que es el derecho” (2007, p. 48).

Una Teoría del derecho concebida según los planteamientos antedichos no sólo sería objetiva, además sería universal: una teoría “necesariamente verdadera del derecho” en todo tiempo y lugar (Raz 2007, p. 48). En su última propuesta, sin embargo, Raz introduce un elemento novedoso que, aparentemente, le apartaría de los parámetros de una Teoría general del derecho. Así, reconoce que “hablar del concepto de derecho en realidad quiere decir nuestro concepto de derecho” (Raz 2007, p. 66). Sin embargo, las propiedades esenciales del derecho que describe la teoría jurídica seguirían siendo, a su entender, “características universales del derecho” (Raz 2007, p. 57) y condición para la existencia de un sistema jurídico. Consecuentemente, subraya que la objetividad y universalidad de la teoría jurídica no se ve afectada por la circunstancia de que el concepto de derecho, esto es, nuestro concepto de derecho, sea “local” (Raz 2007, p. 85)⁸.

El último desarrollo de la Teoría analítica del derecho, más allá de su aparente novedad, insiste en esta perspectiva. *Legality*, el intento de Scott J. Shapiro de reconstruir una

⁸ Cfr. también: “Mientras que *el concepto* de derecho es local, es decir, no todas las sociedades lo poseen, nuestra investigación es universal en tanto explora *la naturaleza* del derecho, dondequiera que lo encuentre” (2007, p. 67); y “El concepto de derecho está dentro de los conceptos que trascienden culturas. Es un concepto que captura una institución que existe aún en sociedades que no tienen tal concepto” (2007, p. 85).

Teoría general del derecho desde posiciones positivistas, abunda en la idea de que el concepto de derecho, la naturaleza del derecho, ha de buscar hacer explícitas sus “propiedades necesarias”, esto es, aquellas propiedades que el derecho “no puede dejar de tener” para ser considerado como tal (Shapiro 2011, p. 9). A pesar de dar entrada a la dimensión institucional del derecho y abogar por una *Teoría de la planificación* sustentada en la consideración de la actividad jurídica como una “actividad de planificación social” (Shapiro 2011, p. 6, 195 ss.), su ambicioso proyecto de renovación sigue vinculado al “esencialismo” y encierra de nuevo la Teoría del derecho en un marco exclusivamente filosófico -limitando su potencial teórico y práctico (Schauer 2010, p. 621).

Es cierto que Shapiro abre espacios para una Teoría del derecho apegada a una dimensión constructivista, pero no acaba de recorrer ese itinerario. Además de prestar atención a la dimensión institucional del derecho, se plantea por ejemplo la temporalidad y no plenitud de la Teoría del derecho, dado que filósofos del derecho situados ante un contexto renovado y nuevas cuestiones esenciales pueden identificar nuevas “propiedades necesarias” para describir la naturaleza fundamental del derecho (Shapiro 2011, p. 10).

Para finalizar este apartado, podríamos adentrarnos en la discusión sobre si el concepto de derecho, así entendido, se aboca al discurso de la filosofía del derecho o de la Teoría del derecho, pero lo que parece claro es que siguen sin existir resquicios para los enfoques socio-jurídicos. En este sentido, puede apuntarse que las teorías jurídicas positivistas más influyentes en el siglo XX y con un importante peso en la actualidad, anulan la consideración de cualquier perspectiva socio-jurídica en la Teoría del derecho. La Teoría del derecho debe explicar la naturaleza del sistema jurídico con objetividad, lo cual se traduce en un planteamiento filosófico pseudo-descriptivo, conceptual y formalista. Desde numerosos puntos de vista se ha señalado que este planteamiento tiene fisuras internas importantes, aunque aquí por razones obvias se tendrán en cuenta aquellos que se han formulado al hilo de los objetivos de este trabajo. En cualquier caso, los interrogantes críticos son siempre pertinentes, lo cual da pie a la pregunta sobre si esta propuesta “es apropiada”; pero, incluso, cabe cuestionarse “si siendo apropiada es suficiente y, en cualquier caso, si sus objetivos y logros son sustanciales” (Bix 2007, p. 5). O dicho de otra manera, si una Teoría del derecho construida sobre estas premisas tiene alguna utilidad práctica para los juristas más allá del interés que puedan tener unos perfiles nítidos como “disciplina” filosófica y su peso académico (Coterrel 2014).

3. CONSIDERACIONES CRÍTICAS SOBRE EL ENFOQUE “FILOSÓFICO” DE LA TEORÍA POSITIVISTA DEL DERECHO

Los planteamientos filosóficos sobre los que se construye la teoría positivista del derecho y, en particular, la teoría analítica pueden ser cuestionados metodológicamente. E, incluso, más allá de las cuestiones referidas a sus fundamentos metodológicos, también surgen interrogantes críticos sobre su adecuación a los objetivos explicativos de la misma y a su propia funcionalidad. Ciertamente, en lo que antecede ya se han ido colando algunos planteamientos críticos, pero se hace necesario avanzar una crítica más reposada y expuesta con mayor orden. Es por ello que en este apartado, antes de revisar algunas de las propuestas actuales más significativas sobre el enfoque socio-jurídico en la Teoría del derecho, se profundizará en torno a las fisuras metodológicas y funcionales de las propuestas analíticas presentadas en el apartado anterior.

Una de las críticas a la Teoría analítica del derecho más recurrente insiste en su carácter parcial y en las limitaciones de que adolece al dejar fuera de su consideración elementos importantes de la praxis jurídica y el funcionamiento efectivo de las instituciones jurídicas actuales. De entrada, una Teoría del derecho como la que se defiende desde tesis positivistas se asentaría en un punto de vista puramente “doctrinal”⁹. Esto es, una perspectiva que aísla el concepto de derecho no sólo de su dimensión coercitiva, como se ha apuntado más arriba; sino que, en general, se desentiende de la dimensión institucional y las estructuras de gobernanza vinculadas al mismo. Como ha señalado Kornhauser:

El concepto de derecho que interesa a los filósofos del derecho pone su énfasis en el orden jurídico (*legal order*), esto es, en el conjunto de prohibiciones, exigencias y permisos que prevalecen en una sociedad, más que en las instituciones del régimen jurídico (*legal regime*) que promulgan, aplican coercitivamente y mantienen el orden jurídico. Dicho de otro modo, el debate filosófico sobre el concepto de derecho trata el orden jurídico como un conjunto autónomo de normas más que como un aparato de instituciones en funcionamiento dentro de una estructura de gobernanza (2004, p. 375).

En definitiva, la apuesta por una perspectiva puramente “doctrinal” deja fuera de la Teoría del derecho la práctica y el funcionamiento efectivo de las instituciones jurídicas¹⁰.

