

# RLFP

Revista  
Latinoamericana de  
Filosofía  
Política

Centro de Investigaciones Filosóficas

ISSN 2250-8619 • Vol. XIII • N° 5 • 2025 • Buenos Aires • Argentina

## **SOBRE LA AGENDA, EL TONO Y EL APROPIADO GRADO DE ABSTRACCIÓN DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO A ESTA ALTURA DEL SIGLO XXI**

**Juan losa**

---

**SIMPOSIO**

**HOMENAJE A JOSEPH RAZ**

---

## **SOBRE LA AGENDA, EL TONO Y EL APROPIADO GRADO DE ABSTRACCIÓN DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO A ESTA ALTURA DEL SIGLO XXI**

### ***Esbozo de un programa de investigación***

**JUAN IOSA**

*Consejo Nacional de Investigaciones Científicas  
y Técnicas de Argentina (IDEJUS)  
Universidad Nacional de Córdoba (Argentina)  
Universidad Siglo 21 (Argentina)  
juanfiosa@gmail.com*

#### **RESUMEN**

Sostendré aquí que una teoría del derecho que aspire a inteligir cabalmente su objeto debe articular dos grados de abstracción. Debe, por un lado, ser teoría general: dar cuenta de las propiedades necesarias de todo derecho, de toda práctica jurídica, para ser tal. Pero dado el carácter superficial, i.e., sumamente abstracto, del enfoque y los conceptos propios de la teoría general, esta por sí misma es insuficiente. Por ello debe ser complementada con una teoría especial que capte las especificidades de cada práctica jurídica y sobre todo las de aquella dentro de la cual se enuncia; particularmente debe poder identificar el sentido de las prácticas en cuestión. Debe, por último, conectar ambos niveles: comprender la lógica de la mutación de una práctica jurídica en otra, la transformación de la cultura jurídica, de modo de dar cuenta tanto de la continuidad como de la diferencia, de lo común a todas las prácticas como de lo específico de cada una.

**Palabras clave:** teoría general del derecho, teoría especial del derecho, culturas jurídicas, cambio hegemónico en la teoría.

**ABSTRACT**

This paper argues that a theory of law seeking to fully comprehend its subject matter must articulate two levels of abstraction. Firstly, it must be a general theory, accounting for the necessary properties of all law, of every legal practice, to qualify as such. However, the inherently superficial, i.e., highly abstract, nature of the approach and concepts of the general theory, renders it insufficient on its own. Therefore, it necessitates augmentation by a special theory that captures the specificities of each legal practice and, above all, that within which it is enunciated; particularly, it should be able to identify the meaning of the practices in question. Lastly, it should bridge both levels: understanding the logic of the transition from one legal practice to another, the transformation of legal culture, in order to account for both continuity and difference, the commonalities across all practices as well as the uniqueness of each one.

**Keywords:** general theory of law, special theory of law, legal cultures, hegemonic change in theory.

La teoría general del derecho es universal porque consiste en afirmaciones sobre la naturaleza de todo derecho... La universalidad de las tesis de la teoría general del derecho es el resultado de que pretenden ser verdades necesarias, y no pueden pretender menos. En la medida en que la teoría general del derecho es una teoría sobre la naturaleza del derecho, esa teoría intenta elucidar los rasgos esenciales del derecho, i.e., esos rasgos que son poseídos por cada sistema jurídico en virtud de ser jurídico. La pretensión de necesidad está en la naturaleza de la empresa... Aunque la teoría general del derecho es universal, también es local. Y no quiere decir que es local cuando fracase en ser universal. Con seguridad la mayoría, si no todas, las teorías del derecho que han sido propuestas a lo largo de los siglos están equivocadas. Un modo en que están equivocadas radica en que fracasaron en su intento de capturar adecuadamente los rasgos universales y necesarios del derecho. Confundieron lo local con lo universal. Fueron locales en su fracaso, al elevar inconscientemente lo local al estatus de lo universal, al confundir los rasgos contingentes de sus propias sociedades con los rasgos necesarios del derecho. Mi afirmación, no obstante, es que todas las teorías del derecho

exitosas también son locales, que el éxito puede ser obtenido sólo siendo local.

J. Raz<sup>1</sup>

## 1. Introducción

### 1.1. La agenda

Ha muerto el último gran filósofo del derecho del siglo XX. Joseph Raz, a quien aquí rendimos homenaje, expresa toda una forma, básicamente universalista, muy abstracta, de concebir nuestra empresa teórica. Con su partida nos hemos quedado sin grandes referentes. A mi juicio al menos, ningún filósofo vivo pesa lo mismo que lo que pesaron Kelsen, Hart, Bobbio, Bulygin, y el mismo Raz entre otros.<sup>2</sup> De hecho, hoy la misma disciplina, como tantas otras cosas, está desorientada. En el siglo pasado había una agenda. En mi opinión, la cuestión central tenía que ver con establecer las condiciones de justificación de las decisiones judiciales. Consecuentemente, los principales problemas giraron alrededor de la identificación del material normativo relevante,<sup>3</sup> su interpretación,<sup>4</sup> sistematización<sup>5</sup> y aplicación al

---

1. Raz, 2013, 104, cfr. 51.

2. Dejo afuera de esta lista no exhaustiva a Dworkin. Si bien fue un gran filósofo del derecho y su obra es principalmente un producto del siglo pasado, a mi modo de ver Dworkin introduce un quiebre en el modo de hacer filosofía del derecho, que desarrollaré más abajo, tal que justifica dejarlo aparte de esta lista de grandes nombres del siglo XX.

3. Sobre esta cuestión giró, por ejemplo, el gran debate Hart – Dworkin que organizó la discusión de la segunda mitad del siglo XX.

4. La obra de Guastini, entre muchos otros, giró en buena medida sobre esta cuestión. Al respecto ver Guastini, 1999, 2008 y 2014 entre otros.

5. Sobre sistematización del derecho, ver Alchourrón y Bulygin, 1975, Caracciolo, 1988 y Raz, 1970 entre muchos otros.

caso.<sup>6</sup> Sin duda, usted podrá discutir esta afirmación y tener su propio punto de vista sobre cuál era la agenda de la filosofía del derecho en el siglo pasado. Por cierto, no hace falta que afirmemos que había *una* cuestión central, bien podemos hablar de un conjunto de cuestiones: la noción de sistema jurídico, la idea de norma y los tipos de norma, la cuestión de la relación entre derecho y moral, la distinción entre normas y principios, el problema de la obligatoriedad del derecho, etc. Sobre lo que creo que estaremos de acuerdo es que había una agenda de problemas básicamente interconectados. Tal vez también acordemos en que esa agenda ha explotado en las últimas décadas. O peor aún: se ha disuelto. Hoy los filósofos del derecho nos debatimos entre estirar como un chicle cuestiones ya hartamente tratadas o abrir nuevas líneas de investigación, nuevos temas, tantos que comienza a formarse un archipiélago donde es muy fácil perder el rumbo, donde no sabemos qué isla teórica promete abundancia y cuál es un páramo yermo. Los vivos debemos elegir entre volver a transitar los caminos ya gastados por las suelas de los muertos o arriesgarnos a explorar nuevos rumbos sin ninguna garantía de éxito. Si nos lanzamos, debemos hacerlo sin mapas. Debemos, es más, trazar nuestros propios mapas. Y para hacerlo no nos queda más que explorar primero este mundo teórico, un mundo que ha mutado (muta con cada intervención nuestra, es en parte, producto de nuestra propia inventiva) y no es el mismo, qué duda cabe, que el que estudiaron con maestría los grandes filósofos que nos precedieron. Por suerte contamos con la gran caja de herramientas que nos legaron. Con ellas, y con las que inventemos nosotros mismos, debemos lanzarnos a esta aventura intelectual.

---

6. El problema de la naturaleza de la adjudicación atraviesa todo el siglo XX. Es el gran eje que vertebra la discusión entre realistas (escépticos respecto de la noción de jueces aplicadores) y positivistas. Es, asimismo, el punto desde donde se para Dworkin para realizar toda su crítica al positivismo, tanto que se ha dicho que su doctrina es principalmente una teoría de la adjudicación antes que una teoría del derecho en sentido estricto.

## 1.2. El tono

Así como había una agenda, había también un tono adecuado. Trayendo a cuento la clásica distinción de Bobbio (Bobbio, 1990, 95 y ss.), la filosofía del derecho del siglo XX fue principalmente, tal como él reconocía y festejaba, filosofía del derecho de los juristas antes que de los filósofos. Si la pregunta cardinal tenía que ver con la adecuada identificación de la premisa normativa del razonamiento judicial, está claro que esa pregunta tenía como principales interesados en su respuesta a los jueces y demás operadores jurídicos. De hecho esta tendencia se ve acrecentada en lo que va de nuestro siglo. La filosofía del derecho es cada vez más un instrumental útil para abogados sofisticados, un discurso técnico-práctico, como bien lo señala Jesús Vega (Vega, 2018) y lo demuestra la enorme popularidad entre los operadores jurídicos de la teoría del razonamiento probatorio. La comprensión misma del fenómeno jurídico, alejada de cualquier pretensión utilitaria, solucionista, tiende a quedar en un segundo plano. Este artículo aboga, en cambio, por una vuelta a la filosofía del derecho de los filósofos, por la síntesis y no solo por el análisis (aunque no por el racionalismo sobre el necesario empirismo de la mirada historicista por la que aquí también se aboga). Y lo hace de un modo paradójico: sugiriendo que esta, la filosofía del derecho, debe bajar su nivel de abstracción. Ello en el siguiente sentido.

