



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO  
PROGRAMA DE POSGRADO EN DERECHO  
FACULTAD DE DERECHO

## UNA EXPLICACIÓN ALTERNATIVA DEL CONCEPTO DE DERECHO

TESIS  
QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE:  
MAESTRA EN DERECHO

PRESENTA:  
IRIS YANARA SUENAGA OLMEDA

DIRECTOR DE TESIS:  
DR. JUAN MANUEL VEGA GÓMEZ  
Instituto de Investigaciones Jurídicas

CIUDAD UNIVERSITARIA, CIUDAD DE MÉXICO, MAYO, 2021



Universidad Nacional  
Autónoma de México



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.



## AGRADECIMIENTOS

*Universidad Nacional Autónoma de México*

Por abrirme las puertas, formarme profesionalmente y ser mi respaldo académico.

*Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología*

Por la beca otorgada durante mis estudios de posgrado.

*Dr. Juan Manuel Vega Gómez*

Por dirigir mi tesis, orientando y confrontando mis argumentos con tanto profesionalismo. Por su confianza y tiempo durante el desarrollo de este trabajo. Agradezco su paciencia y atinadas preguntas.

*A mi sínodo*

La Dra. Carla Huerta Ochoa, el Dr. Jaime Fernando Cárdenas Gracia, la Dra. Abril Uscanga Barradas y la Dra. Sandra Gómora Juárez, por su disposición y aceptar ser parte de este proyecto. Por leerme y por sus comentarios.

*Toni M. Jaeger-Fine*

Por darme la oportunidad de realizar una estancia de investigación, en la Universidad de Fordham, en Nueva York.

INTRODUCCIÓN.....	VII
<b>CAPÍTULO I ACLARACIONES METODOLÓGICAS.....</b>	<b>1</b>
<b>1. Conceptos .....</b>	<b>3</b>
1.1 Terminología de los conceptos y estructura conceptual .....	3
1.2 Categorización de los conceptos .....	6
1.3 Estatus ontológico de los conceptos.....	6
1.4 ¿Qué implica conocer el significado de algo? .....	11
<b>2. Análisis conceptual .....</b>	<b>18</b>
2.1 Función general del análisis conceptual .....	18
2.2 ¿Cómo se lleva a cabo el análisis conceptual?.....	21
2.3 Tipos de necesidad, proposiciones a priori, necesariamente verdaderas, analíticas .....	26
2.4 El papel de las intuiciones .....	32
<b>3. Análisis conceptual en la teoría jurídica .....</b>	<b>38</b>
3.1 ¿Qué analizamos cuando analizamos el concepto de derecho?.....	38
3.2 Metodología en la teoría jurídica analítica .....	41
<b>CAPÍTULO II EL CARÁCTER DE PROTECCIÓN DEL DERECHO.....</b>	<b>46</b>
<b>1. Punto de partida .....</b>	<b>51</b>
1.1 Sistema jurídico entendido como la unión de reglas primarias y secundarias .....	51
1.2 Concepción del carácter de protección .....	57
<b>2. ¿Qué entender por carácter de protección?.....</b>	<b>65</b>
2.1 La idea de protección del derecho y sus alcances.....	65
2.2 Elementos y condiciones del carácter de protección.....	74
2.3 Iniciativa como condición para el carácter de protección .....	80
<b>3. Reglas jurídicas, autoridad y carácter de protección .....</b>	<b>86</b>
3.1 Reglas jurídicas.....	86
3.2 Concepción de autoridad como servicio .....	92
3.3 Un vínculo necesario.....	104
<b>CAPÍTULO III POSIBLES RÉPLICAS AL CARÁCTER DE PROTECCIÓN DEL DERECHO .....</b>	<b>114</b>
<b>1. Algunos desacuerdos y confusiones .....</b>	<b>116</b>
1.1 Evaluar como ejercicio discriminatorio no justificativo .....	116
1.2 Presunciones erróneas.....	119
1.3 Consecuencias coincidentes.....	125
<b>2. ¿Todo o nada? .....</b>	<b>132</b>
2.1 Elementos justificativos no necesariamente morales.....	132
2.2 Diversidad de acciones e interés común.....	134
2.3 Sobre necesidades sociales.....	136

<b>3. Reconstrucción de argumentos .....</b>	<b>140</b>
3.1 Acciones humanas, una clasificación fuera de un dualismo .....	140
3.2 Generalidad e imparcialidad .....	142
3.3 ¿Por qué es sostenible la afirmación de que el derecho necesariamente protege las acciones de las personas? .....	146
CONCLUSIONES.....	150
BIBLIOGRAFÍA.....	154

## TABLA DE ABREVIATURAS

AC .....	Análisis Conceptual
ACM .....	Análisis Conceptual Modesto
ACI .....	Análisis Conceptual Inmodesto
ACT .....	Análisis Conceptual Tradicional
CAS .....	Concepción de Autoridad como Servicio
CMDN ....	Contenido Mínimo del Derecho Natural
CPD .....	Carácter de Protección del Derecho
PVI .....	Punto de Vista Interno
PVE .....	Punto de Vista Externo
RR .....	Regla de Reconocimiento
TC .....	Tesis de la Coherencia
TCC .....	Teoría Clásica de los Conceptos
TD .....	Tesis de la Dependencia
TF .....	Tesis de las Fuentes
TI .....	Tesis de la Incorporación
TJN .....	Tesis de la Justificación Normal
TP .....	Tesis Preventiva
TRM .....	Teoría Representacional de la Mente

## INTRODUCCIÓN

¿Qué hace que el derecho sea lo que es? El propósito de esta investigación gira en torno a esta pregunta. Si bien, aquí no se pretende dar *la* respuesta final a ello, sí es mi objetivo, presentar el carácter de protección del derecho (CPD), como una de las *propiedades necesarias*<sup>1</sup> que permite explicar la naturaleza de aquello que llamamos DERECHO, entendido como una institución social. Presento el CPD no en un sentido causal, sino, como una propiedad constituyente del mismo.

Dado que existen distintas maneras de concebir esta pregunta, automáticamente hay distintos argumentos que pueden ser utilizados para responderla. Por ello es importante trazar un marco de referencia y ubicar la discusión. Lo primero que quiero aclarar es, que el tipo de estudio que persigo se basa en el Análisis Conceptual (AC) en términos de Gottlob Frege. Es decir, entendiendo la labor del AC como la descripción de la naturaleza de la cosa, de la que el concepto es un concepto de.<sup>2</sup>

Dicho de otra manera y retomando la pregunta, *¿Qué hace que el derecho sea lo que es?*, el AC procura y describe las propiedades que constituyen la naturaleza que cae bajo el concepto -en este caso- DERECHO. Y el tipo de propiedades de las cuales parto, son aquellas que resulten necesarias y no contingentes. Por otro lado, la explicación del concepto DERECHO que ofrezco no es enfocado en el significado de la palabra, ni entendiendo al concepto como resultado de una representación mental. Simplemente me limito a la explicación del concepto DERECHO, a partir de la identificación de sus propiedades necesarias. Para esto,

---

<sup>1</sup> Hago uso indistinto de los términos *propiedad, característica y elemento*. Por otro lado, algunos autores no hacen distinción entre los términos *necesario* y *esencial*. Por lo que, al citarlos respetaré el término que ellos utilicen. En lo que respecta a mis argumentos, utilizaré el término *necesario*. Esto, siguiendo una propuesta y distinción que realiza Scott Shapiro, tema que abordo en el Capítulo II de este trabajo. O bien *Cfr.* Shapiro, Scott J., *Legality*, The Belknap Press of Harvard University, United States of America, 2013, *esp.* pp. 8-10.

<sup>2</sup> Himma, Kenneth Einar, "Conceptual Jurisprudence. An introduction to conceptual analysis and methodology in legal theory", *Journal for constitutional theory and philosophy of law*, No. 26, Revus, 2015, p. 69.



adopto el estatus ontológico de los conceptos como objetos abstractos y como habilidades.

Ahora bien, para que estas propiedades puedan ser capaces de explicar la naturaleza del derecho, tienen que ser a priori y necesariamente verdaderas. La razón es que, siguiendo a Julie Dickson, sólo proposiciones necesariamente verdaderas sobre el derecho son capaces de explicar su naturaleza.<sup>3</sup> En lo que respecta a la teoría jurídica<sup>4</sup> analítica, me valgo de argumentos expuestos por Joseph Raz. Él expone que las propiedades esenciales del derecho se encuentran en el derecho, por un lado, en donde sea y cuando sea que este exista.<sup>5</sup> Y por el otro, en el sentido de que, el derecho no podría ser lo que es sin una de ellas. Análogamente y siguiendo esta línea explicativa, el derecho no podría ser considerado lo que es, sin una de sus propiedades necesarias, de la manera en que un ovíparo no podría ser considerado un ovíparo si el depósito de huevos no fuese su modalidad de reproducción.

El análisis de las propiedades necesarias permite clarificar el concepto de derecho y distinguirlo de entre otro tipo de institución social normativa. En tanto, este estudio es destinado no para justificar el uso (gramatical) preciso de la palabra “derecho”, sino para saber cuándo estamos frente a tal institución que cae bajo el concepto DERECHO. Adopto la tesis de Joseph Raz, aquella que identifica que una teoría del derecho es satisfactoria si cuenta con dos criterios, el primero es que consiste en proposiciones acerca del derecho que son necesariamente verdaderas, y, segundo, que ellas explican qué es el derecho.<sup>6</sup>

Si bien, en mis argumentos me apoyo y cito principalmente -no de forma exclusiva- las tesis de Joseph Raz, H. L. A. Hart, Julie Dickson y Kenneth Himma, mi intención jamás es evaluar sus teorías, solo me mantengo en un plano

---

<sup>3</sup> Dickson, Julie, *Evaluación en la teoría del derecho*, Trad. Juan Vega Gómez, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2006, p. 22.

<sup>4</sup> Hago uso indistinto entre los términos teoría jurídica (del derecho) y filosofía del derecho (jurídica).

<sup>5</sup> Raz, Joseph, “Can there be a theory of law?”, *Between authority and interpretation*, Oxford University Press, New York, 2009, p. 25.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 17.

meramente referencial. Utilizando algunos aspectos de sus posturas, lo cual tampoco implica que en su totalidad esté de acuerdo con ellos, los tomo como ejemplos de teorías desarrolladas dentro de la línea del AC en la teoría jurídica. Es decir, identificando propiedades necesarias del derecho.

Por otro lado, a pesar de que me valgo del AC y del estatus ontológico de los conceptos como habilidad y como sentidos en términos de Gottlob Frege, el objetivo de mi investigación no es defender tales posturas ontológicas, ni el AC como tal. Simplemente los adopto como métodos para efectos de esta investigación. Tampoco entro en la discusión de cuáles son los retos a los que se enfrenta el AC dentro de la teoría jurídica. De momento, me concentro únicamente en exponer el tipo de labor desarrollado en el AC y la manera en que será observado aquí.

La estructura de esta investigación está desarrollada en tres capítulos. El primero de ellos “Aclaraciones metodológicas” consta de tres secciones. La §1 *Conceptos*. Aquí hago un repaso de su terminología, estructura conceptual, categorización y, estatus ontológico. Sitúo en la §2 el *Análisis Conceptual*, realizando algunas reflexiones en virtud de cómo este se lleva a cabo en términos tradicionales, tipos de necesidad, las características de proposiciones a priori, analíticas y necesariamente verdaderas. Y concluyo con el papel que desempeñan las intuiciones en el AC. En la última sección de este capítulo §3, planteo brevemente el *Análisis Conceptual en la Teoría Jurídica* con el objetivo de establecer el enfoque que tomo en cuenta. Esto lo llevo a cabo respondiendo lo siguiente: ¿Qué analizamos cuándo analizamos el concepto de derecho? y puntualizo algunos aspectos metodológicos en la teoría jurídica analítica.

En el capítulo segundo, desarrollo mi propuesta, *El Carácter de Protección del Derecho* (CPD) como una propiedad necesaria de la naturaleza del derecho. Esta labor la llevo a cabo adoptando el AC en la teoría jurídica. Considero que un mejor análisis de la naturaleza del derecho debe de incluir el CPD. Su estudio es tan fundamental y relevante, que se ve reflejado en la manera en que pensamos el derecho. Me refiero a una *protección* (un carácter de protección) que está activa en todo momento y en todo lugar en donde se conciba aquello llamado DERECHO. Este

carácter de protección puede ser percibido de forma positiva o negativa, pero no me manifiesto ante ello. Es decir, no me involucro en evaluar si el CPD es bueno o malo, si está moralmente justificado o no. Me enfoco en una descripción y explicación del CPD, entendido como una propiedad necesaria del derecho.

Este segundo capítulo lo distribuyo en tres secciones: §1 *Punto de partida*, aquí hago un planteamiento conceptual que gira en torno a qué entender por sistema jurídico, siguiendo una de las tesis H. L. A. Hart. Es decir, a través de la descripción de la unión de reglas primarias y secundarias. Y, por otro lado, una concepción del CPD, en el entendido de ¿Qué implica que una persona conciba el CPD? Esto para encaminar la discusión del siguiente tema, §2 *¿Qué entender por CPD?*, la estructura general del argumento se encuentra expuesto aquí. Desarrollo una idea general de protección jurídica -dentro de un sistema jurídico- y los alcances que esta tiene. Las condiciones bajo las cuales una acción puede ser considerada protegida por el derecho y los elementos que constituyen tal afirmación.

Finalmente, presento un aspecto a considerar para que el CPD se pueda ver materializado en una directiva<sup>7</sup> jurídica, a lo que llamo *iniciativa*. Concluyo este capítulo con la §3 *Reglas jurídicas, autoridad y carácter de protección*, parto de tesis planteadas por H. L. A. Hart y Joseph Raz, para el desarrollo de una estructura general de los conceptos: reglas y autoridad. Pues considero tanto a las REGLAS como LA PRETENSIÓN DE AUTORIDAD, al igual que el CPD, propiedades necesarias de la naturaleza de aquello llamado DERECHO. De tal manera, encuentro un vínculo necesario entre estas tres propiedades que nos permiten, explicar y distinguir al derecho.

Por último, en el capítulo tercero, desarrollo algunas posibles réplicas a la propuesta que ofrezco. Las cuales, evidentemente no serán las únicas a salir a la luz, pero sí las que encamino para dar pie a futuros debates.

---

<sup>7</sup> Adopto el término “directiva” en el mismo sentido -amplio- que Joseph Raz presenta. Es decir, al mencionar directiva es el entendido de proposiciones, normas, reglas, estándares, principios, doctrinas y similares. Cfr. Raz, Joseph, “Authority, law, and morality”, *Ethics in the public domain. Essays in the morality of law and politics*, Clarendon Press, Oxford, 1994, p. 218.

## CAPÍTULO I

### ACLARACIONES METODOLÓGICAS

Utilizo este capítulo de manera introductoria para puntualizar aspectos conceptuales y, como el título lo sugiere, los aspectos metodológicos que son tomados en cuenta a lo largo de esta investigación. Hablar de análisis conceptual (AC) es por tanto hablar de conceptos. Hablar de conceptos puede resultar entrar en un terreno pantanoso sobre todo si se trata de la discusión que gira en torno a su definición. Dejo de lado el debate sobre cómo se originan los conceptos y cuál es su naturaleza, un tema importante sin duda, pero no resulta relevante para el objetivo que persigo. De tal manera, sólo expondré algunas características de su estructura y estatus ontológico, con el fin de revelar a qué me referiré cuando hable de conceptos.

El desarrollo de este capítulo consta de tres secciones. La §1, correspondiente a los *Conceptos*, abordo i) *Terminología de los conceptos y estructura conceptual*, en donde presento dos puntos de vista terminológicos de los conceptos: léxicos y complejos. Posteriormente y, partiendo de la afirmación de que los conceptos son “complejos estructurados”, explico qué implica que los conceptos cuenten con estructura conceptual. En la siguiente parte, ii) *Categorización de los conceptos*, tomo como punto de referencia la Teoría Clásica de los Conceptos (TCC). Tal categorización puede ser entendida como un proceso de verificación, que nos permite develar qué características caen bajo tal cosa, para poder ser considerado -o no- concepto X. Después, iii) *Estatus ontológico de los conceptos*, aquí expongo tres puntos de vista al respecto (a) los conceptos entendidos como representaciones mentales; (b) los conceptos entendidos como habilidades y; (c) los conceptos entendidos como sentidos fregeanos. Finalmente, iv) *¿Qué implica conocer el significado de algo?* En donde concluyo que, para conocer tal cosa, existen dos vías, mediante una definición o bien, mediante una explicación. De las cuales, yo adopto la última. Es decir, explicación como técnica para conocer el significado de algo.

Posteriormente, §2 *Análisis conceptual*, el objetivo es abordar su descripción en el siguiente orden; i) *Función general del análisis conceptual*, ii) *¿Cómo se lleva a cabo el análisis conceptual?*, iii) *Tipos de necesidad, proposiciones a priori, necesariamente verdaderas, analíticas*. En este apartado únicamente explico las implicaciones de llamar a algo, a priori, necesariamente verdadero, y analítico. Con esto quiero decir que, me mantengo al margen del debate que existe frente al uso de tales proposiciones. Esta sección concluye con iv) *El papel de las intuiciones en el AC*, es evidente que las intuiciones ocupan un papel relevante en el AC. Procuró abordar de manera concisa una posible respuesta a tan controvertido cuestionamiento. Evidentemente los alcances que se pretenden aquí son modestos, por lo que mi intención jamás es concluir con tal discusión.

La §3 y última de este capítulo, está dedicado al *Análisis conceptual en la teoría jurídica*. Esta sección es desarrollada a partir de los siguiente dos temas: i) *¿Qué analizamos cuándo analizamos el concepto de derecho?* y; ii) *Metodología en la teoría jurídica analítica*. Con la finalidad de puntualizar algunas reflexiones que giran en torno a tal actividad en la filosofía jurídica.

## 1. CONCEPTOS

### **1.1 Terminología de los conceptos y estructura conceptual**

Voy a presentar dos puntos de vista terminológicos de los conceptos, *i)* los conceptos léxicos y; *ii)* los conceptos complejos; con el fin de tener un punto de partida. Laurence y Margolis refieren que la mayoría de las discusiones sobre conceptos, se centran en los conceptos léxicos.<sup>8</sup> Ellos señalan que los conceptos léxicos, son conceptos como SOLTERO, AVE, PICADURA; estos pueden ser vistos como aquellos conceptos que corresponden a objetos léxicos en idioma natural.<sup>9</sup> Es decir, que expresan contenido propio y que forman parte del conjunto de palabras (vocabulario) utilizadas en un idioma. Además, los conceptos léxicos generalmente están codificados por un único morfema.<sup>10</sup> Dicho de otra manera, los conceptos léxicos son referidos por una sola palabra.

Mientras que los conceptos complejos, son el resultado de ensamblar sus constituyentes para captar su idea. Como Laurence y Margolis exponen, puede haber poca diferencia entre los conceptos léxicos y otros conceptos complejos, aparte del hecho de que los primeros están lexicalizados.<sup>11</sup> Pero para lo que aquí respecta, basta con esta distinción, y la podemos ver reflejada en los siguientes ejemplos.

1. a. Soltero  
b. Cisne negro
  
2. a. Átomo  
b. Caballo de fuerza
  
3. a. Triángulo

---

<sup>8</sup> Margolis Eric y Laurence Stephen, Concepts. Core readings, Massachusetts Institute of Technology, USA, 2000, p.4.

<sup>9</sup> *Idem*

<sup>10</sup> *Idem*. Entendiendo por morfema Unidad más pequeña de la lengua que tiene significado léxico o gramatical y no puede dividirse en unidades significativas menores.

<sup>11</sup> *Idem*. Énfasis original.

## b. Oveja negra

Los conceptos (a), son ejemplos de conceptos léxicos. Su significado está en el propio concepto como resultado de la unión de determinados elementos necesarios que caen de manera interna en aquello que el concepto es el concepto de. Por ejemplo: *i)* hombre y, *ii)* no casado; estas características esenciales, caen bajo el concepto SOLTERO, y ambas características resultan necesarias para poder referir el concepto SOLTERO, y al mismo tiempo describen el propio significado del concepto SOLTERO.

Mientras que los conceptos (b), son ejemplos de conceptos complejos. Los conceptos complejos son generalmente referidos como una idea a partir del uso de más de una palabra que refieren un concepto. Su significado se encuentra en la idea que encierra el concepto. Por ejemplo, el concepto CISNE NEGRO, siguiendo a Nassim Taleb, representa todo un sistema de pensamiento o un suceso con los siguientes tres atributos: *i)* Rareza, pues habita fuera del reino de las expectativas normales, porque nada del pasado puede apuntar de forma convincente a su posibilidad; *ii)* produce un impacto tremendo; y *iii)* pese a que su condición de rareza, la naturaleza humana hace que inventemos explicaciones de su existencia *después* del hecho, con lo que se hace explicable y predecible.<sup>12</sup> Es decir, todo aquello que cuenta con las tres características arriba mencionadas, puede ser referido como el concepto complejo de CISNE NEGRO.

Por otro lado, los conceptos complejos y los léxicos coinciden en que ambos cuentan con una estructura conceptual.<sup>13</sup> Para explicar qué implica que un concepto

---

<sup>12</sup> Taleb, Nassim Nicholas, Trad. Roc Filella, *El cisne negro*, Paidós, Barcelona, 2008, p. 23. Énfasis original.

<sup>13</sup> Margolis Eric y Laurence Stephen, *Ibidem*, pp. 4-5. Los autores mencionan otra categoría/terminología: conceptos primitivos o conceptos atómicos y son aquellos que carecen de estructura.

cuenta (o no) con estructura conceptual, me voy a basar en dos modelos desarrollados por Laurence y Margolis:<sup>14</sup>

*“1. MODELO DE CONTENCIÓN. Desde este punto de vista, un concepto es un complejo estructurado de otros conceptos sólo en caso de que **literalmente** tenga esos otros conceptos como partes propias de su composición. De esta manera, un concepto C podría estar compuesto de los conceptos X, Y y Z. Entonces, en el caso de C implicaría necesariamente X, Y y Z; debido a que X, Y y Z están contenidos dentro de C, C no podría ser referido sin que X, Y y Z sean referidas. Por ejemplo, el concepto DEJÓ CAER EL ACORDEÓN, no podría ser referido, sin ser referido ACORDEÓN. Como analogía, puedes pensar en las palabras relacionadas con frases y oraciones. La palabra "acordeón" es un elemento estructural de la oración. En consecuencia, no puedes emitir una referencia de la frase "Tony dejó caer el acordeón" sin, por lo tanto, emitir una referencia de la palabra "acordeón".*

*2. MODELO INFERENCIAL. Según este punto de vista, un concepto es un complejo estructurado de otros conceptos, sólo en caso de que se encuentre en una **relación** privilegiada con estos otros conceptos, generalmente, por medio de algún tipo de disposición inferencial. En este modelo, a pesar de que X, Y y Z pueden formar parte de la estructura de C, C puede tomar lugar sin necesidad de que ocurra X, Y y Z. Por ejemplo, ROJO podría tener una estructura que implique el concepto de COLOR, pero en el Modelo Inferencial, uno podría dar lugar al concepto ROJO sin que haya que referir el concepto COLOR. A lo sumo, uno tendría que tener cierta disposición que vincule ROJO y COLOR; por ejemplo, la disposición para inferir que X ESTÁ COLOREADA de X ES ROJA.”*

La Teoría Clásica de los Conceptos (TCC) sostiene que la mayoría de los conceptos -especialmente los conceptos léxicos- tienen una estructura definicional. Lo que esto significa es que, la mayoría de los conceptos codifican las condiciones necesarias y suficientes para su propia aplicación.<sup>15</sup> Por ejemplo, los conceptos de OVÍPARO y SOLTERO, el concepto OVÍPARO: condiciones necesarias y suficientes para

---

<sup>14</sup> *Ibidem*, p.5. Señalan como ejemplo de conceptos que no cuentan con estructura conceptual, los conceptos atómicos.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p.9. Énfasis realizado por mí.



ser ovíparo son tales como, ser un animal y el depósito de huevos como modalidad de reproducción. Y el concepto SOLTERO: hombre y no casado. Cada uno de estos componentes o características, especifica una condición que tiene que cumplir algo para ser OVÍPARO o SOLTERO, y cualquier cosa que los satisfaga cuenta como OVÍPARO o SOLTERO.<sup>16</sup>

### **1.2 Categorización de los conceptos**

La TCC ofrece un modelo de categorización que permite considerar que algo está incluido en un concepto, en caso de que se considere que se encuentra dentro de las características que componen a ese concepto.<sup>17</sup> Es decir, el ejercicio de la categorización de la TCC permite clasificar cuando *X* cae en el concepto de SOLTERO, si *X* es HOMBRE y NO CASADO. La categorización en este modelo es básicamente un proceso de *verificación*, para ver si las características que forman parte de un concepto quedan satisfechas por ese algo que se está categorizando,<sup>18</sup> en nuestro caso, *X*.

Este proceso de *verificación* puede ser justificado de distintas maneras, entre ellas se encuentran las justificaciones empíricas y las analíticas.<sup>19</sup> Consecuentemente, las características obtenidas a partir del tipo de justificación que sea utilizado arrojarán distintitos resultados. Estos temas están desarrollados en la siguiente sección. Por ahora solo quiero destacar que el modelo de categorización de la TCC permite determinar sí, las características que forman parte del concepto quedan o no satisfechas por ese algo que se está categorizando.

### **1.3 Estatus ontológico de los conceptos**

Sin duda alguna, al hablar de AC exige hacer una pausa para aclarar qué es lo que se entiende por conceptos y desde qué punto de vista se habla de ellos, es decir, qué estatus ontológico se les adjudica. A continuación, presento tres distintas

---

<sup>16</sup> Estos componentes o características producen una interpretación semántica para la representación compleja de acuerdo con los puntos de una semántica compositiva. *Cfr., Ibidem*, p.9.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p.11.

<sup>18</sup> *Idem*. Énfasis mío.

<sup>19</sup> Con ello no quiero decir que únicamente existan estas dos formas de justificación.

versiones ontológicas sobre los conceptos, *i*) los conceptos como representaciones mentales; *ii*) los conceptos como habilidades y *iii*) los conceptos como sentidos (fregeanos).

➤ *Conceptos como representaciones mentales*

Tomando como punto de partida la Teoría Representacional de la Mente (TRM), esta sostiene que los conceptos son entidades psicológicas, según la TRM, el pensamiento ocurre en un sistema interno de representación;<sup>20</sup> las actitudes proposicionales que ocurren son representaciones mentales simbólicas (es decir, detalles mentales con propiedades semánticas). Por ejemplo, cuando alguien llega a la creencia de que su casa necesita una nueva capa de pintura, la TRM dice que viene a formar una representación mental, una que representa su casa y su mal estado. Lo que hace de esta representación una creencia es su papel funcional; figura en los procesos mentales de la manera que es característica de las creencias.<sup>21</sup>

Las creencias, los deseos y otras actitudes proposicionales se introducen en los procesos mentales como símbolos internos.<sup>22</sup> Por ejemplo, el concepto MONJA, mi representación mental es de un cierto tipo de mujer, vistiendo un hábito. Lo que hace distinto a estas creencias, de deseos u otros estados psicológicos, es que los símbolos desempeñan un papel funcional-causal de las creencias.<sup>23</sup>

En este modelo, las creencias y otras actitudes proposicionales involucran representaciones mentales simbólicas que tienen otras representaciones - conceptos- como sus constituyentes.<sup>24</sup> Es decir, el concepto MONJA no es más que mi representación mental de aquello que refleja: *i*) mujer y, *ii*) vistiendo un hábito. Estas dos características *i*) mujer y, *ii*) vistiendo un hábito) aunadas, constituyen

---

<sup>20</sup> Margolis, Eric and Laurence, Stephen, "Concepts", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2014 Edition), Edward N. Zalta (Ed.), en <https://stanford.io/35ZDD5i> (Consultado en 2019)

<sup>21</sup> Margolis, Eric, and Laurence, Stephen, "The ontology of concepts. Abstract objects or mental representations?", *Noûs*, Vol. 41, No. 4, Blackwell Publishing, Inc. 2007, p. 562.

<sup>22</sup> *Cfr.*, Margolis, Eric and Laurence, Stephen, "Concepts", *op. cit.*

<sup>23</sup> *Idem*

<sup>24</sup> Margolis Eric y Laurence Stephen, Concepts. Core readings, *op. cit.*, p. 8.

aquello que para *mí* representa el concepto MONJA. En esta línea, se sigue entonces que, mediante los sentidos se da valor semántico a tales representaciones<sup>25</sup> - conceptos-. De esta manera, los sentidos ayudan a clasificar las representaciones mentales y consecuentemente, proporcionan parte de las condiciones para categorizar los conceptos.<sup>26</sup>

➤ *Conceptos como habilidades*

De acuerdo con este punto de vista, entendiendo a los conceptos como habilidades, es erróneo sostener que los conceptos son representaciones mentales.<sup>27</sup> Los conceptos no son imágenes mentales ni entidades similares a palabras en un lenguaje de pensamiento. Más bien, los conceptos son habilidades que son peculiares a los agentes cognitivos.<sup>28</sup> En este entendido, tener los conceptos SILLA y SOFÁ, no es otra cosa que la habilidad de poder distinguir SILLA y SOFÁ. El concepto GATO, por ejemplo, señalan Margolis y Laurence, podría equivaler a la capacidad de discriminar a los gatos de los que no lo son y sacar ciertas conclusiones sobre los gatos.<sup>29</sup>

Los conceptos entendidos como habilidad de un tipo especial, es la capacidad de discriminar una clase de cosa de la cual un concepto es un concepto de “X”, de otro tipo de cosa del cual otro concepto es un concepto de “Y”. Kenneth Himma apunta en esta línea de pensamiento, que, por ejemplo, tener los conceptos de árbol y arbusto es simplemente una cuestión de poder distinguir árboles de arbustos,<sup>30</sup> y por ende ser capaces de sacar conclusiones de ellos.

➤ *Conceptos como sentidos (fregeanos)*

Los conceptos como sentidos fregeanos, implica identificar a los conceptos con objetos abstractos, en oposición a estados y objetos mentales. Con este

---

<sup>25</sup> *Idem*

<sup>26</sup> *Idem*

<sup>27</sup> *Cfr.*, Margolis, Eric and Laurence, Stephen, "Concepts", *op. cit.*

<sup>28</sup> *Idem*

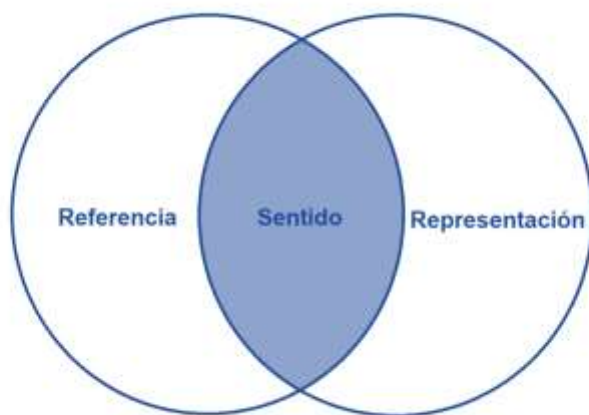
<sup>29</sup> *Idem*

<sup>30</sup> Himma, Kenneth Einar, "Conceptual Jurisprudence... *op. cit.*, p. 68.

argumento, se dice que los conceptos son los constituyentes de las proposiciones.<sup>31</sup> Los *sentidos* están asociados con una serie de funciones explicativas y contribuyen a una teoría de lo que es saber el significado de una palabra. En este entendido, conocer el significado de una palabra es captar su *sentido*.<sup>32</sup>

Vale la pena distinguir los siguientes tres “elementos” en esta postura ontológica, REFERENTE, SENTIDO y REPRESENTACIÓN. El *referente/referencia* es el objeto mismo que designamos con él -el concepto-, es ese algo a lo que nos referimos. La *representación* es la parte subjetiva que se tiene sobre el referente -concepto-. Entre ambos (referente y representación) señala Frege, se encuentra el *sentido*, que ciertamente ya no es subjetivo como la representación, pero, tampoco es el objeto mismo -concepto-.<sup>33</sup> De tal manera que el *sentido*, es la forma de hablar sobre ese algo y es objetivo. La *representación* no puede ser igual entre dos personas, ya que son propias de cada agente cognitivo, consecuentemente, no se puede generar la misma *representación* entre dos conciencias.<sup>34</sup>

A continuación, se puede ver gráficamente la relación entre esos “elementos” y la ubicación del *sentido*.



---

<sup>31</sup> *Cfr.*, Margolis, Eric and Laurence, Stephen, "Concepts"... *op. cit.*

<sup>32</sup> Margolis, Eric, and Laurence, Stephen, "The ontology of concepts... *op. cit.* p. 565.

<sup>33</sup> Frege, Gottlob, Sobre el sentido y referencia, Trad. Ulises Moulines, Orbis, Barcelona, 1984, p. 57.

<sup>34</sup> *Idem*

Observemos la siguiente analogía empleada por Frege:<sup>35</sup>

a) *Referente/referencia*

→ La LUNA (como objeto de observación)

b) *Sentido* (la forma de hablar sobre el referente/referencia)

→ Imagen real que queda dibujado sobre el cristal del interior del telescopio.

c) *Representación*

→ Imagen que queda dibujada en la retina del observador.

Con base a la analogía anterior, la imagen formada dentro del telescopio es objetiva en la medida en que puede servirle a varios simultáneamente. Pero, de las imágenes retinianas, cada uno tendría la suya propia.<sup>36</sup> Cabe destacar que Frege no utilizó la palabra concepto, para lo que él llama *sentido*, sino que lo asigna cuando se refiere al referente. Y entender el significado de algo -en esta tesitura- es captar qué hace que “X” sea “X”, y esto es resultado de lo que arrojan el *sentido* sobre el *referente*. Por eso el *sentido*, siguiendo a Frege, resulta ser la forma -objetiva- de hablar sobre ese *referente*, mientras que la *representación* es única, subjetiva y sujeta a cada agente cognitivo.<sup>37</sup> De tal forma, podemos concluir que en Frege referente/referencia es igual a concepto.

Expuestas las tres formas ontológicas anteriores en que pueden ser entendidos los conceptos -con esto no quiero decir que son las únicas-, es viable resaltar que desde el enfoque que percibe a los conceptos como habilidades y desde el sentido fregeano, existe un rechazo hacia la corriente que percibe a los conceptos como representaciones mentales. Dado que las dos corrientes ontológicas anteriores, dejan de lado o le asignan otro papel (menos relevante) al resultado de la observación empírica del objeto. Es decir, del referente o concepto en mención, para estas dos corrientes, aquello que determina la categoría del concepto son las características necesarias que lo distinguen y lo hacen ser lo que

---

<sup>35</sup> Esta analogía se encuentra *Ibidem*, pp. 57-58.

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 58.