En principio, por lo que se refiere a la exclusión de la perspectiva sociológica, lo anterior sólo significaría que los autores que han desarrollado las teorías analíticas del derecho son filósofos y juristas, no sociólogos. También es cierto que desde las ciencias sociales se construyen, en ocasiones, teorías muy limitadas y parciales de los fenómenos jurídicos¹¹. En este sentido, las descripciones de autores como Hart o Raz no pueden ser descalificadas sin más como “parciales” o “estrechas”. Incluso, pueden ser consideradas como teorías útiles de cara a la investigación de las instituciones y el funcionamiento del derecho. La “división del trabajo” entre perspectivas científicas o diferentes tipos de personas expertas no sería rechazable en sí misma, al menos no lo sería si existiesen cauces para el dialogo interdisciplinar (Cfr. Murphy 2001, p. 375-376).

Ahora bien, lo anterior aparte, desde mi punto de vista parece más correcto colegir que la perspectiva doctrinal sería una exigencia de los planteamientos “cientificistas” y formalistas que han predominado en las ciencias jurídicas y en la Teoría positivista del derecho. En cualquier caso, las limitaciones que impone ese punto de partida determinan que se pierdan de vista aspectos importantes para la comprensión de los fenómenos jurídicos, importantes tanto en términos generales como desde posiciones vinculadas a la praxis. Eso hace que, cuando menos, esta perspectiva pueda considerarse como una teoría limitada o parcial (Cotterrell 2014).

⁹ Lo cual acentúa la escisión entre la Teoría del derecho, así planteada, y el enfoque socio-jurídico. La contraposición entre el “sentido doctrinal” y el “concepto sociológico del derecho ha sido subrayada por Dworkin (2007: 12-14, 24 ss.), aplicándola a su propia Teoría del derecho. Dworkin califica la Teoría del derecho de Hart como un “positivismo doctrinal” (Dworkin 2007, p. 36 ss.).

¹⁰ Desde una perspectiva filosófica, ha insistido recientemente sobre este particular Scott J Shapiro (2011, p. 6) vinculando esta tendencia con la jurisprudencia analítica. Esta orientación se habría centrado en el estudio “de las normas que producen las instituciones jurídicas antes que en las organizaciones que las producen”. De esta manera la perspectiva filosófica analítica habría bloqueado una perspectiva que se ha mostrado “fructífera” en las aproximaciones de otras disciplinas como la psicología, la antropología, la sociología, la economía y la ciencia política (Shapiro 2011, p. 6). En última instancia, como hemos apuntado más arriba, tampoco este autor ha conseguido escapar de las limitaciones del enfoque filosófico.

¹¹ Cotterrell (2006b, p. 21 ss.) habla de indiferencia, hostilidad e imperialismo al respecto.

El concepto de derecho de la Jurisprudencia analítica adolece de las consecuencias inherentes a este enfoque “cientificista”, lo cual habría determinado el “imperialismo filosófico” dominante en la construcción del concepto de derecho y/o la determinación de la naturaleza del derecho. Las opciones epistemológicas que sustentan *El concepto de derecho* de Hart o su prolongación en los desarrollos de Raz están determinadas por la posibilidad de construir una teoría científica basada en valores de verdad y, por lo tanto, objetiva y universal. Puede parecer que el hecho de apelar a continuidades entre lo social y el derecho –reglas sociales, prácticas, tesis de las fuentes sociales del derecho, etc.– podrían llevar a describir el derecho como una construcción cultural y/o social; pero los resultados niegan esa posibilidad. Si se quiere construir una Teoría del derecho basada en “verdades necesarias”, ésta tiene que ser “universal”: no puede estar basada en contingencias o prácticas existentes –y por lo tanto variables según los contextos sociales (Raz 2009, p. 91-92). Como ha apuntado rotundamente Tamanaha (1997, p. 128), desde una perspectiva realista y socio-jurídica, el concepto de derecho así planteado sólo puede estar basado en la consideración de “un” derecho dotado de una “naturaleza esencial y universal”¹².

Cuando Hart defiende su Teoría del derecho como *descripción* en realidad lo que está defendiendo no es una perspectiva sociológica, sino el carácter *no evaluativo* de su teoría. Aunque haya de interpretarse en el contexto de su polémica con Dworkin, Hart sienta tajantemente en su *Postscript* que el concepto de derecho, para alcanzar adecuadamente sus finalidades explicativas, tiene que ser “descriptivo”, es decir, “moralmente neutral, y no tener pretensiones justificativas” (Hart 2012, p. 240, cfr. Dickson 2004, p. 119-20). La razón que subyace a este planteamiento parece clara: si el derecho descansara sobre valores morales en lugar de descansar sobre la tesis de las fuentes sociales del derecho, las demandas de certeza en relación con la naturaleza del derecho se convertirían en un tema mucho más controvertido (Murphy 2001, p. 383). La exigencia de objetividad parece llevar a tesis esencialistas en la construcción del concepto de derecho como única vía para asegurar la “neutralidad” de la Teoría del derecho así construida. Pero la pregunta subsiguiente surge inmediatamente: ¿el concepto positivista de la filosofía analítica del derecho realmente es neutral?

La objetividad y neutralidad de la *Teoría analítica del derecho* es defendida por Hart como uno de los pilares básicos de su propuesta. Incluso su inclinación tardía hacia un *soft positivism* no implica un rechazo radical de la tesis de la separación. La tesis de las fuentes sociales del derecho sigue siendo uno de los “elementos esenciales” de la concepción analítica del derecho tanto en Hart como en Raz. Sin embargo, Raz reconoce que su Teoría del derecho es valorativa y no meramente descriptiva, al menos en un sentido: la explicación de la naturaleza del derecho que defiende presupone opciones valorativas¹³. En este sentido, la opción epistemológica de construir la Teoría del derecho desde un punto de vista interno no es neutral y tiene consecuencias importantes como se

¹² En el mismo sentido, Cotterrell (2014, p. 7). Obviamos el debate sobre el “esencialismo”, tema sobre el cual pueden verse: Tamanaha (2001, p. 149 ss.), Bix (2006), Himma (2004, p. 732 ss.), Bulygin (2007), Schauer (2013a).

¹³ De hecho, Raz (1998, p. 268) llega a sostener claramente, frente a las tesis iniciales de Hart, que la explicación de la naturaleza del derecho implica consideraciones valorativas. El propio Hart (1987, p. 38-39) habría matizado sus tesis iniciales para reconocer la existencia de valores metateóricos, si bien éstos no anularían en carácter descriptivo de su propuesta analítica.

apuntó más arriba. Estaríamos ante lo que Julie Dyckson (2001, p. 33 ss.) ha denominado “*meta-theoretical evaluation*”¹⁴ y Bulygin (2007, p. 109) evaluación epistémica.