## 1.3. El adecuado grado de abstracción: la tesis de este trabajo

En los últimos años ha sido puesto en cuestión el altísimo grado de abstracción con que se manejaba nuestra disciplina en el siglo XX. La tensión entre universalismo y localismo, parroquialismo o contextualismo es, sin duda, un clásico de la teoría del derecho. Las tradicionales pretensiones, ya universalistas, ya generalistas, de la teoría, han sido más de una

vez tachadas de vanas. Hoy (desde hace algunas décadas en realidad) vivimos uno de esos momentos: circula entre algunos juristas la idea de que estaríamos presenciando un giro contextual, antiuniversalista, en nuestro campo de trabajo. El caso paradigmático es Ronald Dworkin. Él entendía el derecho como integridad como una teoría para Estados Unidos e Inglaterra. Ello en virtud de que consideraba el concepto de derecho altamente dependiente de la práctica. A su entender el derecho y la filosofía del derecho son *parte* de la misma práctica autorreflexiva. De modo que su propia teoría no podía tener más que pretensiones parroquiales.<sup>7</sup> Cabe también recordar las sugerencias contrarias a la inclinación purista, ahistoricista y generalista de la teoría supuestas en la distinción de Waldron, que retomaré más adelante, entre teoría general y teoría especial del derecho. Tales sugerencias aparecen aún más explícitas en la crítica de Atria al proyecto analítico y positivista de teoría del derecho. Atria acusa al positivismo conceptual y a la teoría analítica en general de “superficialidad” (Atria, 2016, 90 y ss.). Ello en tanto, mediante la apelación a obviedades (*platitudes*) y a intuiciones lingüísticas, la filosofía analítica se propondría ofrecer una teoría del derecho tan general que dé cuenta incluso del derecho de los ángeles, tal como pretende hacer Raz (Raz, 1991, 183 y ss.). Pero inteligir cabalmente el derecho no es algo que se pueda hacer con ese nivel de abstracción. Según Atria

Toda forma es inteligible como la formalización de algo informe. Dicha formalización es definitoria del derecho. Al dar forma a lo que es informe, el derecho lo hace probable. Pero lo hace probable sólo por vía de excluirlo. El derecho sólo puede cumplir esta función de hacer probable lo improbable en la medida en que las ideas pre-institucionales a las que las instituciones jurídicas dan forma devienen por eso operativamen-

---

7. Al respecto ver Dworkin, 2022, c. 1 y p. 106. Para una lectura crítica de Dworkin por su autoproclamado parroquialismo ver Raz, 2013, 47 y ss.

te irrelevantes. En virtud de esa irrelevancia operativa, la operación normal del derecho lleva al pensamiento jurídico a creer que puede prescindir de esas ideas informes (que pasan a ser vistas como “mitos” o “ideologías”), y entender las formas jurídicas a partir de ellas mismas solamente. Este es un paso funesto, porque si bien esas ideas han de ser operativamente irrelevantes ellas son condición de inteligibilidad de las formas jurídicas (Atria, 2016, 20).

De aquí que una comprensión completa de nuestro objeto de estudio requiera estudiar los conceptos jurídicos no en solo en su nivel máximo de abstracción sino tal y como ellos se instancian en determinadas culturas jurídicas: a través de formas (instituciones) jurídicas específicas. Las formas buscan hacer probables ciertas ideas informes; por lo tanto las suponen. Así, por ejemplo, no podemos entender la noción moderna de contrato sin entender que un contrato pretende hacer probable un intercambio justo entre las partes (Atria, 2017, 154). De modo que cuando cambian radicalmente las formas, como sucede cuando pasamos de una cultura jurídica a otra, cambian también las ideas informes que son su condición de inteligibilidad. Por cierto, a juicio de Atria es mucho más importante y enriquecedor tener claridad respecto de los rasgos que distinguen a un derecho (i.e., a una práctica jurídica) de otro que tenerla respecto de los rasgos que comparten.

Otro modo de iluminar el punto recién enunciado: Atria ha sostenido, en tono un tanto oracular, que “el derecho no se entiende a sí mismo” (Atria, 2016, 19). Esto es una forma elegante de decir que nosotros ya no entendemos el derecho. Pero, y este es el problema central que pretendo encarar en este trabajo, ¿quiere decir “¿entender el derecho?” En otras palabras, ¿Bajo qué condiciones podemos hablar de una comprensión completa, satisfactoria, de nuestro objeto de estudio?

Comencemos por precisar la respuesta de Atria. Cuando él se hace esta pregunta no está pensando en el derecho en

general sino en un concepto más local: el derecho moderno. Este derecho, esta específica práctica jurídica, es la que está olvidando su propio sentido, su condición de inteligibilidad. Consecuentemente aboga por una teoría que haga inteligible el derecho moderno por referencia al programa político del cual es producto. En todo caso lo que importa aquí es que, a su juicio, no se puede entender el derecho sino atendiendo a la específica práctica jurídica en cuestión: entender el derecho es entender el derecho moderno.

Por mi parte argumentaré aquí en favor de una respuesta algo más compleja: mi intuición, contra Atria, es que atender a lo local, a lo específico de cada cultura jurídica, no tiene por qué hacerse en desmedro del nivel general de análisis. Por el contrario, ambos niveles pueden complementarse perfectamente y sin desmedro alguno del carácter filosófico de la tarea en cuestión. Más específicamente, considero que una filosofía del derecho que aspire a inteligir cabalmente su objeto debe articular ambos grados de abstracción. Debe, por un lado, ser teoría general: dar cuenta de las propiedades necesarias de todo derecho, de toda práctica jurídica, para ser tal. Y, por otro, debe ser teoría especial, contextual: captar las particularidades de cada práctica jurídica y, sobre todo, las de aquella dentro de la cual se enuncia; especialmente debe poder identificar el sentido de la práctica en cuestión. Debe, por último, conectar ambos niveles: comprender la lógica de la mutación de una práctica jurídica en otra, la transformación de la cultura jurídica, de modo de dar cuenta tanto de la continuidad como de la diferencia, de lo común a todas las prácticas como de lo específico de cada una. La teoría del derecho, entonces, debe ser tanto general como contextual.

## 2. Contextualismo jurídico

Por “contextualismo en teoría del derecho” entiendo las siguientes tesis. Primero, el contextualismo incluye una crí-

tica a la teoría general del derecho tal como se practicó en el siglo XX. Las diferentes teorías generales del derecho que nos son familiares, aun si conscientemente pretendieron dar cuenta ya del concepto, ya de la naturaleza del derecho, i.e., de las propiedades necesarias y comunes a *toda* práctica jurídica, lo que al menos típicamente hicieron fue dar cuenta, con mejor o peor suerte, de aquella particular práctica en la que estaban inmersas. Fueron, en otras palabras, expresión consciente o inconsciente de la autocomprensión de la referida práctica. Esto es lo que mejor que yo enuncia Raz en el epígrafe de este trabajo. De nuevo, lo que de hecho hicieron las pretendidas teorías generales por todos conocidas (la de los iusnaturalistas clásicos, la de Austin, la de Kelsen, la de Hart, la de Raz, incluso la de Dworkin bajo algunas lecturas –equivocadas– de su obra, por poner solo algunos grandes nombres), fue universalizar e hipostasiar las propiedades de la cultura jurídica a la que, aun si inconscientemente, daban voz. Las exitosas, las hegemónicas, las adoptadas por la mayoría de los académicos y demás participantes de la práctica como sentido común, fueron las que mejor dieron cuenta de los rasgos particulares de la cultura en cuestión. Lo cierto es que dichas teorías no se pueden entender internamente ni comparar entre sí con independencia de su contexto de enunciación: la específica práctica jurídica dentro de la cual nacieron. Que, por consiguiente, no podemos poner todas las teorías del derecho en pie de igualdad frente a un objeto (el derecho) que se presupone idéntico y evaluarlas preguntándonos cuál de ellas da mejor cuenta de ese objeto.

Segundo, que lo afirmado en el párrafo anterior sea verdadero respecto de las teorías generales por todos conocidas no invalida, como ya debe quedar claro, la posibilidad de una teoría del derecho genuina y completa. Esta implicará tanto una parte general como una parte especial. Las pretensiones de la parte general deberán ser bastante más modestas. Una futura teoría general consciente de su rol ha de limitarse a

presentar los rasgos, ya esenciales, ya generales,<sup>8</sup> ya típicos,<sup>9</sup> que nos permitan identificar las culturas *jurídicas* como tales. Ha de ser necesariamente abstracta y, sobre todo, superficial. Ha de jactarse, incluso, de su superficialidad.<sup>10</sup> Ello en el sentido de que no ha de pretender hacer completamente inteligibles todas las prácticas jurídicas. Por el contrario, ha de ser el prolegómeno de una teoría contextual, esta última sí encargada de dar cuenta de la inteligibilidad interna a cada práctica jurídica y particularmente, de la práctica del hablante.<sup>11</sup>

---

8. Sobre la distinción entre rasgos generales y esenciales ver Raz, 2013, 89.

9. Sobre la distinción entre rasgos generales y típicos ver Schauer, 2012.

10. Tras afirmar que la filosofía analítica se jacta de su propia superficialidad, Atria desecha el análisis conceptual para centrarse en el análisis institucional (Atria, 2016, 95). Pero las instituciones son necesariamente internas a determinada práctica jurídica: el juez concebido como aplicador es propio del estado legal de derecho. En todo caso el análisis institucional supone, entiendo, un análisis conceptual donde el concepto a analizar no se entiende superficialmente sino, por el contrario, cargado de todas las peculiaridades de la cultura jurídica en cuestión. El análisis institucional no es incompatible ni necesariamente hostil a un análisis conceptual consciente del peso y la importancia de las culturas jurídicas dentro de las cuales se ejercita. Y un análisis conceptual contextual (un análisis de la noción de juez en el derecho moderno, por ejemplo) no es necesariamente hostil a un análisis conceptual general. Es más, me parece que pueden complementarse perfectamente. Si este es el caso, sabiendo que será seguido de un análisis conceptual contextual, el análisis conceptual general bien puede jactarse de su propia superficialidad. Para observaciones en cierta medida críticas de la relevancia de este prefacio general a una teoría contextual, ver Waldron, 2009, 678-79.

11. Por supuesto que la teoría, o los teóricos más bien, pueden quedarse en este nivel abstracto sin navegar las aguas de la historia, empresa esta necesaria para entender las diversas prácticas jurídicas. Pero a esta altura del siglo XXI creo que hay algunas cosas para decir en contra de semejante opción. Tal como viene siendo practicada, la teoría general probablemente ya haya dado todo de sí. Si la seguimos practicando en los mismos términos, es muy posible que nos limitemos a ser meros glosadores de los grandes teóricos del siglo XX. Por otra parte, y en contra de lo que parece pensar Atria, el mismo Raz estaría a favor de un programa que complemente una teoría general necesariamente superficial con una teoría especial o contextual que

Tercero, entonces, luego de una teoría general necesariamente abstracta, la teoría del derecho debe completarse a sí misma con una parte especial, mucho más cargada históricamente, que permita inteligir las diversas culturas jurídicas. Deberá conocer tanto los rasgos principales de cada práctica como captar su sentido. Asimismo, deberá conocer y poder explicar tanto las mutaciones de la práctica jurídica, el paso de una cultura jurídica a otra con el correspondiente paso de un principio de legitimidad a otro, como los factores (principalmente políticos y económicos) que las causan.<sup>12</sup> Esto, a su vez,

---

traduzca en nuestros propios términos la autocomprensión de las culturas jurídicas ajenas y se ocupe del sentido de la propia en tanto este exceda lo propio de la teoría general. En sus palabras, “aun cuando nuestra teoría del derecho sea verdadera de todas las sociedades gobernadas por el derecho, no necesariamente captura el modo en que esas sociedades entendieron sus propias prácticas y organización” (Raz, 2013, 109).

