

COMENTÁRIO

DESAFÍOS PARA TEÓRICOS DEL DERECHO: ALGUNAS CONSIDERACIONES ACERCA DE “FIVE CHALLENGES FOR THEORIES OF LAW” DE FLÁVIO LIMA

Julieta Rábanos

1. Introducción: cinco desafíos para teorías del derecho

En “*Five Challenges for Theories of Law*” (de ahora en más, FCTL), Flávio Lima presenta cinco desafíos que deberían ser enfrentados por teorías del derecho [Sección 1]. Estos desafíos están contruidos sobre la base de cinco intuiciones acerca del derecho – referidas principalmente a derecho y hechos, su relación, y el estatus y «*grounding*» de las adscripciones jurídicas o «*legal adscriptions*» – que dan origen a cinco principios o afirmaciones (de ahora en más, PXs).

Lima usa luego estos principios para analizar críticamente si diferentes teorías del derecho y/o ideas generales acerca del derecho afrontan y superan esos desafíos o no. Se concentra principalmente en positivismo/no-positivismo, interpretativismo/descriptivismo, y la «*typically positivism idea that the legal adscriptions of a given legal system may be grounded exclusively in descriptive facts*» [Sección 2]. Las principales conclusiones extraídas de este análisis crítico son dos: i) ni el interpretativismo ni el descriptivismo logran afrontar los desafíos que plantean (al menos algunos de) los PXs y por tanto, *qua* teorías del derecho, se vuelven contraintuitivas; y ii) el descriptivismo falla más que el interpretativismo, por lo cual tiene cargas argumentativas mayores a superar para poder ser considerada una teoría del derecho adecuada (LIMA 2025: 144, 157).

FCTL puede ser leída como una contribución hacia la respuesta de una de las preguntas más apremiantes e importantes en el campo de la teoría del derecho: “¿*Cuáles son los puntos (metodológicos y/o sustantivos) mínimos que toda teoría del derecho debería considerar, y dar respuesta a, para ser considerada una teoría del derecho adecuada?*”. Como tal, en mi opinión, FCTL debe ser tomada seriamente tanto en sus aspectos metodológicos como en sus aspectos sustantivos y también en relación con los esfuerzos que Lima, como teórico del derecho, realiza en pos de ese objetivo.

En este breve comentario, seguiré los pasos de FCTL y plantearé algunos desafíos, pero no para las teorías del derecho sino para teóricos del derecho. Así, usando las

consideraciones metodológicas y sustantivas hechas en FCTL, plantearé aquí dos breves desafíos metodológicos para Lima como teórico del derecho: 1) el desafío de las “intuiciones”; y 2) el desafío de la “naturaleza”. Finalmente, concluiré planteando muy brevemente un desafío que dejaré abierto pensando en posibles debates y desarrollos futuros del autor: 3) el desafío del “marco cerrado”.

2. El desafío acerca de las “intuiciones”

Uno de los puntos centrales de FCTL es claramente la presencia de estos cinco principios que, pareciendo ser aspectos fundamentales de la legalidad, también funcionarían como base de verdades a priori y necesidades conceptuales acerca de todos y cada uno de los sistemas jurídicos (LIMA 2025: 147).

En mi opinión, uno de los desafíos más importantes acerca de estas intuiciones sobre el derecho es, por una parte, su estatus como intuiciones (esto es, su origen, su valor, su alcance, y el estatus de “verdad a priori” de que todo sistema jurídico no puede no instanciarlas); y, por otra parte, la idea de que sería “conceptualmente necesario” que aquello denotado por ‘sistema jurídico’ cumpla en última instancia con determinadas características y/o que de ello se sigan necesariamente determinadas consecuencias (representadas por el contenido de los PXs). Trataré esta segunda parte en el punto siguiente. Aquí, me concentraré en la primera parte.