La explicación de la naturaleza del derecho, de sus propiedades esenciales supone explicar la naturaleza de una institución social, lo cual podría llevar a pensar que esta explicación hunde sus raíces en las ciencias sociales (Raz 2007, p. 64). Pero Raz deja bien claro que “la identificación de cierta institución social como derecho no es introducida por sociólogos, politólogos u otros académicos como parte de su estudio de la sociedad. Es parte de la auto-consciencia, del modo en que concebimos y comprendemos nuestra sociedad” (2007, p. 65). Siguiendo las pautas marcadas por Hart, esto es, partiendo también de la tesis del punto de vista interno, Raz está cercenando la posibilidad de contar de facto con la perspectiva socio-jurídica en la explicación de la naturaleza del derecho. Obviamente, ésta es una opción epistemológica que puede considerarse valorativa y que tiene implicaciones ideológicas en la explicación y comprensión de los fenómenos jurídicos. Así, por ejemplo, me atrevería a suscribir que el planteamiento de Raz es extraordinariamente confuso y discutible. En otro orden de cosas, y con mayor rigor, también podría decirse que el giro de la teoría analítica hartiana hacia un punto de vista interno implica una pérdida substancial en la consideración de la dimensión coercitiva de los fenómenos jurídicos (*vid. supra* apartado 1) y que esta opción descansaría en una elección meta-teórica valorativa.

En realidad, dando un paso más y encarando un enfoque más general, me parecen muy sugerentes las reflexiones¹⁵ de Schauer cuando afirma que “tanto el derecho como el concepto de derecho son construidos socialmente” (2005, p. 497). La dimensión justificativa sería inherente tanto al derecho como al concepto de derecho. Pero es que, además, el concepto de derecho así entendido no sólo cambia a lo largo del tiempo y entre las diferentes culturas, sino que debe ser entendido a través de un continuo proceso de construcción y reconstrucción (Schauer 2005, p. 498).

Si se acepta el planteamiento de Schauer, está claro que no se puede perder de vista ni la contextualización de los fenómenos jurídicos, ni la propia evolución de los mismos. Las teorías esencialistas, limitadas a la construcción de un concepto parcial del derecho que identifican como su naturaleza, carecerían de la perspectiva necesaria para asumir la dimensión justificativa meta-teórica del concepto de derecho, como tampoco podrían asumir el cambio conceptual que requieren las propias transformaciones del derecho. En este sentido, el autor citado apoya la pertinencia de un punto de vista socio-jurídico. En su opinión, “el cambio conceptual es lento, progresivo e incierto; lo cual hace más apropiado su estudio desde la perspectiva de las ciencias sociales mejor que desde la Teoría del derecho” (Schauer 2005, p. 500).

Lo anterior obliga a plantearse cuestiones que trasciendan el discurso metodológico, pero que pueden aclarar las limitaciones de una neutralidad asentada entre otras razones en un enfoque parcial del fenómeno jurídico. En un trabajo anterior (Calvo García 2008)¹⁶, he defendido que la teoría analítica y, en general, la teoría positivista del derecho representan tanto una opción epistemológica como la consagración “teórica” de un

¹⁴ Sobre la que descansa su tesis de la Teoría del derecho como una teoría evaluativa, pero no moralmente evaluativa (Dyckson 2004, p. 125 ss.).

¹⁵ Se trata de unas reflexiones a vuelo de pluma, respondiendo a algunas objeciones planteadas por Julie Dickson y desbordando en buena medida los planteamientos de ésta en *Evaluation and Legal Theory*. Schauer (2013a, p. 245 s., 2013b) ha vuelto sobre esta perspectiva con posterioridad.

¹⁶ Ya se habían avanzado algunas ideas en Calvo García (2000, p. 63 ss.).

determinado modelo jurídico, un modelo que podría identificarse como el modelo jurídico liberal. Los elementos esenciales del derecho sobre los que se construye serían deudores de una doble tensión que los vincula a una doble elección epistemológica, a la que no son ajenos los condicionamientos del modelo político sobre el que se sustentan la estructura y las dinámicas del derecho imperantes en una determinada cultura jurídica. Como consecuencia de lo anterior, la teoría analítica construye un concepto de derecho profundamente estatista, racional y formal, según el cual el estado monopoliza en la práctica las fuentes sociales del derecho y su aplicación. Las formas jurídicas desarrolladas como fundamento y sostén del estado-nación alientan el monopolio de la producción y aplicación del derecho por parte del estado, así como el carácter unitario del ordenamiento legal, supeditándose además a las exigencias de neutralidad de la ideología liberal dominante. Consecuentemente, el derecho se representa como un sistema excluyente y capaz de organizar autónomamente los presupuestos de legitimidad de sus prácticas y sus discursos.

Partiendo de lo anterior, se niega la condición de sistema jurídico a cualquier otro sistema social normativo que no reúna esas características esenciales. Este planteamiento no sólo excluye las pretensiones de validez jurídica del derecho natural -lo cual puede estar en el origen remoto de las premisas ideológicas que lo alientan-; sino que, de paso, por unas u otras razones, niega la consideración de derecho a cualquier sistema jurídico de base consuetudinaria o a los surgidos de instituciones internacionales o estructuras de gobernabilidad global. Es obvio que estos presupuestos chocan con algunas de las realidades jurídicas hacia las que se abocan las transformaciones del derecho o que han encontrado su reconocimiento social como derecho. Así, por ejemplo, el pluralismo jurídico o el desarrollo de un derecho característico de la mundialización exigen introducir cambios epistemológicos y, en particular, una perspectiva socio-jurídica para afrontar el análisis de tales fenómenos¹⁷. En este sentido, también desde esta perspectiva parece necesario abrir la perspectiva de la Teoría del derecho hacia prismas socio-jurídicos para tratar de descubrir las cualidades normativas de tales sistemas jurídicos sin reducirlos ni explicarlos desde las características de los sistemas propios de un estadio evolutivo del derecho que comienza a ser superado¹⁸.

En otro orden de cosas, podría sostenerse igualmente que una teoría incapaz de integrar en el concepto de derecho que promueve las transformaciones del derecho y en consecuencia facilitar la comprensión o explicación del derecho en uso, no es una teoría cuyos logros puedan considerarse sustanciales y, además, habría perdido toda su utilidad de cara a la praxis. La reducción de la Teoría del derecho a los estrechos cauces de una teoría doctrinal, alejada de la práctica y del funcionamiento efectivo de las instituciones jurídicas e incapaz de integrar los cambios estructurales de la praxis jurídica en el concepto de derecho, abren perspectivas de crítica que tampoco pueden pasarse por alto. Ya se han apuntado las dificultades de la Teoría analítica del derecho con fenómenos como el pluralismo jurídico o las nuevas formas jurídicas de la mundialización, pero dando un paso más puede apuntarse que el “modelo de las normas” de la teoría analítica también quebraría.