12. El giro aquí analizado puede pensarse sobre la base de la vieja discusión entre internistas y externistas en teoría de la ciencia. “En términos generales, se concibió el enfoque externista como la visión según la cual las circunstancias sociales, culturales, políticas y económicas, consideradas factores externos a la ciencia, afectan la prosecución de los conocimientos científicos. Los externistas vieron la historia de la ciencia como parte de la historia socio-cultural general. Por el contrario, el internismo concebía a la ciencia como una empresa intelectual, cuyos cambios conceptuales son ajenos a las circunstancias sociales, políticas y económicas. Los historiadores internistas se centraron en el análisis de los marcos conceptuales, los procedimientos metodológicos y las formulaciones teóricas. Pensaron los cambios científicos como derivados principalmente de la resolución de problemas inherentes a un campo particular investigación. Los factores internos serían exclusivamente de un orden lógico-conceptual” (Martini, 2011, 289) A mi juicio, la teoría general del derecho, al menos tal como se cultiva en los círculos analíticos, entiende la disputa entre teorías rivales desde un enfoque absolutamente internista. Un enfoque externista se consideraría propio o bien de la historia o bien de la sociología del derecho antes que de la filosofía. Aquí, en cambio, pretendo explorar si el externismo puede ser enriquecedor a la hora de entender la teoría del derecho misma. O, mejor aún, para entender *las* teorías del derecho, para entender con qué objeto se relacionan y cómo se interrelacionan. Agradezco a Guillermo Lariguet una enriquecedora conversación sobre esta cuestión.

le permitirá tanto desenmascarar como tales las diversas teorías *pretendidamente* generales como inteligir su mutua relación y, particularmente, explicar el cambio hegemónico (del iusnaturalismo al positivismo o del positivismo al neoconstitucionalismo, por ejemplo). Una vez identificadas las diversas prácticas y sus principios de inteligibilidad interna, una teoría de este tipo tendrá una tendencia natural a hacer una filosofía de la historia de la filosofía jurídica. Es decir, a convertirse en una metateoría del derecho: a intentar inteligir, a lo Hegel, si hay algún tipo de lógica detrás del despliegue de las diversas teorías del derecho a lo largo de la historia. Sin dudas, esta es una deriva que vale la pena explorar. Pero nada garantiza que encontremos semejante lógica.

Ahora bien, pensar en contexto entra en tensión con tres rasgos que están en el ADN de nuestra disciplina y que tal vez no sean más que el mismo rasgo mirado desde diversos ángulos. Primero, la teoría del derecho tiene cierta tendencia a la insularización o, para decirlo en términos kelsenianos, a la pureza: a enfocarse en problemas específicamente jurídicos (como la teoría de las normas, de los sistemas, la relación entre validez y eficacia, la naturaleza de las normas de competencia, etc.). Si se preocupa por el vínculo del derecho con otro objeto de conocimiento, el interés está puesto en distinguirlo apropiadamente. Tal cosa sucede, por ejemplo, particularmente dentro de la tradición positivista, con la relación entre derecho y moral. El positivismo no niega que la moral pueda incidir causalmente en el derecho; simplemente esa relación no es de su incumbencia. Lo mismo sucede con la relación del derecho con el sistema político, el económico, etc. Segundo, al menos la teoría analítica del derecho es ahistórica.<sup>13</sup> Tercero,

---

13. Siempre he lamentado el carácter ahistórico de la teoría del derecho de cuño analítico. Pero este rasgo no es antojadizo. Pareciera que una metodología que busca encontrar los rasgos propios de un objeto bien a través de exploraciones semánticas o conceptuales o bien referidas a su “naturaleza” (las diferencias entre estas distintas aproximaciones es ahora irrelevante)

la otra cara de la moneda: Nosotros, tal como ya he resaltado más arriba, hacemos teoría *general* del derecho. El proyecto ha sido concebido como el de dar cuenta de los rasgos comunes a todo derecho, desde el derecho romano hasta el derecho argentino actual, desde el derecho del antiguo régimen al derecho neoconstitucionalista de nuestros días.<sup>14</sup> Tanto es así que una forma común de denostar una teoría es acusarla de parroquial, provinciana.

---

es una metodología necesariamente ahistórica. Una de las preocupaciones que se desprenden de las aquí enunciadas, entonces, es relativa a la posibilidad de una filosofía del derecho que, sin perder el rigor analítico, logre algún tipo de arreglo metodológico con la historiografía, uno que no se limite a usar la historia como campo de ejemplos ilustrativos de las tesis sostenidas.

14. Así por ejemplo Kelsen: “Una teoría del derecho tiene, ante todo, que determinar conceptualmente su objeto... Corresponde establecer si los fenómenos sociales designados con esa palabra exhiben notas comunes mediante las cuales puedan ser distinguidos de otros fenómenos análogos a ellos, y si esas notas son suficientemente significativas como para servir de elementos de un concepto del conocimiento científico de la sociedad. El resultado de la investigación podría ser, en definitiva, comprobar que la palabra *Recht* y sus equivalentes en otros lenguajes, designan objetos tan diferentes que no es posible abarcarlos bajo un concepto común. Tal cosa, con todo, no sucede con el uso de esta palabra y sus equivalentes. Puesto que si comparamos entre sí los objetos que, en los más variados pueblos y en los más distintos tiempos fueron designados como “derecho”, resulta por de pronto que todos aparecen como ordenamientos de la conducta humana” (Kelsen, 1998: 44). Más recientemente Raz ha defendido enfáticamente la posibilidad de una teoría general, o más aún, universal, del derecho en el sentido aquí usado: “...una teoría del derecho, tal como la entiendo aquí, provee una explicación de la naturaleza del derecho. La tesis que defenderé sostiene 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 el derecho es” (Raz, 2013, 32). [L]as propiedades esenciales del derecho son características universales del derecho. Deben ser encontradas en el derecho donde quiera y cuando quiera que exista. Más aún, estas propiedades son propiedades universales del derecho no por accidente, y no por ninguna prevalencia de circunstancias económicas o sociales, sino porque no hay derecho sin ellas” (Raz, 2013, 38).

Sin dudas, una teoría del derecho que sirva sólo para dar cuenta del derecho argentino o del chileno es una de un grado de abstracción tan bajo que difícilmente genere algún interés.<sup>15</sup> Del mismo modo que para una teoría general, para una teoría contextual tampoco interesan, ni los rasgos comunes ni los que diferencian a un específico derecho estatal de otro.<sup>16</sup> Pero si el sistema jurídico nacional no es la unidad de análisis relevante siquiera para una teoría contextual, bien cabe preguntarse cuál lo es. Propondré un nombre tentativo. Por contraposición a la idea de sistema jurídico (que tiene a la unidad jurídica nacional como referencia inmediata), y tal como ya vengo haciendo, usaré significantes mucho más laxos: me

---

15. Raz, criticando la tesis de Dworkin de que la teoría es dependiente de la práctica, afirma que esta "...establece que el derecho y la filosofía del derecho son partes de la misma práctica autorreflexiva. Esto supone que la filosofía del derecho estadounidense es parte del derecho estadounidense, que la filosofía del derecho, cuando se la estudia en una universidad estadounidense, está relacionada con la filosofía del derecho estudiada en Italia tal como el derecho de propiedad estudiado en una universidad estadounidense está relacionado con el derecho de propiedad estudiado en Italia. Son estudios de partes análogas del derecho, pero son básicamente -empresas muy diferentes: un estudio del derecho de propiedad, o un aspecto de éste, puede ser verdadero en Italia y falso en Estados Unidos. Del mismo modo, una teoría del derecho puede ser verdadera en Estados Unidos, pero falsa en Italia. Si es verdadera en ambos países, esto es un resultado contingente de algunos desarrollos históricos que podrían haber sido de otro modo. Las teorías del derecho, en otras palabras, son necesariamente locales." (Raz, 2013, 48) Tal vez si Raz hubiera pensado, tal como aquí propongo, la relación entre teoría y práctica como centrada en culturas jurídicas y no en sistemas jurídicos nacionales, el parroquialismo dworkiniano no le hubiese parecido un sinsentido.

16. Una teoría contextual puede referirse a un sistema nacional con el objeto de ejemplificar o mostrar cómo allí se pueden observar los rasgos o las mutaciones de una determinada cultura jurídica. Referir, por ejemplo, al derecho francés para mostrar el paso del antiguo régimen al derecho moderno. Pero su objeto no es un derecho nacional.

referiré a culturas,<sup>17</sup> a prácticas o a momentos jurídicos.<sup>18</sup> El antiguo régimen, el derecho moderno de base principalmente

---

17. El significante “cultura jurídica” tiene una larga tradición en la filosofía y en la historia del derecho. Particularmente Giovanni Tarello lo ha usado ya en el título de su magna obra *Storia della Cultura Giuridica Moderna* (Tarello, 1976). Sin pretender concordancia entre su uso del término y el mío, no dejo de observar cierta cercanía, cierto aire de familia. Al analizar el significante “cultura jurídica” en la obra de Tarello, Guastini y Rebuffa subrayan su interés en la “historia de la cultura jurídica como historia de las políticas del derecho, esto es, del modo en que las formulaciones «científicas» de los juristas logran transformarse en hechos normativos... La noción de cultura jurídica resulta... provechosa en la interpretación historiográfica, porque permite la especificación de los momentos de transformación de las disposiciones normativas –esto es, la determinación de los cambios de «paradigmas» en la ciencia jurídica–, estableciendo un nexo correcto (como lo expresa Tarello) entre datos «culturales» (las actitudes profesionales de los juristas, su manera de tratar las fuentes) y datos estructurales (los cambios institucionales en sentido estricto)... [L]a noción de cultura jurídica sirve para poner de relieve las operaciones de política del derecho que presiden las operaciones de interpretación y aplicación... [C]ultura jurídica significa el conjunto de las técnicas expositivas y las técnicas interpretativas de los que se ocupan del derecho, tanto prácticos como teóricos y el conjunto de las ideologías referentes a la función del derecho que tales técnicas sobreentienden” (Guastini y Rebuffa, 2002, 23). Si bien el uso tarelliano de la noción de cultura jurídica es más estricto en tanto está vinculado a la explicación de los cambios interpretativos, i.e., a la imposición de un significado normativo y no de otro a un mismo texto, pueden verse también muchas similitudes con el uso más amplio aquí propuesto: las culturas jurídicas son susceptibles de un análisis historiográfico, permiten explicar el cambio, son potencialmente hegemónicas, etc.