<sup>37</sup> *Cfr.* Frege, Gottlob, Sobre el sentido y referencia... *op. cit.*

es, sin importar las creencias que se tengan al respecto sobre tales características. Es aquello que designa el propio significado del concepto. Y hablando de significado, ¿A qué nos referimos cuando decimos que conocemos el significado de “X”? ¿Qué implica la afirmación de conocer el significado “X”? Estas preguntas son el tema por tratar en el siguiente apartado.

#### **1.4 ¿Qué implica conocer el significado de algo?**

Dado que, en lo que respecta a este trabajo, considero a los conceptos como habilidades y como sentido fregeano, parto de estos postulados y los contrasto con lo que Samuel Gorovitz plantea en la labor “definición/explicación-significado”. A pesar de que Gorovitz parte de la palabra *definición*, me resulta muy puntual la manera en que ubica el papel del significado en esta ecuación. De esta manera, pretendo determinar qué se entenderá aquí cuando haga alusión al *significado* de algo.

Gorovitz parte de lo siguiente: buscamos el *significado* de A, y nos dicen que A *significa* lo mismo que B, podemos hablar de B como la *definición* de A. Pero también podemos hablar de la expresión completa "A *significa* lo mismo que B" como definición. A través de la filosofía analítica se busca eliminar la posibilidad de cualquier confusión como resultado de esta ambigüedad en la palabra "definición".<sup>38</sup> En filosofía analítica, continúa Gorovitz, se trata de formular de manera precisa el significado de un término. Saber lo que significa y no significa algo, es porque se tiene un entendimiento intuitivo del mundo. De tal manera que, cuando se conoce el significado de algo, implica evaluar las definiciones propuestas comparándolas con nuestra comprensión intuitiva.<sup>39</sup>

Sobre el aspecto intuitivo, particularmente la labor que juega en el AC, es esbozado en la siguiente sección. Entonces, ¿a qué se refiere Gorovitz con “*el significado de algo implica evaluar y comparar definiciones*”? Esto suena un tanto redundante, y da la sensación de que nos deja en el mismo punto de partida o bien,

---

<sup>38</sup> Gorovitz, Samuel y otros, *Philosophical analysis: an introduction to its language and techniques*, Random House, New York, 1979, pp. 137-138. El énfasis es mío.

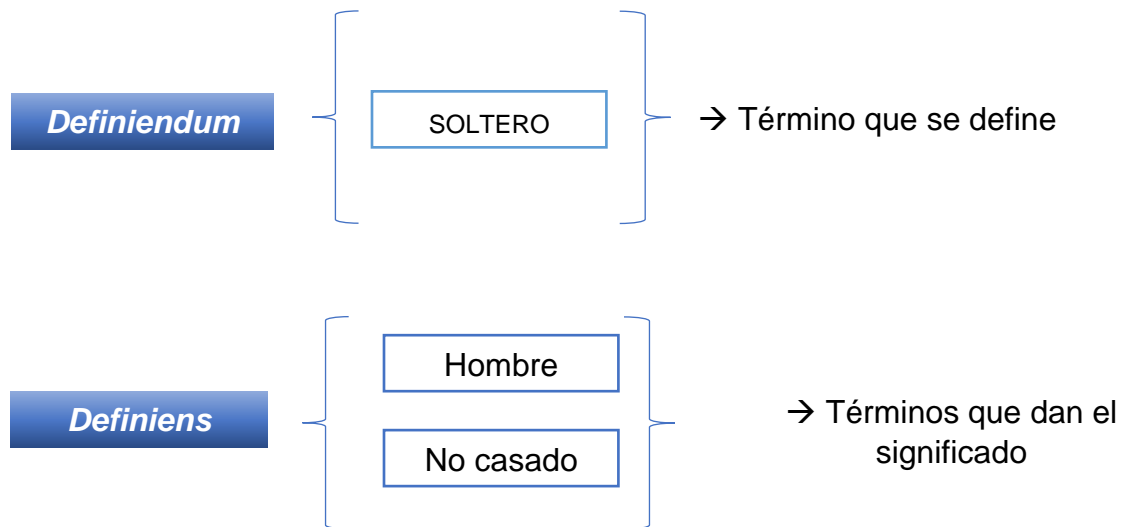
<sup>39</sup> *Ibidem*, pp. 135-136.

con dudas más perplejas. Pero esa pregunta la resuelve al desarrollar el término *definición* y, análogo a este, lo extiende con el término *explicación*, dicho de otra manera, Gorovitz traza puntualmente aquello que permite afirmar: “conocer el significado de algo”, sea por definición o por explicación:

*“La manera en que la filosofía analítica procura eliminar la posibilidad de confusión que surge de la ambigüedad de la palabra "definición", es por ejemplo si distinguimos así A y B de la siguiente manera: llamamos al término que se define el **definiendum**. En este caso, A es el **definiendum**. El término que da el significado del **definiendum** -en este caso, B- se llama **definiens**.*

*Llamamos a toda la expresión “A significa lo mismo que B” una **definición**. Equivalentemente, podemos decir que “A es igual a B” **por definición**, que abreviamos como  $[A = B]$ .<sup>40</sup>*

De una manera más didáctica, este argumento puede ser representado de la siguiente manera:



Tenemos que, aquellos elementos que definen SOLTERO, es a su vez lo que arroja su significado, el significado SOLTERO. Cuando se dice que:

<sup>40</sup>  $A = dfB$ , escribiendo el **definiendum** a la izquierda y de **definiens** a la derecha. Cfr., *Ibidem*, pp. 137-138. Algunos énfasis son míos.

- SOLTERO *significa* lo mismo que hombre no casado

Toda esa expresión es a lo que Gorovitz llama *definición*. Equivalentemente podemos decir:

- SOLTERO es igual a hombre no casado, por *definición*.

Desafortunadamente no todos los conceptos resultan tan triviales, y algunos exigen un poco más de profundidad u otro tipo de enfoque. Pues, como bien apunta Gorovitz, estos criterios, en la mayoría de los casos filosóficamente interesantes, son muy difíciles o imposibles de cumplir.<sup>41</sup> En consecuencia, la técnica de *explicación* se ha desarrollado como una alternativa a la *definición*. Por lo que, contrasta a ambas (definición y explicación), entendidas como técnicas para *significar* algo. Y ubica la siguiente diferencia entre ellas.

*“La principal diferencia entre explicación y definición es que el criterio de acuerdo con la comprensión intuitiva se debilita en los casos anteriores. Fuera de eso, una explicación se parece mucho a [una] definición. De hecho, por analogía con la definición, introducimos los términos técnicos **explicandum** y **explicatum** para referirnos respectivamente al término que explicamos y al término o frase que proporcionamos como sustituto. Al buscar una **explicación** para un término, deseamos capturar la mayor parte del significado que podamos caracterizar con precisión. Por lo tanto, si bien, insistimos en acordar con una comprensión intuitiva, permitimos cierta desviación en aras de obtener precisión. Por ejemplo, si deseamos explicar "verdadero", podríamos tratar como **explicatum** la frase "en correspondencia con los hechos", aunque este **explicatum** no capta el significado de "verdadero" tal como se usa en, digamos, " una verdadera Rembrandt" o "una verdadera mujer".<sup>42</sup>*

La manera en que yo lo veo, con base a los argumentos de Gorovitz, es que hay una diferencia de forma, respecto al papel de las intuiciones entre una técnica y la otra. De ahí en fuera, desde mi punto de vista tanto la técnica de definición como

---

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 139.

<sup>42</sup> *Ibidem*, pp. 139-140.



la de explicación nos permiten conocer -tal vez en un grado distinto-, el significado del objeto/concepto, en la medida en que las intuiciones tomen o no partido en el desarrollo. Porque tanto una definición como una explicación, en el entendido recién planteado de Gorovitz, permiten destacar con precisión el significado del objeto/concepto. Dicho de otra manera, definir y explicar implica trazar límites a través de la determinación de los elementos necesarios (*definiens o explicatums*) del objeto/concepto (*Definiendum o explicandum*) que hacen que sea lo que es.

Esto contrastado con el argumento de Frege respecto al estatus ontológico de un concepto, puede ser visto como aquello que arroja el sentido, respecto al referente, es para Frege el significado del objeto/concepto. Y esto no es otra cosa que captar aquello que hace que “X” sea “X”. Con la siguiente tabla se aprecia puntualmente aquello que implica la afirmación de conocer el significado de un objeto/concepto, tanto en Gorovitz como en Frege.

	Gorovitz	Frege
<i>Objeto/Concepto</i>	Definiendum o explicandum	Referente/referencia
<i>Elementos esenciales que determinan al objeto/concepto</i>	Definiens o explicatums	Sentido
<i>Significado</i>	Aquello que arroja el Definiens o Explicatums respecto a el Definiendum o explicandum	Aquello que arroja el sentido respecto al referente.

- Gorovitz:
  - ➔ Si se tiene que “W” y “Z” son los componentes que arrojan la definición o explicación de “X”, podemos decir:
  - ➔ *El significado de “X” es igual a “W y Z” por definición o por explicación.*
- Frege:
  - ➔ “W” y “Z” son el sentido de “X” en donde “X” es el referente.

→ El significado de “X” es “W y Z”

He señalado que la forma ontológica que tomo de los conceptos es siguiendo los argumentos de Frege respecto al sentido-referente, y entendiéndolos también como habilidades de un tipo especial. Por otro lado, con base a la distinción recién expuesta de Gorovitz, en el resto de este trabajo por significado de un concepto, adopto aquello que se obtiene con la técnica de explicación, por lo que evitaré el término definición. Esto, en el entendido de la amplitud y el papel que juegan las intuiciones cuando se explica un objeto/concepto. Por lo que, cuando hago alusión al *significado* del concepto DERECHO, me refiero a que su significado es igual a una explicación, obtenida mediante la ubicación de elementos o propiedades necesarias del concepto. Y al hacer tal identificación, estamos haciendo un ejercicio de evaluación, en el sentido de discriminar aquello que nos permite determinar qué es aquello que resulta necesario para explicar el objeto/concepto y, al mismo tiempo distinguirlo de aquello que no es. Es por ello que, aquí prefiero utilizar el término *explicación*, porque este enfatiza la necesidad del uso de intuiciones.

Una vez dicho qué es lo que entiendo por *significado*, cabe apuntar cuál es el *tipo de significados* que se procura aquí. Es decir, una cosa es determinar *qué* entender por significado y otra muy distinta es determinar *cuáles* son los tipos de significados que resultan relevantes para la filosofía analítica. Análogamente, una cosa es determinar *qué* es un perro y otra muy distinta es apuntar *cuáles* son los tipos de perros que hay, y este último factor resulta bastante relevante para una escuela de entrenamiento de perros de servicio, dado que no todos los tipos de perros (razas) que hay, cuentan con las características necesarias para poder ser un perro lazarillo, por ejemplo.

En ese sentido retomo a Gorovitz, él parte del señalamiento de dos limitaciones que podemos encontrar en las definiciones ofrecidas en un diccionario, revelando por qué este tipo de definiciones no resultan relevantes para la filosofía analítica, y al mismo tiempo explica cuáles sí son aquellas de las que se ocupa y son tomadas en cuenta en la filosofía analítica.

“ i) *El diccionario usualmente nos dice cómo las palabras son usadas.*

→ *Por ejemplo: Consideremos la palabra ÁNGEL. La cual posiblemente usemos para describir a una mujer excepcional. Pero no pretendemos sugerir que la mujer literalmente es un ángel. Mas bien estamos usando la palabra metafóricamente, en un sentido que depende de su significado literal.*

ii) *Las definiciones de los diccionarios son circulares.*

→ *Por ejemplo: Suponga que, como esteticista, me preocupa descubrir la naturaleza del valor estético. Puedo comenzar buscando el significado de "bello". Si me dicen que "X es bello" significa "X tiene belleza", me han dado una definición que seguramente todos estarían de acuerdo en que es correcta. Pero no tiene ningún valor filosófico, porque define la palabra "bello" en términos de la noción de belleza, y eso es justo lo que nos propusimos analizar. La definición nos ha llevado de vuelta a donde comenzamos: es circular.”<sup>43</sup>*

Partiendo de los dos ejemplos anteriores, en el sentido de qué y cuáles no son el tipo de significados que se procuran en la filosofía analítica. Se arroja que esto es así porque, como señala Gorovitz, el saber cómo las palabras son usadas, no refleja [necesariamente] su significado, porque el uso de una palabra no es lo mismo que su significado. Por supuesto, en general, las palabras no podrían usarse de la forma en que son usadas si no tienen el significado que tienen, y no tendrían el significado que tienen si se usaran de manera diferente. El uso y el significado están relacionados. Pero no son exactamente lo mismo.<sup>44</sup>

El punto es que, mientras se entienda que en filosofía analítica no interesa el tipo de significados circulares y encontrados en un diccionario sino, en procurar explicar la naturaleza del objeto/concepto, ya es de entrada una manera de delimitar su actividad e interés. La filosofía analítica, entendiendo esta como una corriente de

---

<sup>43</sup> *Ibidem* pp. 136-137.

<sup>44</sup> *Ibidem* p. 136.

filosofía que se caracteriza por adoptar el análisis conceptual como método,<sup>45</sup> ciertamente se encuentra en medio de muchas discusiones de distintas clases. Es por ello que, en la siguiente sección exploro algunos puntos relevantes del AC con el objetivo de plantear el aspecto metodológico que es considerado en este trabajo. Me limito a hacer un par de distinciones frente a aspectos que considero son necesarios para dejar clara la idea que se tiene en este proyecto. En otras palabras, no me adentraré en una discusión más profunda.

---

<sup>45</sup> Cfr. Barceló Aspeitia, Axel Arturo, ¿Qué es la filosofía analítica?, *Introducción a la investigación filosófica*, en <https://bit.ly/3eimSWW> (Consultado en 2020).

## 2. ANÁLISIS CONCEPTUAL

### **2.1 Función general del análisis conceptual**

Siguiendo a Kenneth Himma, la metodología tradicional para realizar análisis conceptuales (AC) presupone que los conceptos se basan en significados o sentidos fregeanos. El AC intenta proporcionar un argumento, basado en intuiciones ordinarias sobre el sentido fregeano del concepto-término, sobre algo que cae bajo el concepto relevante. Este argumento se basa en describir la naturaleza misma de la cosa de la que el concepto es un concepto de.<sup>46</sup>

Dicho lo anterior, quiero plantear de manera breve el tipo de estructura de los argumentos que son utilizados en el AC a partir del siguiente ejemplo:<sup>47</sup> *i)* tenemos el concepto “X”; y *ii)* queremos entender qué es “X”. Para ello:

- a) Imaginemos una situación hipotética “S”.
- b) Nos preguntamos si podemos aplicar “X” a “S”.
- c) Nuestra intuición *da* la respuesta: si la intuición *muestra* que “X” no puede aplicarse a “S”, entonces debemos redefinir nuestro concepto.

La estructura de los argumentos utilizados en el AC, son de esta forma. Pues se sigue que, como apuntan Alvin Goldman y Joel Pust, el objetivo es elegir del conjunto de conceptos posibles, aquel que mejor explique las intuiciones recopiladas.<sup>48</sup> Por ejemplo, si OVÍPARO satisface el concepto que expresa a través del conjunto de elementos *i)* SER UN ANIMAL y *ii)* DEPÓSITO DE HUEVOS COMO MODALIDAD DE REPRODUCCIÓN, el propósito de apelar a las intuiciones es para entender a partir de ellas el concepto y saber qué es OVÍPARO. Dicho de otra manera, el afirmar que SER UN ANIMAL y el DEPÓSITO DE HUEVOS COMO MODALIDAD DE REPRODUCCIÓN satisface el concepto OVÍPARO, en el sentido de qué es lo que hace que un OVÍPARO sea un OVÍPARO, es el resultado de un juicio evaluativo de clasificación que dice nuestra

---

<sup>46</sup> Himma, Kenneth Einar, “Conceptual Jurisprudence... *op. cit.*”, p. 69.

<sup>47</sup> La idea de este planteamiento fue tomado en: Hartl, Péter, Knowing our own concepts: the role of intuitions in philosophy, Budapest University of Technology and Economics.

<sup>48</sup> Goldman, Alvin, y Pust Joel, “Philosophical theory and intuitional evidence”, *Rethinking intuitions. The Psychology of intuition and its role in philosophy inquiry*, eds. Michael R. DePaul and William Ramsey, Rowman & Littlefield publishers, Inc., England, 1998, p. 191.

intuición acerca de OVÍPARO. Las intuiciones que arrojan este tipo de contenido son del tipo de evidencia que se considera en el AC.

Según partidarios de este tipo de AC, apelar a nuestras intuiciones es un método confiable para probar varias teorías filosóficas.<sup>49</sup> Ciertamente hay un debate sobre cuál es la naturaleza, estructura y labor de las intuiciones. Si bien, este no es el espacio para el desarrollo de tales discusiones, en el último apartado de esta sección 2.4, desarrollo una breve explicación del papel que desempeñan las intuiciones en el AC respectivamente. Por ahora, basta con mencionar que las intuiciones son, siguiendo a Himma, un cierto tipo de juicios, o creencias, por medio de las cuales podemos probar y confrontar teorías filosóficas y argumentar a favor o en contra de una [explicación] de un concepto.<sup>50</sup>

Himma señala que el AC tradicionalmente ha buscado identificar la naturaleza de un tipo de cosas a través de una explicación filosófica del significado del término-concepto relevante.<sup>51</sup> Partiendo del siguiente ejemplo: consideremos el concepto de SOLTERO, “X” es SOLTERO sí y solo sí “X” es un HOMBRE ADULTO NO CASADO. Si es correcto, este análisis del concepto, proporciona una lista de propiedades<sup>52</sup> que no sólo distingue a los solteros de los no solteros, sino que también explica por qué algo que es un soltero cae dentro de esa categoría.<sup>53</sup> Me parece que esta explicación que ofrece Himma, coincide con la línea argumentativa que ubica el estatus ontológico de los conceptos, como habilidad y como sentidos fregeanos. Dado que hay una ubicación de propiedades necesarias del concepto SOLTERO -se sigue de la línea argumentativa de Frege-, y esto permite identificar la naturaleza del concepto en mención. De manera paralela, nos faculta para poder distinguir aquello que cae bajo el concepto (SOLTERO) y lo que no.

---

<sup>49</sup> Hartl, Péter, *Knowing our own concepts... op. cit.*, p. 490.

<sup>50</sup> *Idem*

<sup>51</sup> Himma, Kenneth Einar, “Conceptual Jurisprudence... *op. cit.*”, p. 69.

<sup>52</sup> Hago uso indistinto de los términos propiedad, elemento y característica. Mucho tiene que ver el autor que esté citando.

<sup>53</sup> Himma, Kenneth Einar, “Conceptual Jurisprudence... p. 69. Énfasis mío.

El AC busca desentrañar las características necesarias implícitas del objeto/concepto. Frank Jackson, por ejemplo, partiendo del concepto CREENCIA (*belief*), apunta que el AC es -basado en las intuiciones sobre casos posibles- hacer explícito nuestra teoría popular (*folk theory*) implícita y, en particular, hacer explícitas qué propiedades son realmente centrales para que algunos estados se describan correctamente como CREENCIA (*belief*).<sup>54</sup> Por otro lado, Himma apunta que el Análisis Conceptual Tradicional (ACT) intenta identificar contenido conceptual que va más allá de las características más obvias y, por lo tanto, "paradigmáticas" de nuestras prácticas compartidas a través de la consideración de las intuiciones sobre posibles casos.<sup>55</sup>

Tales consideraciones, siguiendo a Michael Giudice, apuntan como objetivo determinado del AC, hacer explícito nuestro conocimiento implícito de un objeto/concepto particular.<sup>56</sup> Se puede concluir que el AC consiste en la explicación de aquellos elementos que, con base a las intuiciones, seleccionamos como aquellos que constituyen el objeto/concepto. De manera tal que, típicamente nos permite conocer a profundidad la naturaleza de ese objeto/concepto. Es decir, se procura ir más allá de una simple justificación y uso del objeto/concepto en cuestión.

Retomando los argumentos de Gorovitz, cuando se hace AC se tiene que evitar el tipo de explicaciones/definiciones circulares, en el sentido de utilizar "X" para explicar "X", pues la naturaleza de "X" es precisamente lo que se quiere analizar. O en Frege, si se aplica el AC, bajo su estatus ontológico de los conceptos, lo que se analiza es el REFERENTE mediante lo que arroja el SENTIDO. Este planteamiento general del AC queda más claro conforme se avance en esta sección, pues se desarrollan aspectos importantes tales como, la forma en que se lleva a cabo el AC y el papel que juegan las intuiciones.

---

<sup>54</sup> Jackson, Frank, *From metaphysics to ethics. A defence of conceptual analysis*, Oxford University Press, UK, 1998 p. 38.

<sup>55</sup> Himma, Kenneth Einar, "Conceptual Jurisprudence... *op. cit.*", p. 72.

<sup>56</sup> Giudice, Michael, *Understanding the nature of law. A case for constructive conceptual explanation*, Edward Elgar, United States, 2015, p. 18.

## **2.2 ¿Cómo se lleva a cabo el análisis conceptual?**

Hay dos aspectos que giran en torno a cómo se lleva a cabo el AC, y es altamente probable que en todo intento por hacer AC se parta por lo menos, someramente de esta distinción, entre el aspecto metafísico por un lado y el epistemológico por el otro. Este trabajo no es la excepción en plantear estas distinciones, sin entrar en el debate actual ni en el terreno de la crítica de uno frente a otro. Únicamente procuro responder a la pregunta que intitula ese apartado: ¿cómo se lleva a cabo el análisis conceptual? Para abrir camino y delimitar la forma en que aquí se entiende el AC.

El AC, siguiendo a Michael Giudice, es una reflexión sobre la aplicación de conceptos o categorías familiares a casos particulares apelando a las intuiciones, hasta que surgen las condiciones necesarias y suficientes para la aplicación de esos conceptos o categorías.<sup>57</sup> El tipo de investigación conceptual, a priori requerida, es del tipo en el que tratamos de obtener conocimiento al buscar proposiciones que son necesariamente verdaderas en virtud del significado de los términos de las proposiciones y las relaciones lógicas que emplean.

De tal forma que, el ACT presupone que el carácter del AC es metafísico y está lógicamente conectado con la visión de que el contenido más profundo de algún concepto puede derivarse de un conjunto de verdades analíticas comparativamente obvias sobre las cosas que el concepto selecciona.<sup>58</sup> En términos de Frank Jackson, la metafísica se trata de aquello que hay y de cómo es. Y, es discriminatoria al mismo tiempo que dice ser completa, o completa con respecto a alguna materia, y la combinación de estas dos características de la metafísica significa que inevitablemente hay una serie de características supuestas de nuestro mundo que debemos eliminar o localizar.<sup>59</sup>

Por otro lado, E. J. Lowe señala que, tradicionalmente, la metafísica ha sido considerada como el estudio sistemático de la estructura más fundamental de la

---

<sup>57</sup> *Idem*

<sup>58</sup> Himma, Kenneth Einar, "Conceptual Jurisprudence... *op. cit.*, pp. 83-84.

<sup>59</sup> Jackson, Frank, From metaphysics to ethics... *op. cit.*, pp. 4-5.



realidad.<sup>60</sup> O bien, Robert Stalnaker ubica a las disputas metafísicas como aquellas que giran en torno a la naturaleza de las cosas, en donde las preguntas sobre cómo es el mundo, interactúan con las preguntas sobre lo que estamos diciendo cuando decimos cómo es el mundo.<sup>61</sup>

Como punto coincidente entre Jackson, Lowe y Stalnaker encuentro que la metafísica es aquello que nos permite categorizar algo de nuestro mundo con el objeto de poder estudiar su naturaleza. De la siguiente forma, en donde “X”, es el objeto/concepto a ser analizado en el sentido de, develando cuál es la naturaleza de “X”, en un ejercicio discriminativo para excluir o adjudicar los elementos más fundamentales de la estructura de “X”. De esta manera, destacamos aquello que hace a “X” lo que es y al mismo tiempo nos permite distinguirlo de entre otras cosas que no es.

Hasta ahora tenemos que, el carácter de “analítico” y de “necesidad” son nociones metafísicas, mientras que “a priori” es una noción epistemológica<sup>62</sup> del AC. De tal manera que, la metafísica trata los temas relacionados con la naturaleza de las cosas, atendiendo aquello que es necesario y de carácter analítico en la estructura de la cosa, y el criterio epistemológico utilizado para allegarnos de su verdad o falsedad no es del tipo que es conocido empíricamente, sino que, su verdad o falsedad es conocida a priori. En consecuencia, como indica Himma, el contenido de los conceptos -basados en el ACT- se ven materializados por un conjunto de afirmaciones que son necesariamente verdaderas y derivadas de las verdades analíticas.<sup>63</sup>

Kennet Himma también concibe que el carácter metafísico del AC en términos tradicionales está conectado lógicamente con la visión de que la

---

<sup>60</sup> Lowe, E.J. *The possibility of metaphysics. Substance, identity and time*, Oxford University Press, Great Britain, 2001, p. 2.

<sup>61</sup> Stalnaker, Robert. “Metaphysics without Conceptual Analysis.” *Philosophy and Phenomenological Research*, vol. 62, no. 3, 2001, pp. 631–636, en <https://bit.ly/2zGYXAs> (Consultado en 2020).

<sup>62</sup> Giudice, Michael, *Understanding the nature of law... op. cit.* pp.20-21.

<sup>63</sup> Himma, Kenneth Einar, “Conceptual Jurisprudence... *op. cit.*, pp. 83-84.

epistemología del AC es de carácter a priori.<sup>64</sup> Una oración o proposición<sup>65</sup> a priori es una que puede ser conocida como verdadera independientemente de cualquier experiencia u observación empírica. Una oración expresa una verdad necesaria, o una proposición es necesariamente verdadera, en caso de que la oración o proposición sea verdadera bajo todas las condiciones contrafactuales posibles. Continuando con Himma él señala:

*“...[el] contenido más profundo de algún concepto puede derivarse de un conjunto de verdades analíticas comparativamente obvias sobre lo que el concepto selecciona. Si una afirmación, C, es totalmente cierta en virtud de los significados de las palabras utilizadas para expresarla, entonces la negación de C es una contradicción. Dado que una contradicción es imposible, C es necesariamente cierto y, por lo tanto, de carácter metafísico, ya que la metafísica se ocupa de cuestiones relacionadas con la naturaleza de las cosas. El contenido del concepto, entonces, se verá reflejado en un conjunto de afirmaciones que son necesariamente verdaderas y derivadas de las verdades analíticas que forman el punto de partida de ACT.”<sup>66</sup>*

William Ramsey apunta que el AC es la búsqueda de definiciones precisas que especifiquen las condiciones necesarias y suficientes para las nociones abstractas<sup>67</sup> respecto al concepto. Además de que el AC se vale de proposiciones a priori, necesariamente verdaderas y analíticas, su labor parte de preguntas de un tipo especial. Por ejemplo, John Wilson hace una puntal distinción de preguntas que giran en torno a un mismo concepto, COMUNISMO, esto con el fin de denotar cuál es la clase de preguntas que le interesan y en las que se apoya el AC.

- “(i) ¿Es probable que el Comunismo se extienda por todo el mundo?”*
- “(ii) ¿Es el Comunismo un sistema deseable de gobierno?”*

---

<sup>64</sup> *Ibidem*, pp. 83.

<sup>65</sup> Hago uso indistinto de los términos proposición, enunciado, oración, declaración.

<sup>66</sup> Himma, Kenneth Einar, “Conceptual Jurisprudence... *op. cit.*”, pp. 83-84.

<sup>67</sup> Ramsey, William, “Prototypes and conceptual analysis”, *Rethinking intuitions. The Psychology of intuition and its role in philosophy inquiry*, Rowman & Littlefield publishers, Inc., England, 1998, p. 161. Aunque el autor plantea esa explicación del AC, del cual parte para puntualizar que los filósofos analíticos deben repensar su *modus operandi*.

(iii) *¿Es compatible el Comunismo con la Democracia?*

*La primera pregunta es una pregunta de **hecho**. Es posible que no estemos en posibilidades de dar una respuesta definitiva de la cual podamos probar que está bien. Porque lo que se está preguntando es predecir el futuro: pero la única evidencia relevante para nuestra respuesta consiste en hechos acerca del Comunismo y acerca del mundo. La respuesta posiblemente sea dudosa, pero no dudosa en cuanto a que estamos en duda acerca del valor del Comunismo o del concepto de Comunismo, es sólo dudosa porque no tenemos certeza qué camino apuntan los hechos.*

*La segunda pregunta, por otro lado, consiste en algún tipo de **asignación de valor**. Estamos siendo cuestionados si es bueno o malo, prudente o no prudente, correcto o incorrecto, políticamente deseable o indeseable.*

*Pero la tercera pregunta es una pregunta de **concepto**. Aquí tenemos que considerar si el concepto de Comunismo encaja o no dentro del concepto de Democracia.<sup>68</sup>*

Siguiendo esta distinción planteada por John Wilson, el tipo de preguntas en las cuales el AC se basa -principalmente- son preguntas como la tercera, es decir, sobre el concepto en cuestión, dejando a un lado y sin atender a preguntas de hecho, ni valor. Entonces ¿Qué son? Lo que podemos decir, puntualiza Wilson, es que las preguntas de concepto se interesan con el uso de las palabras y los criterios o principios por los cuales esos usos son determinados.<sup>69</sup> Aunque, frente a esta distinción de Wilson, si ubicamos a Ronald Dworkin dentro de la empresa del AC, él no estaría de acuerdo en analizar el concepto de derecho respondiendo a preguntas sobre el concepto en cuestión, Dworkin lo haría respondiendo a preguntas orientadas a aspectos de valor. Pues para Dworkin, el derecho es un concepto interpretativo,<sup>70</sup> y además, como Julie Dikson destaca, Dworkin sostiene que todos los teóricos tienen necesariamente que evaluar moralmente al derecho para

---

<sup>68</sup> Wilson, John, *Thinking with concepts*, Cambridge University Press, Great Britain, 1963, pp. 7-8. Énfasis original.

<sup>69</sup> *Ibidem*, p. 11.

<sup>70</sup> Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia*, Trad. Claudia Ferrari, Gedisa, Barcelona, 2008, p. 72.

identificar qué es este.<sup>71</sup> Por lo que, la metodología de Dworkin involucra otro tipo de cuestiones, *i)* mira al derecho como una práctica social; *ii)* utiliza un enfoque interpretativista constructivo; *iii)* sus criterios interpretativos versan entre el propósito y el objeto o práctica; y *iv)* adopta normas de valor para juzgar lo anterior.<sup>72</sup>

Yo no concibo el aspecto de, cuál es la mejor forma de llevar a cabo la práctica judicial, tampoco considero justificaciones morales sobre las decisiones judiciales como parte de la concepción de la naturaleza del derecho. Por su puesto que estudiar a Dworkin merece un mayor desglose y análisis, pero de momento son aspectos que no desarrollo aquí. Solo pretendo destacar el -posible- enfoque que él tiene respecto a la forma de hacer AC, los aspectos que él considera para el estudio del derecho son distintos a los que tomo en cuenta, y sus argumentos no los considero como parte del desarrollo de mi propuesta.

Ahora, como señala Himma, el hecho de afirmar que los conceptos están asociados con las prácticas lingüísticas no implica que los conceptos sean entidades lingüísticas; en particular, no implica que los conceptos sean significados. Mi concepto de agua podría ser simplemente una habilidad para distinguir cosas que son agua de cosas que no lo son, incluso si esa capacidad responde a cómo las personas a mi alrededor usan el término "agua".<sup>73</sup> Si bien, es evidente que el AC se involucra con el análisis de conceptos y con prácticas lingüísticas, no se sigue que su interés sea necesariamente el significado de los conceptos en cuestión. Anteriormente planteé el tipo de significados que al AC no le interesa, y que si bien, se llega a hacer uso del término significado, de esto no se sigue que nos interesa el aspecto gramatical o etimológico de un concepto, la labor del AC es más profunda y va más allá del planteamiento de definiciones simples.

---

<sup>71</sup> Dickson, Julie, Evaluación en la teoría del derecho... *op. cit.*, p. 120.

<sup>72</sup> Dworkin, Ronald, El imperio de la justicia... *op. cit.*, pp. 48-49.

<sup>73</sup> Himma, Kenneth Einar, "Conceptual Jurisprudence... *op. cit.*, p. 69. Énfasis original.

### **2.3 Tipos de necesidad, proposiciones a priori, necesariamente verdaderas, analíticas**

Una proposición es aquella expresión lingüística que posee una función informativa, que afirma o niega algo, y que tiene sentido decir de ella que es verdadera o falsa.<sup>74</sup> Wittgenstein y los positivistas sostenían que todas las verdades necesarias son analíticas y que ese significado es la fuente de necesidad.<sup>75</sup> Siguiendo la idea del ACT, ciertamente, es muy plausible afirmar que cualquier verdad a priori debe ser necesaria.

Así mismo, es muy tentador suponer que cualquier verdad necesaria puede conocerse a priori.<sup>76</sup> Sin embargo, afirmar este último argumento es motivo de discusión visto desde una postura empirista, quienes consideran que una verdad necesaria es conocida a posteriori, en razón de la observación o experiencia. Por su puesto que también hay objeciones a la idea de que pueda haber justificaciones a priori, pero este no es el espacio para llevar a cabo tales debates. Me limito a explicar el tipo de proposiciones que caracterizan el AC en términos tradicionales y los que tomaré en cuenta aquí, es decir, proposiciones a priori.

#### ➤ *Tipos de necesidad*

E. J. Lowe distingue tres grados de necesidad de la siguiente manera:

*"Primero, hay una necesidad lógica **estricta** -la que es verdadera en virtud de las leyes de la lógica únicamente. En segundo lugar, está la necesidad lógica **limitada** -la que es verdadero en virtud de las leyes de la lógica junto con las definiciones de términos no lógicos. Y, en tercer lugar, está la necesidad lógica **amplia**, -la que es cierta en todo mundo lógicamente posible, es decir, en todo mundo posible en el que las leyes de la lógica son verdaderas (...) Este último grado de necesidad lógica es de hecho coextendido con la necesidad metafísica, de hecho, estos son solo dos*

---

<sup>74</sup> Mello, Edelmira, Metodología de las ciencias, Universidad Nacional de Río Cuarto, Argentina, 2007, p. 42.

<sup>75</sup> Soames, Scott, Philosophical analysis in the twentieth century, The dawn of analysis, Vol. 1, Princeton University Press, New Jersey, 2005, p. 261.

<sup>76</sup> Bostock, David, "Necessary truth and a priori truth", *Mind*, Vol 97, No. 387, 1988, Oxford University Press, London, p. 343.