¹⁷ No es de extrañar que tanto el pluralismo jurídico, como la globalización estén en la base de las revisiones de la Teoría del derecho desde una perspectiva socio-jurídica. Distintos autores (Twining 2003a, 2009, Tamanaha 2001, p. xi-xii, 171 ss., Santos 2009, p. 158 ss., 290 ss., Galligan 2007, p. 158 ss., Cotterrell 2004, 25 ss., MacCormick 2007, p. 287 ss.) han extendido la consideración de orden normativo institucional al orden institucional interno de las organizaciones de la sociedad civil.

¹⁸ Más detalle sobre estas cuestiones se puede encontrar en Calvo (2005, 2012).

En realidad, la Teoría analítica del derecho no sólo adolece en muchas de sus propuestas de la pérdida de referencia con la praxis, también muestra una cierta dependencia con respecto a los planteamientos nucleares del formalismo jurídico y el método lógico deductivo. En este sentido, se ha dicho que más allá de las propuestas de ruptura epistemológica, la Teoría analítica del derecho habría heredado la agenda de la Teoría del derecho tradicional (Lacey 2006). El “modelo de las normas” tiene en ese sentido muchas dificultades de encaje con las transformaciones del derecho vinculadas al desarrollo de los sistemas jurídicos actuales orientados a conseguir objetivos o realizar fines y valores sociales regulando positivamente el comportamiento de los agentes sociales y estableciendo estructuras burocráticas de carácter público o semi-público como instrumentos de implementación y control (Calvo 2005). Cambios tan profundos que no se pueden identificar con una perspectiva conceptual estrecha que se desentienda de la consideración del derecho como fenómeno jurídico y de su praxis real y que, en consecuencia, exigirían desarrollos importantes en la Teoría del derecho.

A tenor de lo anterior, quizá sea bueno subrayar que más allá del debate meta-teórico y metodológico centrado en torno a las virtudes “científicas” o “esencialistas” de un concepto parcial de derecho y limitado a una justificación en términos verdad, cabe preguntarse si la Teoría del derecho, concebida desde esos presupuestos, es útil o no. Dicho de otra manera, si cumple o no con los objetivos explicativos y de comprensión del derecho –que serían su razón de ser. Al respecto, Tamanaha (1997, p. 249 - 251, 2001, p. 154) ha apuntado que buena parte del discurso de la Teoría del derecho actual es irrelevante desde el punto de vista de la realidad cotidiana del derecho, dado que aparentemente tendría poco que ver con la práctica del derecho en uso. Y en el mismo sentido Lacey (2006, p. 975) ha subrayado que el derecho no puede comprenderse correctamente con una teoría desvinculada de la práctica jurídica y el contexto institucional en el que se desenvuelve. Opiniones que obviamente llevan a defender la incorporación de la perspectiva de las investigaciones socio-jurídicas en la Teoría del derecho. Algo que, como señala Twining, ya llevaban defendiendo durante años diversos autores: “el derecho, incluyendo la doctrina jurídica y los conceptos, necesitan ser comprendidos contextualmente” (2009, p. 60). Lo que habría cambiado, según este autor, es que “recientemente se han producido signos alentadores de convergencia de los enfoques empírico y analítico”. Estas serán, precisamente, las coordinadas a partir de las cuales se esbozarán las reflexiones que avanzo en el apartado siguiente. En el mismo se intentarán superar hostilidades y desdenes recíprocos; pero teniendo claro que es preciso asumir que el enfoque socio-jurídico puede ser no sólo útil, sino incluso necesario para la Teoría del derecho.

4. HACIA UNA TEORÍA SOCIO-JURÍDICA DEL DERECHO

Una vez avanzada en el apartado anterior la crítica de algunos de los planteamientos que desde posiciones analíticas rechazan la incorporación de la perspectiva de las ciencias sociales en la Teoría del derecho, concluiré este trabajo con algunas notas sobre la oportunidad y particularidades del enfoque socio-jurídico en la Teoría del derecho. Con este fin, se asumirán como punto de partida algunas propuestas que insisten en la necesidad de incorporar una perspectiva socio-jurídica para completar el déficit de la Teoría analítica del derecho, pero sin ser en modo alguno excluyentes o limitarse a enfoques confinados en la pura descalificación de los planteamientos conceptuales sobre la esencia del derecho. Como se ha apuntado en las conclusiones del punto anterior, las cosas parecen haber cambiado de un modo significativo, habiéndose superado el desdén

mutuo entre las perspectivas centradas en torno a consideraciones socio-jurídicas o de derecho y sociedad y las perspectivas filosóficas de la Teoría del derecho centradas en torno a la construcción de los conceptos esenciales explicativos de la naturaleza del derecho.

Las aperturas de la Teoría del derecho hacia la Sociología jurídica tienen ya una gran tradición en los discursos académicos. Uno de los autores que han liderado esta propuesta es Roger Cotterrell. Según este autor, es necesario superar el estrecho margen en el que las teorías positivistas del derecho han confinado la Teoría del derecho limitando su desarrollo a la pertinencia de cánones basados en la sofisticación técnica “al margen de cualquier criterio de trascendencia social o jurídica” práctica. En este sentido, critica explícitamente el reduccionismo filosófico de la Teoría del derecho, representado en particular por las tesis esencialistas y el rechazo a lo contingente y lo particular que Raz atribuye a la perspectiva socio-jurídica (Cotterrell 2004, p. 7,11). La Teoría del derecho debe ser útil para la praxis jurídica y no encerrarse en “capillitas” académicas.

Cualquier teoría del derecho, normativa o no, debe afrontar la tarea de dar sentido *teórico* a las nuevas realidades del derecho. Con este fin, en su opinión:

... se impone la conclusión de que la teoría normativa del derecho y la teoría empírica del derecho, orientada socio-jurídicamente, deben confluir en una sola tarea. Lo cual no supone rechazar o minusvalorar el valor del análisis conceptual del derecho, propio de las propuestas de la teoría normativa del derecho tradicional. Más bien supone insistir en que dado el contexto de vertiginoso cambio del medio jurídico, las tareas de la Teoría del derecho no pueden permanecer estáticas (Cotterrell 2003, p. 263).

Su propuesta, no deja dudas sobre la pertinencia y necesidad de la Sociología jurídica. El enfoque sociológico es “indispensable” (Cotterrell 2006a, p. 54) tanto desde una perspectiva práctica, como teórica: “la tarea de la interpretación sociológica de las ideas jurídicas no es un complemento deseable, sino un recurso esencial para la comprensión del derecho. Las ideas legales son medios a través de los que se estructuran las dinámicas sociales. Para apreciarlas correctamente en este sentido y reconocer su poder y sus límites, es necesario entenderlas sociológicamente” (2006a, p. 63).