El recurso a las intuiciones y a los experimentos mentales es quizás uno de los recursos más usados en ámbitos de estudio como en el que se inscribe la filosofía del derecho (probablemente, aún más importante para algunas escuelas o corrientes que para otras). Sin embargo, no se trata de un recurso exento de problemas. A mi criterio, podríamos encontrar al menos cuatro desafíos centrales e interconectados de los cuales cualquier teórico (y teoría del derecho) que utilizara debería afrontar: el desafío del *origen*, el desafío de la *justificación o argumentación*, el desafío de la *pretendida universalidad*, y el desafío del *estatus de las consecuencias*.

En cuanto al desafío del *origen*, una de las grandes preguntas que uno puede hacerse cuando habla de “intuiciones” (quizás más que en el caso de los experimentos mentales) es: ¿intuiciones de *quién*?²³ Sin entrar en la discusión acerca de los “puntos de vista” que interesa a la metodología de las ciencias sociales y, luego, a la filosofía del derecho²⁴, el primer interrogante surge claro: ¿se trata de las intuiciones de los participantes del fenómeno observado, de los teóricos observadores, de los teóricos obser-

23 Aquella que seguiría sería, me parece: “¿en qué circunstancias, o bajo qué condiciones?”.

24 De la cual, en todo caso, las discusiones acerca de punto de vista interno y externo que en filosofía del derecho se consideran comenzadas por Hart (aunque primero indicadas en este ámbito, aunque esto se conozca poco, en el ámbito del realismo escandinavo por ejemplo por I. Hedenius) son a mi criterio grandes deudas. Cfr. Hart 1961, Spaak 2009.

vadores *qua* potenciales participantes también del fenómeno observado, de los teóricos observadores *qua* fingidos participantes del fenómeno observado...? El modo en el cual se define este *origen* es fundamental para poder evaluar adecuadamente la proposición o aserción que se ofrece como intuición, tanto en su contenido como en su oportunidad. Aquello que puede resultar intuitivo para los participantes y que potencialmente podría sostenerse que subyace/explica algunas adscripciones de términos o propiedades a objetos o fenómenos puede resultar completamente contraintuitivo para teóricos, y viceversa. Por otra parte, la propia relación entre las intuiciones de los participantes y las intuiciones de los teóricos (por ejemplo, si los teóricos debieran usar en sus discursos los mismos conceptos y concepciones que los participantes o no) es también una ardua discusión metodológica en la cual se debería tomar partido explícito²⁵. Por último, y conectado con lo anterior, está la cuestión de si el teórico *target* sería un teórico universal (pensando que las intuiciones sean universalizables para cualquier tiempo y espacio, para cualquier tipo de fenómeno jurídico, para cualquier tipo de cultura) o un teórico parroquial (las intuiciones son particulares a un tiempo y espacio, a un determinado fenómeno jurídico, a una determinada cultura), algo también íntimamente relacionado con la pregunta más amplia de los alcances de lo que llamaríamos (una) teoría (¿general?) del derecho.

En cuanto al desafío de la *justificación o argumentación*, a mi entender uno de los más grandes desafíos de un teórico es el no caer en la tentación de colapsar o confundir “intuición” con “justificación” o “argumentación”. Esto es: no dar un salto desde el hecho contingente de que teórico y lector puedan converger en la existencia de una intuición compartida sobre un punto X (y asumir la existencia de esa convergencia), hacia el hecho de que el punto X sea verdadero, o esté justificado, o que la existencia de esa convergencia sea toda la argumentación presentada o a presentar a favor del punto X. Ello así pues del hecho de que exista una convergencia colectiva sobre la verdad (o justificación) de X no se sigue necesariamente que X sea verdadero (o esté justificado)²⁶.

25 Por poner un ejemplo, restringido a la filosofía del derecho: J. Raz está metodológicamente a favor de considerar que en el discurso de la teoría del derecho se debe dar prevalencia a los conceptos o nociones de los participantes, tal como son usados/poseídos por los participantes. Sin embargo, un realista escandinavo como K. Olivecrona está metodológicamente a favor de que el discurso de la teoría del derecho use los conceptos o nociones autónomamente, aunque siempre considerando (como punto de partida para su construcción) aquellos conceptos o nociones tal como son usados/poseídos por los participantes. Cfr. por ejemplo Raz 2009, Olivecrona 1971.