18. Las culturas, las prácticas, los momentos jurídicos son, por cierto, también sistemas. No sistemas jurídicos nacionales, es claro. Y tampoco meros sistemas de normas jurídicas. Son sistemas en un sentido más amplio que incluye, sin duda, textos y estándares normativos. Pero también prácticas en sentido estricto, instituciones, creencias, actitudes interpretativas y contenidos diversos que, en última instancia, estructuran formas de vida (por eso la cultura del *common law* es diferente a la del derecho continental y la cultura del antiguo régimen es diferente a la moderna). Son sistemas normativos cualificados por su contenido, que califican como “cultura” porque tuvieron o tienen eficacia (hay personas que los siguen, creen en ellos, los usan). Un futuro estudio deberá precisar esta noción aquí vagamente presentada. Agradezco a Hernán Bouvier su comentario en este sentido.

legislativa, el neoconstitucionalismo son, en este sentido, culturas, prácticas o momentos jurídicos. Creo que estas son las principales unidades de análisis a tener en cuenta.<sup>19</sup> Un futuro estudio en profundidad debería, sin embargo, revisar la historia y determinar si, al menos al interior de Occidente, hay que agregar algún otro bloque cultural<sup>20</sup> así como establecer distinciones al interior de dichas unidades para luego estudiar su conexión con las distinciones y periodizaciones propias de las prácticas políticas y económicas. Ello en virtud principalmente de dos tipos de criterios: temporales y espaciales. El antiguo régimen, por ejemplo, no permanece igual desde el

---

19. Para un análisis coincidente con lo aquí propuesto pero enunciado en términos de “paradigmas” (el premoderno, el estado legislativo de derecho y el estado constitucional de derecho), ver Ferrajoli, 2001. Sobre este punto Paolo Comanducci me ha señalado que el nivel adecuado de abstracción depende de las finalidades del análisis, que en absoluto hay uno que sea mejor que otro. En este sentido mi posicionamiento intermedio entre los sistemas nacionales y el derecho de todas las épocas sería arbitrario. Sin dudas Paolo está en lo cierto en que el interés del analista guía el grado de abstracción de la teoría; en este sentido el mío sería arbitrario. Pero este interés está amparado en razones: la teoría general, concebida aisladamente, no puede evitar la superficialidad. Ello, como vimos, ya que es incapaz de advertir los desplazamientos conceptuales entre los diversos momentos culturales. Y una teoría especial que tenga como foco un sistema jurídico nacional, el argentino por ejemplo, es poco interesante en el sentido en que si bien se puede hacer, en gran medida el contenido de sus conceptos estará determinado por la cultura jurídica a la cual pertenece. No hay mucho en el derecho argentino (en tanto objeto de una teoría y no de una dogmática) que sea particularísimo de él, que no dependa, por ejemplo, de su enraizamiento en el derecho civil de raíz europea continental y de los resabios coloniales que aún arrastra.

20. Alguien podría querer incluir, por ejemplo, el derecho romano como un bloque diferenciado. Por mi parte, creo que sería un error. Junto con Harold Berman, entiendo que Occidente, la civilización que a mí (pero también al resto de los filósofos del derecho occidentales) me interesa entender, comienza a mediados del siglo XI, con la revolución gregoriana: con la unión en un nuevo sistema cultural de la fe y la teología católica, el derecho romano y la filosofía griega. Al respecto ver Berman, 1996, p. 11 y ss.

siglo XIII hasta la revolución francesa. Y no es el mismo en Europa continental que en Inglaterra.

Supuesta la necesidad de hacer más y mejores distinciones, así como de precisar el contenido de las unidades de análisis, en adelante asumiré que se puede hablar con sentido de estos grandes bloques de práctica y pensamiento jurídico, que cada uno de ellos tiene su especificidad y que a la vez se despliegan, interactúan, se solapan parcialmente y mutan tanto a lo largo del tiempo como en el espacio.

Supuesto entonces el concepto de cultura jurídica, es posible distinguir dos tesis contextualistas. Para un contextualismo fuerte no hay genuina teoría general del derecho: una que pueda ser verdadera respecto de cualquier derecho, de cualquier cultura jurídica. Sólo tiene sentido hacer teoría, inteligir el derecho, al interior de una práctica específica.

Para un contextualismo débil, por su parte, bien puede haber una teoría general verdadera. Pero será necesariamente superficial. Bien puede ser cierto, por ejemplo, que la existencia de órganos de adjudicación sea un rasgo necesario de cualquier derecho. Pero el rol institucional del juez muta de cultura jurídica en cultura jurídica. De modo que decir que en toda cultura jurídica hay jueces no nos informa demasiado. Para entender qué es un juez al interior de determinada cultura jurídica es necesario dar cuenta del alcance del concepto situado, i.e., de cuál es su forma específica, cómo interactúa con el resto de las formas relevantes (como por ejemplo la ley) y cuál es su función, la idea informe a la que pretende dar forma.

No veo razón alguna para adoptar una tesis contextualista fuerte. Por el contrario, creo que una teoría del derecho sensible al contexto debe presuponer una teoría general, una teoría suficientemente abstracta como para dar cuenta de los rasgos, ya necesarios, ya típicos, de cualquier derecho. De hecho, cuando hablamos de culturas jurídicas debemos contar con cierta idea de qué es lo que comparten esas culturas, qué es aquello en virtud de lo cual las calificamos como jurídicas

y no, por ejemplo, como económicas, religiosas, morales, etc.<sup>21</sup> Ahora bien, tal como sugerí al definir el contextualismo débil, la abstracción es el segundo nombre de la superficialidad. Si bien no hay teoría sin algún grado de abstracción, a medida que alejamos el foco para poder captar los rasgos esenciales, el trazo grueso de nuestro objeto, más detalles y particularidades pasan desapercibidos. Por ello es que, tal como vengo sugiriendo, en un segundo momento, una teoría sensible al contexto deberá distinguir las diversas prácticas o culturas jurídicas sobre las que corresponde hacer foco. Bajo este supuesto, una teoría contextual tendrá dos segmentos. El primero será externo y explicativo: debe dar cuenta de las causas que explican el surgimiento de la práctica o momento jurídico en cuestión. El segundo será interno: debe poder dar cuenta del sentido de las instituciones propias de la práctica: hacerla inteligible. Este momento interpretativo, en el que adjudicamos sentido a la práctica, tiene mucho más relevancia al interior de una práctica concreta, como el derecho moderno de base legislativa, que por referencia a la práctica abstracta del derecho en general. Baste como prueba lo poco y abstracto que Dworkin afirmó cuando ofreció su concepto general de derecho (Dworkin, 2022, 96-97) versus lo mucho y concreto que dijo al dar cuenta de su teoría del derecho como integridad (Dworkin, 2022, 166 y ss.).

### **3. Dependencia de las teorías respecto de las prácticas específicas**

Veamos algunos ejemplos de comprensión contextual de la teoría en el sentido sugerido. La idea, primero, es mostrar cómo las pretendidas teorías generales, hegemónicas en determinado período histórico, responden en buena medida a los rasgos

---

21. Cfr. Raz, 2013, 46.

característicos de la práctica en la que están insertas, tanto que pueden verse como expresión de la autocomprensión de dichas prácticas antes que como genuinas teorías generales.<sup>22</sup>

Simplificando brutalmente, y meramente a los fines de exponer la estructura de trabajo que tengo en mente, podríamos decir que los iusnaturalistas del antiguo régimen pretendían que todo derecho era un orden de razón.<sup>23</sup> En conformidad con ello, en la cultura jurisdiccional del antiguo régimen los propios jueces entendían que su tarea era la de leer la razón natural inscrita en la costumbre jurídica y en los fallos de los jueces que les precedieron en el análisis de casos similares. Bajo semejante concepción de la adjudicación es claro que no tiene ningún sentido hacer una distinción tajante entre derecho y moral ni afirmar que el derecho emana exclusivamente de fuentes sociales. Tampoco tiene sentido, aproximarse neutral y avalorativamente a una práctica que se concibe a sí misma como intentado reflejar y determinar un valor dado con independencia de sus actos. Tal aproximación no permitiría identificar el derecho tal como lo identifican los participantes.<sup>24</sup>

---

22. Entiendo por “una genuina teoría general”, una tal que, consciente del modo que las “pretendidas teorías generales” han caído en el error de generalizar rasgos particulares de su cultura jurídica, logre evitar ese desliz para esta vez sí, captar los rasgos esenciales de todo derecho. Para alcanzar tal objetivo y sortear esa dificultad, deberá ser una teoría históricamente informada. Aun así será necesariamente una teoría muy abstracta y poco informativa, requerida de complementación por una teoría especial. Agradezco a Paolo Comanducci el señalarme la necesidad de aclarar el punto.

23. Sin duda que dentro del iusnaturalismo medieval hay corrientes voluntaristas, de derecho divino por ejemplo. Por eso lo de arriba es una simplificación. Pero una que se basa en lo que entiendo fue la corriente hegemónica del derecho del antiguo régimen.