El planteamiento de Cotterrell no deja lugar a dudas. Ahora bien, aunque subraya la “necesidad” de incorporar la perspectiva “sociológica”, su posición no es excluyente ni con respecto a la Teoría del derecho ni en relación al conjunto de las ciencias sociales. Al contrario, concibe esta empresa como una tarea transdisciplinar cuya finalidad sería la de ampliar las perspectivas de conocimiento y explicación de los fenómenos jurídicos. En ese sentido concibe su propuesta como una propuesta incluyente, más que excluyente. Incluso rechaza el término “Sociología del derecho” en favor de otros menos “disciplinares” como “perspectiva sociológica” y “comprensión o interpretación sociológica” (Cotterrell 2006a, p. 58-59)¹⁹.

Otro autor que ha planteado últimamente la posibilidad de un dialogo interdisciplinario entre el análisis socio-jurídico y la Teoría analítica del derecho es Denis Galligan (2007, p. 2010). Este autor, subraya que de la misma manera que la Teoría del derecho y, en particular la Teoría *analítica*, puede ser útil para el análisis socio-jurídico; reflexivamente,

¹⁹ La preocupación terminológica siempre ha estado presente en la obra de este autor (Cotterrell 1991, p. 22-25), decantándose inicialmente por “Sociología jurídica” como terminología más apropiada que “Sociología del derecho” para evitar pensar en una rama de la Sociología aplicada al derecho.

el enfoque socio-jurídico también puede ser útil para la Teoría del derecho. Según Galligan, la Teoría del derecho tiene sus propios métodos y objetivos y sería erróneo pensar que deba asumir la metodología y los intereses específicos de la sociología u otras ciencias sociales. Pero ello no obsta para que el diálogo entre la Teoría del derecho y el enfoque socio-jurídico pueda ser útil, tanto para las investigaciones sobre derecho y sociedad, como para la propia Teoría del derecho.

La respuesta de Galligan a la pregunta sobre si la Teoría del derecho puede tener utilidad para las investigaciones socio-jurídicas recibe un rotundo sí: los conceptos de la teoría jurídica son una buena base para clasificar y dar sentido a los datos sociales. Pero también es tajante cuando afirma que su utilidad es limitada, ya que la Teoría del derecho aisladamente “no puede mostrarnos que ocurre en la práctica” y tampoco es suficientemente compleja como para explicar toda la riqueza que implica la gran variedad de fenómenos jurídicos (2007, p. 11). Consecuentemente, concluye que “la Teoría del derecho, al proveernos de conceptos, categorías e ideas, es un buen punto de partida para las investigaciones de derecho y sociedad; pero al mismo tiempo, es sólo un punto de partida, que necesita ser complementado con la toma en consideración sobre el funcionamiento del derecho en la diversa variedad de situaciones sociales en las que nos lo encontramos”. El proceso, pues, debe ser “reflexivo” (2007, p. 11). En este sentido, Galligan deja claro que la perspectiva socio-jurídica también puede contribuir a la Teoría del derecho. Concluye, en consecuencia, que las investigaciones sobre derecho y sociedad “pueden arrojar luz sobre cuestiones de interés para la Teoría del derecho” (2007, p. 19). Aportaciones que pueden obligar incluso a modificar su contenido conceptual y que, alternativamente, pueden servir para cuestionar y/o confirmar los conceptos imperantes en la Teoría del derecho²⁰.

Hoy por hoy, este tipo de propuestas empiezan a ser discutidas por los filósofos del derecho sin caer en el desdén propio de las tesis mantenidas tradicionalmente, si bien en este caso se tiende a dejar claro que la prioridad epistemológica debe descansar en la Teoría del derecho. Así, Bix (2006, p. 172) tras plantearse la pertinencia de las aperturas “empiristas”, entiende que “la respuesta apropiada es que el análisis conceptual es prioritario” y la misma respuesta se plantea ante las propuestas de introducir la perspectiva de la teoría social –dado que el derecho es una institución social: ¿cómo podemos tener ‘una Teoría sociológica del derecho’ si no tenemos antes una noción genérica de lo que es y no es derecho? En cualquier caso, siguiendo a Tamanaha, se plantea como reflexión si no “podría señalarse que si fuese un error tratar de fundamentar una teoría acerca de la naturaleza del derecho *únicamente* sobre bases empíricas o sociológicas, sin referencia al análisis conceptual, también sería un error basar tal teoría sólo en el análisis conceptual, sin referencia a verdades empíricas y sociológicas” (Bix 2006, p. 172). La respuesta de Raz a este tipo de reflexiones, como se ha visto más arriba, sería tajante: haciendo descansar el concepto de derecho sobre las percepciones y el autoconocimiento de los individuos. Bix al menos deja la pregunta en el aire.

Más comprometida es la posición de Nicola Lacey, subrayando de entrada que el aislamiento de la Teoría del derecho de la teoría social y los estudios socio-jurídicos es un error. En su opinión, los conceptos jurídicos no se comprenden adecuadamente, si se omite la consideración del contexto práctico e institucional del derecho. Para llegar a esa

²⁰ Y ello no sólo en el plano de la teoría social, este autor ha defendido la utilidad recíproca de ambas esferas para la investigación empírica ejemplificando los espacios de ese beneficio mutuo (Galligan 2010, p. 981 ss., 991 ss.).

conclusión, parte del análisis de algunos casos en clave de jurisprudencia particular - *special jurisprudente*-, que le llevan a reivindicar “la relevancia de las bases sociales de las ideas jurídicas” (Lacey 2006, p. 975). Dicho de otra manera, a la necesidad de dar una base socio-jurídica a la perspectiva puramente doctrinal de la Teoría analítica del derecho: “una jurisprudencia basada en las ciencias sociales o una Teoría del derecho fundamentada socialmente” (Lacey 2006, p. 981). Lo cual no debe ser entendido como la defensa de una metodología sociológica para la jurisprudencia, opción que rechaza de manera explícita; sino simplemente como una llamada a “teorizar el derecho como un fenómeno social” (Lacey 2006, p. 980).

Los dos intentos recientes más ambiciosos de construir una Teoría *general* del derecho integrando la perspectiva conceptual en un visión más amplia y ligada a la práctica y los contextos institucionales del derecho, para lo cual sería necesario incorporar la perspectiva socio-jurídica a su desarrollo, son, quizá, los de Brian Tamanaha y William Twining²¹.