26 No ignoro el debate acerca de la posibilidad o no de error universal con respecto a cuestiones como hechos institucionales o conceptos, entendidos estos desde un punto de vista convencionalista; mi punto aquí es mucho más modesto, quizás banal. El punto es que no es *necesariamente* (o conceptualmente) verdadero que una convergencia de intuiciones o creencias sobre X implique la verdad de X.

Por otra parte, por ejemplo, (P4) parece basado en las intuiciones de quien considera que la función (y naturaleza) del derecho es puramente “guiar las conductas de los individuos”. Sin embargo, ¿tendría esa misma intuición aquel que considera que la función (y naturaleza) del derecho es “regular la coerción ejercida por una organización política como el Estado”? Y, en sentido estricto, ¿tendría la misma intuición quien considera que la función (y naturaleza) del derecho es “resolver conflictos sociales”? Creo que ésta es una pregunta abierta que tendría que ser no sólo explicitada, sino además tratada y justificada – y tiene repercusiones claras para los discursos como la teoría del “derecho”.

El desafío de la *pretendida universalidad* se conecta en parte con los dos anteriores, y quizás con posibles implicaciones esencialistas en metodología para la teoría del derecho (que propondré analizar en el punto siguiente). Del hecho de que exista convergencia en intuiciones, y del hecho de que el origen de estas intuiciones sean teóricos que pertenecen a una determinada cultura-tiempo-espacio (y etc.), no parecería que pudieran seguirse conclusiones universales con respecto al punto X. Esto forma también parte de dos problemas metodológicos más grandes: si el objeto de la teoría del derecho es búsqueda de la “naturaleza” de aquello observado (el derecho, los sistemas jurídicos, etc.) o si se trata de otra cosa; y si los discursos de teoría del derecho pueden entenderse como realmente generales o universales, o son necesariamente particulares y referidos a un fenómeno jurídico específico en un tiempo y espacio determinado (como lo puede ser, pongamos por caso, el fenómeno jurídico de un país en particular).

Finalmente, y conectado con todos los anteriores, queda el desafío del *estatus de las consecuencias*. La mayor consecuencia que parece extraerse de las intuiciones presentadas en FTCL y cristalizadas en los PXs sería que «“(P1),” “(P2),” “(P3),” “(P4),” and “(P5)” appear to be intuitive fundamental aspects of legality, being an a priori truth that it is not possible for any legal system to not instantiate them[...]» y que, además o por tanto, se siguen un conjunto de determinadas necesidades conceptuales (LIMA 2025: 147). Sin embargo, y si he entendido bien la primera sección de FTCL, me parece que el modo en el cual se llega a los PXs es sobre la base de una serie de intuiciones que parten de presupuestos fuertes (pero implícitos, que funcionan como axiomas) y que, por tanto, se encontrarían en todo caso limitados a la aceptación de esos presupuestos. Si esto es así, y sin haber puesto en discusión esos presupuestos ni tampoco circunscribir explícitamente el ámbito de las consecuencias extraídas, pareciera que hablar de verdades *a priori* o de necesidades conceptuales puede no estar completamente justificado.

A mi criterio, lo anterior es sumamente importante en el marco de FTCL pues podría significar una fuerte restricción de su alcance: podría significar que sus cinco

desafíos no son para *las* teorías del derecho, sino para *algunas* teorías del derecho. Dado que quien reta a alguien corre con la carga de la prueba de por qué lo que propone es efectivamente un desafío, y por qué (siendo un desafío) efectivamente alguien o algo debería hacerse cargo de ello, quizás se requeriría una mayor justificación por parte del retador (más allá de la apelación a intuiciones con origen y alcance incierto) acerca de por qué estos cinco principios representan efectivamente desafíos para las teorías del derecho con las que desea polemizar.