*nombres diferentes para la misma cosa (...) Algunos filósofos, por supuesto, también hablan de necesidad "conceptual" como sinónimo de algún tipo de necesidad lógica. Estoy de acuerdo con esto, siempre que la necesidad conceptual se identifique con lo que llamé necesidad lógica limitada. Porque supongo que lo "conceptualmente" necesario es aquello que es verdad únicamente en virtud de los conceptos junto con las leyes de la lógica. Por supuesto, cuáles son las leyes de la lógica es un tema de controversia, pero no necesitamos entrar en eso aquí.*"<sup>77</sup>

Al igual que Lowe, tampoco entro en el debate sobre las leyes que rigen la lógica. Dicho eso, tenemos que los distintos grados de necesidad recién señalados, pueden ser entendidos también como necesidad lógica, necesidad conceptual y necesidad metafísica. Una de las características que presenta la necesidad metafísica, indica Lowe, es que generalmente no son conocidas a priori. En contraste con la necesidad lógica y la necesidad conceptual, las cuales, característicamente *son* conocidas a priori.<sup>78</sup> En lo que respecta a este trabajo, siempre que me refiera a necesidad, es entendiendo por ella una *necesidad conceptual*. Dejando de lado tanto la necesidad lógica y la metafísica.

El tipo de necesidad a la que me refiero es una necesidad conceptual. De tal manera, entiendo por necesidad conceptual aquella que resulta del significado de la descripción. Por ejemplo, si *X* es SOLTERO, necesariamente en -términos conceptuales- es un hombre no casado, pues estas últimas dos características definen o explican el significado de SOLTERO. O bien, el significado de la palabra SOLTERO determina que *X* es un hombre no casado.

➤ *Proposiciones a priori*

Mares Edwim<sup>79</sup> señala que un problema con el tema del *conocimiento* a priori es que parece requerir que hablemos sobre el *conocimiento*. Y ciertamente en la labor de querer explicar a qué nos referimos con proposiciones a priori, se hace una alusión inmediata al conocimiento, de esto se desencadena una serie de preguntas

---

<sup>77</sup> Lowe, E. J. *The possibility of metaphysics. Substance, identity and time*, Oxford University Press, Great Britain, 2001, p. 14. Énfasis original.

<sup>78</sup> *Ibidem*, p. 16. Énfasis original.

<sup>79</sup> Mares, Edwin, *A Priori*, Routledge Taylor & Francis Groups, New York, USA, p. 4.

como ¿Cómo conocemos? ¿Qué es conocer? ¿Qué implica conocer y cuál es su contenido?, entre otras. Pero, como podemos dar cuenta, la definición misma de "conocimiento" es uno de los temas más controvertidos en epistemología y desafortunadamente esto rebasa las pretensiones de esta investigación. Lo único que quiero destacar es que, al explicar el carácter a priori en el AC, lo hago en un entendido positivista.

De tal manera que, al igual que Soames, por conocimiento a priori nos referimos a aquel que surge de nuestro conocimiento lingüístico de las convenciones o estipulaciones que hemos adoptado para dar significado a nuestras palabras.<sup>80</sup> Scott Soames señala que esta explicación -según los positivistas- descansa en dos fragmentos de conocimiento lingüístico que consideraron no problemáticos: *i)* el conocimiento de lo que hemos decidido que nuestras palabras significan, y *ii)* el conocimiento de que la verdad de ciertas oraciones se deriva de nuestras decisiones sobre lo que significan las palabras que contienen.<sup>81</sup> Por lo anterior, podemos sostener que se conoce algo a priori sí y sólo sí está justificada independientemente de la experiencia y no puede ser falsificada por la experiencia.

Afirmar que una creencia es a priori puede significar una de dos cosas, indica Mares Edwin, primero, puede significar que su justificación es de alguna manera independiente de la experiencia. En otras palabras, hay un soporte para la reclamación que no contiene ningún dato extraído de la experiencia, y segundo, la afirmación de que una creencia es a priori puede significar que la creencia no puede ser refutada empíricamente. En tales casos, no podemos usar datos empíricos para probar que la creencia es falsa,<sup>82</sup> de la misma manera que, los datos empíricos no son utilizados para probar su carácter de verdad.

---

<sup>80</sup> Soames, Scott, *Philosophical analysis... op. cit.*, p. 265.

<sup>81</sup> *Ibidem*, p. 264. Al respecto, Soames considera que hay un problema en este planteamiento, para más información consúltese el apartado de "The linguistic explanation of apriori knowledge" en la misma obra.

<sup>82</sup> Mares, Edwin, *A Priori... op. cit.*, p. 4.

En este sentido, Mares plantea el siguiente ejemplo,<sup>83</sup> piensa en una figura geométrica con tres lados rectos, deja que también se cierre: no permitas brechas en él. ¿Cuántos ángulos tiene esta figura? Ya sabes la respuesta: tiene tres ángulos. No es necesario verificar las figuras reales de tres lados para asegurarse de que tengan tres ángulos. A partir de una consideración de la naturaleza de la figura, puedes saber que tiene tres ángulos. Este es un razonamiento a priori.<sup>84</sup>

Como fue señalado al inicio de esta sección, la justificación a priori es un tipo de justificación epistémica que, en cierto sentido, es independiente de la experiencia.<sup>85</sup> El conocimiento a priori es el conocimiento basado en una justificación a priori,<sup>86</sup> que este a su vez parte de la apelación de intuiciones. Por tanto, hablamos de conocimiento a priori cuando su justificación se basa en intuiciones o ideas racionales.<sup>87</sup>

➤ *Proposiciones necesariamente verdaderas*<sup>88</sup>

¿Qué explica el conocimiento de necesidad? El conocimiento de verdad. Y, este conocimiento de verdad es garantizado por su significado. Dicho de otra manera, si sabemos el significado de una declaración, sabemos o estamos en posición de saber que tiene que ser verdad, sin importar en qué estado se encuentra el mundo.<sup>89</sup> En este sentido, se entiende por proposiciones necesariamente verdaderas aquellas que ningún hecho o evento empírico puede respaldar.<sup>90</sup> Por ejemplo:  $7 + 5 = 12$ . Esta proposición expresada, no sólo es verdadera, sino que es necesariamente verdadera; quien en el sistema decimal afirma con comprensión  $7 + 5$ , forzosamente tiene que aceptar que  $7 + 5$  es igual a  $12$ .<sup>91</sup>

---

<sup>83</sup> Este ejemplo es desarrollado por Edwin Mares, *Cfr., Ibidem*, p. 1.

<sup>84</sup> *Idem*

<sup>85</sup> Russell, Bruce, "A Priori Justification and Knowledge", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Summer 2017 Edition,, Edward N. Zalta (ed.), en <https://stanford.io/2T8kHMx> (Consultado en 2019).

<sup>86</sup> *Idem*

<sup>87</sup> *Idem*

<sup>88</sup> En algunos casos se llama 'proposiciones necesarias', o 'necesarias 'a secas. *Cfr.* Trelles Montero, Oscar, *Apuntes de lógica modal*, Fondo editorial PUCP, Perú, 2001, p. 37.

<sup>89</sup> Soames, Scott, *Philosophical analysis... op. cit.*, p. 262.

<sup>90</sup> Pereda, Carlos, *Razón e incertidumbre*, Siglo XXI, México, 1994, p. 213.

<sup>91</sup> *Idem*



Las proposiciones necesariamente verdaderas o necesariamente falsas son proposiciones no contingentes.<sup>92</sup> Y la contradicción de una proposición necesariamente verdadera es necesariamente falsa.<sup>93</sup> Dado que las verdades necesarias excluyen nada, dicen nada; y como dicen nada acerca de cómo es el mundo, la manera en que es el mundo no contribuye a que afirmar o negar su verdad. Por lo tanto, su verdad tiene que ser debido sólo a su significado.<sup>94</sup> Consecuentemente, una verdad necesaria es una declaración que es verdad y no podría ser de otra manera.<sup>95</sup>

➤ *Proposiciones analíticas*

Tradicionalmente, las inferencias ( o proposiciones) analíticas se han tomado como inferencias que se basan en el significado, y se considera analítica una oración o declaración sólo en caso de que su *verdad sea necesaria* por el significado de sus términos constituyentes.<sup>96</sup> Wittgenstein en el Tractatus, clasifica un enunciado analítico (o para él: tautología) como aquellas que son verdaderas en virtud sólo de su significado.<sup>97</sup> Gorovitz supone la explicación de las proposiciones analíticas a partir de la pretensión de determinar si las siguientes afirmaciones son verdaderas:<sup>98</sup>

- (a) Todos los animales son animales.
- (b) Los árboles de pera están en flor.
- (c) Un soltero es un hombre no casado.
- (d) Algunos solteros están casados.
- (e) Generalmente los solteros tienen carros deportivos.

---

<sup>92</sup> Trelles Montero, Oscar, Apuntes de lógica... *op. cit.*, p. 37.

<sup>93</sup> *Idem*

<sup>94</sup> Soames, Scott, Philosophical analysis... *op. cit.*, p. 261.

<sup>95</sup> *Idem*

<sup>96</sup> Margolis Eric y Laurence Stephen, Concepts... *op. cit.*, p. 12.

<sup>97</sup> Soames, Scott, "The logical positivist on necessity and apriori knowledge", *Philosophical analysis in the twentieth century, The dawn of analysis*, Vol. 1, Princeton University Press, New Jersey, 2005, p. 258.

<sup>98</sup> Gorovitz, Samuel y otros, Philosophical analysis... *op. cit.*, pp. 119-123.

En (a) la verdad es evidente, simplemente por un examen de su estructura lógica, o bien, una tautología para Wittgenstein; en (b) uno puede ir al lugar en donde crecen los árboles de pera y buscar flores, y sólo entonces comprobar si es verdad o no,<sup>99</sup> por tanto su verdad depende de observación empírica; (c) es verdad en virtud de su significado; mientras que la verdad en (d) es falso, considerando la estructura lógica y el significado de SOLTERO planteado en (c). Finalmente (e) es una proposición a posteriori de carácter contingente.

Una proposición analítica sería entonces del tipo (a) en virtud de su estructura lógica y, (c) en virtud de su significado, puesto que su verdad es necesaria en razón de aquello que constituye el significado de SOLTERO. También tenemos oraciones o proposiciones analíticamente falsas, y estas son aquellas que se contradicen a sí mismas.<sup>100</sup> Por ejemplo (d) es una proposición analíticamente falsa en virtud de (c). Otra forma de hacer esta distinción es decir que la negación de una oración analíticamente verdadera es contradictoria.<sup>101</sup> Por otro lado, hay quienes agregarían que todas las oraciones o proposiciones que no son analíticas son llamadas sintéticas,<sup>102</sup> por ejemplo (b) y (e) que arrojan información o aspectos particulares y contingentes, brindan información más que una explicación. Finalmente, algunos pueden considerar la verdad de las proposiciones a priori desde un aspecto sintético.

Ahora, me gustaría resaltar algunas distinciones a partir de los siguientes enunciados:

1. (a) Una monja es una mujer.  
(b) La mayoría de las monjas visten hábito.  
(c) Una monja no es mujer.
  
2. (a) Un mamífero tiene glándulas mamarias.  
(b) No todos los mamíferos son vivíparos.

---

<sup>99</sup> *Ibidem*, p. 119.

<sup>100</sup> Gorovitz, Samuel y otros, *Philosophical analysis... op. cit.*, p. 122.

<sup>101</sup> *Ibidem*, p. 123.

<sup>102</sup> *Idem*

- (c) Es falso que un mamífero tiene glándulas mamarias.
3. (a) Los cisnes son aves.  
(b) No todos los cisnes son blancos.  
(c) Los cisnes no son aves.
4. (a) Un soltero es un hombre no casado.  
(b) Los solteros son deportistas.  
(c) Un soltero es un hombre casado.

Los enunciados (a) son analíticos porque su significado se encuentra en las propiedades del concepto-termino que lo constituyen, y su verdad es necesaria debido a que el significado de aquello que constituye el concepto-termino no está respaldado en ningún hecho empírico. Dicho de otra manera, el distinguir que SOLTERO se refiere a hombres no casados, no exige, como deja ver Himma, experiencia para justificar la afirmación de que un soltero no es mujer.<sup>103</sup> Los enunciados (b) son contingentes y su verdad o falsedad responden a cuestiones empíricas, consecuentemente son carácter a posteriori. Los enunciados (c) son analíticamente falsos dado que son la negación de las oraciones analíticas ubicadas en los inicios (a) y por ende se contradicen con el significado de estas.

#### **2.4 El papel de las intuiciones**

Anteriormente revisé las implicaciones de proposiciones a priori, necesariamente verdaderas y analíticas. Encuentro que el aspecto de necesidad se asocia con el conocimiento a priori, y como apunta C. S. I. Jenkins, con ser el tipo de cosa que se puede aprender a través del examen conceptual, por lo que la asociación con el síntoma de necesidad asociado con la intuición también se tiene en cuenta.<sup>104</sup> No desviaré la atención al debate sobre la naturaleza de aquello que

---

<sup>103</sup> Esta afirmación Himma la justifica como una deducción lógica válida de las afirmaciones conceptuales de que solo los hombres son solteros y que ninguna mujer es un hombre. *Cfr.* Himma, Kenneth Einar, "Conceptual Jurisprudence... *op. cit.*, p. 72.

<sup>104</sup> Jenkins, C. S. I., "Intuition, 'Intuition', Concepts and the a priori" *Intuitions*, Ed. Booth, Anthony Robert, and Rowbottom, Darrel, P., Oxford University Press, United Kingdom, 2014, p. 104. Sin

llamamos intuiciones, tampoco a si estas pueden o no ser entendidas como justificación o como evidencia. Para lo que concierne a este trabajo, reconozco que las intuiciones en el AC, son entendidas como evidencia.

No hablaré aquí de todos los tipos de intuiciones y la diversidad de usos que les son aplicadas en distintas áreas. Simplemente expongo su uso y relevancia en el AC, particularmente entendidas, como medio de verificabilidad. Por otro lado, responder a ¿cómo se originan las intuiciones? rebasaría los propósitos de esta investigación. Sin demeritar lo interesante que resulta esta pregunta, me reservo únicamente a tomar en cuenta que las intuiciones, en el AC, pueden ser el fruto de conocimiento a priori, o bien, aquello que apela al sentido común. Mi objetivo es destacar el papel que estas desempeñan en el AC, entendidas como un conjunto de síntomas a priori que sirven de evidencia y no como un resultado del sentido común o aquello que es fruto de evidencia empírica. Con esto no quiero decir que únicamente existan estas dos maneras de concebir a las intuiciones en el AC, es sólo que en términos didácticos parto de esta distinción para destacar aquello que sí entiendo por intuición y lo que no tomo en cuenta en el desarrollo de mis argumentos.

Margolis y Laurence, sugieren que hay al menos dos formas en que las intuiciones son relevantes y útiles para la investigación filosófica. La primera es que, las intuiciones reflejan las *creencias* que uno tiene sobre algo. El segundo rol que destacan es que, las intuiciones pueden *proporcionar evidencia* sobre el contenido de un concepto.<sup>105</sup> Por otro lado, si tomamos en cuenta que hay dos formas clásicas de caracterizar aquello llamado intuiciones, tenemos por un lado a los empiristas

---

embargo, Jenkins funda su argumento apelando a la experiencia dado que para él la fiabilidad de las intuiciones como evidencia se basa en la conexión empírica entre el mundo y nuestros conceptos. En el entendido de que nuestros conceptos son a nuestra experiencia como fuente de conocimiento y justificación El conocimiento y la justificación a los que se llega, por lo tanto, se describen bastante como empíricos. Él no toma la necesidad ni lo a priori como características de las intuiciones, consecuentemente, en su línea de pensamiento, la fuente de nuestras intuiciones son los conceptos y la experiencia lo que juega un papel epistémico en este proceso. *Cfr., Ibidem*, pp. 102-108.

<sup>105</sup> Margolis, Eric y Laurence, Stephen, "Concepts and conceptual analysis", *Philosophy and Phenomenological Research*, International Phenomenological Society, Vol. 67, No. 2, 2003, p. 278. El énfasis es mío.

crudos, que indican que las intuiciones son simplemente prejuicios de la gente, y por otro lado, desde una filosofía lingüística o conceptual, las intuiciones son entendidas como la deliberación de competencia conceptual o lingüística.<sup>106</sup>

Jenkins, de una manera muy similar distingue dos concepciones diferentes de aquello que llamamos intuición. Una se asocia principalmente con el conjunto de síntomas de sensibilidad común, y la otra, se asocia principalmente con el conjunto de síntomas a priori.<sup>107</sup> Mi postura la ubico en este último grupo, como un conjunto de síntomas a priori, por lo que me aparto de datos empíricos. En esta misma línea en la que me posiciono, podemos encontrar a Bruce Russell, quien sugiere que una persona puede tener la intuición de que una proposición como “soltero es un hombre no casado” es verdad con base a la comprensión de los conceptos involucrados.<sup>108</sup>

Por lo anterior concluyo que las intuiciones o pueden ser entendidas como creencias que responden a *prejuiciosos deseos* (*creencia que responde a un deseo personal*) de las personas, respondiendo a estímulos sociales que al mismo tiempo responden a elementos contingentes, o bien, pueden ser entendidas como *razones* o *aquel conocimiento a priori*, permitiendo una deliberación en términos conceptuales con el fin de proporcionar evidencia sobre el contenido del concepto en cuestión.

En este sentido, aquello que aquí llamamos intuición se caracteriza generalmente en términos de actitud proposicional y, como explica John Symons, se describe que los agentes tienen la intuición de que  $p$ , o como que intuyen que  $p$ , donde se entiende que  $p$  es alguna proposición. Si bien, la intuición [puede ser] considerada como una fuente de creencia, la manera en que la intuición juega este papel es oscura.<sup>109</sup> Así, en William Ramsey encontramos que:

---

<sup>106</sup> Jenkins, C. S. I., “Intuition...*op. cit.*, p. 97.

<sup>107</sup> *Ibidem*, p. 91.

<sup>108</sup> *Ibidem*, p. 93.

<sup>109</sup> Symons, John, “Intuition and philosophical methodology”, *Axiomathes*, Springer, 2008, p. 67, en <https://bit.ly/3cuwqg9> (Consultado en 2019).

*“Se espera que las definiciones expresen conjunciones simples de propiedades esenciales y no permitan contraejemplos intuitivos, también parece haber presunciones bastante fuertes de que nuestros juicios de categorización intuitiva coincidirán perfectamente con la presencia o ausencia de un conjunto pequeño pero específico de propiedades. (...) En otras palabras, se supone que las intuiciones de categorización nos llevan a ordenar conjuntos de propiedades necesarias y suficientes porque, además, se supone que estas intuiciones se generan mediante la representación implícita de propiedades necesarias y suficientes. Desde este punto de vista, se supone que tenemos un conocimiento tácito de la esencia de los conceptos abstractos, que la esencia es un pequeño conjunto de condiciones necesarias y suficientes, y que podemos descubrir este conocimiento apelando a nuestros juicios intuitivos de categorización.”<sup>110</sup>*

Dicho en una versión más corta, en términos de Ramsey, las definiciones que se procuran haciendo AC requieren pasar por lo menos dos pruebas: *i)* deben de ser relativamente simples, generalmente una conjunción de propiedades individualmente necesarias y conjuntamente suficientes, y *ii)* no deben admitir ningún contraejemplo intuitivo.<sup>111</sup> Podemos entender que una de las características distintivas del AC es, en cierta medida, su dependencia con respecto a las intuiciones, en virtud de la aplicación de conceptos en circunstancias reales e hipotéticas que tienen las personas.<sup>112</sup>

Hasta este punto se puede destacar que, con frecuencia, algunos autores consideran el carácter a priori como característica de aquello que llamamos intuiciones, mientras que otros autores caracterizan algo llamado intuición principalmente por la apelación o referencia del sentido común.<sup>113</sup> Hilary Kornblith, parte de la siguiente referencia de Bealer:

*“La intuición debe (...) distinguirse del sentido común (...) el sentido común es una amalgama de varias creencias empíricas más o menos ampliamente compartidas,*

---

<sup>110</sup> Ramsey, William, “Prototypes and conceptual analysis... *op. cit.*, p. 164-165.

<sup>111</sup> *Ibidem*, p. 164. El autor no está necesariamente de acuerdo con esta postura, más que nada apunta esta aseveración como punto de partida para una crítica.

<sup>112</sup> Margolis, Eric y Laurence, Stephen, “Concepts and conceptual analysis, *op. cit.*, p. 277.

<sup>113</sup> Booth, Anthony Robert, Intuitions, *op. cit.*, p. 96.

*sabiduría práctica, intuiciones previas\* intuiciones físicas, el sentido común ciertamente no puede identificarse con una intuición a priori.*"<sup>114</sup>

De tal manera, la mejor forma de entender a las intuiciones en el AC, si estamos buscando un significado que implique que las intuiciones siempre proporcionan *alguna* evidencia de las proposiciones que son sus objetos, podemos entender por intuición: el estado mental en el que a alguien parece cierta, alguna proposición. No sobre la base de alguna inferencia, *sino únicamente sobre la base de su comprensión de esa proposición.*<sup>115</sup> En otras palabras, cuando una persona justifica a priori su conocimiento o declaración, es porque posee los conceptos relevantes expresados en esa proposición. La posesión de los conceptos y la comprensión de la proposición que los contiene explica por qué se justifica que acepte esa proposición.<sup>116</sup>

Entonces tenemos que el objeto de las intuiciones son las proposiciones. El tipo de proposiciones a las que nos referimos, como indica Bruce Russell, son de la forma *necesariamente X*. Es decir, siempre que la persona tenga la o las intuiciones que *necesariamente X*, si ella entiende completamente *X*, es porque posee el concepto de *X*. O bien, posee el concepto de necesidad y considera cuidadosamente *si "necesariamente X" es verdadero.*<sup>117</sup> Algo muy importante a destacar es que, tomando en cuenta que el ACT es puramente descriptivo y puramente general, las intuiciones abarcan todos los casos posibles. Visto de esta manera, las intuiciones que son tomadas en cuenta son las intuiciones relevantes,

---

<sup>114</sup> Kornblith, Hilary, "The role of intuition in philosophical inquiry: An account with no unnatural ingredients" *Rethinking intuitions. The Psychology of intuition and its role in philosophy inquiry*, Rowman & Littlefield publishers, Inc., England, 1998, p. 131. \*En la nota original en inglés el autor tiene a priori en lugar de previa. Decidí tal traducción para evitar confusión con respecto a las intuiciones a priori. Énfasis mío.

<sup>115</sup> Russell, Bruce, "A Priori Justification... *op. cit.*

<sup>116</sup> *Idem*

<sup>117</sup> *Idem*

en el sentido de que son puramente descriptivas y no incluyen intuiciones morales sobre el bien o el mal, bueno o malo.<sup>118</sup>

---

<sup>118</sup> Himma, Kenneth Einar, "Conceptual Jurisprudence... *op. cit.*, p. 73. Himma, además de abarcar todos los casos posibles, él incluye todos los mundos posibles, en este último aspecto metafísico de "posibilidad de mundos" no tomo partido ni me manifiesto.



### 3. ANÁLISIS CONCEPTUAL EN LA TEORÍA JURÍDICA

#### 3.1 ¿Qué analizamos cuando analizamos el concepto de derecho?

La filosofía analítica del derecho, según Giudice, pretende estar en el negocio de la identificación y clarificación conceptual que viene con entender la vida social en términos de derecho, en donde sea y cuando sea que exista.<sup>119</sup> De tal manera que el AC en la teoría jurídica, nos permite distinguir propiedades esenciales que no sólo reconocen y distinguen al derecho de aquello que no es, sino que además nos permite explicar qué hace que el derecho sea lo que es, en términos constitutivos. Es decir, Himma refiere que hay una distinción entre aquello que *constituye* “X”, y entre aquello que *causa* “X”. Él dice que la *constitución* de algo no es un evento que ocurre en el tiempo, y eso es en parte lo que distingue *constitución* de *causación*, esta última se refiere a un evento que ocurre en el tiempo.<sup>120</sup> Y lo ejemplifica a partir de lo siguiente:

*“Ser una masa flotante de vapor de agua **constituye** algo como una nube; no causa que algo sea una nube. Es la posesión de estas propiedades lo que determina el estatus de una masa flotante de vapor de agua como una nube; es una nube **en virtud de** ser una masa flotante de vapor de agua. [...] ¿Por qué un conjunto de partículas de moléculas de agua es una nube o masa flotante de vapor de agua?, esto requiere un tipo diferente de explicación y análisis. Exige una explicación que es en gran parte de naturaleza empírica, necesitando hacer referencia a las leyes de la naturaleza, a los eventos que ocurren en el tiempo. Expresando el antecedente causal y el resultado causal que explica por qué este conjunto particular de moléculas de agua se transformó en esa masa flotante particular de vapor de agua que es la nube de interés. El análisis conceptual se interesa no de explicaciones causales, sino de las propiedades que constituyen ese algo que cae dentro de la referencia de un concepto-término.”<sup>121</sup>*

Por lo tanto, cuando nos apoyamos en el AC en la teoría jurídica, lo que analizamos es aquello que nos dice algo sobre la naturaleza o la esencia del

---

<sup>119</sup> Giudice, Michael, Understanding the nature of law... *op. cit.*, p. 33.

<sup>120</sup> Himma, Kenneth Einar, “Conceptual Jurisprudence... *op. cit.*, p.70.

<sup>121</sup> *Idem*. Énfasis original.

derecho. Es decir, se supone que destaca aquello que constituye, no solo a todos los sistemas legales existentes, sino a todos los sistemas jurídicos conceptualmente posibles.<sup>122</sup> Consecuentemente, siguiendo a Giudice, la teoría jurídica analítica nos permite tener acceso a lo que realmente es el derecho, a través la consideración de sus características necesarias y esenciales.<sup>123</sup>

Julie Dickson, dice que a la jurisprudencia analítica<sup>124</sup> le interesa explicar la naturaleza del derecho intentando aislar y explicar aquellas características que hacen al derecho lo que es,<sup>125</sup> quien a su vez describe que, por naturaleza del derecho se entiende: aquellas propiedades esenciales que determinado grupo de fenómenos tiene que exhibir para ser considerado derecho.<sup>126</sup> De esto concluyo que, explicar la naturaleza del derecho se sigue de la ubicación de sus propiedades esenciales y de estas hay unas que además resultan ser necesarias. De tal manera, lo que analizamos cuando analizamos el concepto de derecho, son aquellas características que constituyen y distinguen al derecho. En conjunto,<sup>127</sup> podemos definir el trabajo que es desempeñado por medio de la filosofía jurídica analítica en términos de Julie Dickson -quien a su vez se basa en los argumentos de Joseph Raz- de la siguiente manera:

*“La labor de la filosofía jurídica analítica es buscar y explicar [las] propiedades del derecho que hacen al derecho lo que es. Innegablemente dichas propiedades son unas que el derecho en cualquier tiempo y en cualquier lugar tiene que exhibir. En*

---

<sup>122</sup> *Ibidem*, p. 83. Para Himma, el proyecto de analizar el contenido del concepto de derecho, es el proyecto de explorar la metafísica del derecho, explicando su naturaleza en términos de afirmaciones que son necesariamente verdaderas. Él entiende por necesidad, el tipo de necesidad metafísica, atendiendo la idea de todos los mundos posibles. Yo no me pronuncio en este último respecto. Como lo mencioné en la sección anterior, 2.3, entiendo por necesidad, un tipo de necesidad conceptual.

<sup>123</sup> Giudice, Michael, *Understanding the nature of law... op. cit.*, p. 1.

<sup>124</sup> Esta actividad de jurisprudencia analítica <<*analytical jurisprudence*>> es entendida como el aspecto metodológico al indagar sobre la naturaleza del derecho. Esto descansa en las notas realizadas por el traductor Juan Vega, en: Dickson, Julie, *Evaluación en la teoría del derecho... op. cit.*, p. XIV.

<sup>125</sup> Dickson, Julie, *Evaluación en la teoría del derecho... op. cit.*, p. 21.

<sup>126</sup> *Ibidem*, p. 22.

<sup>127</sup> Si bien, en este trabajo yo asocio la labor de la filosofía jurídica analítica y el AC del derecho, para algunos autores esto resulta erróneo, falso o simplemente hacen una asociación distinta a la que aquí presento. Por ejemplo, *Cfr.* Giudice, Michael, *Understanding the nature of law... op. cit.*

*este caso, otra forma de caracterizar la labor de la filosofía del derecho analítica consistiría en decir que se ocupa de la naturaleza del derecho en lo abstracto, en vez de dedicarse a la forma en que se exhibe en sistemas jurídicos concretos.*<sup>128</sup>

Siguiendo la visión de Raz, la filosofía analítica jurídica estudia las propiedades esenciales y necesarias que explican la naturaleza del derecho, en la medida en que nosotros concebimos en nuestras vidas el concepto de derecho. Es decir, las propiedades que permiten explicar el concepto de derecho son razón de la posesión y entendimiento que tengamos del concepto en sí. Al respecto Raz señala:

*“Hablando metafóricamente, los conceptos se ubican entre el mundo, aspectos de los cuales son conceptos, y entre palabras o frases que los expresan (los conceptos) y, se usan para hablar sobre esos aspectos del mundo. [...] Otros los asocian [a los conceptos] estrechamente con la naturaleza de sus objetos, la naturaleza de lo que son conceptos de. [...] Los conceptos son cómo concebimos los aspectos del mundo y se encuentran entre las palabras y sus significados, en el que se expresan, por un lado, y las cosas a las que se aplican, en el otro. El derecho, ofrece una ilustración fácil de la no identidad de conceptos y significados (de palabra).<sup>129</sup> [...] Es decir] no hay necesidad de identificar [el concepto de derecho] mediante el uso específico de palabras o frases.”<sup>130</sup>*

La tesis asociada con Joseph Raz, destaca que la labor de la jurisprudencia analítica es ofrecer una teoría del derecho que identifique y explique las características necesarias y esenciales del derecho, con base a aquello que conceptualmente concebimos como derecho. Reconociendo que el entendimiento de un concepto consiste en el conocimiento y entendimiento de todas las características necesarias que caen bajo tal objeto al cual es aplicado.<sup>131</sup> Entonces ¿qué analizamos cuando analizamos el concepto de derecho? Apoyados en lo anterior, estamos es posibilidades responder -en términos tradicionales- que, lo que

---

<sup>128</sup> Dickson, Julie, Evaluación en la teoría del derecho... *op. cit.* p. 22.

<sup>129</sup> Raz, Joseph, Between Law and Morality ... *op. cit.* pp. 18-19.

<sup>130</sup> *Ibidem*, p 20.

<sup>131</sup> *Idem*

analizamos es el conjunto de propiedades esenciales y necesarias que constituyen aquello que llamamos DERECHO, en otras palabras, la naturaleza del derecho.

### **3.2 Metodología en la teoría jurídica analítica**

Tanto la explicación señalada previamente por Julie Dickson, Joseph Raz y Kenneth Himma, respecto a la labor del AC en la teoría jurídica, destacan como factor fundamental que hay un conjunto de características que constituyen aquello que señalamos como DERECHO y además nos permite distinguirlo de entre otro tipo de institución social u otro sistema normativo.<sup>132</sup> Dicho esto, es evidente que se tiene que llevar a cabo algún tipo de juicio evaluativo, para lograr una discriminación de aquellas propiedades -necesarias- que nos van a permitir explicar la naturaleza del derecho. A partir de tales juicios estamos en una posición de poder considerar o descartar las características que nos permitan llevar a cabo esa labor.

En este sentido, Julie Dickson parte del cuestionamiento ¿Qué implica evaluar?<sup>133</sup> Su respuesta la hace mediante una distinción entre lo que ella denomina “evaluación indirecta” por un lado y, “evaluación directa” por el otro, quien a su vez lo recoge desde un análisis a las tesis de Raz.

*“Proposiciones evaluativas directas son aquellas de la forma, o que implican proposiciones de la forma, “X es bueno” [o “X es malo”]. Proposiciones evaluativas directas concernientes al derecho incluirían: “la obediencia al derecho es buena”; “existe una obligación moral general de obedecer al derecho”; “el derecho necesariamente posee autoridad legítima moral sobre sus súbditos”, y “el derecho está moralmente justificado.”<sup>134</sup>*

*Proposiciones del tipo “X es importante” no consiste en adscribirle un carácter bueno a X. Si sostengo que la pretensión del derecho consiste en que se debe obedecer, es una característica importante del derecho, no he llevado a cabo un juicio concerniente a que dicha pretensión es buena, mala, correcta o incorrecta, y*

---

<sup>132</sup> Aunque Julie Dickson y Joseph Raz, no se pronuncian bajo una tesis de necesidad metafísica, como es el caso de Kenneth Himma.

<sup>133</sup> Dickson, Julie, Evaluación en la teoría del derecho... *op. cit.*, p. 65.

<sup>134</sup> *Ibidem*, p. 66.

*tampoco se sigue un juicio de tal naturaleza de mi afirmación. Lo único que he afirmado es que X es una característica del derecho que, siendo bueno o mala, es importante y por tanto necesita ser explicada.*"<sup>135</sup>

Tomando en consideración lo anterior, Julie Dickson llama a las primeras: proposiciones evaluativas directas y a las segundas, proposiciones evaluativas indirectas, estas últimas reconocen que "X" tiene propiedades evaluativas, pero no evaluaciones que adjudican un carácter de bueno o malo (como es el caso de la evaluación directa). Simplemente, la evaluación indirecta se limita a dar cuenta de la existencia de algo como importancia o significativo, por lo cual es digno de ser explicado.<sup>136</sup> Dicho esto, entiendo la labor de evaluación en términos de Julie Dickson. Considerando que la vía correcta para hacerlo en esta investigación es adoptando el tipo de evaluación indirecta.

Siguiendo a Carla Huerta, según la comprensión dominante de la filosofía analítica del derecho, su tarea es ofrecer una teoría del derecho que identifica y explica las características necesarias (o algunas veces calificadas como 'esenciales').<sup>137</sup> Seguido de la consideración de verdades de tipo conceptual. En este sentido, Giudice señala que, las verdades conceptuales se pueden determinar apelando a intuiciones compartidas por miembros competentes de una comunidad lingüística e institucional.<sup>138</sup> Por otro lado, si bien, hay un debate respecto a cuál es la mejor forma de llevar a cabo AC, la razón por la cual la expongo aquí, es únicamente para mostrar el panorama de ambas corrientes, pero no para manifestarme en esta discusión. Éste no será el espacio en donde exponga cuál y por qué una metodología es mejor sobre la otra. Me reservo en mostrar dos

---

<sup>135</sup> *Ibidem*, p. 67.

<sup>136</sup> *Ibidem*, p. 68.

<sup>137</sup> Huerta, Carla, "On the meaning and purpose of jurisprudence. Concluding remarks", *Problema, Anuario de Filosofía y Teoría del derecho*, No. 6, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2012, p. 125.