La Teoría general del derecho -*A General Jurisprudence of Law and Society*- que defiende Tamanaha (2001, p. xvi) se enfoca desde las relaciones entre derecho y sociedad. Consecuentemente, se plantea como una aproximación transdisciplinar que nutre su perspectiva, general y compleja, con herramientas tomadas de diversos campos, entre los que incluye la teoría social, la teoría política, la sociología, la antropología y la teoría jurídica. De acuerdo con los planteamientos críticos esbozados más arriba, la Teoría del derecho que propugna no descansa en valores de verdad o falsedad, más bien y de acuerdo con los planteamientos del pragmatismo que inspira el realismo jurídico, descansaría en torno a la pregunta sobre si son útiles o no para “describir, comprender y evaluar los fenómenos jurídicos en contextos diversos” (2001, p. 133-134). Tamanaha (2001, p. xvii) defiende una teoría positivista, que defiende como una teoría descriptiva y evaluativa -matizando sin embargo que *no es evaluativa* respecto a cuestiones sobre si el derecho es moral o inmoral²². Se trataría, en realidad, de un positivismo jurídico reconstruido desde una perspectiva socio-jurídica, que en su opinión realizaría más estrechamente los objetivos de la Teoría del derecho de Hart. Al respecto, afirma que “el positivismo jurídico reconstruido de la manera que [propone] suministra un marco conceptual receptivo para los intereses e inquietudes de las personas vinculadas a la investigación científico social del derecho e igualmente provee puentes que harán factible que esas investigaciones sean más relevantes para los intereses e inquietudes de los teóricos del derecho” (Tamanaha 2001, p. 135). Esto aparte, lo más significativo -en su opinión- es que la conciliación de la Teoría del derecho positivista y las investigaciones socio-jurídicas facilita una vía más sofisticada y empíricamente informada para comprender el derecho como fenómeno social.

La obra de Tamanaha ha sido bien recibida en la Teoría del derecho. Uno de los autores que la ha tomado en consideración es William Twining, autor también de una reciente *Teoría general del derecho - General Jurisprudence*-, que busca comprender el derecho desde una perspectiva global y que comparte muchos de los presupuestos desarrollados por aquel autor. Twining es un autor reconocido en el campo de la Teoría del derecho, que aún en su formación la filosofía analítica del derecho y el realismo jurídico, y cuya teoría puede considerarse más cuajada que la de Tamanaha. También con una

²¹ Otro intento reciente de desarrollar una Teoría general del derecho es el de Shapiro (2011); pero, como ya se ha apuntado, a pesar de ciertas aperturas, sigue anclado en una perspectiva filosófica.

²² Sobre las premisas *positivistas* de su Teoría general de derecho y sociedad (Tamanaha 2001, p. 155 ss.).

perspectiva socio-jurídica más elaborada, pero coincidente con la de ese autor tanto en la defensa de la necesidad de incorporar el enfoque de las ciencias sociales en la Teoría del derecho como en la apuesta por un dialogo interdisciplinar que supere el recíproco desdén que ha existido tradicionalmente entre las teorías del derecho de corte filosófico y las investigaciones socio-jurídicas (Twining 2009, p. 60, Tamanaha 2001, p. 134).

Según Twining (2009, p. 57), la teoría analítica habría partido de la consideración del derecho como un fenómeno social, para luego operar metodológicamente con un completo aislamiento de la teoría social y las investigaciones socio-jurídicas. Los conceptos de la Teoría del derecho tienen que ser entendidos en el contexto práctico e institucional de su uso. En este sentido, acepta las conclusiones que Nicola Lacey extrae de su análisis de casos en clave de “jurisprudencia particular”, pero entiende que a la misma posición se llega desde perspectivas más abstractas o desde la toma en consideración de las transformaciones del derecho –en relación con las cuales insiste sobre todo en el fenómeno de la globalización y el pluralismo jurídico (Twining 2009, p. 56). Es quizá el reconocimiento de la utilidad de las aportaciones sobre estos temas de algunos autores procedentes del campo de la investigación socio-jurídica²³, lo que le ha llevado a concluir tajantemente que los filósofos que deseen comprender los fenómenos jurídicos necesitan incorporar a su perspectiva el conocimiento socio-jurídico (Twining 2009, p. 59-60).

Como consecuencia de los desarrollos expuestos, parece estar abriéndose paso un nuevo camino tendiente a superar las hostilidades y desdenes del pasado entre la Teoría del derecho y los enfoques socio-jurídicos. Son propuestas que coinciden en muchos puntos; pero que al mismo tiempo presentan divergencias y matices importantes. Una de las cuestiones que queda abierta es si la Teoría del derecho debe incorporar los métodos de las ciencias sociales o, si por el contrario, las relaciones que se establecen entre los enfoques filosófico y socio-jurídico son puramente simbióticas. Lo cual supondría mantener las barreras metodológicas. Al respecto, algunos planteamientos dan un paso más y sugieren incorporar perspectivas y herramientas metodológicas de los dos campos para llegar a un conocimiento integrado: una *Teoría socio-jurídica del derecho* que profundice en la descripción y comprensión del derecho como fenómeno social aunando herramientas metodológicas tanto del campo de las ciencias sociales como del campo jurídico²⁴.

En la línea de las propuestas analizadas, pienso que hay que incorporar el enfoque socio-jurídico en la Teoría del derecho. Y ello tanto teóricamente como desde investigaciones empíricas. Por lo demás, este punto de vista debe asentarse en las ciencias sociales entendidas en sentido amplio, esto es, sin reducir el enfoque socio-jurídico a las investigaciones realizadas desde el campo de la Sociología; sino teniendo en cuenta las aportaciones de la Antropología, la Psicología social, la Ciencia política o la Economía – por ejemplo. También se apela, en ocasiones, aunque de un modo genérico, a la necesidad de la investigación empírica para el conocimiento de las instituciones y las

²³ En particular, Boaventura de Souza Santos.

²⁴ Recurrimos a esta terminología -- *Teoría socio-jurídica del derecho*-- en lugar de hablar de *Teoría social o sociológica* del derecho para diferenciar la propuesta que se hace del enfoque particularizado de la teoría social en un campo específico, como puede ser el derecho, al estilo de las construcciones de algunos autores vinculados a una perspectiva sociológica estrecha –por lo general positivista. Ni que decir tiene que esta distinción estaría en la línea de la propuesta de Cotterrell (1991, p. 25) de distinguir la Sociología jurídica de una mera rama de la Sociología aplicada al derecho, la llamemos o no Sociología del derecho.

prácticas jurídicas, el cambio jurídico, etc. como paso previo y fundamento para construir una Teoría socio-jurídica del derecho²⁵.