Este punto es independiente del hecho de que eventualmente esas teorías puedan o no hacerse cargo de esos desafíos, aquello que en FTCL se analiza extensamente en la sección 2. La pregunta aquí no es “¿*pueden* estas teorías hacerse cargo de estos desafíos?” sino, más bien, “¿*deberían* estas teorías hacerse cargo de estos desafíos?” Y esta segunda pregunta, a mi criterio, es un punto que no se encuentra explícitamente tratado en FTCL y que merecería un desarrollo equivalente, en la sección 1, al que se dedica a la primera pregunta en la sección 2.

Un *caveat* importante a las consideraciones anteriores. Las intuiciones, si bien delimitadas y explícitamente establecido su origen, pueden ser un punto de partida probablemente ineludible para cualquier reflexión filosófica y/o científica relacionada con fenómenos sociales. En este sentido, es muy relevante reconocer el rol que pueden cumplir para cualquier teoría del derecho. Ahora bien, usar las intuiciones (así como usar el lenguaje o nociones de los participantes) como punto de partida no significa adoptarlas de modo irreflexivo: significa sólo considerarlas como un dato de relevancia que, como cualquier otro dato de relevancia, debería ser sometido a análisis crítico y a revisión antes de ser adoptado por parte del teórico en su discurso acerca de su objeto de análisis. De esta forma y por estas razones, ninguna intuición debería ser transformada *ipso facto* – *qua* intuición y *qua* contingente (aunque sólida, aunque ampliamente compartida) – en una verdad teórica o en una verdad *a priori* para el teórico.

3. El desafío acerca de la “naturaleza”

Como he señalado al inicio del punto anterior, otro desafío importante a partir de las intuiciones es la idea de que sería “conceptualmente necesario” que aquello denotado por ‘sistema jurídico’ cumpla en última instancia con determinadas características y que de ello se sigan determinadas consecuencias (LIMA 2025: Section I). A mi entender, y luego de las consideraciones hechas acerca de las intuiciones en el punto anterior, habría dos formas de leer este “conceptualmente necesario” como planteado en FTCL: la primera, como un juicio hipotético y contingente; la segunda, como un juicio absoluto y esencial.

En el primer caso, lo que se propondría en FTCL es que, si aceptados (todos) los PXs, entonces necesariamente se seguiría que sólo aquellos objetos que cumplen con las características obtenidas con base en los PXs pueden ser denotados por ‘sistema jurídico’ y que necesariamente se siguen las consecuencias que Lima extrae. Como puede verse, esto sería un juicio hipotético y contingente: sólo si se aceptan los PXs, entonces se seguiría necesariamente lo demás. Bajo esta perspectiva interesante, sin embargo, FTCL debería leerse con un asterisco: sería una *propuesta* de contenidos mínimos para *algunas* teorías (y/o teóricos) del derecho, aquellas que acepten los PXs²⁷, de los que deben dar acabada y coherente cuenta para ser adecuadas²⁸. Esto dependería, entonces, o bien de que en efecto los PXs sean aceptados o bien de que los PXs *deban* ser aceptados. En todo caso, FTCL no aclara cuál de las dos opciones sería; y la razón que ofrecería para lo segundo pareciera ser que los PXs surgen de intuiciones (lo cual hemos analizado en el punto anterior).

A mi entender, es la segunda lectura aquella que propone (al menos, implícitamente) FTCL, y que se refleja especialmente se habla de “verdad *a priori*” de que un objeto no puede no instanciar determinadas características si es denotado por un término jurídico – ser un *token* del *type* – como ‘sistema jurídico’. Subyacente a esta afirmación parece estar la idea de que existe una “esencia” o “naturaleza” de aquello denotado por ‘sistema jurídico’, la cual surge (o, al menos, puede ser entrevista o descubierta) con base en determinadas intuiciones obtenidas y/o gatilladas («*triggered*»). Y esta “esencia” o “naturaleza” puede ser evidenciada, en teoría del derecho: 1) a través de un conjunto de propiedades necesarias y suficientes que todo objeto debe necesariamente tener para poder ser denotado por un determinado término jurídico (‘sistema jurídico’, ‘derecho’); y 2) a través de una teoría de este objeto que esté compuesta por proposiciones necesariamente verdaderas, para todas las instancias posibles de ese objeto (cfr. RAZ 2009, DICKSON 2001).