24. Tal como me ha sugerido Pablo Rapetti, para identificar las exigencias normativas de un determinado ordenamiento hay que usar los estándares del ordenamiento en cuestión. Y al usar dichos estándares se los acepta (en términos hartianos). Pero la aceptación es una actitud práctica, conativa, y no teórica, cognitiva. Aun si el teórico adopta un punto de vista externo, su comprensión es dependiente del punto de vista de los

Por su parte, los positivistas del derecho moderno, del derecho postrevolución francesa, entendieron el derecho como centrado en la legislación antes que en la jurisdicción.<sup>25</sup> Esto es claramente aplicable a Bentham y Austin, pero también a Kelsen y Hart con su insistencia en las ideas de norma y sistema jurídico como sistema de normas.<sup>26</sup> El derecho, todo derecho, es para los positivistas una emanación de fuentes sociales. De hecho para ellos la fuente social por excelencia es la legislación, a las demás podemos concebirlas como fuentes sociales por analogía y, en todo caso, de menor importancia que la ley. Y como la legislación puede tener cualquier contenido moral, para los positivistas el derecho se identifica sin apelación a su contenido. El momento hegemónico de la autocomprensión positivista del derecho coincide con el momento legislativo de la práctica jurídica: el momento en que los jueces mayormente entendían que su labor consistía en aplicar la ley con independencia de cualquier consideración moral.<sup>27</sup>

---

ceptantes. Es decir, es imposible comprender acabadamente el contenido y el sentido de un ordenamiento dado desde un punto de vista puramente teórico, neutral.

25. La presente es una tesis histórica y, si se quiere, una condición de inteligibilidad de la tradición positivista, no una tesis conceptual. Sin duda hay varios positivistas que, sin dejar de ser tales, no hacen foco en la legislación como la fuente del derecho por excelencia. Agradezco a Rodrigo Sánchez Brígido el señalarme la necesidad de clarificar este punto.

26. Si bien Hart concibe el derecho como un sistema de reglas primarias y secundarias, un rasgo característico de su teoría es que entiende el derecho esencialmente a partir de la labor de los jueces: la regla de reconocimiento es producto de la práctica judicial. Este alejamiento del paradigma legislativo hacia un nuevo paradigma jurisdiccional, alejamiento que se consume en el interpretativismo dworkiniano, es algo que cualquier teoría contextualista del derecho debe explicar.

27. Alguien me podría acusar aquí de confundir implícitamente el positivismo como modo de acercarse al estudio del derecho y el positivismo como teoría, de acuerdo a la famosa distinción de Bobbio (Bobbio, 1991: 44 y ss.) Recordemos que, para Bobbio, el *approach* positivista “está caracterizado por una clara distinción entre el derecho que es y el derecho que

Y ahora estamos en un nuevo momento jurídico. Estamos ingresando, ya hace algunas décadas (pero nadie dice que estas mutaciones sean rápidas), al momento neoconstitucional con su apelación a los principios constitucionales y con su característico desplazamiento del eje tanto teórico como práctico desde los legisladores nuevamente hacia los jueces. Este nuevo momento jurídico tiene su abanderado teórico en Ronald Dworkin, a mi juicio el filósofo del derecho de nuestra época, el que mejor la interpreta. Al predominio teórico del neoconstitucionalismo se corresponde una práctica jurisdiccional mucho más sensible a la interpretación (moral) de la constitución y a la posibilidad de invalidar la ley si contradice la lectura de la carta magna que el juez considera apropiada.

---

debe ser” y que “asume frente al derecho una actitud a-valorativa u objetiva o éticamente neutral, es decir, que acepta como criterio para distinguir una regla jurídica de una no jurídica la derivación de hechos verificables (v.g. que emane de ciertos órganos mediante cierto procedimiento...) y no la mayor o menor correspondencia con cierto sistema de valores.” (Bobbio, 1991: 47) El positivismo como teoría, por su parte, “vincula el fenómeno jurídico a la formación de un poder soberano capaz de ejercitar la coacción: el estado” (Bobbio, 1991: 49). La crítica diría que uno puede aproximarse neutralmente al derecho y describirlo objetivamente aun si el derecho en cuestión no es derecho estatal. Mi respuesta, contra Bobbio, sería algo así como que el nexo entre el *approach* y la teoría no es sólo histórico sino lógico, que sólo tiene sentido adoptar una aproximación positivista si se supone una teoría positivista, ie., que el derecho es básicamente derecho estatal. O tal como lo enuncia Atria al defender, con mucha mayor solvencia, la misma tesis: “El positivismo jurídico es una teoría del derecho que no puede ser entendida sin referencia al derecho moderno como conquista política” (Atria, 2016, 27).

#### 4. Factores que determinan la mutación de la práctica

Teoría del derecho	Práctica jurídica	Práctica política	Práctica económica
Iusnaturalismo	Antiguo régimen: Pluralismo Jurídico, Cultura jurisdiccional	Monarquía/ Aristocracia	Economía precapitalista
Positivismo	Cultura Legislativa Principio de legalidad	Construcción y consolidación del estado moderno. Desarrollo de la democracia hasta su apogeo a fines del siglo XX.	Desarrollo del capitalismo hasta el Estado de bienestar
Neoconstitucionalismo	Cultura constitucional y neojurisdiccional	Crisis del estado moderno. Democracias de baja intensidad	Neoliberalismo

Supongamos que se me concede que el factor que mejor explica el hecho de que una teoría del derecho ceda su puesto hegemónico a otra es la mutación de la práctica; que es hegemónica (y es claro que cualquier hegemonía es siempre disputada) aquella teoría que se erige en la autocomprensión de la práctica que expresa. Supuesto esto, bien cabría formular la siguiente pregunta: ¿qué explica el paso de una cultura jurídica a otra y el correlativo cambio en la teoría jurídica dominante?<sup>28</sup> Mi tesis –de nuevo, en absoluto rupturista–, es

28. El cambio teórico suele anticiparse, a veces como proyecto (Hobbes, Bentham), a veces como interpretación (Dworkin), a la mutación en la práctica. Pero la antigua práctica por lo general pervive, solapada con la nueva, mucho después de la instalación hegemónica de esta última. Del mismo modo, los defensores de la teoría desplazada siguen afirmando que la suya es la mejor autocomprensión de la práctica incluso mucho después de instalada la nueva hegemonía. De hecho, aún hoy tenemos entre nosotros defensores del iusnaturalismo propio del antiguo régimen. Y el positivismo, tanto en su faz teórica como en su faz práctica, no da el brazo a torcer frente a la hegemonía del neoconstitucionalismo. Hay, asimismo, interpretaciones riva-

que la práctica jurídica muta conjuntamente, holísticamente, con las prácticas políticas y económicas, que los tres campos están entrelazados en un sistema de relaciones causales.<sup>29</sup> De modo que el esfuerzo teórico consistirá en identificar los diversos factores y relaciones causales que provocan tales mutaciones. Aquí habrá innumerables problemas que resolver: problemas de periodización, problemas relativos al grado de detalle relevante para el análisis, etc. Pero podemos prescindir de ellos en este esbozo. Por el momento permaneceremos en el nivel de las grandes etiquetas para evaluar si un estudio de la naturaleza del aquí propuesto (donde la teoría especial del derecho pasa a formar parte del corazón mismo de la teoría, como condición de inteligibilidad cabal de su objeto) es al menos plausible.

Permítaseme detenerme un minuto más sobre cuestión de la naturaleza de la relación entre los diferentes campos o prácticas aquí analizadas. Supuesto que se me conceda que hay un vínculo entre el paso de una cultura jurídica a otra, el paso de un régimen político a otro y el paso de un régimen económico a otro, ¿qué tipo de vínculo es este? ¿Es causal tal como parece suponer? Sin duda lo es en este peculiar sentido: Las oraciones del tipo “la causa de la mutación X en la práctica jurídica es la mutación Y en la práctica política”, son susceptibles de

---

les del neoconstitucionalismo: la de Dworkin, la de Alexy y la de Ferrajoli, por ejemplo. Una teoría contextualista desarrollada deberá ofrecer criterios para poder afirmar con verdad que determinada teoría es hegemónica en determinado momento y lugar.

29. El modo adecuado de concebir la dirección de la relación causal entre los tres ámbitos (el jurídico, el político, el económico) es objeto de disputa. Así como hay quienes otorgan primacía explicativa a la política (Polanyi, Hobsbawm, Berman), también hay quienes otorgan primacía a la economía. El marxismo clásico es la apoteosis de esta última perspectiva. No estoy en condiciones de afirmar ninguna tesis fuerte al respecto. Pero en principio me parece que las mutaciones se retroalimentan en todas las direcciones. Incluso mutaciones jurídicas pueden dar lugar a mutaciones económicas o políticas.

verdad o falsedad, son oraciones con sentido. Este, sin duda, es un sentido poco exigente de “causa”. El sentido específico en que una mutación “causa” la otra debe ser determinado por un estudio futuro que despliegue estas cuestiones.

En cualquier caso este sentido de causa es suficiente para hacer inteligibles preguntas como las siguientes: ¿El debilitamiento de la democracia y, consecuentemente, del poder relativo de los legisladores explica, por ejemplo, el aumento de poder de los jueces? ¿Y es este un vínculo contingente? ¿Puede darse una profunda mutación económica y política sin una correspondiente mutación en la práctica del derecho? ¿Y en la teoría del derecho? Provisionalmente me atrevería a decir que entre los tres primeros elementos, que en última instancia son prácticas, hay un vínculo causal en el sentido arriba enunciado: las transformaciones económicas inciden en el nivel político (y sin dudas aquí se da un bucle de retroalimentación) y las transformaciones en ambos niveles inciden a su vez en la práctica del derecho (también aquí con un bucle hacia la política y la economía). Por último, entiendo, la teoría del derecho se vincula *interpretativamente* con la práctica jurídica. Las mutaciones teóricas se explican, al menos en parte,<sup>30</sup> por mutaciones en la práctica. Una vez que ha mutado la práctica las teorías disputan respecto de cuál ofrece la mejor interpretación de la nueva práctica.<sup>31</sup> Hegemónica es aquella que logra

---

30. Vale la salvedad porque quisiera evitar cualquier causalismo simplista. Los cambios teóricos también son influidos por cambios en las ideas, no solo por factores materiales o políticos. Mi posición en este aspecto es, si se quiere, holista. Pero las ideas interactúan con las ideas dentro de determinada práctica y de los presupuestos que esta implica. Las prácticas hacen a los contextos que enmarcan los textos. Tienen, entonces, cierta prioridad explicativa.

31. Aquí uso “interpretación de la práctica” en un sentido amplio tal que incluye tanto las aproximaciones teóricas que meramente intentan describirla desde un punto de vista neutral, i.e., explicar su objeto (Cfr. Raz, 2013, 62), como aquellas que afirman que interpretar la práctica es básicamente identificar su valor (Cfr. Dworkin, 2022, 49). En todo caso con ello quiero

posicionarse como la interpretación por defecto. Si esto es así, para explicar, al menos en parte, el cambio en la teoría hegemónica, habrá que dar cuenta de las mutaciones en la práctica. Y para ello habrá que explicar esas mutaciones en virtud de los factores políticos y económicos que las causan.