<sup>138</sup> Giudice, Michael, *Understanding the nature of law... op. cit.*, pp. 34-35.

enfoques que Frank Jackson distingue, una que supone el AC como *inmodesto*, la otra contempla que el AC es *modesto* en virtud de la explicación del concepto.<sup>139</sup>

La corriente inmodesta, siguiendo a Jackson, atiende aspectos sobre cómo es el mundo, asignándole un papel amplio al rol de las intuiciones en determinar tales aspectos.<sup>140</sup> Mientras que la corriente modesta, la describe como aquella que se enfoca en atender la pregunta sobre qué decir respecto a aspectos descritos en un conjunto de términos dado un argumento (*story*), sobre asuntos en otro conjunto de términos. En esta postura, indica, al análisis conceptual no se le está dando un rol en determinar la naturaleza fundamental de nuestro mundo, más bien se le está dando un rol central en determinar qué decir, en términos menos fundamentales, dada una concepción del mundo en términos más fundamentales.<sup>141</sup>

En esta línea Himma distingue el rol de la corriente inmodesta dentro de la teoría jurídica, como aquella que se enfoca en la investigación de la naturaleza del concepto de derecho y ofrece conocimiento acerca de lo que realmente es el derecho. Otro aspecto que Himma destaca del enfoque inmodesto es que, a través de este se busca identificar verdades que son independientes de las prácticas humanas, apuntando a que las verdades conceptuales serían necesariamente verdaderas y sin considerar ningún marco conceptual particular que las personas impongan al mundo a través de prácticas lingüísticas y otras prácticas sociales.<sup>142</sup>

En este sentido, Will Waluchow y Stefan Sciaraffa encuentran que Himma retrabaja la distinción de Jackson de la siguiente manera:

*"[...] el objetivo del análisis conceptual modesto (ACM) es "comprender ciertas características del mundo tal como se definen y articulan a través de nuestras prácticas conceptuales". Para Himma, el objetivo de ACM en el contexto de la teoría jurídica (jurisprudence) es únicamente mapear las prácticas conceptuales que son*

---

<sup>139</sup>Jackson, Frank, *From metaphysics to ethics...* *op. cit.*, p. 41. En inglés algunos autores como Himma, se refieren por la primera por *ambitious or inmodest*, y por el otro lado, *modest or non-ambitious*.

<sup>140</sup> *Ibidem*, p.42-44

<sup>141</sup> *Ibidem*, p. 44.

<sup>142</sup> Himma, Kenneth Einar, "Conceptual Jurisprudence..." *op. cit.*, p. 83.

*relevantes para la práctica jurídica. Por el contrario, el objetivo del análisis conceptual inmodesto (ACI) es "comprender esas características como **lo que son** (as they actually are), independientemente de las prácticas que nos permiten describirlas."<sup>143</sup>*

Dicho lo eso, se puede concluir que el debate sobre la corriente modesta y la inmodesta, que desempeña el AC en la teoría jurídica, versa entre quienes adoptan el ACI, procurando la explicación del concepto de derecho a partir de sus características necesariamente verdaderas, y se mantienen ajenos a la consideración de aspectos empíricos. O bien, aquellos que adoptan el ACM, a partir del cual sostienen que una explicación del concepto de derecho supone la observancia de prácticas sociales y características contingentes.

Ahora bien, anteriormente separé la discusión entre el carácter epistémico del AC, por un lado, que es cuando nos referimos a declaraciones a priori y, por el otro, al carácter metafísico del AC, cuando hacemos referencia a verdades necesarias y a declaraciones analíticas. En donde, por necesidad se entiende un tipo de necesidad conceptual. Cabe destacar que la visión tradicional de del AC considera que la metodología para justificar las afirmaciones conceptuales, en términos epistémicos son de carácter a priori.<sup>144</sup> También se sigue que las afirmaciones son de carácter analítico en el sentido de que su valor de verdad depende solo del contenido del significado de las palabras relevantes.<sup>145</sup>

Por lo que, si separamos los aspectos metodológicos en los que se basa el AC en términos tradicionales, tenemos *i)* su carácter epistémico es a priori, y *ii)* su carácter metafísico es analítico basado en proposiciones necesariamente verdaderas. Las afirmaciones analíticas tienen por tanto que ver con los factores que determinan si las afirmaciones son verdaderas o falsas. Consecuentemente, una declaración es analítica sí y solo sí su valor de verdad se determina

---

<sup>143</sup> Waluchow Will and, Sciaraffa Stefan, *The legacy of Ronald Dworkin*, Oxford University Press, UK, 2016, Kindle, Loc. 592. Énfasis original.

<sup>144</sup> Himma, Kenneth Einar, "Conceptual Jurisprudence... *op. cit.* p. 72.

<sup>145</sup> *Ibidem*, p. 76.

completamente por los significados de los términos relevantes.<sup>146</sup> Dicho esto, las afirmaciones que completan el contenido de un concepto se consideran, según el ACT, necesariamente verdaderas.<sup>147</sup> En ese sentido, adopto la postura del ACI, dado que me concentro no en el análisis de características contingentes ni en el resultado de prácticas sociales. Sino en el análisis de verdades conceptuales del derecho.

---

<sup>146</sup> *Idem*

<sup>147</sup> *Ibidem*, p. 77.



## CAPÍTULO II

### EL CARÁCTER DE PROTECCIÓN DEL DERECHO

En el capítulo anterior puntualicé qué es un concepto; tipos de necesidad -de la cuales adopto la necesidad conceptual-; qué implica hacer análisis conceptual (AC) en términos analíticos, a priori y proposiciones necesariamente verdaderas y, utilizando las intuiciones como medio de verificabilidad. Explicué qué analizamos cuando analizamos el concepto de derecho y el tipo de metodología empleada. Distinguí aquello que caracteriza el análisis conceptual modesto (ACM) y el análisis conceptual inmodesto (ACI), enfatizando que considero el análisis conceptual desde el enfoque inmodesto. Es decir, busco explicar qué es el derecho a partir de la identificación de verdades que son necesariamente verdaderas, sin tomar en cuenta datos contingentes ni a posteriori. Esto nos permite ubicar la posición sobre la que descansa este capítulo y el tipo de argumentos que utilizo para explicar y defender mi propuesta: *el carácter de protección del derecho* (CPD). El cual lo concibo como una propiedad necesaria que forma parte de la naturaleza de aquello que llamamos DERECHO.

La propuesta que planteo, es el estudio del concepto DERECHO. Entendido como un concepto léxico en términos de Laurence y Margolis, es decir, bajo la premisa de que su significado está en el propio concepto como resultado de la unión de determinados elementos esenciales que hacen que el DERECHO sea lo que es y, esas características resultan necesarias para poder hacer referencia al mismo. Partiendo de la teoría clásica de los conceptos (TCC), el propio concepto DERECHO tiene una estructura definicional. Este concepto codifica las condiciones necesarias que tiene que cumplir algo para ser considerado DERECHO o, en el entendido de que, cualquier cosa que satisfaga ciertas características entra bajo la categoría que llamamos DERECHO. Lo anterior se logra mediante un proceso de razonamiento analítico y utilizando a las intuiciones como medio de verificabilidad.

Considero que, de la misma manera en que aquello que es llamado MEDICINA, conceptualmente no puede ser explicada en razón de *cómo* los médicos llevan a cabo sus operaciones, o *cómo* atienden a sus pacientes, de lo bueno o malo que es

el servicio médico, sino más bien, esa explicación se logra a partir de una distinción de elementos que nos permiten hacer referencia a aquello que es y que distingue a lo que conocemos como MEDICINA. De la misma manera, la postura que adopto, *no* consiste en estudiar la naturaleza de aquello que llamamos DERECHO en virtud de cómo resuelven los jueces, lo justo o injusto que es la práctica jurídica o, en razón de las consecuencias morales que se generan al adoptar las reglas. Son sin duda, aspectos sumamente interesantes a estudiar, pero exigen distintas preguntas y distintos enfoques. Mi objetivo es concentrarme en explicar qué hace que el derecho sea lo que es.

Adopto el modelo inferencial como estructura conceptual descrita por Laurence y Margolis. Reconociendo que el concepto DERECHO es un complejo estructurado de otros conceptos, es decir, que mantiene una relación privilegiada con otros conceptos por medio de disposición inferencial. Por ejemplo, REGLAS y AUTORIDAD forman parte de la estructura del concepto DERECHO. Sin embargo, DERECHO puede tomar lugar sin que tener que referir necesariamente los conceptos REGLAS y AUTORIDAD, pues se espera que uno tenga cierta disposición que vincule DERECHO CON REGLAS y AUTORIDAD.

Sigo muy de cerca varios aspectos considerados en la elucidación del concepto de derecho que Hart plantea. Principalmente, el fundamento de que un sistema jurídico consiste en la concepción de una regla de reconocimiento última (RR), que da al sistema de reglas sus criterios de validez.<sup>148</sup> Entiendo que tales *criterios de validez* podrán ser distintos en cada uno de los sistemas jurídicos, sin embargo, reconozco que todos comparten como rasgo característico, contar con una RR que les permite establecer los criterios que brindan, cambian, niegan o restan, cierta calidad jurídica a las reglas. Cabe destacar que Hart, puntualmente señala lo siguiente:

*“(...) la idea de la unión de reglas primarias y secundarias, [esta característica es] una condición suficiente para aplicar a la expresión "sistema jurídico", no hemos*

---

<sup>148</sup> Hart, H. L. A., El concepto de derecho, Trad. Genaro R. Carrió, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 137.

sostenido que la palabra "derecho" tenga que ser definida en términos de dicha unión. Porque no pretendemos identificar o regular de esta manera el uso de palabras como "derecho" o "jurídico", es que este libro se ofrece como una elucidación del concepto de derecho, y no como una definición de "derecho" de la que podría naturalmente esperarse que proporcionara una regla o reglas para el uso de esas expresiones."<sup>149</sup>

Hay tres aspectos que quiero destacar sobre Hart respecto a la cita anterior, y posteriormente lo contraste con mi postura y pretensiones que persigo aquí.

- 1) La idea de unión de reglas primarias y secundarias es una condición suficiente para aplicar la expresión "sistema jurídico".
- 2) Hart no sostiene que la palabra DERECHO tenga que ser definida en razón del punto (1).
- 3) Hart no pretende identificar o regular el uso de la palabra DERECHO o JURÍDICO, ni proporcionar una regla de uso.

Frente a estos tres puntos, mis consideraciones a lo largo de este trabajo son las siguientes:

- 1) Reconozco como correcto y adopto el entendido de que la unión de reglas primarias y secundarias, son una condición para explicar la expresión sistema jurídico. Aunque no tomo posición frente al adjetivo *suficiente*. Por otro lado, me sumo en afirmar, al igual que Joseph Raz, que todo derecho, necesariamente pertenece a un sistema jurídico.<sup>150</sup>
- 2) Yo tampoco busco definir la palabra DERECHO. Parto del estatus ontológico de los conceptos como sentidos fregeanos y, de la distinción que plantea Gorovitz entre aquello que implica definir y explicar algo. De esta manera pretendo *explicar* aquello que llamamos DERECHO en virtud de algunas propiedades necesarias que lo constituyen, o dicho en términos fregeanos, respecto al sentido y referente explico aquello que llamamos DERECHO.

---

<sup>149</sup> *Ibidem*, pp. 263-264.

<sup>150</sup> Raz, Joseph, *The concept of a legal system. An introduction to the theory of legal system*, Clarendon Press, Oxford, 1980, p. ix.

- 3) Tampoco aspiro a proporcionar una regla de uso de la palabra DERECHO. Me limito a destacar elementos necesarios de su naturaleza, que hacen, distinguen y permiten explicarlo.

Sin duda alguna, el hecho de formar parte de una sociedad que cuenta con determinado sistema jurídico nos hace, por un lado, agentes sociales que forman parte de ese sistema y, por el otro, objetos jurídicos constantes del mismo en virtud de nuestras acciones. Un sistema jurídico por tanto es el marco referencial de criterios de conducta, expuestos en reglas y de las cuales se espera que la sociedad las adopte o las observe. Mi propuesta consiste en la pretensión de que toda sociedad que cuenta con un sistema jurídico que responde a las características descritas por Hart, es decir, la unión de reglas primarias y secundarias; necesariamente implica que el derecho tiene un carácter de protección. Uno de mis objetivos entonces es, explicar a qué me refiero con la afirmación de que el derecho que pertenece a un sistema jurídico -entendiendo este como la unión de reglas primarias y secundarias-, necesariamente responde a un carácter de protección.

Parto del presupuesto de que, en razón de la existencia del derecho, algunas de las acciones de las personas están protegidas jurídicamente. Es decir, hay diferentes acciones y aspectos generales de ellas, que su observancia resulta relevante en el plano jurídico, dando lugar a las reglas y directivas autoritativas. La manera en que abordo el CPD es desde un plano general. Pues afirmo que este elemento se presenta como cierto y necesario en todo aquello es llamado DERECHO.

La propuesta que ofrezco está desarrollada y distribuida en las siguientes tres secciones. La §1 es el *Punto de partido*, en donde abordo i) *Sistema jurídico entendido como la unión de reglas primarias y secundarias*, siguiendo la tesis de Hart. Después, ii) *Concepción del carácter de protección*, presento esta idea como un criterio de la existencia del derecho y la necesidad de su concepción para la creación de las reglas, así como, para la emisión de directivas autoritativas. Dejando ver que, el CPD no depende de la existencia de las reglas. Pero, tanto las directivas autoritativas como las reglas, -directa o indirectamente- sí conciben necesariamente un carácter de protección.

En la sección §2 *¿Qué entender por carácter de protección?*, me ocupo en tratar de responder a esa pregunta, a partir de los siguientes tres aspectos; i) *La idea de protección jurídica y sus alcances*, ii) *Elementos y condiciones del carácter de protección*, y, iii) *Iniciativa como condición para el carácter de protección*. En este apartado intento esclarecer la idea que hay detrás cuando afirmamos que el derecho protege nuestras acciones. Pues parto del entendido de que todas las directivas autoritativas y reglas establecidas en un sistema jurídico, constituyen acciones protegidas, y estas no podrían ser materializadas si no hay una iniciativa de por medio que las vincule a un sistema jurídico.

Finalmente, en la §3 *Reglas, autoridad y carácter de protección*, i) *Reglas jurídicas*, ii) *Concepción de autoridad como servicio*, y, iii) *Un vínculo necesario*. En ésta ultimo sección mi objetivo es describir un vínculo entre las reglas, la pretensión de autoridad y el CPD, el cual, encuentro como necesario.

## 1. PUNTO DE PARTIDA

### **1.1 Sistema jurídico entendido como la unión de reglas primarias y secundarias**

Hay dos aspectos característicos de los sistemas jurídicos que Hart destaca, el primero es el aspecto discrecional del que gozan los funcionarios al resolver cualquier aspecto de índole jurídico y, el segundo, es la característica necesaria de la textura abierta de las reglas.

*“[Por un lado, el aspecto discrecional del que gozan los funcionarios] en todo sistema jurídico, hay un importante y amplio campo abierto al ejercicio de la discreción por los tribunales y por otros funcionarios, quienes la ejercen fijando el contenido de criterios o pautas inicialmente vagos, resolviendo las incertidumbres de las leyes, o desarrollando y acondicionando las reglas que solo han sido comunicadas en forma muy general por los precedentes revestidos de autoridad. [La discrecionalidad es ejercida en función de la textura abierta de las reglas, y ésta se ve presente] en el caso de la legislación, como una característica general del lenguaje humano; la falta de certeza en la zona marginal es el precio que hay que pagar por el uso de términos clasificatorios generales en cualquier forma de comunicación relativa a cuestiones de hecho. Los lenguajes naturales —tal como el idioma inglés— muestran, cuando se los usa así, una irreducible textura abierta.”<sup>151</sup>*

Por lo anterior, encuentro que la textura abierta de las reglas es un aspecto no sólo necesario sino, además, inevitable en lo que respecta a las reglas y a cualquier decisión revestida de autoridad, es decir decisiones judiciales o legislativas. Necesario en el sentido que permite tener un mayor rango de aplicabilidad frente a las acciones de las personas. Y resulta un aspecto inevitable, dado que la regla o directiva jurídica es descrita en un lenguaje natural, y como cualquier lenguaje goza de una amplia gama de palabras que pueden ser interpretadas en función de un contexto y hechos relevantes. En esta misma línea argumentativa que adopto de Hart, él apunta lo siguiente:

---

<sup>151</sup> Hart, H. L. A., El concepto de derecho, *op. cit.*, pp. 159-169.

*“Si el mundo en que vivimos estuviera caracterizado únicamente por un número finito de notas y éstas, junto con todos los modos en que pudieran combinarse, fueran conocidas por nosotros, podríamos formular provisiones por adelantado para toda posibilidad. Podríamos elaborar reglas cuya aplicación a los casos particulares nunca exigiera una nueva elección. Todo podría ser conocido y, por ello mismo, las reglas podrían especificar por adelantado la solución para todos los problemas. Este sería un mundo adecuado para la teoría jurídica "mecánica".”<sup>152</sup>*

Se puede decir que la textura abierta es una consecuencia de la imposibilidad humana por predecir y establecer de forma finita las acciones de las personas y regularlas jurídicamente o contemplarlas en alguna directiva autoritativa. De tal forma, la textura abierta (en el lenguaje del derecho), permite tener una mayor margen sobre la aplicación de las reglas frente a hechos relativos. Consecuentemente, aunque se encontrase la manera de formular reglas detalladas para cada acción en específico, el uso del lenguaje -en la regla- necesariamente genera una textura abierta, la cual delimita la discrecionalidad de la que gozan los funcionarios sobre la aplicación de ellas.

Dicho esto, es claro que el marco normativo de los sistemas jurídicos contempla sólo unas cuantas posibilidades de variables, respecto a las acciones de las personas. Pues tanto de manera colectiva como individual, somos objeto de cambios constantes, estos pueden ser predecibles, impredecibles, determinados o indeterminados. Es por ello que, no todas las acciones (A) que puedan ser concebidas por las personas, forman parte del ordenamiento jurídico. Sin embargo, de esto no se sigue que aquellas “A” que no estén concebidas ni en un grado menor, en alguna disposición jurídica, no puedan ser objeto de consecuencias. De esta manera, mediante la concepción del CPD, se toma la iniciativa para validar o, negarle calidad jurídica a “A”. Una vez expuesta “A” (como posibilidad, no necesariamente una “A” efectuada) ante los funcionarios, permite la posibilidad de brindar o negarle estatus jurídico a “A”, en razón de la elaboración de una regla

---

<sup>152</sup> *Ibidem*, p. 160.

jurídica válida, o bien, su contemplación en una directiva autoritativa que permita entonces establecer criterios bajo los cuales esa “A” está protegida.

Si bien, el fundamento de un sistema jurídico consiste en la concepción de una regla de reconocimiento, Hart agrega que hay dos condiciones *necesarias y suficientes* mínimas para la existencia de un sistema jurídico, *i)* obediencia general de las reglas de conducta y, *ii)* aceptación de la regla de reconocimiento. Esto en el siguiente orden:

*“1.- Las reglas de conducta válidas según el criterio de validez último del sistema, tienen que ser generalmente obedecidas.*

- *Esta condición es la única que necesitan satisfacer los ciudadanos particulares: ellos pueden obedecer cada uno “por su cuenta” y por cualquier motivo; si bien en una sociedad saludable las más de las veces aceptarán realmente estas reglas como pautas o criterios comunes de conducta, y reconocerán la obligación de obedecerlas, o incluso harán remontar esta obligación a una obligación más general de respetar la constitución.*

*2.- Sus reglas de reconocimiento que especifican los criterios de validez jurídica, y sus reglas de cambio y adjudicación, tienen que ser efectivamente aceptadas por sus funcionarios como pautas o modelos públicos y comunes de conducta oficial.*

- *Esta condición tiene que ser satisfecha por los funcionarios del sistema. Ellos tienen que ver en las reglas pautas o criterios comunes de conducta oficial, y apreciar críticamente como fallas, las desviaciones propias y las ajenas.*
- *Por supuesto, también es cierto que habrá además muchas reglas primarias que se aplican a los funcionarios en su capacidad meramente personal, reglas que ellos únicamente necesitan obedecer.”<sup>153</sup>*

De lo anterior, considero que ambas condiciones -entendidas como condiciones mínimas necesarias para la existencia de un sistema jurídico-, aún con una actitud crítica frente a las reglas, es necesario concebir el CPD. Tomando en

---

<sup>153</sup> *Ibidem*, p. 145.



cuenta que a partir de ello las personas, por iniciativa, manifiestan su interés por conocer el estatus jurídico de ciertas acciones, así como el de las reglas y en general la legalidad de cualquier directiva. En virtud de que estas representan acciones protegidas por el derecho.

Sin esta *iniciativa* que tanto particulares como funcionarios ejercen, en razón de ciertas acciones, un sistema jurídico perdería su dinamismo y funcionaría mecánicamente. Esta iniciativa se funda en el CPD, porque actuamos y decidimos adoptar ciertos criterios establecidos en el sistema jurídico, en cuanto a un estado de protección que es concebido en y por el derecho.

Entiendo por *dinamismo del derecho* aquello que resulta de los siguientes tres puntos: *i)* La iniciativa de petición jurídica, ya sea de particular a particular, de particulares a funcionarios, o bien, de funcionario a funcionario. *ii)* La aptitud que tenga la sociedad para reconocer la pretensión de autoridad y consecuentemente, adoptar las reglas del sistema y directivas emitidas por la autoridad competente, como criterios de conducta individual y colectiva. Por otro lado, *iii)* la aptitud de los funcionarios para hacer frente a tales peticiones, incluyendo la observancia de la convivencia social según las reglas establecidas; su iniciativa por hacer efectivamente su aceptación respecto a la regla de reconocimiento y, pretender autoridad.

El CPD consiste, en ser el nexo entre la iniciativa y la determinación del estatus jurídico de los actos emprendidos tanto por los funcionarios, como por los individuos que forman parte del sistema. En el CPD, se funda la justificación de aquello que nos permite cuestionarnos si determinada acción “A” es jurídicamente observable bajo los estándares de las reglas primarias reconocidas en el sistema jurídico. O bien, si determinada regla “R” es válida en virtud de los criterios establecidos por la regla de reconocimiento.

De tal manera, el CPD es ese elemento en el cual apoyamos la iniciativa de pedir y ofrecer respuestas jurídicas ante cualquier controversia que ponga en duda la legalidad, licitud o estatus que justifique nuestras acciones dentro de un sistema jurídico. Estas respuestas, en ocasiones son el resultado de peticiones realizadas

desde un desconocimiento genuino sobre “A”, o bien sobre la aplicabilidad y legalidad de “R”. Precisamente a través de esa petición, apoyada en una concepción de protección y, efectuada por iniciativa, es que una persona busca certeza sobre la legalidad y justificación jurídica de “A” o bien, de “R”. En conclusión, la concepción del CPD es el nexo entre las acciones de las personas y los funcionarios, quienes emiten las resoluciones jurídicas.

Hart sostiene que la continuidad del derecho es posible gracias a las reglas que sirven de puente en la transición de un legislador a otro. Ellas, continúa, regulan la sucesión por adelantado, designando o especificando en términos generales los requisitos o condiciones para ser legislador y el modo de determinar quién lo es.<sup>154</sup> Yo encuentro que el dinamismo -que recién he explicado arriba- es lo que permite la continuidad del derecho. En otras palabras, que un conjunto de eventos que van en función del CPD, es aquello que permite la continuidad del derecho. Es decir, mediante una asignación de protección concebida y externalizada en virtud de la iniciativa de alguien, se logra materializar la regla o cualquier directiva autoritativa.

De esta manera, en la regla se establecen los términos generales para ser legislador y determinar quién lo es. Pero aquello que constituyó el aspecto previo a la creación de esa regla, no fue otra regla, sino la iniciativa de alguien en respuesta a un conjunto de hechos sociales que permite ver una acción, de importancia social e interés común para protegerla. La regla “R” es la causa de que el sujeto “S” adopte u observe “R” para realizar determinada acción “A” bajo ciertos criterios establecidos por el sistema jurídico. Tales criterios, son establecidos en razón de un hecho social, mediante el cual se considera que “A” es lo suficientemente relevante en términos jurídicos, para la sociedad.

También podemos encontrar que, debido a la iniciativa de las personas por proteger sus acciones frente a otros, o bien, protegerse a sí mismos frente a las acciones de otros, puede dar origen a una petición jurídica. Esa pretensión de verse protegidos jurídicamente, se externaliza a través de una iniciativa y esto permite un

---

<sup>154</sup> *Ibidem*, p. 67.

punto entre las acciones, que son o pueden ser objeto de una protección mediante regulación o bien, determinar su legalidad mediante una directiva. Considero que, a través de tal petición, las personas manifiestan los actos de interés comunes que procuran proteger y en vista de ello se resuelve, ya sea por una directiva o bien, por la creación de reglas. En conclusión, una vez que concebimos el CPD, surge una dinamicidad entre una iniciativa y una decisión de carácter autoritativo, lo cual permite la continuidad del derecho.

De tal manera, ubico que la descripción de Hart, refleja más un aspecto causal de la continuidad del derecho. Pues, para él, todo surge a partir de la creación de una regla. El resultado de esa regla es el vínculo que causa la regulación por adelantado de la transición de legislación. Es decir, Hart parte del siguiente supuesto: para que suceda “X” (entendida como la continuidad del derecho) se necesita que suceda “Y” (regla que establece los criterios de sucesión legislativa). Mientras que, el CPD puede ser concebido como *un* elemento constituyente de continuidad del derecho. Esto es así porque, el CPD equivale a la concepción previa, de la creación de la regla que establece los criterios de transición legislativa, y como mencioné anteriormente, permite una dinamicidad jurídica.

Dicho esto, sostengo que, para la creación de toda regla jurídica y la emisión de una directiva de carácter autoritativo, es necesario *i)* concebir la concepción de protección y con base a este, señalar una acción a proteger, *ii)* una iniciativa, mediante la cual puede resultar la creación de una regla jurídica, la emisión de una directiva con carácter obligatorio o no -porque no fue lo suficientemente relevante en términos jurídicos-, *iii)* los criterios establecidos por la regla de reconocimiento; y *iv)* el reconocimiento de la pretensión de autoridad del derecho. Como podemos dar cuenta, previo a la existencia de una regla se hace manifiesto el involucramiento genuino de alguien para iniciar tal momento de creación jurídica. En conclusión, la mera aceptación de una regla no garantiza la continuidad del derecho, si las personas no tienen la iniciativa de proteger sus acciones. Si el análisis previo es correcto, entonces el derecho protege las acciones de las personas.

## **1.2 Concepción del carácter de protección**

Los motivos por los cuales las personas conciben, acepten o adopten que las reglas son acciones protegidas, varían y no pertenecen al AC del concepto de protección. Para exponer la idea del CPD, parto de la afirmación de que todo aquello identificado como DERECHO, dentro de un sistema jurídico, necesariamente concibe dentro de sus elementos el carácter de protección. En otras palabras, el CPD es parte de la naturaleza de aquello llamado DERECHO y por tanto necesario en todos los sistemas jurídicos.

El argumento principal que gira en torno a su concepción es aquel que comprende que, si el derecho no concibe un mínimo de protección a las acciones de interés común de las personas, estas comenzarían a autoprotegerse de las acciones de otros en la medida de sus posibilidades y de acuerdo a sus propios criterios. Por esa razón, como se advirtió anteriormente en palabras de Hart, la regla de reconocimiento funge como ese criterio último estandarizado para la creación de las reglas. Las cuales, al mismo tiempo, son establecidas como pautas generales de conducta, observables frente a ciertas acciones de interés común en la sociedad.

En tal caso, cuando se irrumpe una regla, no es otra cosa que transgredir una acción protegida por el derecho. De la misma manera, si alguien está enfrentando un juicio (sin importar el área jurídica) no se le acusa por “corromper una regla”, sino que se le acusa de haber realizado u omitido una acción que estaba protegida por el derecho y está definida como una falta jurídica, sea, por ejemplo, el incumplimiento de un contrato o tráfico de drogas.

A todo esto, Brian Bix, al exponer una de las corrientes reduccionistas en teoría jurídica, parte del planteamiento de J. W. Harris, su enfoque es desarrollado en entender al derecho enteramente en términos de imposición de deberes, o excepciones de ellos.<sup>155</sup> Al respecto, coincido con el *opuesto* de este argumento. Es decir, parto que las reglas, y en general cualquier directiva autoritativa, no imponen

---

<sup>155</sup> Cfr. Bix, Brian, “Lenguaje, teoría y derecho”, *Serie de teoría jurídica y filosofía del derecho*, No. 51, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008, Kindle Loc. 831.

deberes o garantizan excepciones a estas, sino que describen una acción que es protegida jurídicamente de determinada manera. Por lo que, si tomamos en cuenta que hay diferentes aspectos y acciones que se procuran proteger en toda comunidad humana, pero solo algunas de ellas entran en el plano jurídico -mediante las reglas y directivas autoritativas-, se procura plantear de manera general, lineamientos, de los cuales se espera que el común denominador de la sociedad considere su observancia al llevar a cabo sus acciones.

De esta forma, cuando es señalado que el derecho protege, es en referencia a las acciones de las personas. A todo esto, puede saltar la siguiente pregunta ¿Qué acciones protege el derecho? pero creo que la mejor manera de aproximarnos a una respuesta es replanteando la pregunta a ¿Qué se quiere decir con la afirmación “acciones protegidas por el derecho”? En este sentido, tomo en consideración que todas las personas que se encuentran dentro de un sistema jurídico están sujetas a cierto grado de protección del y por derecho. A partir de eso, la respuesta a la pregunta depende del reconocimiento y comprensión conceptual del CPD. Si no existe tal concepción por las personas que habitan determinada sociedad, bajo determinado sistema jurídico, no se dimensiona el grado de protección que el derecho ofrece.

Bix señala que:

*“(...) en cuestiones de interpretación jurídica la sociedad debe tomar decisiones (políticas) relativas a cómo quiere gobernarse a sí misma en y a través del derecho. La naturaleza del lenguaje y del significado, por un lado, y la naturaleza de la autoridad y el derecho, por el otro, restringirán lo que puede elegirse con coherencia, lo que funcionará bien, o quizá lo que puede ser elegido y todavía recibir el nombre “ley”; pero permanecerá un margen significativo en el que la elección será tanto posible como necesaria.”<sup>156</sup>*

Siguiendo este argumento, se puede decir que la concepción del CPD queda determinada, por un lado, por la capacidad e iniciativa de las personas por conocer la licitud de sus actos y la validez de las reglas, así como en los actos de autoridad

---

<sup>156</sup> *Ibidem*, Kindle Loc. 1234-1244.

legislativos y judiciales dentro del sistema jurídico. Previo a una comprensión de la concepción de protección. En donde la elección de cada uno de ellos por actuar, al margen de las reglas jurídicas o directivas autoritativas, depende del entendido generalmente compartido de la naturaleza de las acciones. Es una cuestión de protección jurídica que a su vez comprende la pretensión de autoridad del derecho y la promulgación de reglas, su aplicación, y su interpretación conforme a su significado aparente.

De tal manera que, aquello que se quiere decir con la afirmación “acciones protegidas por el derecho” es la referencia a aquellas acciones que son identificadas en virtud de un interés común compartido por la preservación del orden y convivencia social. No necesariamente en aspectos circunstanciales de interés personal. Es un hecho coincidente el que una acción general y de interés común, satisfaga deseos y aspectos personales. Por ejemplo, el que todos se detengan al ver una señal de ALTO y yo poder cruzar de una acera a otra, satisface sin duda mi interés de poder cruzar la calle, sin embargo, hay razones más fuertes para la constitución de tal regla, por ejemplo, preservar el orden vial y permitir un grado considerable de seguridad de que las personas tomarán en cuenta el señalamiento.

De lo anterior no se sigue, por ejemplo, que para mí una acción importante a observar es que al llegar a mi área de trabajo diga “buenos días” a mis compañeros, que si bien, sí puede tener alcances en la armonía y en el ambiente laboral, no es del tipo de acción que puede entrar en la categoría que el derecho protege, porque sus alcances son mínimos en la esfera jurídica, y no altera ni atenta contra la integridad social ni la preservación del orden público. Además, que, el hecho de que yo lo manifieste no tiene ningún carácter autoritativo, pues yo no represento ningún tipo de autoridad práctica legítima, de la manera en que lo hace el derecho. Este tema de AUTORIDAD es atendido en la sección tres de este capítulo.

No se trata de una clasificación de actos que se pueden y que no se pueden hacer, esta afirmación sería tanto como la crítica que plantea Hart respecto al entendimiento de las reglas como obligaciones. Ciertamente hay una clasificación de una serie de actos consagrados en decisiones legislativas y judiciales, las cuales

sirven como parámetros de conducta social e institucionales. Hay un par de acciones que son generalmente conocidas o predecibles por el común de la sociedad. ¿Es acaso la generalidad conocida por las personas sobre esa acción, lo que la hace una acción relevante y por ende protegida por el derecho? Sería demasiado peligroso la aseveración a esa pregunta. Sin embargo, nos permite aproximarnos a la idea de que, idealmente se esperaría que “X” acción sea conocida por un gran número de personas, para poder ser protegida por el derecho. Pero, limitar a esto su ubicación y determinación, sería el equivalente a decir que todas las plantas para ser plantas tienen que tener hojas. Sabemos que es cierto, que todas las plantas presentan hojas, pero esto es una característica circunstancial y temporal, que no necesariamente define aquello que es una planta. Es decir, no es algo que de forma suficiente nos permita distinguirla y caracterizarla.

De tal manera, extendiendo la idea a que una acción protegida por el derecho además de ser una acción generalmente conocida, hay *i)* un interés común y reconocimiento tácito sobre la relevancia de “X” acción para preservar el orden y convivencia social y; *ii)* reconocimiento y aceptación a los actos de autoridad. Es decir, a la pretensión de autoridad. Las acciones que conocemos y como las conocemos ahora, se pueden ver afectadas por varios factores ajenos a las decisiones conscientes de las personas. Sin embargo, la adaptabilidad a esos cambios genera mutación en esas acciones o el surgimiento de una nueva cosmovisión de ciertas acciones, a acciones genuinamente nuevas en la sociedad. Este tipo de cambios es algo de lo que ninguna sociedad puede escapar.

El que se emita una directiva autoritativa o exista una regla jurídica, es sólo un indicativo de que el tipo de acción o acciones que entran en el margen de ellas, son protegidas por el derecho. Por ello, es factible afirmar que ningún sistema jurídico está exento de contar con lo siguiente:

- i)* Reglas y directivas autoritativas que *claramente* establecen: determinadas relaciones, facultades, deberes u obligaciones jurídicas.

- ii) Casos, en que la vaguedad y obscuridad de las reglas<sup>157</sup> es latente, generando cierta *incertidumbre* tanto para los individuos como para los funcionarios. Para los individuos, al momento de apegarse a la regla jurídica, adoptándola u observándola como criterio de conducta y actuando conforme a ésta. Y para los funcionarios, que vigilan que las reglas sean correctamente obedecidas o adoptadas; cuando se apegan a la regla al momento de resolver una controversia -sea la regla que los faculta o, sea la regla a partir de la cual se resuelve la controversia-. O bien, al crear, modificar, interpretar o anular reglas del sistema.
- iii) Casos en que exista *ausencia* de alguna regla o directiva autoritativa sobre alguna acción humana, sea esta, una acción social o institucional.