Un punto similar es tocado en FTCL de modo tangencial, en relación con P5, mencionando a las posiciones de Raz y Schauer con respecto al derecho y su estudio, y las tensiones de, por un lado, considerar que el derecho es un artefacto (una creación humana) y, por el otro, considerar que la teoría del derecho debe estar compuesta por proposiciones necesariamente verdaderas. Lima escoge no desarrollarlo en

27 O que, al menos, no nieguen que las «*legal adscriptions are grounded on natural/descriptive facts*», al menos en parte, algo que «*almost no legal theorist denies*» (LIMA 2025: 147). Esto es sumamente relevante, pero sólo justificado sobre la base de cita de M. Greenberg.

28 No tomo aquí posición acerca de si la relación establecida por Lima entre los PXs y esos contenidos mínimos se sigue o no, o acerca de la adecuación de esos contenidos como puntos mínimos de una teoría del derecho. Mi punto concierne exclusivamente a aquello que entiendo implicado por Lima en sus líneas, y cómo se articulan los puntos que ofrece (independientemente de su contenido sustantivo).

profundidad en sede de FTCL. Sin embargo, creo que es un punto central que sí debería ser así desarrollado dado que no sólo toca a P5 y a teóricos como Raz, sino también al propio Lima. La tensión que veo es la siguiente: por un lado, Lima parece reconocer que no habría teórico (entre los cuales se incluye) que no considerara que lo que es derecho está basado o «grounded» en hechos empíricos o naturales, al menos en parte, aunque la identidad de estos sea controvertida (contingentes tanto el teórico como los hechos); por el otro, trata a las intuiciones base y a sus principios derivados como no contingentes y considera como una verdad *a priori* que sólo objetos con determinadas características no contingentes/esenciales puedan ser ‘sistemas jurídicos’ (como si revelaran una “naturaleza” o “esencia” *a priori* – del derecho o los sistemas jurídicos).

Una propuesta para eliminar esa tensión, al menos en el marco de la teoría del derecho, podría ser la siguiente. Por un lado, abandonar la idea de que exista una “naturaleza” o “esencia” que se debe descubrir a través de diferentes métodos (como, por ejemplo, “gatillar intuiciones”) y considerar que tanto el objeto de análisis de la teoría del derecho como su propio discurso no son sino un conjunto de prácticas sociales normativas lingüísticas determinadas, sostenidas por conjuntos contingentes de individuos en tiempos y espacios determinados (CHIASSONI 2016). Por el otro, abandonar la idea de que las nociones que usan o poseen esos individuos deban ser *ipso facto* aquellas que formen parte de los discursos de los teóricos que buscan explicar y/o describir un fenómeno como el jurídico. De esta manera, las intuiciones de los individuos (tanto participantes como teóricos) encontrarán su rol ineludible como puntos de partida para los discursos de la teoría del derecho; se reconocerá el carácter contingente tanto del fenómeno como de los discursos acerca del fenómeno; se evitará la necesidad de justificar el contenido de las intuiciones más allá del hecho de que puedan existir o no (y en qué medida, y en relación con qué personas); se podrá reconocer un carácter contingente y convencional a los términos jurídicos, dejando así abierta la posibilidad de que diferentes teorías del derecho tengan válidamente diferentes conceptos – diferentes conjuntos de propiedades necesarias y/o suficientes – de ‘derecho’ o ‘sistema jurídico’, etc.