Y en este contexto, ¿qué puede aportar la *Sociología jurídica*? En mi opinión esta disciplina es fundamental para promover investigaciones que permitan avanzar hacia una Teoría del derecho socio-jurídica o fundamentada socio-jurídicamente. Y, por supuesto, para facilitar el enfoque socio-jurídico de las ciencias jurídicas en general²⁶. En definitiva, volviendo a lo anterior, la *Teoría socio-jurídica del derecho* podría ser vista como un punto de encuentro para facilitar el diálogo entre perspectivas y áreas científicas diversas. Esto es, como una aproximación al conocimiento del fenómeno y los procesos del Derecho que bebe en fuentes plurales y propicia el intercambio de resultados entre opciones epistemológicas que se incardinan en diferentes campos del conocimiento – jurídico o no jurídico–, permitiendo así la conjunción de las ideas jurídicas o aproximaciones doctrinales del derecho con los métodos y las perspectivas de las ciencias sociales. Pero no sólo la Sociología o la Sociología jurídica; también la Criminología, la Ciencia política, las Ciencias de la Administración, la Antropología jurídica, la Economía y otras. Por lo demás, la vinculación de la Teoría socio-jurídica con estos “saberes tributarios” no debe basarse únicamente en el intercambio de resultados; sino que también deben establecerse relaciones de producción. En ese sentido, creo que es necesario realizar investigaciones interdisciplinarias que abarquen perspectivas y métodos diversos sobre los cuales sustentar las relaciones de la Teoría del derecho con los enfoques socio-jurídicos.

Bibliografía:

Bix, B., 2006. *Teoría del derecho: Ambición y límites*. Madrid: Pons.

Bix, B., 2007. Joseph Raz and Conceptual Analysis. *Newsletter on Philosophy and Law*, 6 (2), 1-7.

²⁵ Twining se ha planteado abiertamente este tema y la conclusión a la que ha llegado es que mientras los enfoques teóricos gozan de una cierta buena salud en los estudios socio-jurídicos –al menos en algunos contextos–, las investigaciones empíricas adolecen de una clara debilidad y serían del todo insuficientes tanto desde el punto de vista de las funciones auxiliares al desarrollo y funcionamiento del derecho como desde las posibles aportaciones al desarrollo de una Teoría del derecho enfocada socio-jurídicamente. Twining (2007, p. 237 ss.) realiza su diagnóstico contraponiendo las presentaciones en el macro-congreso de Berlín (2007) sobre Sociología jurídica y Derecho y Sociedad con las conclusiones del Genn, et al. (2006) *Report* sobre la investigación socio-jurídica orientada empíricamente en el Reino Unido.

²⁶ Obviamente, aquí cabría una nueva pregunta sobre el enfoque de la *Sociología jurídica*. Pero esta cuestión nos llevaría a una respuesta compleja y extensa que desborda los límites de este artículo. Baste decir que personalmente apuesto por una Sociología jurídica no excluyente, esto es, construida no sólo desde la Sociología, sino con apoyatura en otras ciencias sociales, y, en particular, orientada hacia la investigación empírica. Personalmente defiendo que la investigación socio-jurídica *debe sustentarse* en investigaciones empíricas. Al matizar que la investigación socio-jurídica “debe sustentarse”, queremos subrayar que este fundamento empírico no quiere decir que todos los investigadores en el ámbito socio-jurídico deban hacer trabajo de campo, sino que tiene que haber personas y grupos que afronten esta tarea y cauces para fomentar el diálogo entre quienes la hacen y quienes trabajan en el terreno del análisis o la reflexión teórica. Obviamente aquí me apartaría de las tesis de Renato Treves (1988, p. xiii, 183 ss.), para quien sólo cabía la investigación empírica como fundamento de la Sociología jurídica. Comparto con él la orientación empírica, pero la experiencia me ha hecho ver que no todos los enfoques de la Sociología jurídica pueden reducirse a la Sociología *empírica* del derecho que Treves propugnaba y que no todos los investigadores en este campo tienen interés o condiciones para hacer investigación empírica.

- Bix, B., 2010. *Theorizing about Law*. Minnesota Legal Studies Research Paper No. 09-52. Disponible: <http://ssrn.com/abstract=1496403>
- Bulygin, E., 2007. Raz y la Teoría del derecho. *En: J. Raz, et al. Una discusión sobre la Teoría del derecho*. Madrid: Pons, 99-110.
- Calvo García, M., 1994. *Los fundamentos del método jurídico. Una revisión crítica*. Madrid: Tecnos.
- Calvo García, M., 2000. *Teoría del derecho*. 2ª ed. Madrid: Tecnos.
- Calvo García, M., 2001. Talcott Parsons: Poder, Fuerza e Integración Social. *En: J. A. García, coord. El Derecho en la Teoría Social: Diálogo con Catorce Propuestas Actuales*. Madrid: Dykinson, 95-126.
- Calvo García, M., 2005. *Transformaciones del Estado y del Derecho*. Bogotá: Universidad Externado.
- Calvo García, M., 2008. Positivismo jurídico y transformaciones del derecho. *En: J. Almoguera, et al., Estudios en homenaje al Profesor Gregorio Peces-Barba, vol. II: Teoría y metodología del Derecho*. Madrid: Dykinson, 201-222.
- Calvo García, M., 2010. Cabe el enfoque socio-jurídico en la Teoría del derecho. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44, 371-394.
- Calvo García, M., 2012. Transformaciones Jurídicas y Teoría del Derecho. *Anuario de Filosofía del derecho*, 28, 33-54.
- Coleman, J. L., ed., 2001. *Hart's Postscript: Essays on the Postscript of the Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Cotterrell, R., 1991. *Introducción a la Sociología del derecho*. Barcelona: Ariel.
- Cotterrell, R., 2003. *The Politics of Jurisprudence. A Critical Introduction to legal Philosophy*, 2ª ed. London: LexisNexis.
- Cotterrell, R., 2004. Law in Social Theory and Social Theory in the Study of Law. *En: A. Sarat, ed. The Blackwell Companion to Law and Society*, 15-29.
- Cotterrell, R., 2006a. *Law, Culture and Society. Legal ideas in the Mirror of Social Theory*. Aldershot: Asgate.
- Cotterrell, R., 2006b. From 'Living law' to the 'Death of the Social' - Sociology in the Legal Theory. *En: M. Freeman, ed. Law and Sociology. Current Legal Issues* 8. Oxford: Oxford University Press
- Cotterrell, R., 2012. *Socio-Legal Studies, Law Schools, and Legal and Social Theory*. Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper No. 126/2012. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2154404>