Recapitulando, en todo sistema jurídico existen directivas autoritativas y reglas claras, inciertas o; ausencia de ellas. Hay ausencia, cuando no hay una directiva que haga alusión a ella, o bien, no hay regla válida en el sistema a partir de la cual se pueda resolver la controversia como resultado de alguna acción humana que rompe con un paradigma jurídico. Es decir, que no puede ser resuelto con ninguna regla válida existente, aun considerando la textura abierta de ellas y la discrecionalidad de los jueces al interpretarlas. Porque tal controversia es resultado de una acción que no había salido a la luz para ser resuelta o atendida jurídicamente.

De tal forma, no hay regla capaz de hacer frente a tales hechos aún con la textura abierta que permite el lenguaje que describe la regla. Este rompimiento de paradigma puede suponer por parte de la autoridad competente, que resuelva, ya sea, regulando tal acción adhiriéndola al sistema normativo, o bien, concluyendo que este tipo de acción no es lo suficientemente relevante para ser protegida por el

---

<sup>157</sup> Hago uso indistinto del término regla y norma.



derecho y, por ende, no hay necesidad de incorporarla en ninguna regla o directiva autoritativa.

Sin embargo, habrá situaciones en que la autoridad competente se vea superada y no pueda contemplar todos los posibles casos hipotéticos sobre las acciones, ni de los particulares ni de los funcionarios. Pero esto no significa que, si surge alguna controversia previa a la existencia de un precepto jurídico que lo va a regular, no pueda ser resuelta por la autoridad competente mediante una directiva jurídica. Por otro lado, el CPD se ve reflejado cuando, aun sin tener la certeza de que determinada situación, pueda ser resuelta o no jurídicamente, o tenga alcances jurídicos. Las personas cuentan con esa facultad de solicitar respuestas, presentado ante los funcionarios los hechos en cuestión.

La concepción del CPD no implica el entendido de una inmunidad a los hechos sociales, no es tampoco pensar en una protección paternalista que va a velar por nuestros deseos o intereses personales. No es tampoco pensar que cualquier acción de las personas tiene alcances jurídicos. Si bien, cada sistema jurídico cuenta con su propio procedimiento para la creación, modificación o eliminación de reglas, el actuar de los funcionarios en cada una de esas etapas concibe el carácter de protección. Con base al cual pretenden emitir sus directivas. Porque, tanto resuelven en razón de acciones protegidas -las cuales están determinadas por las reglas-, como también aquello que es resultado de su labor -decisiones con carácter autoritativo-, son concebidas como acciones protegidas por el derecho.

El CPD por tanto es, esa calidad sobre la cual está desarrollado y descansa todo sistema jurídico. Porque, sin importar el estatus de la situación que se intenta esclarecer o de la cual se tiene desconocimiento, este es el punto de partida que permite tener certeza sobre ello y a partir de esa certeza uno decide como actuar ante tales hechos. De tal manera, considero que el CPD se encuentra intrínseco en el derecho y se ve reflejado en las directivas autoritativas. Veámoslo de la siguiente manera, en un barco las decisiones o directivas emitidas por el Capitán, son consideradas con carácter autoritativo. El resto de la tripulación está conformado

por marineros, cocineros, médicos, etc. Todos ellos conocen el protocolo de seguridad, primeros auxilios, y demás reglas a bordo.

Si uno de los miembros, de la tripulación “Marinero A”, analiza críticamente una situación “X”, la cual muestra una serie de características lo suficientemente relevantes para concebir la idea de protegerse ante tales hechos que están aconteciendo en razón del actuar de otros tripulantes, y esto no coincide con nada contemplado en el manual de reglas a bordo, ni a nada que él haya presenciado antes. Por lo que, “Marinero A” deduce un inminente peligro que pone en riesgo la preservación del orden dentro del barco, no sólo para él sino para toda la tropa.

Esa conclusión a la que “Marinero A” llega, es porque concibe una concepción de protección con alcance general, sobre una acción de interés común. Por otro lado, de nada va a servir que “Marinero A” llegue a esa lógica sobre “X” si no tiene la *iniciativa* de comunicárselo al Capitán, para que este tome las medidas que considere necesarias. Ya sea para evitar que acontezca, o para saber cómo afrontarlo una vez que esto suceda. Por lo tanto, para que -tomando en cuenta que toda decisión emitida por el Capitán es de carácter autoritativo- exista el establecimiento de una disposición que indique cómo “X” está protegida, tiene que haber un dinamismo entre “Marinero A” y el Capitán, pues se espera que aquel le haga saber “X” a este último. Consecuentemente, esto permite la emisión de una directiva autoritativa que establezca los lineamientos de “X”.

De lo anterior, ¿Qué es lo que permite que el Capitán tome medidas? Que “Marinero A” le haga saber lo que está sucediendo. ¿De qué se vale “Marinero A” para informarle al Capitán? De *i)* concebir una concepción de protección con un alcance general, es decir que su impacto no solo afectaría a él, sino posiblemente también al resto de la tripulación, y *ii)* reconocer que las decisiones del Capitán son autoritativas. De tal manera, la concepción del CPD permite tener la *iniciativa* para protegernos -sin importar el papel que ocupemos en la situación generada- sobre las acciones de las personas y hechos que afectan a estas.

Finalmente, habiendo analizado los fundamentos y características mínimas de un sistema jurídico, con base en los argumentos de Hart, estamos en posición

de inferir lo siguiente: cuando el estatus de una regla jurídica es cuestionado a partir del marco de referencia del sistema jurídico al que pertenece, sea por funcionarios o por particulares, es en virtud de una concepción del CPD, en función de aquellas acciones que son de interés común y lo suficientemente relevantes para la preservación del orden y convivencia social. Tal protección se materializa en decisiones judiciales y legislativas. Una vez concebida la idea de protección sobre las acciones de las personas en el plano jurídico, por iniciativa, ya resulta factible decir en términos de Hart, que una persona observa o usa una regla jurídica ya sea desde el punto de vista interno (PVI) o, desde el punto de vista externo (PVE), con independencia de sus razones.

Incluso al hacer uso de la regla de reconocimiento, hay que tener la *iniciativa* de apegarse a los criterios establecidos en ella. Pues, si no hay iniciativa por querer aplicar y conocer la regla, estamos fuera del margen mínimo necesario para el dinamismo de un sistema jurídico. La manera en cómo los particulares observan o adoptan las reglas, tanto en un aspecto individual como colectivo; de la misma manera, la pretensión de autoridad del derecho se funda en el CPD. Pues el derecho pretende autoridad en razón de una estabilización de protección global, y por global quiero decir, a la sociedad e instituciones que forman parte del sistema en cuestión. En otras palabras, el derecho pretende autoridad para proteger las acciones de las personas.

Previo incluso a una pretensión de autoridad, es necesario cuestionarnos en dónde estamos parados y con qué contamos para tal propósito. Dicho escenario nos exige procurar una protección para poder actuar y ofrecer reglas, así como directivas autoritativas que forman parte de la estructura del sistema jurídico. En conclusión, como lo mencioné al inicio del este apartado, cada sistema jurídico determinará los criterios para la identificación de sus propias reglas. Hasta este punto podemos dar cuenta que el derecho, no consiste únicamente en reglas, o en pretender autoridad. Sino que también consiste, en la protección de las acciones de las personas.

## 2. ¿QUÉ ENTENDER POR CARÁCTER DE PROTECCIÓN?

### **2.1 La idea de protección del derecho y sus alcances**

Ninguna acción protegida es inmune a ser reexaminada. Existe una relación de las personas con el derecho, el cual puede ser descrito a partir del carácter de protección, porque de su concepción, emana la iniciativa tanto de funcionarios como particulares por observar o adoptar las directivas autoritativas o reglas jurídicas. El tipo de acciones a las cuales protege el derecho, son aquellas que son descubiertas por la razón, atendiendo hechos sociales y son de interés común porque permiten la preservación integral del orden y convivencia social.

El término PROTECCIÓN es aplicado en el sentido de atender intereses sociales y vitales. No es un elemento de inmunidad a las acciones de las personas. De tal forma que el enunciado: “X” acción está protegida jurídicamente, implica:

- (i) Que “X” es lo suficientemente relevante en el plano jurídico, es un hecho social, atiende un interés común, y permite la preservación integral del orden y convivencial social.
- (ii) El reconocimiento de pretensión de autoridad y la existencia de un precepto jurídico que delimita la forma en que “X”, está protegida.
- (iii) La iniciativa de observar o adoptar efectivamente “X” para actuar conforme a esta.

Es importante aclarar y, como se puede ver en el desglose anterior, que el carácter de protección y directivas o reglas, son aspectos distintos en el derecho. Una acción protegida, puede ser considerada dentro de una categoría de regla, cuando aquella resulta lo suficientemente relevante para el derecho. En este sentido, tal acción logra ser protegida por el derecho, porque es conveniente y necesario tener claridad sobre la licitud y legalidad que a “X” acción puede aplicar.

No se trata de proteger -necesariamente- acciones que transgredan intereses o ideales morales. Lo que quiero decir es que, de aquello no se sigue que la justificación de origen de una acción protegida, se atribuya necesariamente a la

observancia de hechos morales. Con esto, no niego que pueda existir coincidencia entre aquellas acciones protegidas jurídicamente y aspectos de carácter moral. Pero es importante destacar que el CPD al ser un elemento necesario del derecho, en donde sea que exista un sistema jurídico, este no depende de hechos morales, sino de hechos sociales únicamente. En ese sentido, el CPD es la brecha que aproxima tanto a particulares como funcionarios a observar “X” tipo de acciones en términos jurídicos. Por supuesto que, en cada sociedad, las acciones protegidas por el derecho pueden reflejar aspectos morales, pero esto es una cuestión contingente, que atiende al contenido del derecho en lo particular por sistema jurídico y esto, no necesariamente ayuda a explicar aquello que hace al derecho lo que es.

Otra cosa que hay que distinguir es que, el CPD se hace patente de forma material por medio de las directivas autoritativas y reglas jurídicas. Cuando una acción derivada del ejercicio u omisión de las personas es protegida por el derecho, a partir de este momento, tal regulación se va ampliando o modificando de la misma manera que la propia concepción del CPD. Consecuentemente, el carácter de protección es manifiesto y representado para todos de la misma manera. Esta característica del derecho es y seguiría siendo la misma en el entendido de que todo sistema jurídico protege las acciones de las personas. Es factible pensar que, no toda la gente dimensiona o aspira a las mismas cosas, al mismo tipo o grado de protección, pero todos tienen la habilidad de concebir la protección de sus acciones mediante el derecho y, se espera que tengan una actitud crítica frente al sistema y la iniciativa para observar o adoptar críticamente las reglas y directivas.

La forma en que nos afecta o tiene un impacto sobre la vida individual de cada persona, posiblemente no sea percibido ni justificado bajo los mismos estándares de valor, ni en términos individuales ni colectivos. Pero no es mi interés involucrarme en esta discusión, en tanto que no busco justificar el CPD con juicios de bueno-malo, justo-injusto o en términos morales. Ya que esto requeriría otro enfoque y apelar a otro tipo de argumentos que no utilizo aquí. Dado que, el CPD está intrínseco a la propia existencia del derecho, -es decir, que el derecho no puede dejar de tener tal característica- no se puede renunciar a él. Por otro lado, su

concepción no depende del reconocimiento ni contemplación en algún precepto jurídico. Pues si bien, está representado materialmente en el conjunto de directivas autoritativas y reglas de un sistema jurídico, no se encuentra limitado a esto.

Ahora bien, si tuviese una calidad restrictiva, o más bien, si el CPD se pudiese restringir, sería en razón de las acciones de las personas, pues a partir de ellas se va precisando nuestra propia concepción de protección y, por ende, nuevas fronteras jurídicas que establecen parámetros y estándares de conducta, que se espera que las personas observen o adopten para su actuar. El CPD por lo tanto es el punto limítrofe entre los funcionarios, el reconocimiento de pretensión de autoridad y el actuar de las personas.

Entonces, ¿Si no existe directiva autoritativa o regla jurídica, no hay tal cosa como el CPD? La respuesta es no. Precisamente, como lo mencioné arriba, su existencia estriba en la propia existencia del derecho. Es el vínculo entre las acciones humanas, peticiones a la autoridad competente, directivas y reglas emitidas por esta, y el reconocimiento de su carácter autoritativo. Consecuentemente, encuentro una relación necesaria entre reglas, pretensión de autoridad y carácter de protección, el cual desarrollo en la parte final de este capítulo.

Ahora bien, a partir del CPD, por un lado, las personas, *pretenden* tener certeza jurídica sobre ciertas acciones y conocer el estatus de reglas, por otro, los funcionarios determinan el margen de protección de las acciones. Todas las acciones de las personas (físicas o morales) pueden ser ejercidas u omitidos, y ambas formas se pueden llevar a cabo de manera activa o pasiva. Es decir, se puede ejercer u omitir una acción tanto de manera activa, como pasiva. Que por activo entiendo todo aquello que sea ejercido u omitido por una persona de forma consciente, mientras que el verse afectado por la acción u omisión activa de otro, o bien, el hacer algo inconscientemente representa la forma pasiva. Por ejemplo:

1. Respiro inhalando aire por la nariz o boca (**Acción activa**, soy yo quien está llevando a cabo la acción de respirar).

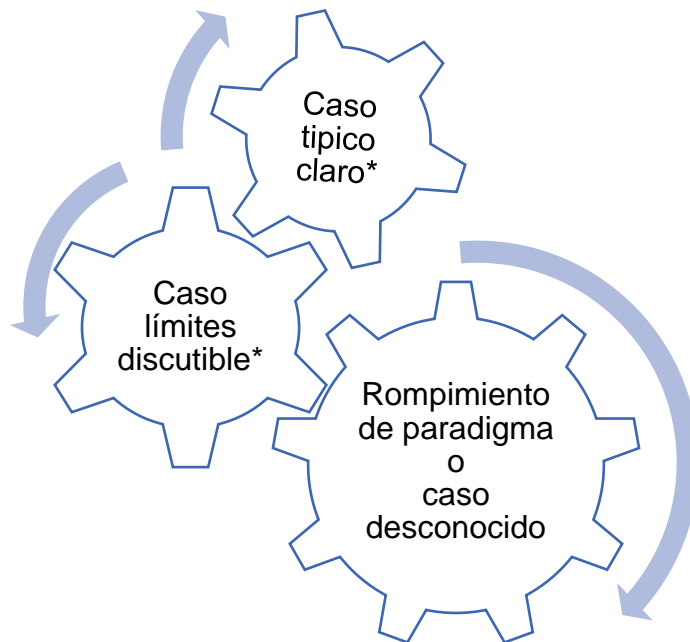
2. A consecuencia de un bloqueo en mis vías respiratorias, recibo respiración artificial. (**Acción pasiva**, mediante una acción no efectuada por mí, recibo respiración).
3. Contengo la respiración cuando me sumerjo en la alberca. (**Omisión activa**, soy yo quien decide no llevar a cabo la acción de respirar).
4. Alguien me cubre nariz y boca impidiéndome respirar (**Omisión pasiva**, no soy yo quien está decidiendo omitir la acción de respirar).

De lo anterior, se puede ver que cualquier tipo de acción (A) efectuada u omitida, refleja un resultado positivo o negativo, tanto para el agente que ejerció la “A” como para el agente al cual el resultado de “A” terminó afectándolo. Que cuando digo “afecta” no me manifiesto de ninguna manera con calificativos de bueno o malo. Es simplemente que, las acciones emprendidas por cualquier agente, necesariamente tienen ciertos efectos, los cuales no pueden ser estandarizados, podemos llamarlos consecuencias jurídicas, pero si lo hacemos de esta manera, se sigue que toda acción humana tiene resultados jurídicos, lo cual es falso. Puesto que, no todas las “A” tienen efectos jurídicos. En este sentido, el CPD se ve manifiesto en la medida en que alguien por iniciativa solicita la observación de “A”, -entendida esta como la acción en controversia- ante la autoridad competente para que esta deleve el estatus jurídico de “A”, a través de una declaración jurídica.

Partiendo de la distinción que Hart hace entre casos típicos claros y casos límites discutibles<sup>158</sup> considero que hay otra posibilidad que se está dejando de observar y es el extremo de los casos difíciles, que llamo “rompimiento de paradigma” o “caso desconocido”, que no necesariamente es un caso marginal o limite discutible, como lo podría ubicar Hart. La variedad de casos a los que una persona se puede enfrentar dentro de un sistema jurídico (sea persona física o moral) los ubico de la siguiente manera:

---

<sup>158</sup> Hart, H. L. A., El concepto de derecho, *op. cit.*, p. 5.



Con independencia a los hechos que desencadena aquello que será ubicado como caso fácil, difícil o rompimiento de paradigma (caso desconocido), el carácter de protección es el punto de partida que permite cuestionarnos tal ubicación. Dado que, a partir de este, las personas y funcionarios toman la iniciativa y llaman la atención para que “A” sea observada y determinar su ubicación en una de las tres categorías mencionadas (caso fácil, discutible, desconocido).

Por otro lado, el hecho de que exista desconocimiento remoto sobre el estatus jurídico de “A”, no implica necesariamente que sea un rompimiento de paradigma o caso desconocido. El ejercicio de los funcionarios y su discrecionalidad determinará eso, pues puede que “A” sea aquello que Hart denomina caso marginal y, gracias a la textura abierta que caracteriza a las reglas jurídicas, “A” sea resuelta. Sin embargo, indagar a profundidad este aspecto, corresponde a un estudio dirigido más bien en responder ¿Cómo resuelve el derecho?, pregunta que no me ocupó en desarrollar aquí.

He mencionado anteriormente, que el CPD está materializado en las reglas jurídicas y en las directivas autoritativas. También he dicho que este tiene que ser



entendido como un elemento necesario del derecho y que mediante la iniciativa de las personas y los funcionarios -por conocer sobre naturaleza jurídica de sus acciones-, se puede decir que éste es ejercido. Menciono esto porque, en Raz, podemos encontrar el siguiente argumento que va muy emparejado a esta idea final:

*“[El derecho] pretende que la existencia de normas jurídicas sea una razón de la conducta obediente. (...) La manera de interpretar el hecho de que la obediencia es requerida, aun en ausencia de otras razones, para ello es que el propio derecho se presenta como tal razón. No importa si la conformidad es motivada por el reconocimiento de tal pretensión. Lo que importa es la naturaleza de tal pretensión.”*<sup>159</sup>

Hart, por su cuenta destaca el aspecto interno de las reglas como una característica que distingue a las reglas sociales de los meros hábitos:<sup>160</sup>

*“(...) para que exista una regla social por lo menos algunos tienen que ver en la conducta de que se trata, una pauta o criterio general de comportamiento a ser seguido por el grupo como un todo. Además del aspecto externo que comparte con un hábito social y que consiste en la conducta regular uniforme que un observador puede registrar, toda regla social tiene un aspecto "interno".”*

Ahora bien, de lo anterior tenemos por un lado que, para Raz, el derecho se presenta como una razón para actuar. En el entendido de que las razones se utilizan para guiar el comportamiento, y las personas deben guiarse por lo que es el caso, no por lo que creen que es el caso.<sup>161</sup> En este sentido, si tomamos en cuenta que el CPD se encuentra intrínseco al derecho y no consiste necesariamente en justificar las acciones de las personas con base a sus deseos o pretensiones morales. Sino a aquellas acciones que se perciben como lógicamente necesarias y de interés común, que sirven para preservar el orden social. De esto se sigue que, si las razones guían el comportamiento de las personas, lo guían en virtud de que estas

---

<sup>159</sup> Raz, Joseph, La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral, Trad. Rolando Tamayo y Salmorán, UNAM, México, 1985, p. 47.

<sup>160</sup> Hart, H. L. A., El concepto de derecho, *op. cit.*, pp.70-71.

<sup>161</sup> Raz, Joseph, Practical reason and norms, Oxford University Press, Oxford, 1999, p. 17.

consisten en acciones protegidas. Además, para que una persona (P) sea guiada por una razón (R) tenemos que:

- (1) *P* necesita conocer la existencia de *R*.
- (2) *P* debe tener iniciativa para actuar conforme a *R*.
- (3) Para que suceda *R* primero se concibe el CPD, para determinar qué acción se protegerá en *R*. Después sucede *R*.
- (4) Por lo tanto, *R* es una acción protegida.
- (5) *P* quiere protegerse de *X*.
- (6) *R* contempla cómo sí y cómo no *X*.
- (7) Por lo tanto, *P* se guía conforme a *R*.

La clave de este argumento cae en la especificación de las propiedades de la premisa (3). Esto es así porque, además de determinar la plausibilidad de la premisa (3), esas propiedades determinan la plausibilidad de la premisa (4), y la premisa (4) es en donde el reclamo principal acerca de la naturaleza del derecho es defendido. La premisa (4) toma como cierto que el derecho son razones para las acciones, pero para que suceda (4) debe de suceder (3). Por lo tanto, la premisa (3) es cierta y de esto se sigue que el CPD es una propiedad necesaria del derecho.

Por otro lado, si la característica que distingue a las reglas de los hábitos, en términos de Hart, es el aspecto interno; es importante mencionar la distinción que Hart hace respecto a lo que él llama el punto de vista interno (PVI) y el punto de vista externo (PVE). El PVI es aquel que observan quienes no se limitan a registrar y predecir la conducta que se adecúa a las reglas, sino que usan las reglas como criterios o pautas para valorar su conducta y la de los demás.<sup>162</sup> Mientras que el PVE se satisface simplemente con registrar las regularidades de conducta observables en que parcialmente consiste la conformidad con las reglas, y aquellas regularidades adicionales, en la forma de reacción hostil, reprobaciones, o castigos, que enfrentan a las desviaciones.<sup>163</sup> Hace énfasis en que el PVI es aquel que siguen quienes usan las reglas como criterios o pautas para valorar su conducta y la de los

---

<sup>162</sup> Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, *op. cit.*, p. 122.

<sup>163</sup> *Ibidem*, p. 11.

demás. Y desde el PVE, el observador -aparentemente- no acepta la RR, pero reconoce que otros sí la aceptan. De ello me planteo los siguientes supuestos:

- (i) Sujeto 1 (S1), desconoce la existencia de la regla “X”, sin embargo, “X” forma parte del criterio o de la gama de pautas que S1 toma en cuenta para valorar su conducta y la de los demás, desconociendo que “X” es una regla jurídica.
- (ii) Sujeto 2 (S2), se encuentra en medio de una situación en la que jamás había estado, y la que aparentemente, los tribunales jamás habían enfrentado ni resuelto algo similar. Básicamente, tanto S2 como los tribunales están frente al rompimiento de un paradigma social y jurídico, o un caso desconocido.
- (iii) Sujeto 3 (S3), es un inmigrante, quien procura estar al tanto de los cambios jurídicos en los que encuadra su calidad migratoria. S3 es nacido en el país “Y”, emigró y radica actualmente en país “Z”.  
Todos aquellos que tengan nacionalidad “Y” y radiquen en el país “Z”, anualmente tienen que demostrar a país “Z”, una serie de requisitos para poder continuar residiendo en país “Z”, de forma regular.
- (iv) Sujeto 4 (S4), por otro lado, es un migrante irregular, trabaja en el mismo país que S3, “Z”. La diferencia es que S4 no cuenta con documentación para residir, ni con permiso para trabajar en país “Z”. Aun así, S4 adopta las reglas del sistema jurídico del país “Z”, como pautas de conducta para encausar su vida.
- (v) Sujeto 5 (S5), está en país “Z”, de manera regular, es decir, cuenta con la documentación necesaria para radicar en “Z”. Sin embargo, S5, comienza a trabajar en país “Z”, y no cuenta con permiso para ello. El jefe de S5 le pide a este que trabaje doble turno por una semana. Sin embargo, no le paga doble jornada ni horas extras. S5 decide no accionar en tomar las medidas y recursos jurídicos necesarios ante un juez, para que le paguen los turnos extras que trabajó.

En los cinco supuestos anteriores podemos dar cuenta de un desacuerdo entre el PVI y el PVE que recién hemos explicado de Hart. Si partimos del hecho de que los cinco sujetos, observan las reglas del sistema desde el PVI, como consecuencia de su calidad jurídica, se encuentran limitados a actuar usando esas reglas como criterios de conducta. Y, el que no actúen con base a ellas, no significa -necesariamente- que observan las reglas desde el PVE. Sin importar las razones por las cuales observan o adoptan las reglas, ellos por iniciativa están tomando una decisión, ya sea de hacer o no hacer algo respecto a la o las reglas. Es decir, los cinco sujetos, bajo su propio criterio y en virtud de sus intereses, decidirán qué acciones emprender. Por lo tanto, que los cinco sujetos, por iniciativa, omitan actuar o actúen conforme a las reglas que posiblemente les son aplicadas, ello no le quita el carácter de protección comprendido en tales reglas.

Quienes usan las reglas desde el PVI, manifiestan así su propia aceptación hacia ellas en cuanto reglas orientadoras, y esta *actitud*, continúa Hart, trae aparejada un vocabulario característico del punto de vista externo.<sup>164</sup> De ello además concluyo que, para poder identificar una determinada regla, o bien, conocer el estatus jurídica de una de ellas, previo se requiere una iniciativa para poder llegar a ese punto de interés y de identificación de una regla del sistema. Sí, apoyados y siguiendo la RR, mi intención jamás es restarle importancia a la RR. Pues al igual que Hart, encuentro en esta regla, aquello que le brinda el estatus de regla jurídica a otras; por lo que, mi propósito es simplemente esclarecer que, para poder llegar a tal punto, es necesario concebir el carácter de protección del cual emergieron ellas.

Una vez que se concibe el carácter de protección, se genera una consciencia paralelamente o de forma secundaria frente a las reglas, y luego entonces se desarrolla un juicio personal de cómo observarlas, sea desde el PVE o desde el PVI, y nada de esto es posible si no hay una iniciativa para llegar a tal punto. En tanto que, para poder identificar incluso la RR, hubo un interés genuino previo de hacerlo,

---

<sup>164</sup> *Ibidem*, p. 128. Énfasis mío.

independientemente de aquello que motiva tal interés, todo se reduce a una iniciativa.

En conclusión, tanto el PVI y en el PVE que describe Hart, en ambos, el CPD puede ser visto como el aspecto a partir del cual nos cuestionamos si “X” acción está regulada, o sobre la validez de determinada regla. Insisto, sin importar la postura que tengamos frente a las reglas -PVI o PVE-. Entonces, ¿Las personas actúan en función de las reglas jurídicas para protegerse o pretenden proteger sus actos en función del derecho? ¿Se protegen para actuar o llevan a cabo una acción para protegerse? ¿Llevan a cabo “X” hasta entonces “X” sea protegida jurídicamente? Lo cual significa que “X” sea contemplada en una directiva autoritativa. Dado que vivimos en sociedades con sistemas jurídicos establecidos, y existe una cooperación -voluntaria o no voluntario- de adoptar como criterio de conducta general las reglas y directivas autoritativas que lo conforman, actuamos a partir de lo protegido y con ello buscamos protegernos y proteger nuestros actos. O responder esto, sería tanto como querer responder a ¿por qué las personas observan el derecho? Pregunta que no desarrollo en este trabajo.

## ***2.2 Elementos y condiciones del carácter de protección***

EL CPD funciona en razón de: *i)* la concepción de protección y, un criterio reflexivo sobre acciones, reglas y directivas autoritativas; y *ii)* la iniciativa de las personas. Aquello mediante lo cual se efectúa el carácter de protección es la iniciativa, tanto por parte de los particulares como los funcionarios. Por supuesto que existen muchos tipos de iniciativa, pero aquí particularmente por iniciativa entiendo aquella actitud que se tiene frente al derecho y particularmente sobre las acciones con connotaciones de alcance general, interés común y se presume que tendrá efectos en el entorno social. Mas allá de estar de acuerdo o no en la manera en que el CPD permite la materialización de las reglas y directivas, el aspecto relevante es, el vínculo inmediato que pretende entre tener certeza jurídica sobre las propias reglas, directivas autoritativas y acciones en general.

Por ejemplo, la pretensión de que el artículo 6 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos<sup>165</sup> proteja la acción a manifestar las ideas bajo ciertos criterios, no hace alusión a que esto sea bueno o malo desde el punto de vista moral, tampoco responde a si tal regla es justa o injusta. Simplemente se hace patente que la acción a manifestar ideas es protegida por el derecho, los criterios observables se encuentran establecidos en la regla, misma que le da estatus de derecho válido. Así, todo sistema jurídico concibe de una manera u otra el CPD. Esto es un hecho y es formulado por quienes tienen la iniciativa de cuestionar el estatus jurídico tanto de sus acciones o las de otros; así como, de las directivas autoritativas y reglas que comprenden el sistema jurídico. Este aspecto trasciende a la decisión de adoptar o no a las mismas.

Para poder señalar que una acción está protegida por el derecho dos elementos son necesarios y además tiene que suceder una condición. Los elementos dos son *i)* una acción, esta puede ser entendida como una acción ya efectuada o bien, una hipótesis de esta. La acción atiende hechos sociales únicamente y es lo suficientemente relevante para preservar la continuidad del orden y convivencia social. Por lo tanto, tiene que ser de interés común; y *ii)* la legalidad de la acción. Esta acción se considera jurídicamente protegida, cuando es contemplada en una directiva autoritativa o regla jurídica. Consecuentemente, se reconoce la pretensión de autoridad. Por otro lado, la condición que necesariamente tiene que suceder es la iniciativa de las personas (tanto de funcionarios como de particulares), entendida como una actitud frente al derecho. Sólo a través de esta se logra la materialización del CPD.

➤ *Acciones de interés común social y su legalidad*

Las personas, individualmente pueden concebir aquello que quieren proteger, ya sea para zacear un deseo, cumplir una meta, u otros aspectos personales. Pero, hay aspectos que sobrepasan la esfera de lo personal y destacan genuinamente como aquello que permite la preservación integral del orden y

---

<sup>165</sup> Cfr. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Artículo 6, en <https://bit.ly/2SZFHF5> (Consultado en 2020).

convivencia en la sociedad. Ciertamente habrá personas que no se interesen en adoptar las reglas o directivas, de las cuales se espera que sean las menos. De tal manera que, en más de una ocasión, las personas pueden coincidir en que determinada acción es lo suficientemente relevante, pues comparten un interés común. Diferirán en cómo esa acción debe ser protegida por el derecho, es por ello que resulta necesario organizarlas y determinar cómo estas serán observadas (en términos generales) mediante las directivas o reglas declaradas por los funcionarios.

Me refiero a actos de interés común bajo la esfera del derecho, que muestran determinados hechos sociales y sirven un propósito relevante para preservar la integración del orden y convivencia social. El hecho de que no consideremos una acción (A), o una variable de esa "A", no implica que no pueda ser posible esa "A". La formalidad de un contrato, por ejemplo, es una acción protegida jurídicamente, y es expresada mediante la manifestación de voluntad de las partes. Dicho de otra manera, es un acto de voluntad protegido jurídicamente. En una línea muy similar, los funcionarios al interpretar las reglas, por ejemplo, interpretan acciones protegidas. Es un acto de voluntad que los funcionarios establezcan, por iniciativa, estándares de conducta que protegen el entorno social, pues en determinados contextos direccionan la vida de las personas.

Dado que el CPD se ve materializado en toda directiva autoritativa, se sigue que toda directiva contempla un grado de protección sobre una acción, en términos jurídicos. Es factible creer que todos tenemos distintas razones para actuar y posiblemente los resultados obtenidos los percibimos de distinta manera. Algunos cooperaran efectivamente conforme a las reglas y directivas en una sociedad y otros no. Pero nada de esto último concibe la concepción del CPD.

De todo lo anterior, al respecto encuentro algo muy similar en Hart:

*"Mediante la aplicación de estándares de cuidado razonable se trata de asegurar (1) que se tomen precauciones que eviten un daño sustancial, y (2) que esas precauciones sean tales que el peso de ellas no implique un sacrificio demasiado grande de otros intereses respetables. (...) La consideración de estas dos técnicas pone de relieve las características de aquellas amplias áreas de conducta que son*

*satisfactoriamente controladas ab initio no mediante un estándar variable sino mediante reglas, que exigen acciones específicas y que sólo presentan una periferia de textura abierta. Esas áreas están caracterizadas por el hecho de que ciertas acciones, sucesos o estados de cosas distinguibles, tienen tal importancia práctica para nosotros, como cosas a evitar o a provocar, que muy pocas circunstancias concomitantes nos inclinan a considerarlas de modo diferente.”*<sup>166</sup>

En conclusión y contrastando mi argumento con el de Hart, considero que las acciones protegidas por el derecho son de importancia práctica. Y una vez que las acciones son contempladas jurídicamente, las personas deciden tomarlas en cuenta o no para encaminar su vida.

➤ *Sobre el interés común*

Jeremy Waldron, en “*Communal goods as human rights*”<sup>167</sup> habla de bienes individuales y bienes no individuales, partiendo de la premisa de que existen tres categorías de derechos: derechos de primera, segunda y tercera generación.<sup>168</sup> En donde, en esta última categoría de derechos, desarrolla una discusión respecto a lo que denomina “bienes comunales”.<sup>169</sup> Señalando lo siguiente:

*“(…) la visión familiar de que los derechos de primera generación son puramente individualistas, ya sea en su contenido o en su aplicación, no es en general cierta. Lo que sí es cierto es que estos derechos protegen intereses (en propiedad, seguridad o lo que sea), o intereses en participar en igualdad de condiciones con los demás en la vida pública. Si bien, todos apelan a la acción colectiva, y si bien, algunos de ellos ayudan a constituir una vida colectiva, no son en sí mismos expresiones directas de objetivos o valores comunes. Son expresiones de los intereses más importantes que puedan tener los individuos, en lo que respecta a la vida comunitaria.”*<sup>170</sup> *(…) Si se piensa que la fraternidad, por ejemplo, es importante,*

---

<sup>166</sup> Hart, H. L. A., El concepto de derecho, *op. cit.*, p. 166.

<sup>167</sup> Waldron, Jeremy, Liberal rights, Collected papers 1981-1991, Cambridge University Press, Cambridge, 1993, pp. 339-369.

<sup>168</sup> Su estudio particularmente se concentra en los de tercera generación.

<sup>169</sup> Su argumento de “bienes comunales” lo realiza en contraste con lo que Joseph Raz y Neil McCormick nombran “bienes públicos”.

<sup>170</sup> Waldron, no pretende explicar el interés común como una cuestión de “derechos”. Sin embargo, plantea un comparativa entre derechos de primer y segunda generación, frente a derechos de tercera



*no es por lo que cada individuo [miembro de la fraternidad] obtiene de ella; más bien, lo que cada miembro obtenga [de la fraternidad], será una referencia esencial e ineludible a lo que todos los compañeros [de la fraternidad] disfrutan juntos.*"<sup>171</sup>

No voy a considerar en su totalidad los argumentos de Waldron, pues él explica tal aspecto -bien comunal-<sup>172</sup> en términos de derechos. Mientras que yo, frente al argumento de Waldron, sostengo que, cualquier derecho -sin importar el grado o categoría al que pertenezca- es una acción protegida jurídicamente. En ese sentido, esa acción, muestra un grado de "interés común" de los individuos. A pesar de que Waldron parte únicamente de la explicación de derechos, esta idea no está peleada con el CPD. Incluso, lo que aquí defiendo es que cualquier tipo de derecho es una acción protegida jurídicamente. Por lo tanto, podemos ver que, en su explicación, también está ese elemento de interés común sobre una acción, al justificar su idea de derechos.