Con estos elementos en mente podemos revisar el primer caso que comenté, el paso del derecho premoderno con la teoría iusnaturalista que le es propia al derecho moderno y su autocomprensión positivista, tenemos dos elementos explicativos claros, uno político y el otro económico: las revoluciones norteamericana y francesa, por un lado, y la revolución industrial y el surgimiento del capitalismo, por otro.

En cuanto a la mutación de la práctica política que tuvo lugar a partir de las referidas revoluciones, no de un día para el otro y con avances y retrocesos que duraron más de un siglo, pero se terminó pasando de una forma de gobierno pre-estatal a una forma estatal. El cambio en este sentido ya puede verse esbozado incluso antes de la revolución, en el absolutismo monárquico.<sup>32</sup> La sociedad más compleja a que dieron lugar estas revoluciones, la sociedad donde capitalistas y trabajadores negociaban en pie de igualdad legal en el mercado de trabajo, requería de una previsibilidad, una claridad y una posibilidad de cambio deliberado de normas que una cultura jurídica pluralista,<sup>33</sup> de

---

resaltar que el nexo entre la práctica y la teoría que pretende dar cuenta de ella no puede ser causal.

32. Pero, como bien señala Atria, “...que en la práctica jurídica comienzan a ser discernibles nuevas tendencias no equivale a que la práctica jurídica se conciba a sí misma de la manera que corresponde a esas tendencias (Atria, 2016, 53).

33. Harold Berman enuncia en estos términos el pluralismo jurídico propio de la etapa fundacional del antiguo régimen después de la reforma gregoriana del siglo XI: “La revolución papal hizo surgir por vez primera un estado eclesiástico autónomo y un cuerpo de derecho eclesiástico separado y autónomo, el derecho canónico de la iglesia. Al mismo tiempo hizo surgir por vez primera entidades políticas sin funciones eclesiásticas, y ordenes jurídicos no eclesiásticos. El partido papista dio los nombres de ‘temporal’

base jurisdiccional<sup>34</sup> y estática<sup>35</sup> como la del antiguo régimen (es decir, un sistema de múltiples fueros, con jueces pero sin leyes, menos aún leyes generales, claras, sistemáticas y susceptibles de ser introducidas o quitadas por arbitrio de la autoridad) no podía suministrar. Se necesitaba la unificación que proveía el principio de legalidad. Y para contar con un principio de legalidad creíble se necesitaban legisladores. En cualquier caso, aun si no se pueden establecer relaciones lineales ni indiscutibles entre la práctica jurídica y el sistema político vigente en determinado tiempo y lugar (justamente, de lo que aquí se trata es de afirmar la necesidad de clarificar tales relaciones), me parece importante reafirmar el truismo de que la edad de oro del derecho moderno de base legislativa coincide con la de la formación y consolidación del estado moderno y, tendencialmente, con su forma más legítima: la democracia. Bajo la democracia, tal como sostiene Waldron, la legislación adquiere una dignidad, ie., una legitimidad, que no adquiere en regímenes estatales no democráticos.

La práctica económica también muta en el referido período. No es este el momento de ingresar al análisis en detalle de las mutaciones de las estructuras y procesos del capitalismo al interior del ciclo. Tampoco de decantarse por una determi-

---

y de ‘secular’ a estas nuevas entidades políticas y su derecho. La reducción de la calidad sacra del gobierno secular quedó unida al concepto de que las entidades no eclesiásticas y sus órdenes legales eran muchos y diversos, y no uno solo. El nuevo derecho canónico era uno, así como la nueva entidad eclesiástica era una. Pero el derecho secular era múltiple, correspondiente a los diversos tipos de entidades seculares: imperial, real, feudal, señorial, mercantil, urbano” (Berman, 1996: 287). Es descontado que entre estos sistemas se daban solapamientos y competencias múltiples; que, en definitiva, se trataba de múltiples sistemas jurídicos aplicables a los sujetos de un mismo territorio.

34. Para un análisis en detalle de la cultura jurisdiccional propia del antiguo régimen ver Agüero, 2006.

35. Para un análisis del derecho del antiguo régimen como sistema estático ver Atria, 2016, 91.

nada concepción de las relaciones entre la práctica política y la práctica económica. Baste enunciar que junto con el surgimiento del estado moderno surge el capitalismo como forma típicamente moderna de producción de bienes y servicios. De hecho, Charles Tilly, por ejemplo, ha sostenido enfáticamente que esta es una cuestión de primer orden. Ha afirmado que “la creación de un sistema nacional de estados y la formación de un sistema capitalista de alcance mundial” son “los dos procesos interdependientes esenciales de la era [moderna]” (Tilly, 1984:147). Inclusive (aunque con bastante retardo, sin dudas), en el período parece darse cierta atracción entre la forma más desarrollada del estado moderno, i.e., la democracia, y el capitalismo: el momento más brillante de dicha relación puede identificarse en “los treinta gloriosos” de los países del norte, el momento de mayor estabilidad democrática y del capitalismo triunfante propio del estado de bienestar.

Enfoquemos ahora la mirada en el paso del momento legislativo al momento neoconstitucional de la práctica jurídica. Las cosas no son tan claras aquí, tal vez porque todavía estamos en medio del río, en tránsito, porque no gozamos de la perspectiva necesaria para un análisis preciso. Pero a mi juicio, el momento legislativo, autoconscientemente positivista del derecho, comienza a menguar a fines del siglo pasado, es decir, cuando podían observarse los primeros síntomas del eclipse del estado moderno como forma de resolver los problemas de las poblaciones bajo su gobierno así como del debilitamiento del proyecto democrático del que hoy somos testigos en todo el mundo. Paralelamente, en el ámbito económico, quizás con cierta antelación (pues es común datar su surgimiento en los tempranos setenta) tenemos la crisis del estado de bienestar y el surgimiento del neoliberalismo con todos sus ingredientes característicos. Por cierto, no es en absoluto descabellado pensar que estos dos fenómenos están vinculados. Descriptivamente se puede decir que la fase actual de desarrollo del capitalismo, llámese “globalizado”, “digital”, “financiero” o simplemente “neoliberalismo”, coincide

con el momento de erosión estatal y democrática que estamos viviendo. También se puede decir, en tono causal-explicativo, que el neoliberalismo erosiona las bases de la legitimidad democrática así como su capacidad para resolver los problemas que está llamada a resolver.<sup>36</sup>

## 5. Enfoque en un caso

Para explorar estas cuestiones con algo más de detalle me centraré en la mutación que estamos presenciando, el paso del derecho moderno de base legislativa y su correlativa autocomprensión positivista al neoconstitucionalismo de base judicial y su correlativa autocomprensión interpretativista (ahora sí, en el sentido de Dworkin).<sup>37</sup> Comencemos por el derecho moderno.

¿En qué sentido el derecho moderno está (o estuvo si se quiere) vinculado al estado moderno y, específicamente, a la democracia?<sup>38</sup> Para dar cuenta de esa relación tomaré prestadas algunas herramientas teóricas de Waldron.

Waldron ha propuesto hace ya unos años un concepto normativo de derecho que, curiosamente, no deja de ser positivista. Su positivismo normativo afirma que la separación entre derecho y moral es algo bueno, incluso indispensable desde un punto de vista moral, social o político, y sin dudas algo a ser

---

36. Sobre la relación entre democracia y neoliberalismo y cómo éste afecta a aquella hay una amplísima bibliografía. Puede verse, por ejemplo, Brown, 2016 y 2019, Streeck, 2014, Slobodian, 2018, Wolf, 2023.

37. Ver Dworkin, 2022, 47.

38. Dado que el positivismo es la autocomprensión del derecho moderno en su conjunto, una teoría contextual plenamente desarrollada deberá ofrecer una relación diferenciada de la autocomprensión positivista del derecho: habrá que distinguir entre el positivismo propio del primer momento, pre-democrático, del estado moderno y el positivismo propio del estado democrático. La exposición que aquí presento se limita sólo al segundo momento.

valorado y promovido (Waldron, 2001, 411). Lo que nos dice Waldron es que es bueno que podamos identificar las leyes de un país sin recurrir a juicios morales.

Pero puesto en estos términos el positivismo normativo parecería ser una recomendación sobre cómo debe ser el derecho (debe ser identificable con independencia de criterios morales), no una definición que nos diga lo que el derecho es. Para entender por qué sí es una definición es necesario introducir dos distinciones centrales. Por un lado la distinción ya citada entre teoría general y teoría especial del derecho (Waldron, 2009). Por el otro la distinción entre derecho al por mayor y derecho al por menor (Waldron, 2001, 415).

Una teoría general del derecho pretende ofrecer un concepto de derecho que sirva para cualquier sociedad en cualquier tiempo. Pretende dar cuenta de las propiedades comunes al derecho actual, al derecho del antiguo régimen y al derecho romano. Una teoría especial, por el contrario, pretende dar cuenta de las propiedades de un derecho particularmente situado. Según Waldron, la teoría especial del derecho “implica el estudio de sistemas jurídicos particulares o tipos de sistemas jurídicos, antes que el estudio del derecho como tal: la teoría del derecho romano o la teoría del common law, o la teoría del derecho norteamericano moderno” (Waldron, 2009: 678). Específicamente la teoría de Waldron, una teoría especial del derecho, pretende dar cuenta del derecho moderno de base democrática (Waldron, 2009: 679).

La segunda distinción, entre derecho al por mayor y al por menor, pretende captar la ambigüedad contenida en la idea de “definir el derecho” o “dar cuenta de lo que el derecho es”. Con ella podemos referirnos, al por mayor, a la pretensión de dar cuenta de lo que es el derecho como institución (opuesta a otros modos de control social como la religión, la fama, la manipulación, la propaganda, etc.). O podemos referirnos, al por menor, a la identificación de los estándares jurídicos que justifican una decisión sobre una cuestión particular en una jurisdicción particular. El positivismo de Hart estaba preo-

cupado principalmente por determinar la validez de normas particulares por referencia a la regla de reconocimiento, con independencia de criterios morales. En un sentido similar a Hart, Waldron podría decir que el derecho moderno al por menor es el conjunto de normas emanadas de las fuentes sociales identificables gracias a los criterios que conforman la regla de reconocimiento vigente en el sistema en cuestión. Pero eso es compatible con una teoría del derecho al por mayor, es decir, una teoría del derecho en su conjunto, sensible a la cuestión de por qué es importante o aconsejable o bueno identificar las normas jurídicas individuales con exclusión de juicios morales. Esta pregunta sobre la importancia es una pregunta interpretativa, moral. Y lo es sin contaminar de moralidad los juicios particulares de validez. La idea de Waldron es que no podemos identificar el derecho al por mayor, el derecho como institución, sin acudir a criterios morales que nos indiquen por qué es importante si algo cuenta o no como derecho al por menor, como ley del estado (y no, por ejemplo, como el mandato del jefe de una banda de asaltantes). ¿Y por qué es importante si algo cuenta o no como derecho? La respuesta de Waldron no es la de las expectativas protegidas. No se trata de que el derecho es fuente de coacción y nos importe prever las circunstancias bajo las cuales es probable que nos veamos sometidos a coacción. El jefe de la banda de asaltantes también puede someternos a coacción e incluso advertirnos de las circunstancias bajo las que lo hará.