- Cotterrell, R., 2014. Why Jurisprudence Is Not Legal Philosophy. *Jurisprudence*, 5 (1).
Disponibile en: <http://ssrn.com/abstract=2384615>
- Dickson, J., 2001. *Evaluation and Legal Theory*. Oxford: Hart.
- Dickson, J., 2004. Methodology in Jurisprudence: A Critical Survey. *Legal Theory*, 10, 117-156.
- Dworkin, R. 2007. *La justicia con toga*. Madrid: Pons.
- Ferrer, J., Moreso, J. J. y Papayannis, D. M., eds., 2013. *Neutrality and Theory of Law*. Dordrecht: Springer.
- Freeman, M., ed., 2006. Law and Sociology. *Current Legal Issues*, 8. Oxford: Oxford University Press.
- Gavison, R., 1987. *Issues in Contemporary Legal Philosophy. The Influence of H. L. A. Hart*. Oxford: Clarendon.
- Galligan, D. J., 2007. *Law in Modern Society*. Oxford: OUP-Clarendon Law Series.
- Galligan, D. J., 2010. Legal Theory and Empirical Research. *En: P. Cane y H. Krytzer, eds., Oxford Handbook of Empirical Legal Studies*. Oxford: Oxford University Press, 976-1001.
- Gem, H., Partington, M. y Wheeler, S., 2006. British Inquiry Report: *Law in the Real World - Improving our Understanding of how Law Works*. London: The Nuffield Foundation. Disponible en: http://www.ucl.ac.uk/laws/socio-legal/empirical/docs/inquiry_report.pdf
- Green, L., 2012. Introduction. *En: J. Raz y P. A. Bulloch, eds. H. L. A. Hart, The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, xv-lv.
- Hart, H. L. A., 2012. *The Concept of Law*, 3ª ed. Oxford: OUP-Clarendon Law Series.
- Himma, K. E., 2004. Do Philosophy and Sociology Mix? A Non-Essentialist Socio-Legal Positivist Analysis of the Concept of Law. *Oxford Journal of Legal Studies*, 24 (4), 717-738.
- Kelsen, H., 1992. Formalismo giuridico e dottrina pura. *En: S. L. Paulson, ed. Formalismo giuridico e realtà sociale*. Napoli: Scient. Ital.
- Kelsen, H., 1979. *La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática científica del derecho*, 1ª ed. México: UNAM.
- Kelsen, H., 1982. *Teoría pura del derecho*. 2ª ed. México: UNAM.
- Kelsen, H., 2003. Acerca de las fronteras entre el método jurídico y el sociológico. *En: Ó. Correas, ed. El otro Kelsen*. México: Ediciones Coyoacán.

- Kornhauser, L. A., 2004. Governance Structures, Legal Systems and the Concept of Law. *Chicago-Kent Law Rev.*, 70, 355-381.
- Lacey, N., 2000. Philosophical Foundations of the Common Law: Social Not Metaphysical. *En: J. Horder, ed. Oxford Essays in Jurisprudence* (OUP, 4th series). Oxford Legal Studies Research Paper No. 57. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2126577>
- Lacey, N., 2004. *A Life of H. L. A. Hart: The Nightmare and the Noble Dream*. Oxford: Oxford University Press.
- Lacey, N., 2006. Analytical Jurisprudence Versus Descriptive Sociology Revisited. *Texas Law Review*, 84, 945-982.
- Luhmann, N., 2005. *El derecho de la sociedad*. México: Herder, Universidad Iberoamericana.
- MacCormick, N., 2007. *Institutions of Law. An Essay in Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press.
- MacCormick, N., 2008. *H. L. A. Hart*, 2^a ed. Stanford: Stanford Law Books.
- Murphy, L., 2001. The Political Question of the Concept of Law. *En: J. L. Coleman, ed. Hart's Postscript: Essays on the Postscript of the Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 371-409.
- Raz, J., 1982. La naturaleza institucional del derecho. *En: La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*. México: UNAM.
- Raz, J., 2007. ¿Puede haber una Teoría del derecho? *En: J. Raz, et al. Una discusión sobre la Teoría del derecho*. Madrid: Pons.
- Raz, J., 2010. *Between Authority and Interpretation*. Oxford: Oxford University Press.
- Santos, B. de S., 2009. *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*. Madrid-Bogotá: Trotta-Ilsa.
- Shapiro, S. J., 2011. *Legality*. Harvard University Press.
- Sarat, A., ed., 2004. *The Blackwell Companion to Law and Society*. Oxford: Blackwell.
- Schauer, F., 1996. Positivism as Pariah. *En: R. P. George, ed. The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism*. Oxford: Clarendon Press.
- Schauer, F., 2005. The Social Construction of the Concept of Law: A Replay to Julie Dickson. *Oxford Journal of Legal Studies*, 25 (3), 493-501.
- Schauer, F., 2010a. Was Austin Right After All? On the Role of Sanctions in a Theory of Law. *Ratio Juris*, 23 (1), 1-21.
- Schauer, F., 2010b. The Best Laid Plans. Review. *The Yale Law Journal*, 120, 586-621.

- Schauer, F., 2012. On the Nature of the Nature of Law. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 98. 457-467. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1923321>
- Schauer, F., 2013a. Hart's Anti-Essentialism. *En: A. Dolcetti, L. Duarte d'Almeida y J. Edwards. Reading H.L.A. Hart's 'The Concept of Law'*. Oxford: Hart Publishing: 237-246.
- 2013b, Necessity, Importance, and the Nature of Law. *En: J. Ferrer, et al., eds. Neutrality and Theory of Law*. Dordrecht: Springer, 17-31.
- Tamanaha, B. Z., 1997. *Realistic Socio-Legal Theory: Pragmatism and a Social Theory of Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Tamanaha, B. Z., 2001. *A General Jurisprudence of Law and Society*. Oxford: Oxford University Press.
- Tamanaha, B. Z., 2013. *The Third Pillar of Jurisprudence: Social Legal Theory*. Washington University in St. Louis Legal Studies Research Paper No. 13-04-01. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2256622>
- Tamanaha, B. Z., 2011. What is 'General' Jurisprudence? A Critique of Universalistic Claims by Philosophical Concepts of Law. *Transnational Legal Theory*, 2 (3), 87-308.
- Treves, R., 1983. Kelsen e la sociología. *En: C. Roehrsen, ed. Hans Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del novecento*. Roma: Istit. della Enc. Ital., 169-182.
- Treves, R., 1988. *Sociologia del diritto. Origini, ricerche, problemi*, 2ª ed. Torino: Einaudi.
- Twining, W., 2003a. *Derecho y Globalización*. Bogotá: Siglo del Hombre.
- Twining, W., 2003b. A Post-Westphalian Conception of Law. Recensión de B. Tamanaha A general Jurisprudence of Law and Society. *Law & Society Review*, 37, 199-257.
- Twining, W., 2009. *General Jurisprudence. Understanding Law from a Global Perspective*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Weber, M., 1979. *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*. México: FCE.
- Winch, P., 1972. *Ciencia social y filosofía*. Buenos Aires: Amorrortu.