Bajo la concepción del CPD, se entiende que todos los derechos, sean estos catalogados como derechos individuales, políticos o colectivos, son acciones protegidas jurídicamente. Por lo que, la categoría de "derecho individual, político o colectivo" se adquiere ciertamente cuando se trata del ámbito al que pertenece la acción de su ejercicio y de los efectos que generan tales ejercicios. Pero, previo a esa categorización, hubo un interés común sobre esa acción -que en ocasiones envuelven bienes de distintos tipos-, posteriormente adquieren la afirmación de ser una acción protegida. Que el impacto de su ejercicio tenga alcances distintos como consecuencia de su categoría, no se sigue que no es una acción protegida.

Pues presumo que todas esas categorías de derechos son acciones protegidas y necesariamente atienden una idea de interés común. Un derecho individual es de interés común porque concierne a todos los individuos tal interés.

---

generación. Para apuntar que el propósito de los derechos es asegurar bienes para los individuos: como consecuencia elemental de su estructura lógica. Todo esto para apuntar que los "bienes comunales" (que ubica como derechos de tercera generación), a pesar de que son importantes, no tienen que ser considerados como derechos individuales. *Cfr.* Waldron, Jeremy, *Liberal rights*, *op. cit.*, pp. 341-345.

<sup>171</sup> *Ibidem*, pp. 343-358.

<sup>172</sup> *Ibidem*, pp. 340-341.

¿Cuál sería la razón y relevancia de proteger la propiedad privada si no se vive en comunidad? por ejemplo. Lo que intento destacar es que, un derecho individual solo puede ser entendido y ejercicio en lo colectivo. De la misma manera en que no puede entenderse la idea DIVORCIO, sin la de MATRIMONIO.

Ahora bien, los beneficios obtenidos de una acción protegida por el derecho son aspectos contingentes. Que X sea una acción protegida y que tanto Y como Z se beneficien de X de manera distinta, es una cuestión ajena de la determinación de la acción protegida. Mi argumento no es acerca de la justificación sobre los alcances morales o políticos que su ejercicio tenga. Por otro lado, el interés común no implica que los individuos -que comparten ese interés común- tengan que verse afectados (positiva o negativamente) en conjunto, o que solo en conjunto percibirán los efectos de tales acciones de interés común. En una línea muy similar a Andrei Marmor dice:

*“El hecho de que un bien sea común, es decir, que solo se pueda consumir a nivel comunal, no implica que el consumo del bien no sea de suma importancia para los individuos por sí mismos. (...) Las personas pueden disfrutar de los bienes comunes porque hay toda una comunidad que lo disfruta con ellos, es decir, una comunidad de personas que comparten esos valores que lo hacen un bien de cierto tipo. Digo que los bienes comunes suelen implicar un aspecto normativo de este tipo solo para estar seguros. Encuentro muy difícil pensar en bienes comunes que puedan sostenerse y disfrutarse como bienes sin que existan ciertos valores que sean compartidos por la mayoría de los miembros de la comunidad relevante. Como Wittgenstein demostró de manera famosa, incluso el uso de un lenguaje natural implica necesariamente un "acuerdo en el juicio" compartido por la comunidad de hablantes.”<sup>173</sup>*

Simpatizo con el argumento recién planteado de Marmor, en donde explica que los bienes que adquieren su calidad como bienes sólo en conexión con una comunidad. Además, agrega que, el bien es algo que ocurre a nivel colectivo, comunitario, y su aspecto comunitario es un ingrediente esencial de lo que lo

---

<sup>173</sup> Marmor, Andrei, “Do we have right to common goods?”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Vol. 14, Issue 2, July 2001, p. 218.

convierte en un bien que los individuos pueden disfrutar. Y pone como ejemplo los bienes de una cultura, en donde dice que, estos bienes no pueden ser sostenidos por un individuo que actúa por sí mismo.<sup>174</sup> Análogamente se puede ver un argumento similar respecto al interés común sobre las acciones que protege el derecho, pues los individuos de una comunidad van a mostrar intereses comunes en relación a todo lo que comparten, a todo lo que los hace esa comunidad. En otras palabras, el significado de *interés* es determinado por la propia comunidad.

Finalmente, si el derecho permite la convivencia y orden social, entonces, la idea de acciones protegidas por el derecho descansa sobre la importancia y relevancia que tales acciones tengan frente a los intereses de la comunidad. En conclusión, *i)* el derecho permite convivencia y orden social; *ii)* tanto la convivencia como el orden social cobran sentido en una comunidad de humanos (que se rige con las directivas y reglas de un sistema jurídico); *iii)* un derecho individual, político o colectivo, es definido o categorizado como tal, en contextos especiales. Por otro lado, no habría razón de tener un derecho individual fuera de un contexto social. En otras palabras, se protege una acción individual, frente a las acciones de otros individuos. Un derecho individual, puede tener un objetivo común. Mi punto es que, dentro de todos los intereses en una sociedad, desde lo individual, todos compartimos intereses comunes, interés que nos permiten convivir, y tener un orden colectivo.

### ***2.3 Iniciativa como condición para el carácter de protección***

La palabra iniciativa suena un tanto altruista, pero busco que esta sea entendida como una necesidad social, más que un deseo individual. Y como actitud social frente al derecho, la cual en ocasiones no es necesariamente voluntaria. La iniciativa de las personas frente al derecho es guiada por la concepción de protección que este ofrece. La preservación de la continuidad del derecho es posible no únicamente por la existencia de reglas y directivas autoritativas, sino por la iniciativa que todos tengamos para adoptarlas, por observar la acción de los demás

---

<sup>174</sup> *Ibidem*, p. 215.

y de los funcionarios, por solicitar resoluciones jurídicas, y en general por tener una postura crítica frente al sistema jurídico.

Todo sistema jurídico requiere la iniciativa de la gente, por lo menos de algún número razonable de personas que reconozcan a las reglas y directivas autoritativas. Esto solo se logra si los que lo adoptan o lo reconocen, encuentran en el conjunto de reglas y directivas un carácter de protección en las acciones contempladas en ellas. Ahora, en términos de Raz, la iniciativa puede ser entendida como una función indirecta del derecho, pues su realización consiste en actitudes. Esto él lo desarrolla de la siguiente manera:

*“(...) Las funciones directas son aquellas cuya realización se encuentra asegurada al obedecer y aplicar el derecho. Las funciones indirectas son aquellas cuya realización consiste en actitudes (...). Las funciones indirectas son muy frecuentemente realizadas no sólo como resultado de la existencia y aplicación de las disposiciones jurídicas, sino, también, como resultado de su interacción con otros factores tales como las actitudes de las gentes hacia el derecho y la existencia, en la sociedad respectiva, de otras normas e instituciones sociales. (...) Las funciones directas son aquellas cuya realización se encuentra asegurada al obedecer y aplicar el derecho. Las funciones indirectas son aquellas cuya realización consiste en actitudes, sentimientos, opiniones y formas de comportamiento; no constituyen obediencia o aplicación de disposiciones jurídicas, sino que resultan del conocimiento de la existencia de las disposiciones jurídicas o de la conformidad a ellas o de su aplicación.”<sup>175</sup>*

En ese sentido, se puede decir que los funcionarios ejercen una iniciativa cuando resuelven controversias con base a su discrecionalidad, o bien cuando crean, modifican o eliminan reglas o, emiten directivas autoritativas. Se entiende que es iniciativa porque, mediante el ejercicio consciente de un acto -derivado de sus facultades-, conceden o niegan protección jurídica a acciones realizadas u omitidas por los individuos, o por los propios funcionarios. Además, porque seguido de un proceso deliberado, determinan el estatus jurídico de las reglas del sistema.

---

<sup>175</sup> Raz, Joseph, La autoridad del derecho... *op. cit.*, pp. 212-213.

Como dice Hart, la regla debe su estatus de derecho a un acto deliberado de creación jurídica,<sup>176</sup> cuando el derecho es transgredido, toca a los funcionarios identificar el hecho de la transgresión, e imponer la sanción.<sup>177</sup> Encuentro que esta identificación que Hart señala, es mediante una iniciativa que es ejercida en razón acciones protegidas que los facultan a ellos.

Prestando especial atención a lo que Hart apunta en la cita de arriba “*cuando el derecho es transgredido*”, entiendo que si bien, compete a los funcionarios su resolución, esclarecimiento o la imposición de una sanción, la identificación de la acción o hecho transgredido no se limita únicamente a ellos (los funcionarios), sino también a los individuos que se han visto inmersos en ello o que lo atestiguan. Efectivamente, es facultad de los funcionarios determinar si la acción o hecho en controversia, está o no protegido por el derecho, o si su resolución amerita una sanción, e incluso decidir sobre la incorporación o contemplación de una disposición jurídica. Sin embargo, de esto no se sigue que los particulares no puedan tener injerencia en dar a conocer la controversia, presentándola ante la autoridad competente, esperando que esta emita una resolución. En esta misma línea, encontramos en Hart lo siguiente:

*“Se espera que los miembros de la sociedad, sin el concurso o la intervención de los funcionarios, comprendan las reglas y entiendan que ellas les son aplicables y adecuen su comportamiento a las mismas. (...) Los miembros de la sociedad tienen que descubrir las reglas a su riesgo y adecuar su conducta a ellas; en este sentido “se aplican” las reglas a sí mismos, aunque la sanción adosada a la regla les proporciona un motivo para dicha adecuación.”<sup>178</sup>*

De esta manera, se entiende que el carácter de protección va más allá de lo que dictan las reglas, en el sentido de que precisamente pretende generar esa certeza sobre la legalidad y licitud de ellas, o bien, conocer el estatus de ciertas acciones frente al derecho. No solo se trata de adecuar nuestra conducta a las reglas, sino de adoptar y presuponer el carácter de protección del cual partimos

---

<sup>176</sup> Hart, H. L. A., El concepto de derecho, *op. cit.*, p. 56.

<sup>177</sup> *Ibidem*, p. 49.

<sup>178</sup> *Idem*

para tener certeza jurídica sobre nuestro actuar. Porque es evidente que más de una vez, habrá ausencia de directiva autoritativa o regla jurídica a la cual apegar nuestra conducta, consecuentemente nuestras acciones serán instintivas conforme al margen de protección que concebimos para preservar el orden y convivencia social.

Como bien señala Hart, el carácter del derecho no solo se reduce al aspecto coercitivo, este es más amplio.<sup>179</sup> En ocasiones se requiere algo que va más allá del carácter coercitivo del derecho. Por ejemplo, se requiere de una iniciativa para generar formalidades, crear, modificar o eliminar reglas, o conceder facultades. Esto se logra -en gran medida- gracias a esa actitud frente al derecho -iniciativa- que cada una de las partes toman para hacer frente a determinada situación.

Por otro lado, se puede decir que las personas ejercen una iniciativa hacia el derecho de manera activa, cuando, por ejemplo, acuden ante la autoridad competente para conocer la legalidad o licitud de sus actos. O bien, para conocer el estatus jurídico de los actos que están por emprender. Incluso cuando el derecho no es adoptado desde el punto de vista interno, por iniciativa solicitan claridad sobre situaciones adversas y procuran obtener por parte de los funcionarios, alguna determinación que les proporcione certeza sobre la calidad jurídica de sus acciones o de las de otros.

Como Raz resalta, uno requiere autoridad para estar autorizado a mandar, sin embargo, uno no necesita autoridad para ser autorizado a pedir.<sup>180</sup> Por lo que, al solicitar la intervención de los funcionarios para la resolución de una controversia, si bien, en alguno de los casos es resultado de -no de forma exclusiva- la interposición de una denuncia de la cual se espera un veredicto jurídico, lo que lleva a esa persona a presentarla, no fue una regla, sino una iniciativa que lo llevó a buscar un esclarecimiento jurídico de su situación, para así conocer el grado de protección jurídico con el que cuenta.

---

<sup>179</sup> *Ibidem*, p. 56.

<sup>180</sup> Raz, Joseph, La autoridad del derecho... *op. cit.*, p. 30.

Hay también momentos en que de manera consciente y por iniciativa, las personas deciden voluntariamente abstenerse de llevar a cabo ciertas acciones “A”, tanto particulares como funcionarios. Por ejemplo, casos ante los cuales los funcionarios pueden o deben inhibirse de actuar sobre una controversia. Por iniciativa -sobre una acción protegida- omiten activamente su participación. Las razones, variarán de sistemas a sistema, pero naturalmente es algo que todos los sistemas jurídicos comparten: la limitación de poder.

Pensar en omisión activa por parte de los funcionarios, no es exclusivamente lo relativo a la limitación de poder. Habrá situaciones también en que un funcionario, por ejemplo, por iniciativa abstenga su voto a favor de la creación de una regla, esto también es omisión activa. Lo que quiero reflejar aquí, no es necesariamente la limitación del poder de la autoridad, sino para que se lleven a cabo ambas acciones, éstas sólo logran ser externalizadas por la iniciativa que cada uno ejerce. Las consecuencias derivadas de una iniciativa ejercida, en ese caso la abstención de su voto, son sin duda un tema fascinante, pero resultaría un distractor discutirlo en este espacio.

Quiero considerar otro ejemplo, en virtud de esclarecer la *omisión activa* por iniciativa. El artículo III de la Constitución de Estados Unidos de América, otorga a los tribunales federales solo jurisdicción limitada sobre ciertos temas. En ausencia de jurisdicción sobre un tribunal federal,<sup>181</sup> se debe presentar el caso en un tribunal estatal apropiado.<sup>182</sup> Dicho de otra manera y siguiendo a Jaeger-Fine, cualquier caso puede ser presentado ante un tribunal estatal a menos que exista una ley federal que especifica que requiera que el caso sea presentado ante un tribunal federal.<sup>183</sup> En este supuesto, los tribunales federales se abstienen por iniciativa a

---

<sup>181</sup> Para más información sobre el poder limitado que poseen los tribunales federales en Estados Unidos de América, *Cfr.* National Federation of Independent Business v. Sebelius, 132 S.Ct. 2566 (2012).

<sup>182</sup> Jaeger-Fine, Toni, Mastering the U.S. legal system: A beginner’s guide. Cases and materials, Toni Jaeger-Fine, New York, 2015, p. 31.

<sup>183</sup> *Ibidem*, p. 41.

ejercer una “A”, omitiendo de forma activa, su intervención en la resolución de controversias que no forman parte de su materia jurisdiccional.

Habrán ocasiones en que haya poca claridad sobre la controversia -en este caso sobre la jurisdicción- y consiguientemente, el tribunal federal omita de manera activa su participación en la resolución de dicha controversia. ¿Por qué es una omisión activa? Porque para emitir tal fallo, se apoya en su discrecionalidad sobre las reglas que por un lado lo limitan jurisdiccionalmente, y por el otro, le confieren tales facultades. A pesar de que en ningún lado es manifiesto que el tribunal federal debe de manifestar su no intervención, este por iniciativa, busca proteger su actuar como autoridad, anteponiendo “X” entendida como una acción protegida, para justificar su ejercicio. Bajo la concepción de protección, el tribunal federal se allega de tales causas legales para inhibirse jurídicamente.

Hart por su parte, hace referencia a que las limitaciones jurídicas a la autoridad legislativa no consisten en deberes impuestos al legislador de obedecer a algún legislador superior, sino en incompetencias establecidas en reglas que lo habilitan para legislar.<sup>184</sup> Análogamente, considero que los particulares no están sujetos únicamente a obedecer reglas, sino a tener una actitud crítica frente a ellas, sin importar las razones, y en una iniciativa que permita conocer el estatus de las acciones que estos realizan o pretenden realizar.

Por supuesto que cada persona tendrá sus propios motivos e intereses para observar, adoptar o ignorar las reglas y directivas jurídicas, pero estos son aspectos marginales no relevantes para el tipo de estudio que se busca a través del AC. Lo que interesa destacar es la iniciativa ejercida por las personas, ya sean los particulares o funcionarios de un sistema jurídico, en razón del carácter de protección. Pues como lo señalé anteriormente, cuando las personas actúan jurídicamente, lo hacen en virtud de acciones protegidas por el derecho, o bien, por iniciativa ejercen una acción para conocer el grado de protección de otras acciones.

---

<sup>184</sup> Hart, H. L. A., El concepto de derecho, *op. cit.*, p. 87.



### 3. REGLAS JURÍDICAS, AUTORIDAD Y CARÁCTER DE PROTECCIÓN

#### **3.1 Reglas jurídicas**

En cualquier forma que se quiera hablar del derecho, es innegable la presencia y relevancia que las reglas jurídicas ocupan y esta investigación no es la excepción. Existe un gran número de autores que describen de manera muy particular a las reglas, sobre todo aquellos que, de una forma metodológica u otra, buscan explicar la naturaleza del derecho y al hacerlo se posicionan frente al papel que las reglas jurídicas juegan. Al respecto Joseph Raz indica que:

*“Las normas son cosas cuyo contenido es descrito por algún enunciado normativo y tales enunciados son verdaderos si las normas existen, i.e. si son válidas; y no son verdaderos si las normas no existen, i.e. si no son válidas. De ahí se sigue nuestra observación original de que una norma inválida no es una norma: una piedra que no existe no es una piedra, aunque podamos hablar de tales piedras y describir alguna de sus propiedades, como lo podemos hacer de las normas inválidas.”<sup>185</sup>*

Siguiendo el argumento de Raz, podemos decir que estamos frente a un enunciado normativo sí, y sólo sí, la existencia de una disposición jurídica es una condición necesaria para ser verdadero.<sup>186</sup> Respecto a la *disposición jurídica*, puntualizada como la condición necesaria, entiendo que es aquella que resulta de un proceso establecido en determinado sistema jurídico que permite determinar si una norma jurídica es válida. En Hart, esta validez es determinada a través de la regla de reconocimiento (RR).

Recordemos que para Hart el fundamento de la existencia de un sistema jurídico es la unión de reglas primarias y secundarias, estas a su vez son descritas a partir de su contenido. Y la función que cada una de ellas tiene una sobre la otra, en la sociedad, así como la relación que existe en ambas.

---

<sup>185</sup> Raz, Joseph, La autoridad del derecho... *op. cit.*, pp. 189-190.

<sup>186</sup> *Ibidem*, p. 108.

*“[Las reglas primarias o básicas prescriben] que los seres humanos hagan u omitan ciertas acciones, lo quieran o no. Las reglas del otro tipo dependen, en cierto sentido, de las del primero, o son secundarias en relación con ellas. Porque las reglas del segundo tipo establecen que los seres humanos pueden, haciendo o diciendo ciertas cosas, introducir nuevas reglas del tipo primario, extinguir o modificar reglas anteriores, o determinar de diversas maneras el efecto de ellas, o controlar su actuación. Las reglas del primer tipo imponen deberes; las del segundo tipo confieren potestades, públicas o privadas. Las reglas del primer tipo se refieren a acciones que implican movimiento o cambios físicos; las del segundo tipo prevén actos que conducen no simplemente a movimiento o cambio físico, sino a la creación o modificación de deberes u obligaciones.”<sup>187</sup>*

De lo anterior, si las reglas primarias se ocupan de las acciones que los individuos deben o no hacer, así como de las potestades que pueden ser conferidas o no, las reglas secundarias especifican la manera en que las reglas primarias pueden ser verificadas en forma concluyente, introducidas, eliminadas, modificadas, y su violación determinada de manera incontrovertible.<sup>188</sup> Dicho esto, comprendo que el CPD es esa calidad intrínseca del derecho que permite, por iniciativa, conocer el estatus de determinadas acciones. Es decir, en función de la iniciativa de los individuos que desean conocer y tener certeza sobre si determinada “A” está o no protegida por el derecho, y si lo está, de qué manera se encuentra regulada.

En este mismo sentido y partiendo de la premisa inicial de este apartado, toda regla es -directa o indirectamente- una acción protegida, considero que tanto reglas primarias y secundarias se refieren a la protección de acciones, pero de distinta manera y de distinto índole. Y para que estas sucedan, se requiere una iniciativa. Por ejemplo, si las *reglas primarias implican movimiento o cambios físicos*, ¿Es que acaso esos cambios suceden de manera espontánea? Por otro lado, *las reglas secundarias, prevén actos que conducen a la creación o modificación de deberes u obligaciones*, ¿Es que un cambio no exige una acción -sea cambio físico

---

<sup>187</sup> Hart, H. L. A., El concepto de derecho, *op. cit.*, p. 101. Énfasis mío.

<sup>188</sup> *Ibidem*, pp. 117-119.

o la creación de una regla-, no implica la iniciativa de alguien para que pueda suceder?

Considero que cuando uno se cuestiona y evalúa determinada conducta - propia o ajena-, es a partir de una concepción de protección en contraste con una acción que se encuentra contemplada en una regla o directiva autoritativa. Pero cuando no está clara la existencia de tales disposiciones jurídicas que nos den un margen, nos cuestionamos: ¿Esta acción está protegida por el derecho? Por otro lado, es importante destacar que al CPD, no le interesa conocer los motivos que llevan a las personas a realizar o abstenerse de realizar cierta acción (A). El CPD se ocupa en cuestionarse “A” en términos jurídicos. Es decir, en la reflexión que gira en torno al papel que tiene “A” en determinado sistema jurídico. Lo que genera ese vínculo inmediato con la pretensión de autoridad, para determinar en qué medida “A” es o no lo suficientemente relevante para ser contemplada en una disposición e incorporada al sistema jurídico y, si es el caso, entonces ya podrá ser considerada como un criterio jurídico de conducta.

Concibo que tanto las reglas jurídicas y las directivas autoritativas, contemplan una acción protegida, sin embargo, las reglas y directivas existentes no cubren ni equivalen a todas las acciones posibles. El referente inmediato para la creación de las reglas o emisión de una directiva autoritativa, son las acciones de las personas. Las reglas y directivas reflejan objetivamente el carácter de protección del derecho, en ellas se encuentran establecidas materialmente las acciones protegidas en el plano jurídico. Es por ello que sostengo, que las reglas y directivas son el resultado de la concepción del carácter de protección. Una vez identificada una acción de la cual se presume cierta relevancia social frente al derecho, que responde a un interés común, mediante iniciativa -tanto de los particulares como de los funcionarios- se le otorga un carácter legal.

Concibo y adopto de la tesis de Hart, el reconocer que las reglas son creadas a partir de los criterios establecidos por la RR del sistema. Pero, considero que lo que permite llegar a ese punto de someter ciertas acciones al lenguaje jurídico para determinar los criterios a ser tomados en cuenta al observarla o utilizarla, no es

únicamente el hecho de la mera existencia de la RR. Sino, además, la concepción del CPD y la iniciativa previa que hubo para que “X” acción se materializara.

En concreto, entiendo por regla válida, aquello que resulta necesariamente de la iniciativa de una persona. Esto permite que sea identificada, creada y modificada según el proceso establecido por un sistema jurídico. Considero que el CPD es un elemento necesario para la creación de las reglas. Consecuentemente, estas están hechas para proteger las acciones de las personas, y se espera que las personas se comporten conforme a las directivas y reglas. Pero lo que permite, tanto la constitución de la creación de esa directiva o regla, así como la iniciativa de la que parte una persona para aceptar efectivamente tales reglas y directivas, es la concepción de protección jurídica.

Respecto al ámbito de aplicación de la regla, señala Hart, es siempre una cuestión de interpretación del precepto.<sup>189</sup> A ello me gustaría agregar que, en mi opinión, el grado y margen de aplicación de interpretación es en función de aquel margen de protección que ofrece el derecho respecto a las acciones. Porque las reglas (R) contemplan acciones protegidas, por lo tanto, al aplicarse “R”, se interpreta el grado o margen de protección que esta ofrece a la acción o acciones (A). Y, por otro lado, nos valemos de procedimientos especiales para cambiar la situación jurídica de las acciones, de la siguiente manera:

*“el [e]status de una regla como miembro del sistema depende de que satisfaga ciertos criterios establecidos en la regla de reconocimiento, esto trae aparejada una nueva aplicación de la palabra "existe". (...) mientras que una regla subordinada de un sistema puede ser válida y, en ese sentido, "existir" aun cuando sea generalmente desobedecida, la regla de reconocimiento sólo existe como una práctica compleja, pero normalmente concordante, de los tribunales, funcionarios y particulares, al identificar el derecho por referencia a ciertos criterios. (...) Si bien, los tribunales del sistema pueden, en ocasiones, apartarse de estas reglas, en*

---

<sup>189</sup> Hart, H. L. A., El concepto de derecho, *op. cit.*, p. 53.

*general tienen que apreciar críticamente tales desviaciones como fallas frente a los criterios vigentes, que son esencialmente comunes y públicos.*"<sup>190</sup>

En el inicio de este capítulo, puntalicé la descripción que Hart ofrece sobre el PVI y el PVE. Por otro lado, él también distingue la textura abierta del derecho como una característica necesaria de las reglas jurídicas<sup>191</sup>, la cual acuerda a los tribunales una potestad de creación jurídica.<sup>192</sup> Esta textura abierta del derecho significa, según Hart, que hay, por cierto, áreas de conducta donde mucho debe dejarse para que sea desarrollado por los tribunales o por los funcionarios que procuran hallar un compromiso, a la luz de las circunstancias, entre los intereses en conflicto, cuyo peso varía de caso a caso.<sup>193</sup>

Por otro lado, el ejercer u omitir determinada acción de manera inconsciente, no nos exime de responsabilidad jurídica, ni hace omisa la existencia de protección, incluso, cuando no se tenga certeza de la existencia de una regla que materialice su calidad jurídica. ¿A qué quiero llegar con esto? Que si bien, por un lado, existen directivas y reglas jurídicas que de alguna manera sirven como pautas de conducta para ejecutar u omitir determinadas acciones (esto incluye las formas de llevarlo a cabo y bajo qué circunstancias) y, por el otro, existen directivas y reglas que permiten y facultan a otros para introducir, modificar o eliminarlas. Entre ambos supuestos, existe un nexo necesario, que *permite* la existencia entre uno y otro. Al mismo tiempo da lugar a la continuidad del derecho y por ende a la pretensión de autoridad que este reclama. Este nexo es el carácter de protección.

Ahora bien, querer o no querer algo implica necesariamente una decisión de manera consciente de nuestra parte. Por otro lado, caer en responsabilidad porque realizamos una acción (A) sin saber que, conforme lo establecido en la directiva o regla, se desencadenarían algunas consecuencias (C); o de manera inconsciente hicimos "A" y naturalmente sucedió "C", el desconocimiento de la directiva o regla no quiere decir que yo *no* actúe desde el punto de vista interno que el propio Hart

---

<sup>190</sup> *Ibidem*, p. 144.

<sup>191</sup> *Ibidem*, p.173.

<sup>192</sup> *Ibidem*, p. 180.

<sup>193</sup> *Ibidem*, pp. 168-169.

describe. Puede que, a partir de esa situación generada desde el desconocimiento, me lleve a adoptar la norma para el futuro porque ahora ya la conozco. Mi punto es que, no es lógico pensar que te manifiestas sobre algo que no conoces.

Por otro lado, una distinción que me parece importante destacar respecto a las reglas, es la que Hart plantea a partir de tres distinciones entre los hábitos generales de obediencia y las reglas sociales: *i)* cuando existe regla, la desviación es considerada como falta de crítica, mientras que en los hábitos basta con que la conducta converja; *ii)* cuando existe regla, generalmente es aceptada y es considerada como buena razón formular la crítica hacia la desviación; *iii)* cuando existe regla, por lo menos algunos tienen que verla como pauta o criterio general de comportamiento, dicho de otra manera, el aspecto interno. Y el aspecto externo es algo que comparten tanto las reglas como los hábitos, este consiste en la conducta regular registrada por aquellos que la observan.<sup>194</sup>

De lo anterior, considero que el reclamo que tanto individuos como funcionarios pueden llegar a hacer sobre el estatus jurídico de acciones inciertas o bien, sobre la validez jurídica de alguna directiva o regla frente a la autoridad competente, es en virtud del carácter de protección del derecho. De alguna manera todos buscamos tener certeza sobre las acciones que hemos realizado o que estamos por realizar y, simultáneamente brindar legalidad a los actos emprendidos. Siguiendo el argumento de Hart, que caracteriza a las reglas como pautas o criterios de conducta a seguir, nos podemos ver en la necesidad de afrontar una situación sin conocer si quiera si está o no regulado jurídicamente.

Comparto con Hart, la necesidad de tener una actitud crítica frente a las reglas. Sin embargo, en mi opinión, esa actitud crítica se tiene no sólo sobre las reglas ya existentes, sino además sobre las acciones sociales e institucionales, buscando certeza jurídica. Dicho lo anterior, considero que hay ciertas situaciones que generan incertidumbre, que precisamente se reclaman a partir de una concepción de protección, buscando certeza sobre alguna controversia, ya sea a

---

<sup>194</sup> Cfr., *Ibidem*, pp. 70-71.

favor o en contra, pero sí tener certeza sobre el carácter jurídico -o no- de lo que se ha desencadenado. O simplemente la responsabilidad que nos atañe. Respecto a la aceptación de las reglas, Hart destaca que:

*“Obviamente, la aceptación general es aquí un fenómeno complejo, dividido, en cierto modo, entre los funcionarios y los ciudadanos comunes, que contribuyen de diferente manera a la misma y, con ello, a la existencia de un sistema jurídico. Se puede decir que hay un reconocimiento explícito a aquellas directivas y reglas que conforman un sistema, de la siguiente manera: los legisladores, cuando dictan reglas de acuerdo con las reglas que los facultan a dictarlas; los tribunales, cuando identifican reglas a ser aplicadas; los expertos, cuando guían a los ciudadanos comunes por referencia a las normas dictadas de esa manera. El ciudadano común, manifiesta su aceptación, en gran medida, mediante la aquiescencia con los resultados de estos actos oficiales. Acata las normas jurídicas que son creadas e identificadas de esta manera, y también deduce pretensiones y ejercita potestades conferidas por ellas.”<sup>195</sup>*

Esta cita da pie al siguiente apartado. Pues, en mi opinión, una regla adquiere tal estatus no únicamente en vista de los criterios de validez establecidos en la RR del sistema, sino además, en vista de un conjunto de elementos que reflejan que tal emisión -de la regla- es de carácter autoritativo y, que quienes lo han hecho tienen tal calidad de autoridad en virtud de otro conjunto de factores.

### **3.2 Concepción de autoridad como servicio**

Dado que reconozco AUTORIDAD, es decir aquella autoridad que pretende el derecho, como uno de los elementos necesarios que caracterizan conceptualmente aquello llamado DERECHO, me baso en trabajos de Joseph Raz, y adopto en gran medida parte de sus argumentos. Por lo que, cuando aquí me refiero a AUTORIDAD, es entendiéndola al igual que Raz como *autoridad práctica legítima*. En ese sentido, reconozco que las directivas de una persona o institución con autoridad práctica son razones para la acción de sus súbditos,<sup>196</sup> y, que aquello que distingue una directiva

---

<sup>195</sup> *Ibidem*, p.76. A esto, Hart llama la existencia de un sistema jurídica.

<sup>196</sup> Raz, Joseph, “Authority, law, and morality” ... *op. cit.* p. 211.

autoritativa es su estatus perentorio.<sup>197</sup> Definitivamente son muchos aspectos que son atendidos por Raz, sin embargo aquí únicamente esbozo la estructura general de su concepción de autoridad como servicio (CAS) con los siguientes tres fines: *i*) dejar claro qué es lo que entiendo por AUTORIDAD, *ii*) contrastar AUTORIDAD frente al CPD; y *iii*) describir el vínculo que encuentro entre AUTORIDAD y el CPD.

➤ *¿Qué implica la habilidad de tener autoridad?*

En este entendido, Raz resume su concepción de autoridad en las siguientes tres tesis:

***“Tesis de la dependencia:*** *las directivas emitidas por la autoridad deben basarse, entre otros factores, en razones que se aplican a los sujetos de esas directivas en las circunstancias cubiertas por las directivas. Estas son razones dependientes.*

***Tesis de la justificación normal:*** *la forma normal y primaria de establecer que se debe reconocer que una persona tiene autoridad sobre otra persona, implica demostrar que el presunto sujeto probablemente cumpla mejor con las razones que se aplican a él (otras que no son las directivas autoritativas) si acepta las directivas de la supuesta autoridad como autoritativamente obligatorias, y trata de seguirlas, que si trata de seguir los motivos que le corresponden directamente.*

***Tesis preventiva:*** *el hecho de que una autoridad requiera la realización de una acción, es una razón para su realización, la cual no debe agregarse a todas las demás razones relevantes al evaluar qué hacer, pero debe reemplazar alguna de ellas.”*<sup>198</sup>

Respecto a lo anterior, voy a continuar con el ejemplo de arbitraje ofrecido por Raz,<sup>199</sup> aunque lo desarrollo de manera distinta (intentando respetar la idea original). Haciendo referencia a este ejemplo,<sup>200</sup> iré trazando el planteamiento de las

---

<sup>197</sup> *Idem*

<sup>198</sup> *Ibidem*, p. 214.

<sup>199</sup> *Cfr.*, *Ibidem*, pp. 212-213.

<sup>200</sup> La idea original y desarrollo de este ejemplo es de John Danaher. He cambiado algunos detalles con el fin de adecuarlo a la redacción de este trabajo y con el objetivo de extenderlo y seguir utilizándolo a lo largo de este capítulo en la medida en que voy explicando aspectos de las tesis de Raz. Por lo que, continúo utilizando argumentos de Danaher al hacer referencia al ejemplo. *Cfr.* Danaher, John, Raz and the argument from authority Part I and II, *Philosophical Disquisitions*, Mayo 2013, <https://bit.ly/36wwZ7r> (Consultado en 2020).



tres tesis recién descritas: tesis de la dependencia (TD), tesis de la justificación normal (TJN) y, la tesis preventiva (TP) así como la relación entre ellas. Y me estaré refiriendo al mismo ejemplo en la medida en que voy avanzado en esta sección, con el fin de poder destacar los elementos de la CAS de Raz.

José y Miguel son socios y dueños de una pizzería. La disputa que existe entre ellos es la siguiente: Miguel utiliza el único carro que tienen en el negocio para ir a comprar la mercancía necesaria del día. José, le pide que no utilice el carro, pues es el único que tienen y lo necesitan para hacer las entregas a domicilio. Miguel le dice a José que necesita el carro para ir por la mercancía, de lo contrario no habrá materia para hacer las pizzas. Por un lado, José piensa que el carro debe de estar siempre disponible para las entregas a domicilio. Por el otro, Miguel considera que el carro está a disposición del negocio en general y puede utilizarlo para hacer las compras. En este sentido, cada uno tiene razones respecto a sus opiniones.