4. Para finalizar: el desafío del “marco cerrado”

Uno de los desafíos más grandes para cualquier persona que se dedique a la teoría del derecho es sin duda la definición del marco teórico en el cual se inscribe y desde el cual proyecta sus ideas. Sin embargo, creo que el desafío más grande para el/la

teórica/o es doble: por un lado, lograr la *explicitación* del propio marco teórico; y, por otro lado, lograr la *apertura* del propio marco hacia otros marcos teóricos.

La importancia de estas tres cosas es fundamental y creo que es un desafío parcialmente pendiente en FTCL, en especial en relación con la explicitación y la apertura. Hay tres puntos en los cuales creo que esta cuestión se ve con mayor claridad, al menos desde mi perspectiva, que resulta claramente externa al marco del cual parte Lima. En primer lugar, la relevancia dada a las intuiciones (y a “gatillarlas”) como estilo de argumentación acerca de presuntas propiedades esenciales a descubrir acerca de un segmento de la realidad, especialmente en la sección 1. En segundo lugar, la falta de definiciones explícitas y circunscriptas acerca de las nociones más centrales para apreciar y evaluar el propio argumento de FTCL, especialmente en la sección 2 (por ejemplo, ‘positivismo’ y ‘anti-positivismo’, ‘positivismo analítico’ e ‘interpretativismo’ y, paradigmática y centralmente, «*legal proposition*»). Y, en tercer lugar, una visión subyacente pero no completamente explicitada de la teoría del derecho como un discurso cuya tarea u objetivo, en última instancia, es dar cuenta (en términos absolutos o hipotéticos) de qué es lo que debe ser hecho.

En este sentido, mi desafío final y de cara al futuro para el desarrollo de más desafíos a teorías del derecho siguiendo las líneas de FTCL sería el siguiente: tomar a las intuiciones sólo como punto de partida y no como justificaciones; explicitar acabadamente todas las nociones centrales utilizadas y tomar partido explícito por una definición de cada una de ellas, también extendiendo la mirada hacia otros ámbitos académicos no anglosajones; y considerar a fondo qué es o qué puede ser exactamente una «*legal proposition*» y explorar el debate, fuera del ámbito académico anglosajón, acerca de cuáles son o serían los enunciados que componen a los discursos de las teorías del derecho²⁹. Afrontar estos desafíos, a mi parecer, es fundamental para el objetivo central de FTCL: contribuir a definir las bases de aquello que puede considerarse como una teoría del derecho adecuada (para sus objetivos).

BIBLIOGRAFÍA

- Bulygin, E., 1981. «Enunciados jurídicos y positivismo. Respuesta a Raz». *Análisis filosófico*, 2.
- Bulygin, E., 1982. «Norms, normative propositions, and legal statements», en Fløistad, G. (ed.), *Philosophy of action / Philosophie de l'action. Contemporary philosophy / La philosophie contemporaine (A new survey / Chroniques nouvelles)*, v. 3. Springer: Dordrecht.
- Chiassoni, P., 2016. *El discreto placer del positivismo jurídico*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

²⁹ Cfr., por ejemplo, Bulygin 1981, 1982, y especialmente Navarro 2000.

- Dickson, J., 2001. *Evaluation and legal theory*. Oxford: Hart Publisher.
- Hart, H. L. A., 1961. *The Concept of Law*. Oxford: Claredon.
- Lima, F., 2025. *Five Challenges for Theories of Law*, in Matricardi, PósDebate: 10 anos.
- Navarro, P., 2000. «Enunciados jurídicos y proposiciones normativas». *Isonomía*. 2000, n. 12, pp. 121-155.
- Olivecrona, Karl, 1971. *Law as fact*, 2nd edition. London: Stevens.
- Raz, Joseph, 2009. *Between authority and interpretation: On the theory of law and practical reason*. Oxford: Oxford University Press.
- Schauer, F., 2015. *The force of law*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.
- Spaak, T., 2009. «The Legal Philosophy of Ingemar Hedenius», en Pattaro, E. (ed.), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, v. 11.2. Springer.