Para dar cuenta de por qué es importante si algo cuenta como derecho dentro del marco de sentido de la modernidad, particularmente en la modernidad tardía, donde el estado moderno evolucionó –al menos desde una perspectiva ideal o normativa–, en estado democrático, es necesario pensar en el segundo de nuestros conceptos centrales: la democracia. ¿Cuál es la función de la democracia? Según Waldron las democracias modernas enfrentan dos problemas que él denomina “las circunstancias de la política”. La primera es la existencia de profundos desacuerdos entre los miembros de la sociedad

acerca de cómo deben decidirse los asuntos que nos conciernen a todos. La segunda refiere a la necesidad de tomar decisiones comunes sobre esos asuntos. La función de la democracia es justamente resolver este problema (Waldron, 1999, 102).

El mecanismo democrático tiene entonces la función de volver no controvertido lo que antes del procedimiento y la decisión era controvertido. Luego de la promulgación de una ley podemos resolver el problema que la ley enfrenta no por referencia a nuestras disputadas teorías de la justicia o los derechos morales, es decir, disputas sobre lo que nos debemos moralmente los unos a los otros, sino por referencia a la ley en cuestión.

Además, este mecanismo de descontrovertialización logra su objetivo de un modo que respeta la igual dignidad de cada uno de los miembros de la sociedad. En la medida en que todas las opiniones son tomadas en cuenta, mostramos respeto por quienes sostienen esas opiniones al respetar la decisión tomada de conformidad con un procedimiento designado para honrar esa dignidad. Por estas razones es que, según Waldron, el derecho democrático moderno es legítimo, merece respeto y obediencia (Waldron, 1999, 108-9).

Ahora, si bien la teoría de Waldron puede ser vista como una teoría sobre las condiciones de legitimidad del derecho moderno, también es una teoría conceptual de tal derecho. Su concepto de derecho al por mayor es, como es claro, un concepto normativo. Diría algo así como que el derecho moderno al por mayor es el conjunto de instituciones diseñadas para tomar decisiones comunes en circunstancias de desacuerdo sobre el contenido de esas decisiones (en una situación en que es imperativo tomarlas, y de un modo que permite tomarlas con igual respeto por todos los involucrados, lo que otorga valor moral al sistema que lo hace posible) más el conjunto de decisiones tomadas en tales circunstancias.<sup>39</sup>

---

39. Esta definición del derecho al por mayor puede pensarse como una especificación de la idea hartiana de que el derecho es un sistema de reglas

Para Waldron, entonces, el derecho moderno, al por mayor, es, al menos en parte, una tecnología diseñada para tomar decisiones comunes en circunstancias de desacuerdo sobre el contenido de esas decisiones. Ahora bien, esta tecnología funciona únicamente si tratamos a su producto, la ley, como un conjunto de razones excluyentes: excluyentes de nuestras controvertidas razones morales. No podemos –especialmente los jueces no pueden, no deben–, reconsiderar las razones morales que consideramos relevantes a la hora de legislar. Pues allí precisamente reina el desacuerdo, i.e., la situación que tenemos necesidad de superar, la razón por la cual diseñamos el mecanismo democrático. Volver a introducir razones morales sería además una falta de respeto a quienes tienen opiniones morales diversas a las nuestras y pese a ello se sometieron al mecanismo democrático.

De aquí que, según Waldron, en el marco del derecho moderno de base democrática hay buenas razones morales para que identifiquemos las normas jurídicas, el derecho al por menor, sin acudir a razones morales. Y de hecho hubo un tiempo en que la práctica jurídica funcionaba, en su mayor parte, así.

---

primarias y secundarias. Pero cabe observar que puesta en estos términos mi interpretación de la idea de derecho al por mayor de Waldron tiene sus inconvenientes. Por un lado no puede dejar de pensársela como refiriendo al derecho como un todo. Y esto incluye tanto las reglas secundarias, las instituciones propiamente dichas, como las primarias. Pero las reglas primarias son también al menos un tipo de estándares de los que debe tomar en cuenta el juez al decidir un caso. Son, entonces, también derecho al por menor. Esto nos indica que la distinción en cuestión no apunta a diversos tipos de reglas sino a diversos enfoques de las reglas: por un lado tenemos “el derecho” en su conjunto, como sistema, y por otro tenemos “el derecho” como los estándares que debe tener en cuenta un juez al decidir un caso. La diferencia tal vez sea mejor atrapada por Dworkin cuando distingue, entre otros sentidos, entre derecho en sentido sociológico, para referirse “a un tipo concreto de estructura social de carácter institucional” y derecho en sentido doctrinal, apuntando con este término a los concretos derechos y obligaciones que el sistema imputa a las personas y que deben ser tenidos en cuenta por el juez al decidir los casos (Dworkin, 2006, 2-4).

Es el momento legislativo al que hice referencia. Lo que tuvimos primero, durante la ilustración, fue un proyecto político que dijo que el derecho debía ser considerado el producto de la voluntad de los cuerpos legislativos y nada más que eso. En un segundo momento, luego de la revolución francesa, tuvimos un derecho que llegó a ser eso. Tanto los jueces a la hora de aplicar el derecho como los científicos a la hora de describirlo, hacían referencia prácticamente con exclusividad a la ley. La constitución, con sus textos abiertos, dados a interpretación moral, era raramente tomada en cuenta como algo más que un conjunto de cláusulas declarativas, aspiracionales pero no obligatorias. Escasas eran las ocasiones en las que en la práctica una norma era declarada inconstitucional en virtud de una lectura moral de la constitución; tan escasas que podemos considerarlas excepciones no relevantes para descalificar la centralidad de la ley y de su interpretación excluyente.

La identificación temporal precisa de este momento legalista puede variar algo de país en país. Pero tres cosas son seguras. Primero, no estamos más en ese momento. Una descripción adecuada de nuestro derecho actual no puede afirmar que es un conjunto de normas excluyentes de razones morales; menos aún que los jueces lo aplican como si lo fuera. El nombre que describe adecuadamente nuestra actual práctica jurídica es *neoconstitucionalismo*. Para el neoconstitucionalismo, la centralidad no está puesta en la ley sino en la constitución. Y la constitución está abierta a interpretación moral. Esto es tan así que Atria ha llegado a afirmar que “[e]l (neo)constitucionalismo es derecho premoderno” (Atria, 2016: 67 y ss.).<sup>40</sup> A su vez, las normas constitucionales moralmente interpretadas tienen un poder creciente frente a la ley: cada vez más los jueces están dispuestos a declarar inconstitucionales las normas

---

40. Lo cual, a pesar de Atria, no debe ser tomado en sentido literal sino metafórico. La historia no se repite ni siquiera como farsa (Cfr. Semán, 2023, 13).

legales. Por lo demás, la constitución está estructuralmente en tensión con la ley democráticamente promulgada: sus declaraciones de derechos y garantías constituyen un límite al poder de las mayorías, un límite puesto en protección del individuo, de su libertad, de su propiedad. Un límite, también, puesto en protección de las minorías.

Este último punto nos permite enlazar la primera cuestión (relativa a la relación entre teoría y práctica jurídica), con la segunda (relativa a la relación entre práctica jurídica y práctica política): el momento legalista de la práctica coincide con el de mayor fortaleza de la democracia como sistema político. Ello tanto a nivel práctico como ideológico, normativo. Esto es sin dudas cierto para los países centrales de Occidente. El caso de los países subdesarrollados como los latinoamericanos, con sus dictaduras y revoluciones, es más complicado: requeriría desarrollar hipótesis ad-hoc. En cualquier caso, así como el legalismo ha perdido espacio frente al neoconstitucionalismo, la democracia también ha perdido terreno tanto cuantitativa como cualitativamente. Cuantitativamente, en el mundo hoy hay menos países gobernados democráticamente que a principios de siglo. Cualitativamente, hoy es común hablar de democracias de baja intensidad. Ello por una variedad de razones: crisis de representación, incapacidad de los estados democráticos de cumplir con sus promesas de bienestar, etc. Esto nos lleva a revisar el tercer fenómeno en cuestión: la relación entre práctica política y práctica económica. Y es el caso que la declinación del legalismo y la democracia se dan en un momento de ascenso del momento neoliberal del capitalismo como sistema de distribución de cargas y beneficios.

Sería muy interesante, y a mi juicio esencial al desarrollo acabado del argumento que estoy intentando esbozar, dar acabada cuenta de las relaciones entre democracia y capitalismo, particularmente entre el momento de declinación de la democracia que estamos viviendo y el auge del capitalismo neoliberal. Pero no tengo el tiempo ni el conocimiento necesario para desarrollar aquí ese análisis. Sí quisiera resaltar la

tensión. Wolfgang Merkel la pone en estas palabras: “El capitalismo y la democracia siguen lógicas diferentes: derechos de propiedad desigualmente distribuidos por un lado, derechos cívicos y políticos iguales por el otro; comercio orientado a la ganancia privada en el capitalismo en contraste con la búsqueda del bien común en la democracia; debate, compromiso y toma de decisiones por mayoría dentro de la política democrática versus toma jerárquica de decisiones por parte de gerentes y propietarios de capital. El capitalismo no es democrático, la democracia no es capitalista” (Merkel, 2014: 109). De aquí que la democracia no se lleve bien con esa extrema concentración de poder económico. Así, en conjunción con el declive del poder económico (y consecuentemente, político) de la clase trabajadora, se constata, particularmente desde el comienzo del nuevo milenio y la crisis del 2008, una creciente inquietud respecto de la salud de la democracia. Las ideas de *post-democracia*, *democracias en recesión*, *democracias defectuosas* o *democracias como máscaras o fachadas*, se han vuelto vocabulario estándar. El neoliberalismo es señalado, acertadamente a mi juicio, al menos como uno de los factores responsables de este debilitamiento de la democracia.