De lo anterior se sigue que:

1. Es claro que existe una disputa entre José y Miguel.
2. José y Miguel reconocen la necesidad de hacer algo para resolver la situación.
3. José y Miguel remiten su disputa a un tercero (un árbitro) para su resolución.
4. El árbitro evaluará las razones de José ( $rJ$ ) y las razones de Miguel ( $rM$ ) (llamadas razones dependientes); y llegará a una conclusión sobre lo que José y Miguel deberán hacer.
5. El árbitro tiene autoridad para resolver la disputa, ya que José y Miguel acordaron acatar su decisión.<sup>201</sup>
6. José y Miguel acatarán la decisión del árbitro ya que voluntariamente acordaron estar obligados a ella.
7. El árbitro al evaluar las  $rJ$  y  $rM$  resolvió que  $RX$ .

---

<sup>201</sup> Raz, Joseph, "Authority, law, and morality" ... *op. cit.*, p. 212. La aceptación de autoridad tiene que ser justificada, y esto normalmente significa que coincide con el conjunto de condiciones de la tesis de la justificación, *Cfr.*, *Ibidem*, p. 215.

8. *RX* es entendida como una directiva autoritativa emitida por la autoridad. (*RX* también llamada razón excluyente).<sup>202</sup>
9. *RX* reemplaza *rJ* y *rM*, es decir, las razones dependientes son reemplazada por una directiva autoritativa.<sup>203</sup> Y esta directiva autoritativa es al mismo tiempo, una razón preventiva, porque una razón preventiva es aquella razón que reemplazan a otras.<sup>204</sup> Por lo tanto, *RX* es la razón preventiva conforme a la cual José y Miguel van a actuar -respecto al uso del carro-.<sup>205</sup>

Ahora bien, siguiendo a Raz,<sup>206</sup> la TD y la TP, generalizan las características del ejemplo del arbitraje entre José y Miguel. Mientras que, la TJN, reemplaza el acuerdo entre José y Miguel, que fue la base de la pretensión de autoridad del árbitro. El acuerdo o consentimiento para aceptar la autoridad (del árbitro) es obligatoria en su mayor parte, sólo si se obtienen condiciones como las de la TJN. Finalmente, aquello que Raz llama CAS, lo expresa en virtud de la TD y la TJN.<sup>207</sup> Estas dos tesis consideran que el papel de autoridad es *mediar* entre José y Miguel (como sujetos a la pretensión de autoridad del árbitro) y, las razones correctas que les aplican a ellos. De modo que la autoridad (árbitro) juzga y pronuncia lo que José y Miguel deben hacer de acuerdo con la razón correcta.<sup>208</sup>

José y Miguel, toman el ejemplo del árbitro, cuyas declaraciones reemplazan para ellos la fuerza de las razones dependientes. Es decir, esta última implicación de la CAS se hace explícita en la TD, apunta Raz.<sup>209</sup> En otras palabras, en lugar de que José y Miguel deliberen sobre sus razones (*rJ* y *rM*), remiten su disputa a la

---

<sup>202</sup> Observe que, dice Raz, en este segundo sentido, una razón dependiente no es una que refleje de hecho las razones de equilibrio en las que se basa. Es uno que está destinado a, es decir, que debe hacerse. *Cfr., Ibidem, p. 212.*

<sup>203</sup> *Cfr., Ibidem, p. 215.*

<sup>204</sup> *Ibidem, p. 213.*

<sup>205</sup> Esto es igual a la tesis de la justificación normal, pues esta tesis reemplaza el acuerdo entre [Miguel y José] que era [a su vez] la base de la pretensión de autoridad del árbitro. El acuerdo o consentimiento para aceptar la autoridad es vinculante, en su mayor parte, solo si se obtiene una condición similar a la de la tesis de la justificación normal.

<sup>206</sup> *Cfr. Raz, Joseph, "Authority, law, and morality" ... op. cit., p. 214.*

<sup>207</sup> *Idem*

<sup>208</sup> *Idem.* Énfasis original.

<sup>209</sup> *Idem.* Énfasis original.

autoridad (árbitro), dejando que la autoridad juzgue y delibere qué deben hacer, y ellos aceptan lo que el árbitro dice. De esto se desprende una distinción entre autoridad adjudicativa o autoridad legislativa, en el entendido de que cualquier autoridad practica pertenece a una u a otra:<sup>210</sup>

*“(...) el árbitro [como en el caso del ejemplo] es típico de las autoridades adjudicativas, y difieren de lo que podrían llamarse autoridades legislativas. Se podría decir que las autoridades adjudicativas [o de adjudicación] son precisamente aquellas en las que el papel de la autoridad es juzgar cuáles son las razones que se aplican a sus súbditos y decidir en consecuencia, es decir, sus decisiones tienen el único propósito de declarar lo que debe hacerse, en cualquier caso. Una autoridad legislativa, por otro lado, es aquella cuyo trabajo es crear nuevas razones para sus súbditos, es decir, razones que son nuevas, no solo en el sentido de reemplazar otras razones de las que dependen, sino en no pretender reemplazar ninguna razón en absoluto.”*

En el ejemplo, el árbitro actúa como una *autoridad adjudicativa*, pues el papel del árbitro es juzgar y reemplazar las razones que se aplican a José y Miguel. Y se sigue que, aquello que justifica el reclamo de legitimidad, es si el cumplimiento de *RX* es mejor que *rJ* y *rM*.<sup>211</sup> La autoridad, puntualiza Raz, pretende reflejar razones dependientes en situaciones en las que está en mejores condiciones para hacerlo. Media entre las razones últimas y las personas a quienes se aplican.<sup>212</sup>

Entonces una pregunta clave aquí es, ¿Qué es aquello que debe de mostrar esa *mediación* de la autoridad? Raz dice que deben exhibirse dos características en esa labor, y son lo que comprenden las TD y la TJN.<sup>213</sup> Por un lado, la TD, en el sentido de que, la decisión del árbitro es para los disputantes (José y Miguel) una razón para la acción. Esta razón está relacionada con las otras razones (*rJ* y *rM*) que aplican al caso. No es solo otra razón añadida a las otras. La decisión del árbitro debe basarse en las otras razones (*rJ* y *rM*), resumirlas y reflejar su resultado. En

---

<sup>210</sup> *Ibidem*, p. 213.

<sup>211</sup> *Ibidem*, p. 215.

<sup>212</sup> *Idem*

<sup>213</sup> *Ibidem*, pp. 212-213.

otras palabras, el juicio del árbitro representa aquello que tienen que hacer o abstenerse de hacer José y Miguel. Por otro lado, la TJN, reemplaza el acuerdo entre José y Miguel, lo cual fue la base de la pretensión de autoridad del árbitro.<sup>214</sup> Puesto que, el acuerdo o consentimiento de aceptar autoridad es obligatorio solo si la TJN es obtenida o lograda.

Dicho de otra forma, la decisión del árbitro consiste en reemplazar las razones de las que depende, es decir, aquellas razones dadas por José y Miguel (*rJ* y *rM*) respecto al uso del carro. Al ellos aceptar obedecer la decisión del árbitro, ambos acordaron seguir la directiva del árbitro sobre el equilibrio de razones en lugar de seguir tanto las razones de José o las de Miguel. De ahora en adelante, la decisión del árbitro determinará a ellos qué hacer. Las razones originales se fusionan con la decisión del árbitro o el juicio de un tribunal, que es obligatoria y se convierte en *cosa juzgada*.<sup>215</sup>

Ahora bien, esa aceptación de José y Miguel no implica, señala Raz, una obediencia ciega a la autoridad.<sup>216</sup> Más bien, la aceptación de José y Miguel hacia la autoridad (árbitro) es justificada, como lo mencioné anteriormente, por un conjunto de condiciones establecidas en la TJN.<sup>217</sup> De esta manera, se puede decir que, la TJN establece aquello que implica la aceptación de José y Miguel respecto a que el árbitro tenga autoridad sobre ellos. En otras palabras, la *aceptación* de José y Miguel hacia la autoridad (árbitro) está justificada en vista de los siguientes dos aspectos:<sup>218</sup> *i*) tanto José y Miguel reconocen la pretensión de autoridad del árbitro y, *ii*) ambos reconocen la decisión del árbitro como autoritativa y por tanto obligatoria. Esos dos factores permiten reemplazar las razones dependientes (*rJ* y *rM*) por una razón preventiva (*RX*). Esta razón preventiva es la que José y Miguel toman para actuar.

---

<sup>214</sup> *Ibidem*, p. 214.

<sup>215</sup> *Cfr.*, *Ibidem* pp. 213-214 \**Res judicata*, en la versión original.

<sup>216</sup> *Cfr.*, *Ibidem* pp. 213-215.

<sup>217</sup> *Cfr.*, *Idem*

<sup>218</sup> *Ibidem*, p. 212.

➤ *Sobre la tesis de las fuentes*

Ahora, partiendo de la afirmación de Raz de, sólo aquellos que pueden tener autoridad pueden afirmar sinceramente que la tienen, y que, por lo tanto, el derecho debe ser capaz de tener autoridad.<sup>219</sup> Agrega que, se considera el hecho de que el derecho es un sistema normativo, porque si no fuera así, sería incapaz de tener autoridad práctica, consecuentemente carecería de autoridad sobre acciones; pues distinto sería -continúa-, si el derecho fuera un conjunto de proposiciones sobre el comportamiento de los volcanes.<sup>220</sup> Esto quiere decir que el derecho se compone de directivas orientadoras respecto a las acciones, y en tales acciones se concibe el CPD.

Hasta ahora todo apunta a que el argumento gira en torno a la naturaleza de la autoridad.<sup>221</sup> De esta manera Raz dice que el derecho reclama autoridad y por lo tanto es capaz de tenerla.<sup>222</sup> Es decir, para que el derecho pueda reclamar autoridad (X), debe de tener ciertas propiedades de aquello que es llamado "X", si las propiedades necesarias para que "X" son "Y" y "Z", entonces el derecho debe de contar con "Y" y "Z" como parte de sus propiedades.<sup>223</sup> Pero, continuando con esta analogía, ¿A qué se refiere Raz con las propiedades "Y" y "Z"?

Para poder responder, es necesario hacer una pausa y definir de qué se vale Raz para apuntar tal conclusión. Para esto contrasta las siguientes tres tesis: la tesis de las fuentes (TF), la tesis de la incorporación (TI) y la tesis de la coherencia (TC).<sup>224</sup> En lo que aquí concierne, no me detengo en analizar las réplicas que Raz realiza, ni aquellas que él enfrenta. En otras palabras, no voy a evaluar el éxito de ninguna de las tesis. Parto de la aceptación de la TF en la medida en que esta nos permite explicar la CAS. Raz dice que cada una de estas tesis, le asignan a una

---

<sup>219</sup> *Ibidem*, pp. 216-217.

<sup>220</sup> *Ibidem*, p. 216.

<sup>221</sup> *Cfr.*, *Ibidem*, p. 211.

<sup>222</sup> *Ibidem*, p. 217.

<sup>223</sup> *Cfr.*, *Ibidem*, p. 216.

<sup>224</sup> *Ibidem*, p. 210.

disposición jurídica basada en fuentes, un papel especial en la identificación del derecho, de la siguiente manera:

**“Tesis de las fuentes:** *Todo derecho está basado en fuentes. Una disposición jurídica está basa en [una] fuente [social] si su existencia y contenido pueden determinarse sólo con referencia a hechos sociales sin recurrir a ningún argumento evaluativo. [Se refiere a hechos sociales que pueden describirse sin recurrir a argumentos morales, y no a "un hecho social que no conlleve ninguna consecuencia moral].*<sup>225</sup>

**Tesis de incorporación:** *Todo derecho está basado en fuentes [sociales] o está implicado por una disposición jurídica basada en una fuente [social].*

**Tesis de la coherencia:** *El derecho consiste en disposiciones jurídicas basadas en fuentes [sociales], junto con la justificación moralmente más sólida del derecho basado en las fuentes.*<sup>226</sup>

De lo anterior se sigue que, si la TF es verdadera, entonces la identificación del derecho es una cuestión ajena de argumentos evaluativos (morales) y atiende exclusivamente hechos sociales. Ahora, si la TI es verdadera, la identificación del derecho es considerado una cuestión de hecho social, dejando la puerta abierta a la aceptación e incorporación de otro tipo de aspectos, siempre y cuando estos aspectos sean el resultado de una disposición jurídica que está basada en una fuente social. Finalmente, si la TC es verdadera, la identificación del derecho es con base a disposiciones jurídicas basadas en fuentes sociales, pero al mismo tiempo, se allega de justificaciones morales.

Entonces ¿A qué se refiere Raz con las propiedades -que he nombrado- “Y” y “Z”? Las propiedades -“Y” y “Z”- que debe de exhibir el derecho para reclamar autoridad, Raz las concibe en las siguientes dos condiciones:<sup>227</sup>

*“Y) Una directiva puede ser autoritativamente vinculante solo si es, o al menos se presenta como, la opinión de alguien sobre cómo deben comportarse sus sujetos.*

---

<sup>225</sup> Nota 16 del autor, *Cfr., Ibidem*, p. 235.

<sup>226</sup> *Ibidem*, pp. 210-211.

<sup>227</sup> *Ibidem*, p. 218.

*Z) Debe ser posible identificar la directiva como emitida por la supuesta autoridad, sin depender de razones o consideraciones sobre las cuales la directiva pretende adjudicarse, [o -dicho de otra manera- sobre las cuales la directiva pretende juzgar].”*

En conclusión, las dos propiedades o condiciones arriba mencionadas sustentan la TF. Por lo tanto, en el entendido de Raz, el derecho debe de contar o exhibir entre sus propiedades esas dos condiciones. Y tales condiciones (“Y” y “Z”) solo son compatibles con TF. De tal forma, si se acepta como verdadero que el derecho pretende autoridad, se acepta como verdadera la TF, señala. Por lo tanto, la TF es (una) forma correcta de estudiar la naturaleza de aquello que llamamos DERECHO. De esta manera, Raz, a partir de una concepción de autoridad, desarrolla su argumento en favor y en defensa de la TF.

➤ *¿Por qué esto importa?*

Adopto la CAS en los términos recién expuestos de Raz, y sostengo que aquellas directivas autoritativas emitidas por la autoridad, es a lo que yo llamo acciones protegidas. Como lo señalé respecto a las reglas, que toda regla implica - directa o indirectamente- acciones protegidas. En este sentido considero que todas las reglas son directivas autoritativas, pero no todas las directivas autoritativas son necesariamente reglas. Pero ambas comprenden acciones protegidas por el derecho.

En ese sentido, es lógico contemplar como necesario el elemento de AUTORIDAD (pretensión de autoridad), para explicar DERECHO. Porque, *algo* -no necesariamente alguien- tiene que ser reconocido por los sujetos de una sociedad como legítimo y autoritativo, además de tener un alcance general y obligatorio para que prevalezca de manera constante un orden y convivencia social, por medio de directivas que de una manera u otra describen acciones protegidas. En este entendido, las personas delegan a la autoridad (sea una institución o una persona) un conjunto de hechos (razones en términos de Raz), para que esta determine si son o no son acciones protegidas. Y con esto no estoy diciendo que el CPD exige necesariamente una forma específica de comportamiento, tampoco estoy señalando que, el cómo resuelven las autoridades se justifique a partir de este. Sino,

lo que intento decir es que el CPD se encuentra materializado en directivas de carácter autoritativo y en reglas, es decir, estas contemplan las acciones protegidas.

Por otro lado, considero que la pretensión autoridad se allega de tales hechos o razones, en virtud de la iniciativa que las personas tuvieron. Parte de la labor de las autoridades, es determinar qué es lo que las personas deben hacer o abstenerse de, y, tanto un hacer como una abstención -en el plano jurídico- es necesariamente en virtud de una acción protegida por el derecho. Consecuentemente, el papel mediador de la autoridad no puede llevarse a cabo si sus sujetos no guían sus acciones por sus instrucciones, en lugar de por las razones de las cuales se supone que dependen.

Quiero resaltar que al considerar la CAS y adoptar sus argumentos, no asumo o no quiero decir que el derecho siempre reclama autoridad de manera exitosa, esto es una discusión distinta. Tampoco asumo que es moralmente exitoso el reclamo de autoridad. Únicamente reconozco que AUTORIDAD (entendida como la pretensión de autoridad del derecho) es un elemento que permite estudiar la naturaleza de eso que llamamos DERECHO. En ese sentido, considero que el derecho reclama autoridad -en la forma en que Raz lo expone-. Pues, de esta manera se logra el reconocimiento de determinados tipos de directivas y reglas como validas y obligatorias. Tales reglas y directivas necesariamente -de forma directa o indirecta- contemplan acciones protegidas por el derecho en una sociedad. Utilizando otras palabras, son acciones protegidas por el derecho sí o sólo sí, estas son determinadas de forma autoritativa -sea en una directiva o en una regla- y esta forma autoritativa solo se consigue si cumple con las condiciones arriba mencionas respecto a la TJN.

Tenemos que la CAS es un estudio acerca de autoridad, el cual incluye una explicación de qué es tener autoridad, qué es estar sometido a autoridad, cuándo uno tiene autoridad o está sometido a ella, y preguntas similares. El estudio no es



acerca de lo que la gente *piensa* que es tener autoridad o estar sometido a ella, sino acerca de lo que es tenerla o estar sometido a ella.<sup>228</sup>

El argumento de Raz está basado en una relación entre una concepción particular de AUTORIDAD y por otro lado cuestiones normativas. De tal manera, reconozco que es una propiedad necesaria de la naturaleza de DERECHO, el que este reclame autoridad, en la forma en que Raz lo describe. Es decir, que aquello que se tiene que dar para decir que el derecho reclama autoridad, son dos condiciones, la TD y la TJN. En esta línea argumentativa es factible decir que el derecho se compone de directivas orientadoras de la acción. Y, dado que emite directivas orientadoras de la acción, tiene sentido decir que reclama autoridad. Consecuentemente, reclama autoridad para proteger las acciones y, protege las acciones para que su autoridad sea reconocida.

Tomando nuevamente el ejemplo de arbitraje entre José y Miguel, aquello que el árbitro resolvió, es una directiva autoritativa y se entiende que es de carácter obligatorio. Al respecto, dice Raz:

*“No todas las regulaciones autoritativas son disposiciones jurídicas, tampoco todo sistema de tales regulaciones es un orden jurídico. Pero señalar que una disposición es jurídicamente obligatoria, es señalar que es una reglamentación autoritativa. Ese señalamiento de regulaciones autoritativas indica que en tal sociedad existe una institución u organización que pretende autoridad sobre los miembros de la sociedad, que los considera obligados a conformarse a ciertos estándares en virtud, justamente, de que estos fueron así señalados por la concebida autoridad, con independencia de si existen otros estándares justificativos basado en otros fundamentos. Como es la verdadera esencia de la pretendida autoridad emitir regulaciones obligatorias con independencia de cualquier otra justificación, se sigue, entonces, que tiene que ser posible identificar tales reglamentaciones sin recurrir a*

---

<sup>228</sup> Raz, Joseph, “The problem of authority: revisiting the service conception”, *Between authority and interpretation*, Oxford University Press, New York, 2009, p. 129. Énfasis mío.

*argumentos justificativos, i.e. de estándares públicamente determinables sin suponer argumentos morales.*<sup>229</sup>

Entonces las directivas orientadoras de conducta con carácter obligatorio son tal, porque son emitidas por una institución o persona que pretende autoridad. En toda sociedad en donde exista tal cosa llamada DERECHO, hay un grupo de personas que emiten tales directivas las cuales se esperan sean observadas o adoptadas por las personas.

*“Una persona puede tener autoridad sobre otra sólo si hay razones suficientes para que esta última esté sometida a deberes al criterio del primero. Esto, claro, aunque probablemente correcto, no nos dice cuándo una persona tiene autoridad sobre otra. No establece incluso, que alguien pueda en algún momento tener autoridad. Pero establece cuál tiene que ser el caso si algunas personas tienen autoridad sobre otras. Eso es todo lo que se puede pedir a una teoría general de autoridad, es decir, que establece lo que considera que ha de darse para ser una autoridad legítima, en lugar de tener que mostrar quién tiene autoridad sobre quién y con respecto a qué. Esta última tarea es una cuestión de evaluar casos individuales.”*<sup>230</sup>

Dicho de otra manera, una teoría general de [la] autoridad, no va a decirnos quien tiene autoridad, sino, las condiciones bajo las cuales las personas están sujetas a una autoridad. De esta manera, Raz afirma que, si la pretensión de autoridad es parte de la naturaleza de DERECHO, entonces, sea lo que sea el derecho, debe ser capaz de poseer autoridad.<sup>231</sup> Esta afirmación es prácticamente el resumen de la tesis de las fuentes, que anteriormente esboqué.

Debido a que tomo en cuenta el argumento que la TF de Raz, vale la pena aclarar que se entiende por fuente:

*“Las fuentes de una disposición jurídica son aquellos hechos en virtud de los cuales esta es válida y su contenido identificado. En este sentido de “fuente”, es más amplio que el de “fuentes formales”, las cuales son aquellas que establecen la*

---

<sup>229</sup> Raz, Joseph, La autoridad del derecho... *op. cit.*, p. 72.

<sup>230</sup> Raz, Joseph, “The problem of authority: revisiting... *op. cit.*, p. 136.

<sup>231</sup> Raz, Joseph, “Authority, law, and morality” ... *op. cit.*, p. 215.

*validez del derecho (...) a saber, todos los materiales interpretativos relevantes. La fuente del derecho, así entendida, no es nunca un acto individual aislado (de legislación, etcétera), sino toda una gama de hechos de variedad de tipos.”<sup>232</sup>*

Finalmente considero que el CPD concuerda con la TF porque, dado que la concepción de protección es respecto a las acciones que están o estarán contempladas en una regla o directiva. Para tal identificación, este -el CPD- procura únicamente hechos sociales y no se allega de valoraciones ni justificaciones de hechos morales para la contemplación y determinación de las acciones protegidas por el derecho.

### **3.3 Un vínculo necesario**

Hay dos premisas aquí a destacar, *i)* un sistema jurídico consta de reglas primarias y secundarias; y *ii)* el derecho pretende autoridad. Pero aquello que llamamos DERECHO no solo consiste en un conjunto de reglas y directivas, ni la autoridad que este reclama, sino, además, en la protección que este ofrece. De esta manera encuentro un vínculo necesario entre estos aspectos, reglas, pretensión de autoridad y CPD. Considero que la idea de regla jurídica y pretensión de autoridad se fundan en la concepción de protección. Y a partir de la descripción de esos tres elementos, podemos estudiar mejor la naturaleza de aquello que es llamado DERECHO. No estoy afirmando que sea la única manera de hacerlo, sino una forma alternativa que yo considero aquí.

Ahora bien, estimo que la dificultad de las reglas no radica en la creación de ellas, sino en aquello mediante lo cual las personas reconocen y adoptan su contenido, como criterios de conducta con carácter autoritativo. Dado que el derecho es un constructo social, todo aquello que se genera desde el derecho, tiene alcance a las acciones de las personas, y esos alcances consisten en proteger y estandarizar las formas, puntualizando criterios de conducta jurídicos. Como bien

---

<sup>232</sup> Raz, Joseph, La autoridad del derecho... *op. cit.*, pp. 66-67.

apunta Hart, la aceptación de una regla por una sociedad en un determinado momento no garantiza su existencia continuada.<sup>233</sup>

La concepción del carácter de protección permite mantener un orden y convivencia social, y la mayoría colabora porque ve en el derecho ese carácter de protección. Sí, naturalmente, al llegar a otro lugar con un sistema jurídico ajeno al nuestro, nos costará adaptarnos tal vez al nuevo contenido que se encuentra plasmado en las reglas, a la nueva sociedad, incluso tal vez a la propia cosmovisión y entendimiento que tengan en ese lugar sobre protección, pero sabemos que no podemos actuar “deliberadamente”, pues se concibe el concepto de protección. Se logre adaptar o no la persona a esas nuevas contingencias sociales, es una cuestión ajena a la propia existencia del del carácter de protección. Porque de una forma u otra, se verá involucrada en el propio sistema.

Si el derecho deja de proteger las acciones de las personas, estas dejarían de: *i*) observar y adoptar el contenido que emana de él (e.g. regla, decisiones judiciales, etc.); *ii*) criticar y cooperar con base al contenido de las directivas y reglas; y *iii*) reconocer la pretensión de autoridad que reclama el derecho. Esto desataría un caos, pues habría un genuino desinterés por la humanidad de involucrarse en el orden jurídico establecido, de la misma manera se dejarían de crear reglas y la continuidad del derecho se disiparía. En conclusión, si las personas no encuentran un grado de protección en el derecho, no habría iniciativa por formar parte de él y este colapsaría.

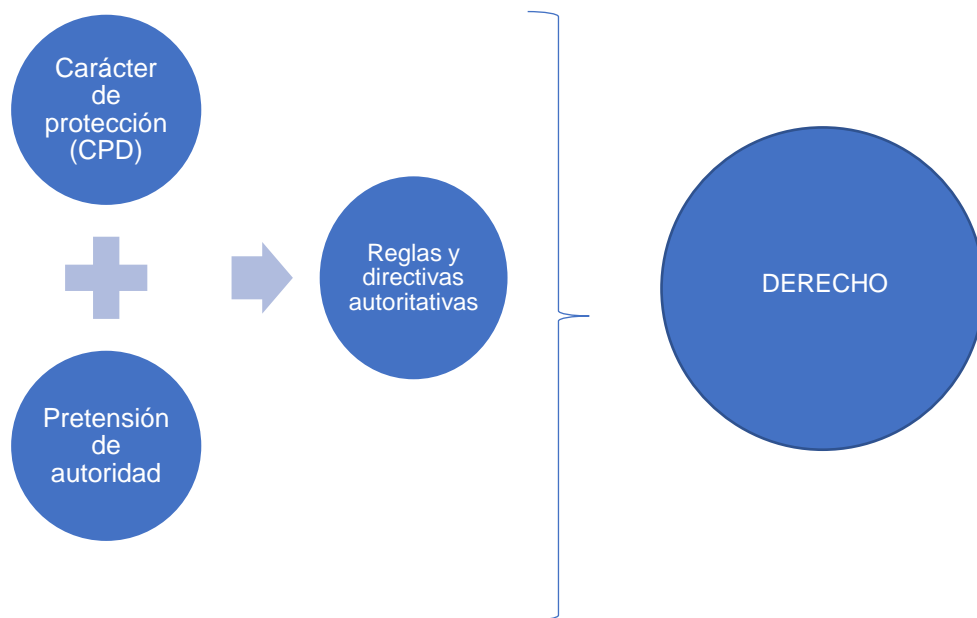
La propia continuidad del derecho exige observar o hacer la observancia de algo que nos permita esa continuidad. Si partimos de que el derecho necesariamente protege las acciones de las personas y esta protección a su vez, es parte de la continuidad de él; de esto se sigue que, sólo si aceptamos que el derecho es no dinámico y no reconozcamos la necesaria interacción entre particulares y funcionarios para la fluidez del derecho, sólo entonces el CPD no es

---

<sup>233</sup> Hart, H. L. A., El concepto de derecho, *op. cit.*, p. 74.

necesario. Pues no habría necesidad de proteger acciones que permitan el orden continuo social y acciones que nadie va a observar.

Se puede dar cuenta, que el derecho es un constructo humano que es constituido bajo la concepción de protección de las acciones de las personas. Así mismo, permite un orden y convivencia social a través de la iniciativa que tienen quienes lo habitan y lo legislan. Al permitir tales aspectos, da pie a la continuidad del derecho. De tal manera, la característica a partir de la cual podemos vincular a las reglas y la pretensión de autoridad del derecho, es el carácter de protección.



Del esquema anterior se sigue que, sólo bajo la concepción del CPD y la pretensión de autoridad, se puede aceptar efectivamente la RR y por tanto emitir reglas o directivas autoritativas. Estos tres elementos, en conjunto, sirven para explicar la naturaleza del derecho. El CPD, es una característica necesaria del derecho que es concebida por las personas en virtud de sus acciones y las de los demás. En ese sentido, si entendemos DERECHO como aquello que protege las acciones de las personas, se sigue necesariamente que, *i)* tales acciones están protegidas porque son contempladas en directivas o reglas; *ii)* las reglas y directivas son entendidas como tal cosa porque cumplen con ciertos criterios establecidos por la RR y se entienden que ellas son autoritativas porque fueron emitidas bajo ciertas condiciones y por ciertas personas bajo ciertos supuesto; *iii)* quienes reclaman y

emiten las reglas y directivas, tienen una concepción de PROTECCIÓN, y por lo tanto de iniciativa. Condición necesaria para el CPD. Todo lo anterior, es parte del dinamismo que hace posible la continuidad del derecho. De esta manera encuentro el vínculo entre las reglas, pretensión de autoridad y el CPD.

➤ *¿Cómo se da tal vinculación?*

Como lo mencioné anteriormente, entiendo que las reglas son un tipo de directivas autoritativas, pero con esto no digo que todas las directivas autoritativas son reglas, pero sí sostengo que todas las reglas y directivas autoritativas protegen, directa o indirectamente, una acción. De tal manera que, el CPD no tiene una forma prescrita de ser ejercido, no se encuentra en un ordenamiento jurídico el cómo puede ser acatado o exigido, ya que es precisamente el CPD el vínculo que permite esclarecer el estatus jurídico de nuestras acciones, así como la validez de las reglas y directivas autoritativas del sistema, que son ejercidas y adoptadas como criterios de conducta.

Por lo que, el CPD únicamente se efectúa en virtud de una iniciativa, entendida como aquella actitud que tanto individuos como funcionarios tienen y muestran frente a ciertas acciones en un plano jurídico. La forma que toma depende de las decisiones emitidas por los funcionarios. Así pues, la figura del CPD se entiende que es concebida por *iniciativa*, tanto por los individuos como por los funcionarios. En los funcionarios, se ve reflejado al atender controversias o cuando a partir del planteamiento de casos hipotéticos se enfrentan a la creación, modificación, interpretación o eliminación de reglas o directivas autoritativas. En los individuos, cuando observan o adoptan las reglas como criterios de conducta y al manifestar frente a los funcionarios, su incertidumbre sobre determinados hechos e incluso sobre la propia calidad jurídica de las reglas. Pues no basta con tener conciencia sobre las facultades, obligaciones o deberes que resultan del uso de una regla, sino también de una actitud para replantearnos la naturaleza de ciertas acciones y cuestionarnos su estatus o licitud en términos jurídicos. Y esto se logra una vez que contamos con la concepción de protección.

Ahora bien, partiendo de la tesis de que toda acción (A) ejercida u omitida genera una o más consecuencias (C) deduzco que:

- a) No todos las “A” que conocemos, están protegidos por el derecho, ni tienen “C” jurídicas.
- b) No todo lo que pueda llegar a tener “C” jurídicas, es una “A” protegida jurídicamente, o regulada al momento de su realización.
- c) No todos los casos hipotéticos de “A” se encuentran protegidos materialmente. Es decir, no han sido emitidas como directivas de carácter autoritativo y obligatorio.
- d) El que una “A” no se encuentre regulada al momento de su realización, no implica necesariamente, que sus “C” no estén protegidos por el derecho.

Cualquiera de los casos hipotéticos recién mencionadas, surgen desde un cuestionamiento en virtud de la protección de las acciones, en el sentido de si “A” o no “A” es jurídicamente posible, o bien, si determinada regla (R) es válida o adecuada para resolver cierta controversia. La falta de claridad sobre algunas acciones, nos deja a los individuos la labor de señalarlo o cuestionarlo ante la autoridad competente. O bien, a los funcionarios, la tarea de adelantarse al planteamiento de casos hipotéticos, a partir de los cuales se puedan proteger ciertas acciones a través de directivas o reglas. Hart señala, en ésta misma línea, que los individuos -sujeta a la corrección por un tribunal-, tienen la tarea de valorar las pretensiones sociales que surgen en formas diversas y de obtener un razonable equilibrio entre ellas.<sup>234</sup>

Mas de una vez, alguien ha escuchado o dicho, frente a determinadas situaciones “*tengo derecho a...*”, aun sin tener la certeza de que realmente exista fundamento jurídico que sustente lo que se advierte. Pero se sabe de entrada que las acciones tienen un grado de protección jurídica, o bien, que se tiene protección frente a las acciones de alguien más. No se sabe cómo, ni puntualmente de qué

---

<sup>234</sup> *Ibidem*, p. 164.

manera, o si materialmente existan criterios que regulen esa acción en la cual se encuentra, pero se sabe que existe esa posibilidad.

Para llegar a esa perspectiva, la persona tiene una iniciativa de plantear alguna crítica respecto a los hechos que devienen de ciertas acciones. En el mismo sentido que, sin importar de qué manera resuelvan los tribunales, estos también se apoyan de una actitud que se encuentra manifiesta por medio de su iniciativa de usar las reglas, ya sea, resolviendo o, por ejemplo, justificando su falta de capacidad. Pues tanto el particular que presenta una petición como los funcionarios que han resuelto, actúan en razón de una concepción de protección.

Raz, en ese sentido, sostiene que es característica del derecho proteger y hacer cumplir los contratos, convenios, normas y costumbres de los particulares, sean personas físicas o morales.<sup>235</sup> Pero, siguiendo esta línea argumentativa de Raz, para que esa protección de la que él habla, y que yo denomino, carácter de protección del derecho, pueda suceder, requiere una iniciativa activa. Como lo mencioné anteriormente, esta iniciativa se espera tanto por parte de los funcionarios, como por parte de la sociedad, ya que ambos pueden presenciar determinada “A”, o de manera directa o indirecta se han visto afectados (positiva o negativamente) por cierta “A”. O bien, simplemente quieren prever, tener certeza, adelantarse o, descartar posibles responsabilidades jurídicas sobre “A” en el presente o en el futuro.

Por ejemplo, en términos análogos, de la misma manera en que el oxígeno que respiramos los seres humanos está presente en la atmosfera de la Tierra, y parece algo tan simple y es evidente que está, aunque físicamente no lo podamos ver, está al alcance de todos. Requiere una acción de nuestra parte, para obtener resultados. Y estos resultados, independientemente del tipo de acción u omisión aplicada, tendrán un impacto sobre las personas. Es decir, si aplicamos la acción - inhalar- obtendremos ciertos resultados que es oxígeno, de la misma manera que obtendremos resultados si omitimos la acción de inhalar. En este sentido, el oxígeno

---

<sup>235</sup> Raz, Joseph, La autoridad del derecho... *op. cit.*, p. 133. Énfasis es mío.



es un elemento necesario para que haya vida humana en la Tierra -la vida que conocemos-. De la misma manera, el derecho no prescinde del CPD. El CPD funge como elemento necesario del derecho, y requiere una acción de nuestra parte para obtener resultados, entre ellos la preservación del orden, convivencia social y la continuidad del derecho.

Con la misma analogía, existen distintas formas de llevar a cabo la acción u omisión de inhalar oxígeno. La acción puede ser *activa*, es decir, ejercida por voluntad, con conciencia o actividad propia. Es acción pasiva cuando, por ejemplo, obtenemos oxígeno de manera artificial. Podemos también omitir activamente (con conciencia) y por voluntad propia, contenernos la respiración. O bien, omitir pasivamente la acción de inhalar oxígeno, por ejemplo, si alguien nos priva de ello a la fuerza. Consecuentemente, tendremos resultados distintos según la acción u omisión empleada. Pero lo que es claro, es que requiere la iniciativa activa de un agente, ya sea nuestra o ajena, para poder obtener un resultado, sea éste proveernos o privarnos de oxígeno.