¿Por qué no se lleva bien la democracia con una extrema concentración de poder por parte del capital y con una extrema carencia de poder por parte de los trabajadores y todo el sector precarizado? Entre las muchas razones que cabría explorar quisiera concentrarme en dos, vinculadas a la concepción de Waldron que vimos más arriba. La democracia supone que los individuos se autoconciben como iguales en dignidad y derechos. Puede, es cierto, tolerar cierto grado de distancia social. Pero cuando la injusticia se hace estructural, cuando se elevan los alambres de púa entre las clases, estas dejan de compartir el horizonte que las convierte en *una* sociedad para pasar a ser dos o más sociedades, que se desconocen mutuamente, habitando el mismo suelo. Cuando esto sucede tenemos otro problema. Tal como vimos, la democracia es un

método para zanjar desacuerdos profundos y tomar decisiones comunes, que todos vean como vinculantes. Pero

la gente únicamente se siente comprometida por las elecciones democráticas cuando comparte un vínculo básico con la mayoría de los demás votantes. Si la experiencia de otros votantes me es ajena, y creo que no entienden mis sentimientos y no les importan mis intereses vitales, no tendré en absoluto ninguna razón para aceptar el veredicto si pierdo la votación, aunque sea por cien votos a uno. Por lo general las elecciones democráticas funcionan en el seno de poblaciones que ya comparten algún vínculo. Son un método para zanjar desacuerdos entre personas que ya están de acuerdo sobre cosas básicas (Harari, 2017, 279).

La democracia, en otras palabras, supone la idea de pueblo. La distancia entre clases que está generando la actual deriva neoliberal está justamente minando eso: las bases mínimas del acuerdo que nos convierte en *un* pueblo. Si ese acuerdo se termina de horadar, se habrán horadado las bases mismas de la legitimidad democrática.

Volvamos ahora, para cerrar, al concepto de derecho. Vimos que para hacer inteligible la práctica jurídica en la que estamos inmersos no basta hacer teoría general sin que es preciso también, sobre todo, hacer teoría especial del derecho, del derecho moderno de base democrática, por ejemplo. Si la democracia funciona y se alcanzan decisiones comunes que nos permiten superar las circunstancias de la política de un modo que respeta la igual dignidad de los ciudadanos y ciudadanas, entonces debemos respeto a esas decisiones. Debemos tratarlas, como afirmaba Waldron, como razones excluyentes.

Pero ahora tenemos dos hechos que debemos relacionar. Por un lado tenemos que nuestro derecho se describe mejor por el neoconstitucionalismo que por el positivismo normativo y excluyente. Tenemos poderes legislativos depotenciados y escasamente representativos de su electorado. Y tenemos jueces que anulan crecientemente las leyes democráticamente

te votadas en nombre de la mejor interpretación moral de la constitución.

Por otro lado tenemos que la actual fase neoliberal del capitalismo está horadando las bases sociales de la democracia y, en última instancia, la fuerza normativa del poder legislativo. Pero la legitimidad democrática era la razón por la cual las leyes debían ser interpretadas de modo excluyente, excluyente de cualquier juicio moral. ¿No será justamente la pérdida de legitimidad democrática provocada por el neoliberalismo la causa última de la dominancia teórica y práctica del neoconstitucionalismo?

En resumidas cuentas mi argumento sobre este último punto es el siguiente:

- La fase neoliberal del capitalismo está minando las bases sociales (la existencia de un pueblo) que son condición necesaria no solo de la legitimidad democrática sino, en última instancia, de la existencia misma del sistema democrático.
- La pérdida de legitimidad democrática se traduce en una pérdida del poder normativo del poder legislativo: sus leyes ya no son vistas como razones excluyentes.
- Esta pérdida de poder del legislativo es capitalizada, entre otros actores, por otra rama del gobierno: el poder judicial. Ahora sus decisiones ganan en autoridad relativa (los jueces ya no son boca de la ley sino creadores de derecho aunque más no sea en el sentido del interpretativismo).

Esto implica que estamos pasando desde un momento legislativo a un nuevo momento jurisdiccional del derecho. Que estamos ante una nueva mutación del derecho de consecuencias aún inciertas. De hecho el momento jurisdiccional-neoconstitucional del derecho cuenta con sus respectivos teóricos, tales como Alexy, Ferrajoli y Dworkin. Cada práctica jurídica tiene su sentido propio y la teoría especial de esa práctica debe identificarlo. Al menos en parte, en eso consistirá ofrecer el concepto del derecho en cuestión.

## BIBLIOGRAFÍA

- Agüero, A., (2006), “Las Categorías Básicas de la Cultura Jurisdiccional”. *Cuadernos de Derecho Judicial*, Vol. VI, pp. 19-56.
- Alchourrón, C. y Bulygin, E., (1975), *Sistemas Normativos*, Buenos Aires, Astrea.
- Atria, F., (2016), *La Forma del Derecho*, Barcelona, Marcial Pons.
- Berman, H., (1983), *Law and Revolution. The formation of the Western Legal Tradition*, Harvard University Press, Cambridge. Mass. Citado por la versión castellana de Mónica Utrilla de Neira: *La Formación de la Tradición Jurídica de Occidente*. México, Fondo de Cultura Económica, 1996.
- Bobbio, N., (1990), *Contribución a la teoría del derecho*, Madrid, Editorial Debate.
- Bobbio, N., (1991), *El Problema del Positivismo Jurídico*, México, Fontamara. Traducción de Ernesto Garzón Valdez (no hay texto original editado en italiano bajo este título).
- Brown, W., (2016), *El pueblo sin Atributos. La Secreta Revolución del Neoliberalismo*, Barcelona, Malpaso Ediciones.
- Brown, W., (2019), *In the Ruins of Neoliberal Order. The Rise of Antidemocratic Politics in the West*, New York, Columbia University Press.
- Caracciolo, R., (1988), *Sistema Jurídico. Problemas Actuales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- Dworkin, R., (1986), *Law's Empire*, Cambridge, Massachusetts, London, England, The Belknap Press Of Harvard University Press. Citado por la traducción castellana de Juan Iosa y Tomás Céspedes, *El Imperio del Derecho*. Barcelona, Gedisa, 2022.
- Dworkin, R., (2006), *Justice in Robes*, Cambridge, Massachusetts, London, England, The Belknap Press Of Harvard University Press.

- Ferrajoli, L., (2003), “Pasado y futuro del estado de derecho”, en M. Carbonell (ed.) *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, pp. 13-29.
- Garcés, M. (2020), *Nueva Ilustración Radical*. Barcelona, Anagrama.
- Guastini, R., (1999<sup>a</sup>) *Estudios sobre Interpretación Jurídica*, México, UNAM.
- Guastini, R., (2008), *Teoría e Ideología de la Interpretación Constitucional*, Madrid, Trota.
- Guastini, R., (2014), *Interpretar y Argumentar*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Guastini R. y Rebuffa. G., (2002), “Introducción”, en Tarello G., *Cultura Jurídica y Política del derecho*, Editorial Comares, Granada, 2002.
- Harari, Y. N., (2016), *Homo Deus. A Brief History of Tomorrow*, England, Random House. Citado por la traducción castellana de Joandomènec Ros i Aragonès: *Homo Deus, Breve Historia del Mañana*, Barcelona, Debate, 2017.
- Kelsen, H., (1998) [1960], *Reine Rechtslehre*, Publishing House Austrian State Printing Office and the Hans Kelsen Institute of Vienna. Citado por la traducción castellana de Roberto Vernengo: *Teoría Pura del Derecho*, México, Porrúa, 1998.
- Martini, M., (2011), “La Relación Merton-Shapin a Partir Del Debate Historiográfico Internismo/Externismo” en *Cinta Moebio* 42, pp. 288-301, <[www.moebio.uchile.cl/42/martini.html](http://www.moebio.uchile.cl/42/martini.html)>.
- Raz, J., (1970) *The Concept of a Legal System*, Oxford, Clarendon Press.
- Raz, J., (1975), *Practical Reason and Norms*, London, Hutchinson. Citado por la traducción castellana de Juan Ruiz Manero: *Razón Práctica y Normas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- Raz, J., (2009), *Between Authority and Interpretation*, New York: Oxford University Press, Citado por la traducción castellana de Hernán Bouvier, Pablo Navarro y Rodrigo

- Sánchez Brígido: *Entre la Autoridad y la Interpretación*, Madrid, Marcial Pons, 2013.
- Schauer, F., (2012), “On the Nature of the Nature of Law”, *ARSP: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie / Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy* Vol. 98, No. 4 (2012), pp. 457-467.
- Semán, P., (2023), *Está entre Nosotros. ¿De dónde sale y hasta dónde puede llegar la extrema derecha que no vimos venir?*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores.
- Slobodian, Q., (2018), *Globalist. The End of Empire and the Birth of Neoliberalism*, Cambridge, Massachusetts, London, England, Harvard University Press.
- Streeck, W., (2014), *Buying Time. The Delayed Crisis of Democratic Capitalism*, London, Brooklyn, Verso.
- Tarello, G., (1976), *Storia della Cultura Giuridica Moderna*, Il Mulino, Bologna.
- Tilly, Ch., (1984), *Big Structures, Large Processes, Huge Comparisons*, New York, Russell Sage Foundation.
- Vega, J., (2018), La filosofía del Derecho como filosofía práctica, *Revus*, 34, <<https://doi.org/10.4000/revus.3990>>.
- Waldron J., (1999), *Law and Disagreement*, Oxford, Oxford University Press. Citado por la traducción castellana de José Luis Martí y Agueda Quiroga: *Derecho y Desacuerdos*, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- Waldron, J., (2001), “Normative (or Ethical) Positivism”, en Jules Coleman ed., *Hart’s Postscript, Essays on the Postscript to The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press.
- Waldron, J., (2009), “Can there be a Democratic Jurisprudence?” en *Emory Law Journal*, Vol. 58, pp. 675-712.
- Wolf, M., (2023), *The Crisis of Democratic Capitalism*. London, Penguin Random House.

*Fecha de recepción*, 8 de marzo de 2023

*Fecha de aceptación*, 9 de julio de 2023