Así pues, la calidad de oxígeno cambiará por distintos factores, por ejemplo, si partimos de la ubicación geográfica, la sensación de respirar en Sitka, que se encuentra a 8 metros sobre el nivel del mar, no es igual que la de respirar en los Alpes, que está a 1,700 metros sobre el nivel del mar. Pero, sin importar la altura a la que nos encontremos, estamos de acuerdo en que el oxígeno es necesario para la vida humana, y que sin importar si estamos a 8 o a 1,700 metros sobre el nivel, efectuando una acción obtendremos oxígeno. Podemos decir que, de la misma manera cambia la calidad y el tipo de contenido jurídico contemplado por cada sistema jurídica alrededor del mundo. Esto como resultado de sus características contingentes, que lo hacen particular frente a otros, pero que no tienen mayor relevancia para definir conceptualmente DERECHO.

Sin embargo, algo que comparten todos los sistemas jurídicos que conciben DERECHO, son entre sus propiedades los conceptos de reglas, autoridad y el CPD. Estos elementos (no estoy diciendo que sean los únicos) al mismo tiempo requieren una iniciativa por parte de las personas para activarlos y obtener resultados. ¿A qué

me refiero con activarlo y obtener resultados? A la certeza sobre el estatus jurídico de las acciones y conocer la validez de las directivas y reglas jurídicas.

Si la interpretación que he hecho sobre los argumentos de Hart y Raz son correctas, entonces coincido con ellos en: *i)* Un sistema jurídico consta de reglas primarias y secundarias; y *ii)* El derecho pretende autoridad. De esto concluyo que:

- a) Si es verdadero (i) es necesario (ii).
- b) La necesidad de (ii) se ve reflejada en (i).
- c) La naturaleza (no su existencia) de (i) consiste en la concepción protección.
- d) De la concepción del CPD se sigue (i) y (ii).
- e) Por lo tanto, el CPD es una propiedad necesaria de eso que llamamos DERECHO.

➤ *¿Qué distingue a eso que llamamos DERECHO?*

Considero que el derecho consiste en proteger necesariamente las acciones de las personas. Mi argumento va muy de la mano con la pretensión de autoridad del derecho, que Raz describe. Porque tal protección se logra ver materializada en virtud de que una persona o grupo de personas (institución) pretende autoridad al emitir tales directivas autoritativas o reglas, y que al mismo tiempo la creación de tales reglas exige la observancia de la RR. Finalmente en esas reglas y directivas se ve materializado el CPD.

En términos de Raz, que una persona esté autorizada a mandar, implica que, tiene autoridad sobre el destinatario del mandato. Y una petición hecha por una persona autorizada a hacerla, es una razón (a primera vista)\* válida para su destinatario.<sup>236</sup> En ese sentido, se puede ver que un vínculo entre el CPD, la pretensión de autoridad y las reglas, es la determinación del estatus jurídico de las acciones humanas e institucionales. Las cuales pueden propiciar la creación,

---

<sup>236</sup> *Ibidem*, p. 30. \**Prima facie*, en la versión original.

modificación o eliminación de reglas, y posteriormente se interiorizan como pautas o criterios de conducta, entendidas como acciones protegidas.

Una acción protegida es tal, cuando es declarada una directiva autoritativa o regla jurídica. El CPD, no hace alusión a las razones que motivan a las personas a adoptar las reglas o cuestionar el estatus jurídico de determinadas acciones. Lo que se alude es que a partir de una concepción de protección, tanto los individuos como los funcionarios, reconozcan la necesaria interacción entre ambas partes, lo cual permite un dinamismo jurídico. De tal manera, considero que sin la presencia del CPD, el derecho pierde su capacidad como sistema jurídico y no permite su continuidad. Porque el derecho no está compuesto únicamente de reglas, ni de su pretensión de autoridad. Sino además, de aquello que permita la iniciativa tanto de las personas -individuos o funcionarios- y la interacción entre ellos, este vínculo dinámico se logra a partir del CPD.

En toda sociedad en donde se contemple DERECHO dentro un sistema jurídico, sin importar el tipo de gobierno, habremos de encontrar la relación entre reglas, la pretensión de autoridad y el CPD como algo necesario de la propia estructura de DERECHO. Es verdad, como dije y estructuré anteriormente, que no toda acción tiene fuerza o consecuencias jurídicas. Pero de esto no se sigue que las acciones no están protegidas por el derecho. También es cierto que todo sistema jurídico evoluciona de distinta manera y a distinto ritmo, emiten directivas y reglas, tienen su propios estándares y estructuras para la elaboración de reglas, por lo tanto, protegerán de manera particular a las acciones de las personas.

Pero esto no implica que no cuenten con la concepción de protección del derecho. Y finalmente, adaptamos nuestra vida a un sistema jurídico, no porque haya una regla que disponga eso, o porque los funcionarios nos sometan particularmente a obedecer todas y cada una de las reglas. Sino que, tomando en cuenta que formamos parte de una sociedad, consecuentemente existe un reconocimiento general de convivencia en donde prevalecen ciertas acciones en la esfera social, de interés común, que son protegidas por el derecho.

Un gran número de extraños puede cooperar satisfactoriamente, si todos comparten en términos generales un reconocimiento sobre algo, por ejemplo, estándares jurídicos.<sup>237</sup> Ese reconocimiento sobre algo, es consecuencia de un interés común compartido en la sociedad. Por lo tanto, existe un reconocimiento de protección hacia ciertas acciones, observando hechos sociales. Y mientras persista ese reconocimiento sobre ese algo, ese algo ejerce fuerza en la sociedad. De tal manera, considero que la concepción de protección permite la conservación de un orden y convivencia social de una forma continua, y se puede decir que progresiva, dado que resulta de la iniciativa de las personas. Esto permite una sociedad estable, en donde se espera que las personas (particulares y funcionarios), tengan disposición y criterio para involucrarse en el dinamismo del sistema jurídico. Esto último sin embargo es simplemente un ideal, no un elemento que constituye la naturaleza de un sistema jurídico.

---

<sup>237</sup> Harari, Yuval Noah, *Sapiens. A brief history of humankind*, Harper Collins, New York, 2014, p. 27.

### CAPÍTULO III

#### POSIBLES RÉPLICAS AL CARÁCTER DE PROTECCIÓN DEL DERECHO

Como cualquier hipótesis o propuesta, el carácter de protección del derecho (CPD) no está libre de desafío. En este capítulo además de atender un par de posibles replicas que puede enfrentar la concepción del CPD, tengo como objetivo destacar unas precisiones. Evidentemente, aquí sólo muestro un bagaje de aquello que podría terminar en más de un par de réplicas. Lo que quiero decir, es que doy por hecho que la discusión no se agota aquí. En el capítulo anterior he desarrollado la propuesta de este trabajo, la cual consiste en presentar el CPD como un elemento necesario que forma parte de la naturaleza de aquello que llamamos derecho.

En este capítulo me concentro en explicar algunos aspectos que son importantes mantener alejados al momento de describir el CPD. Son aspectos que, si no se les distingue correctamente y no se les aparta, sería fácil caer en el error. Ciertamente, si no hay una claridad metodológica determinada, algunas conjeturas podrían resultar arbitrarias. En otras palabras, aquí determino aquello que es importante no involucrar al explicar el CPD.

Considero que una forma de tener una discusión provechosa, es estableciendo límites. Además de determinar de qué se está hablando, es importante resaltar de qué, particularmente, no se está hablando, y, la metodología empleada. En mi caso, el hecho de que trate aspectos sobre el significado de DERECHO, no implica que haga un estudio semántico. Hablo del significado de aquello que constituye la institución social que conocemos como DERECHO. De esta manera es que adopto en términos de Raz, el estudio de la naturaleza del derecho. En ese sentido es que propongo el CPD, como un elemento que forma parte de la naturaleza del derecho de forma necesaria.

En un total de tres secciones, que comprenden este capítulo, desarrollo algunas cuestiones que exigen atención. En la §1. *Algunos desacuerdos y confusiones*, en donde comienzo con, i) *Evaluar como ejercicio discriminativo no justificativo*, en este punto, retomo unas tesis de Julie Dickson y Joseph Raz, con el fin de aclarar algunas confusiones metodológicas. Esto nos lleva a la siguiente

parte, ii) *Presunciones erróneas*, una vez que se han repasado cuestiones metodológicas respecto al ejercicio evaluativo en la teoría jurídica, las cuales he adoptado a lo largo de este trabajo, resulta más fácil distinguir algunas réplicas que no tienen cabida en el debate. Así como, identificar por qué algunas conclusiones son erróneas. Finalmente, iii) *Consecuencias coincidentes*, como el título lo sugiere, denoto que hay coincidencias que, por la naturaleza de su origen, no se pueden evitar. Particularmente me refiero a algunos aspectos coincidentes respecto a la justificación de las acciones protegidas por el derecho. Concluyo esta sección con un breve análisis distintivo entre el Contenido Mínimo del Derecho Natural, expuesto por Hart; y, el CPD.

En la §2. *¿Todo o nada?* Al analizar las características del CPD en el capítulo anterior, no sostuve que estas tienen que ser necesariamente no morales. Pero sí es parte de mi defensa señalar que estas características no requieren necesariamente ser justificadas moralmente. En ese sentido, la estructura de esta sección atiende los siguientes tres aspectos: i) *Elementos justificativos no necesariamente morales*; ii) *Diversidad de acciones e interés común*; y iii) *Sobre necesidades sociales*. A través de estos puntos, procuro esclarecer una falsa ilusión sobre el CPD, respecto a la necesidad o el necesario rechazo sobre aspectos morales.

Finalmente, en la §3. *Reconstrucción de argumentos*, propongo algunas ideas que nos pueden llevar a sacar conclusiones, comenzando con i) *Acciones humanas, una clasificación fuera de un dualismo*; ii) *Generalidad e imparcialidad*, como condiciones que caracterizan a las acciones protegidas por el derecho; y iii) *¿Por qué es sostenible la afirmación de que el derecho necesariamente protege las acciones de las personas?* En donde planteo dos ejemplos como posibles escenarios, mostrando que es verdad, que el derecho necesariamente protege las acciones de las personas, atendiendo únicamente hechos sociales.

## 1. ALGUNOS DESACUERDOS Y CONFUSIONES

### **1.1 Evaluar como ejercicio discriminativo no justificativo**

Al hablar de evaluación, como me referí y expliqué en el capítulo primero, utilizo una postura metodológica desarrollada por Julie Dickson, la cual denomina teoría jurídica de la evaluación indirecta (TJEI). Esta, señala Dickson, consiste en que no exige de los teóricos llevar a cabo una evaluación moral (o justificación moral) del derecho para caracterizarlo adecuada y acertadamente, tal como sí lo exigen las teorías de Finnis y Dworkin.<sup>238</sup> Pero la TJEI sí exige llevar a cabo juicios evaluativos en relación a la práctica social que se estudia por parte de las teorías del derecho.<sup>239</sup> Cabe destacar que Dickson hace una distinción entre evaluaciones morales y evaluaciones que responden a calificativos como “bueno o malo”, a este último tipo las llama evaluaciones directas.<sup>240</sup>

En este sentido, al evaluar las características de la naturaleza del derecho y distinguir el CPD, como una de ellas, no lo hago realizando evaluaciones directas ni morales. Tampoco pretendo justificar moralmente al derecho, por lo tanto, tampoco al CPD. Únicamente parto de la TJEI, para hacer un ejercicio discriminativo de algunas características que presenta el derecho y ubicar las más sobresalientes. De tal manera, distingo el CPD como un elemento necesario del derecho, que se presenta en cualquier sistema jurídico vigente y que por tanto merece una explicación. Pero al sostener que estas características son importantes, señala Raz, uno no las recomienda como buenas.<sup>241</sup> Es decir, al yo distinguir el CPD como una característica necesaria del derecho, no me manifiesto sobre los méritos o deméritos que este elemento tiene. Únicamente lo muestro, como un aspecto siempre presente en el derecho. No obstante, continuando en la línea de Raz,

---

<sup>238</sup> Dickson, Julie, Evaluación en la teoría del derecho... *op. cit.*, p. 40. Agregando que, tanto el esquema de clasificación descriptivo/normativo o bien, el encuadre de una teoría jurídica etiquetándolos como libres de valoración o evaluación moral, resultan poco útiles.

<sup>239</sup> *Ibidem*, p. 45.

<sup>240</sup> Esta distinción se encuentra desarrollada en el Capítulo 1, §3.2 de este trabajo. O bien, consúltese Dickson, Julie, Evaluación en la teoría del derecho... *op. cit.*, Cap. III, especialmente pp. 83-86.

<sup>241</sup> Raz, Joseph, “Authority, law, and morality” ... *op. cit.* p. 236.

estamos ante la presencia de un juicio evaluativo, y no es un juicio que gire en torno a los méritos morales de algo.<sup>242</sup>

*“(…) para construir una teoría jurídica analítica exitosa, un teórico tiene que llevar a cabo juicios evaluativos razonables respecto a qué es lo importante a explicar en el derecho, tomando en consideración cómo se entiende el derecho por parte de aquellos bajo su dominio, intentando explicar adecuadamente dichas características sobresalientes.”<sup>243</sup>*

De lo anterior se puede inferir que, mediante juicios evaluativos indirectos, se puede llegar a destacar características esenciales del derecho. De esto, puede surgir la siguiente duda: ¿Qué muestran esas características obtenidas -mediante la TJEI- para hacerlas importantes? Las características del derecho que son importantes de explicar, Dickson puntualiza, son aquellas que revelan de mejor manera el carácter distintivo del derecho como una forma especial de organización social. Y pone como ejemplo que, en la teoría de Raz, una razón de por qué la pretensión del derecho de gozar con autoridad moral es importante, es simplemente porque esto es algo que el derecho hace invariablemente y, por tanto, es algo característico del mismo.<sup>244</sup>

Por lo tanto, siguiendo esta tesis argumentativa, cuando afirmo que el derecho protege las acciones de las personas en referencia al CPD, esto implica: *i)* una actividad evaluativa, pues distingo el CPD como una característica necesaria de la naturaleza del derecho. Para llegar a tal conclusión realicé un ejercicio evaluativo que me llevó a discriminar entre una serie de características y argumentos para tal afirmación. De esto no se sigue que el CPD este moralmente justificado, tampoco sostengo que la *forma* en cómo el derecho protege las acciones de las personas sea buena o mala. Y en este sentido, *ii)* únicamente afirmo que el derecho protege acciones.

---

<sup>242</sup> *Ibidem*, pp. 236-237.

<sup>243</sup> Dickson, Julie, Evaluación en la teoría del derecho... *op. cit.*, p. 57.

<sup>244</sup> *Ibidem*, p. 75.



En mi opinión y con base a la TJEI cualquier intento por describir *algo* implica o exige una tarea evaluativa que nos permite discriminar entre una cosa y otra. En general, considero que cualquier decisión que toma alguien es resultado de un ejercicio evaluativo. Incluso en las actividades más banales como, entre beber café negro o con leche, es un ejercicio evaluativo para elegir entre (a) o (b). En ese sentido, reconozco que hay un aspecto evaluativo -de tipo especial- al identificar aspectos característicos de la naturaleza del derecho. La metodología a la que yo me sumo es la TJEI.

De tal manera, el que *X* característica sea sostenida como una característica importante a explicar, porque se encuentra presente de forma invariable y es considerada como parte de la naturaleza del derecho, no tiene una relación necesaria con que *X* característica también tenga una justificación de carácter moral. Como Dickson apunta:

*“X es importante de explicarse, puede también sustentarse en el hecho de que X es una característica del derecho que invariablemente presenta y que, por tanto, revela la forma peculiar de operación del derecho, por la existencia y carácter prevaleciente de ciertas consecuencias de determinadas creencias sobre X por parte de aquellos sujetos al derecho, lo cual indica su aspecto toral en nuestros auto-entendimientos; por el hecho de que dicho X en cuestión tiene una importancia sobre aspectos del razonamiento práctico; o por la forma en cómo X es relevante para o tiene importancia para preguntas evaluativas directas sobre si el mismo y la institución social que la exhibe son cosas buenas o malas.”<sup>245</sup>*

En conclusión, si el CPD no se justifica moralmente, esto no afecta la propia existencia del CPD, ni las acciones protegidas. Por ejemplo, esto equivaldría a decir que la acción de expresarse en público sigue protegida con independencia a la carga valorativa que yo le atribuya, o bien, con independencia a si tengo un interés personal sobre tal acción de expresarme en público. Naturalmente, el CPD tiene efectos prácticos en nuestras vidas. Razonamos y tomamos decisiones cuando conocemos de qué manera están protegidas ciertas acciones por el derecho.

---

<sup>245</sup> *Ibidem*, pp. 82-83.

## 1.2 Presunciones erróneas

Claro está que no tengo control sobre las interpretaciones futuras a este trabajo, sin embargo, considero que una estructura guiada puede ser de ayuda para evitar algunas conjeturas erróneas. Por ejemplo, aspectos como: interpretación y evaluación a la práctica, justificación moral o política del derecho, estudio semántico o uso de las palabras (particularmente la palabra “derecho”), son aspectos totalmente ajenos a las pretensiones que aquí persigo. En este último respecto, encuentro la siguiente nota de Wittgenstein, lo suficientemente clara para mostrar, por qué incluso, no es posible tal cosa como “el uso de las palabras”:

*“Piensa en las herramientas de una caja de herramientas: hay un martillo, unas tenazas, una sierra, un destornillador, una regla, un tarro de cola, clavos y tornillos. -Tan diversas como las funciones de estos objetos son las funciones de las palabras. (Y hay semejanzas aquí y allí). Ciertamente, lo que nos desconcierta es la uniformidad de sus apariencias cuando las palabras nos son dichas o las encontramos escritas o impresas. Pero su empleo no se nos presenta tan claramente. ¡En particular cuando filosofamos!”<sup>246</sup>*

En otras palabras, siguiendo a Wittgenstein, aunque mi intención fuera realizar -que no es el caso- un listado de *las* reglas gramaticales *del* uso de la palabra “derecho”, no sería posible. Tal estudio resultaría utópico, porque las palabras no tienen un uso finito, pues el contexto y factores afectarían al mismo. En una línea muy similar, Rodríguez Paniagua expone que, uno de los puntos principales de la doctrina de Wittgenstein, y que Hart tiene en cuenta, es el que las palabras o términos lingüísticos, no sólo no tienen un significado independiente de la frase o proposición en que se usan, sino que además, ese significado y el sentido de la frase, depende de las diversas modalidades en que se emplean.<sup>247</sup> En el prefacio de *The Concept of law* de H. L. A. Hart, él señala:

---

<sup>246</sup> Wittgenstein, Ludwig, *Investigaciones filosóficas*, I, 11. En <https://bit.ly/2ZOaEQf> (Consultado en 2020).

<sup>247</sup> Rodríguez Paniagua, Jose Maria, “La filosofía lingüística y la teoría del derecho analítica: H. L. A. Hart”, *Anuario de filosofía del derecho*, No. VII, España, 1990, p. 481.

*“Muchas distinciones importantes, que no son inmediatamente obvias, entre tipos de situación social, o relaciones, pueden ser esclarecidas mejor mediante un examen de los usos típicos de las expresiones relevantes y de la manera en que éstas dependen de un contexto social que a menudo no se expresa. En este campo de estudio es particularmente verdad, como decía el Profesor J. L. Austin, que podemos usar “una conciencia agudizada de las palabras para agudizar nuestra percepción de los fenómenos”.<sup>248</sup>*

En ese sentido, entiendo que Hart se refiere al contenido de las reglas jurídicas, a la indeterminación necesaria que en ellas se encuentra, al ser descritas por palabras. De tal manera, podemos encontrar en Hart que, el uso típico de las palabras permite que las reglas tengan un núcleo de significado. Sin embargo, al señalar que una regla tiene un núcleo de significado, de ello no se sigue que sea el único. Así pues, considero que a eso se refiere con la cita anterior, que dice *“una situación social puede ser esclarecida con el examen de los usos típicos de las expresiones -contenidos en las reglas- y cómo estas dependen de su contexto”*. En ese sentido, recojo que Hart si echa mano, pero no exclusivamente, del uso de las palabras.

Sino que, como indica Rodríguez Paniagua, parte de una diversidad de modalidades, tales como las de aserción (afirmación o negación), interrogación y mandato o imperio. Pero no son sólo estas, ni tampoco se pueden señalar de antemano las diversas modalidades posibles, sino que estas aparecen (y desaparecen o se olvidan) en la actividad humana.<sup>249</sup> Esto va muy relacionado con uno de los argumentos expuestos por Wittgenstein, particularmente cuando se refiere a “parecidos de familia”:

*“No puedo caracterizar mejor esos parecidos que con la expresión «parecidos de familia»; pues es así como se superponen y entrecruzan los diversos parecidos que se dan entre los miembros de una familia: estatura, facciones, color de los ojos, andares, temperamento, etc., etc. -Y diré: los 'juegos' componen una familia. Y del mismo modo componen una familia, por ejemplo, los tipos de números. ¿Por qué*

---

<sup>248</sup> Hart, H. L. A., *The concept of law*, Clarendon Press, Oxford, 1994, Preface.

<sup>249</sup> Rodríguez Paniagua, Jose Maria, “La filosofía lingüística y la teoría del derecho ...”, *op. cit.*, p. 481.

*llamamos a algo «número»? Bueno, quizá porque tiene un parentesco -directo- con varias cosas que se han llamado números hasta ahora; y por ello, puede decirse, obtiene un parentesco indirecto con otras que también llamamos así. Y extendemos nuestro concepto de número como cuando al hilar trenzamos una madeja hilo a hilo. (...)<sup>250</sup>*

Este argumento de Wittgenstein, lo encuentro relacionado con lo que Hart denomina la textura abierta de las reglas<sup>251</sup> -y del lenguaje en general-. En ese sentido, el papel que juega el uso de las palabras, sobre el significado del término/concepto, es entendiendo como un factor adicional (pero no determinante) que le da sentido al término/concepto empleado. Pues sumado a ello, depende de factores adicionales, o bien, como recién fue señalado, depende de las diversas modalidades en que se emplea el término/concepto para poder darle sentido al mismo. Porque, como indica Wittgenstein, la filosofía no puede en modo alguno interferir con el uso efectivo del lenguaje; puede a la postre solamente describirlo. Pues no puede tampoco fundamentarlo. Deja todo como está.<sup>252</sup>

*“Considera, por ejemplo, los procesos que llamamos «juegos». Me refiero a juegos de tablero, juegos de cartas, juegos de pelota, juegos de lucha, etc. ¿Qué hay común a todos ellos? (...) si los miras, no verás por cierto algo que sea común a todos, sino que verás semejanzas, parentescos y por cierto toda una serie de ellos. (...) ¿hay siempre un ganar y perder, o una competición entre los jugadores? Piensa en los solitarios. En los juegos de pelota hay ganar y perder; pero cuando un niño lanza la pelota a la pared y la recoge de nuevo, ese rasgo ha desaparecido. (...) Podemos ver cómo los parecidos surgen y desaparecen. Y el resultado de este examen reza así: Vemos una complicada red de parecidos que se superponen y entrecruzan. Parecidos a gran escala y de detalle.”*

Es esta misma línea, es factible señalar que la institución social que llamamos DERECHO, comprende un “juego”, y cada juego, como Wittgenstein lo señaló

---

<sup>250</sup> Wittgenstein, Ludwig, Investigaciones ..., *op. cit.*, I, 66-67.

<sup>251</sup> Respecto al concepto “textura abierta”, Brian Bix encuentra el origen de este, en trabajos de Friedrich Waismann, quien a su vez se basó en ideas de L. Wittgenstein. *Cfr.* Bix, Brian, Law, language, and legal determinacy, Clarendon Press Oxford, UK, 1993, esp. pp. 10-22.

<sup>252</sup> Wittgenstein, Ludwig, Investigaciones ..., *op. cit.*, I, 124.

compone una familia. De tal manera, cuando llamamos o señalamos a *X* como DERECHO, es porque encontramos que *X* tiene un parentesco con algo que llamamos DERECHO. En otras palabras, todos los sistemas jurídicos que comprenden al derecho como institución social, reflejan una serie de características, que permiten identificar y que implican que algo es DERECHO.

Ahora bien, desde la empresa del estudio de la naturaleza del derecho, se ubican características que comparten, por ejemplo, tanto el sistema jurídico mexicano, como el español. De esas características que comparten, algunas son esenciales y otras además resultan necesariamente verdaderas, es decir, que no podrían ser de otra manera y que contribuye a distinguir aquello que constituye la naturaleza de lo que conocemos como DERECHO. Es en este último sentido que, distingo el CPD, como una característica necesariamente verdadera de la naturaleza del derecho. Scott Shapiro al exponer en qué consisten las características esenciales y características necesarias, aborda tal distinción a partir de dos tipos de preguntas: *i*) preguntas de identidad y, *ii*) preguntas de implicación. Planteándolo de la siguiente manera:

*“(…) En general, preguntar por la identidad de *X* es preguntar qué hay en *X* que lo convierte en *X* y no en *Y* o *Z* o cualquier otra cosa. Llamé a esto la «pregunta de identidad». Una respuesta correcta a la Pregunta de Identidad debe proporcionar el conjunto de propiedades que hacen que las instancias (posibles o reales) de *X* sean las cosas que son. La identidad del agua, para tomar otro ejemplo, es  $H_2O$  porque el agua es sólo  $H_2O$ . Ser  $H_2O$  es lo que hace que el agua sea agua. Con respecto a derecho, en consecuencia, para responder a la pregunta ¿Qué es derecho? Esta interpretación consiste en descubrir qué hace que todas y sólo las instancias de derecho sean instancias de derecho y no otra cosa. (...) [Por otro lado] lo que se sigue necesariamente del hecho de qué es lo que es y no otra cosa. Voy a referirme a esto aquí como la «pregunta de implicación». (...) En este segundo sentido de «naturaleza», descubrir la naturaleza de una entidad, está en parte para descubrir aquellas propiedades que necesariamente tiene. Un objeto tiene una propiedad necesariamente en caso de que no pueda dejar de tenerla. Por tanto, descubrir la naturaleza del derecho, en este segundo sentido, sería en parte descubrir sus*

*propiedades necesarias, i. e., aquellas propiedades que derecho no podría dejar de tener.*<sup>253</sup>

En otras palabras, las preguntas de identidad, siguiendo a Shapiro, están interesadas en propiedades esenciales de la cosa X, y las preguntas de implicación atienden la naturaleza de X, son implicaciones necesarias, es decir, que es necesariamente verdadero de X.<sup>254</sup> No busco ni pretendo ofrecer un listado de características necesarias que distinguen aquello que llamamos DERECHO, sino, únicamente presento el CPD como una ellas. De esta manera es que concluyo que, el CPD es, no sólo una propiedad que la naturaleza de DERECHO posee necesariamente, sino que además lo distingue de ser DERECHO y no otra cosa.

Cuando explico el CPD, lo hago sin aspirar a justificarlo moralmente. Eso lo dejo en otro plano, con ello no quiero decir que su justificación -moral o política- requiera un menor esfuerzo argumentativo. Pero sí considero que, para poder justificar X, antes hay que tener claro qué distingue y hace a X lo que es. Una vía para lograr ese cometido es teniendo presente lo que a continuación apunta Dickson:

*“El concepto derecho es parte del bagaje conceptual que utilizamos para entender nuestro mundo social. (...) El filósofo del derecho explica un concepto que la gente ya conoce y que la gente utiliza para caracterizar a la sociedad en la que vive, junto con sus propias actitudes y comportamientos en dicha sociedad. Al ser este el caso, cualquier teoría explicativa acertada en la filosofía del derecho tiene que, al evaluar cuáles son las características sobresalientes del derecho a explicar, (...) [el filósofo del derecho] lleva a cabo juicios evaluativos respecto a lo que es importante y significativo del derecho, considerando e intentando explicar la forma en cómo es visto por aquellos que viven bajo su dominio.”*<sup>255</sup>

En ese sentido, el CPD es explicado siguiendo esta misma línea argumentativa y uso de juicios evaluativos del tipo indirecto. Con ello, además

---

<sup>253</sup> Shapiro, Scott J., *Legality*, The Belknap Press of Harvard University, United States of America, 2013, pp. 8-10.

<sup>254</sup> *Idem*

<sup>255</sup> Dickson, Julie, *Evaluación en la teoría del derecho... op. cit.*, pp. 55-56.

quiero decir que este es un elemento que forma parte de la naturaleza del derecho, en parte porque de alguna manera la gente que vive en determinado sistema jurídico, rigiéndose por una institución social llamada derecho, reconoce que hay acciones protegidas por el derecho. Estas personas, se desenvuelven, actúan o se abstienen de actuar tomando en cuenta la protección que determinadas acciones tienen, en términos jurídicos. Pero no infiero con eso que una acción es protegida jurídicamente, porque un individuo así lo determinó y así lo cree conveniente o porque sus necesidades personales así lo demanden. Tampoco ha de suponerse que el CPD es analizado en este trabajo como *la razón* por la cual alguien actúa. No niego que puede ser un factor, pero jamás ha de entenderse -la razón por la cual alguien actúa- como el aspecto *per se* de la naturaleza del CPD.

El CPD no es en sí mismo la razón por la cual alguien adopta u obedece las reglas. La manera en que lo he estudiado es como un elemento distintivo y necesario del derecho, que se presenta materialmente en las reglas y directivas autoritativas. Las cuales, a su vez, son expuestas como guía de estándares de conducta social. Definitivamente habrá los casos en que algunas directivas, tenga un carácter obligatorio, pero fuera de eso, se espera que los individuos tomen en cuenta ciertos estándares de conducta al dirigir su actuar. Estándares optativos que permiten una convivencia y estabilidad de orden colectivo. Esta aceptación y colaboración colectiva impacta y forma parte en la continuidad del derecho.

Lo anterior lo ubico como un aspecto práctico del CPD. Es decir, una vez que identificamos el CPD como característica necesaria del derecho. Esta identificación, como Dickson señala, tiene efectos importantes en cuestiones de razonamiento práctico, independientemente de si creemos que la pretensión es verdadera, si es realmente verdadera o si esto hace que el derecho sea algo bueno o malo.<sup>256</sup> Dicho de otra manera, una vez identificado el CPD: *i)* se reconoce como una característica que se encuentra presente, necesariamente, en cualquier sitio en el que se conciba la idea de derecho dentro de un sistema jurídico vigente; *ii)* se entiende como necesariamente verdadero que el derecho protege acciones, *iii)* las acciones que

---

<sup>256</sup> *Ibidem*, p. 77.

protege el derecho presentan ciertas características que tienen un significado en el equilibrio del orden y convivencia social; y *iv*) una acción se encuentra materialmente protegida por el derecho, en un regla o directiva autoritativa. Por lo antes expuesto, sería erróneo presumir que el derecho protege *todas las acciones* y que el CPD implique o esté necesariamente justificado en términos morales.

### **1.3 Consecuencias coincidentes**

Hablar de justificaciones, evaluaciones y en general de aspectos morales, implica una labor especial. En mi opinión, todas las acciones dependiendo del contexto y a quién se le pregunte, pueden tener implicaciones o consecuencias morales. Así pues, cualquier regla y directiva jurídica puede estar plagada de consecuencias morales, incluso el ejercicio de la identificación del derecho lo puede estar. Sin embargo, de esto no se sigue que para tal cosa haya necesariamente que haber de por medio un ejercicio de evaluación o justificación moral. Es decir, una consecuencia del tipo X, no implica necesariamente que la causa sea X.

Quiero utilizar los siguientes dos ejemplos, para intentar -análogamente- esclarecer la idea anterior:

- 1) Gloria adoptó un gato. Una consecuencia de ello es que ya no tiene ratones en su casa. Sin embargo, esa no fue la razón por la cual Gloria adoptó el gato. Es simplemente una consecuencia coincidente el que ya no tenga ratones, pero esta no fue la razón que llevó a Gloria a adoptar a su gato.
- 2) Cesar se compró un casco. Cuando Cesar sale en su motocicleta y se pone el casco, lo cubre del frío. Pero la razón por la cual Cesar se compró y utiliza el casco, es para proteger su cabeza de posibles golpes. El hecho de que el casco lo cubra del frío es una consecuencia coincidente, pero esto último no es la razón por la cual Cesar se hizo del casco.

Lo que busco mostrar con estos dos ejemplos, es que de la misma manera en que el gato y el casco tuvieron consecuencias coincidentes con otros factores ajenos a las razones por las cuales Gloria y de Cesar se hicieron de ellos, análogamente, el derecho cuando protege una acción X, se entiende que X está



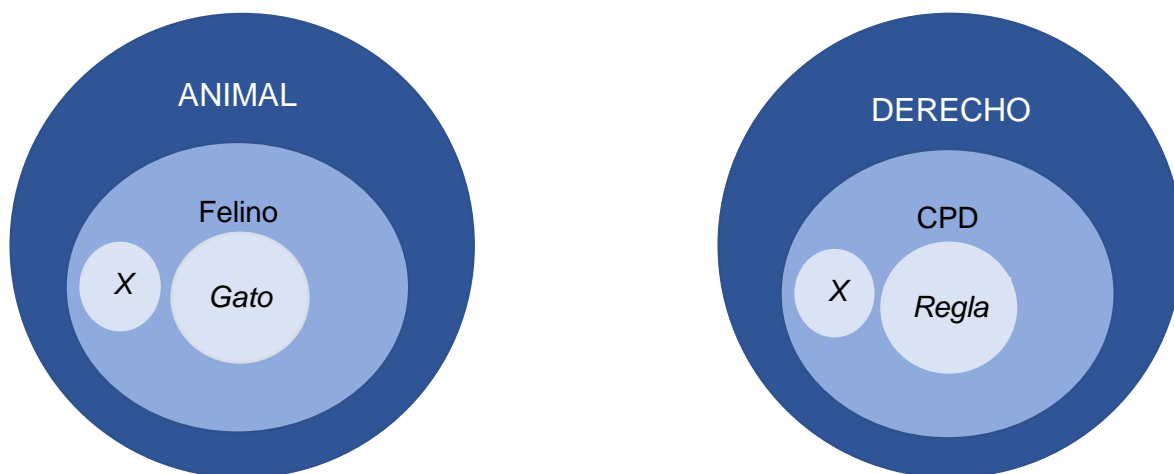
contemplada en una regla o directiva autoritativa, la razón por la cual *X* está contemplada en un ordenamiento jurídico es porque hay un interés común sobre *X*, que permite mantener el orden y convivencia social. Una consecuencia coincidente de que el derecho proteja *X*, es que *X* tenga una justificación o valor moral.

Ahora bien, tomando en cuenta que el derecho es un fenómeno dinámico, el derecho no sólo consiste en las acciones protegidas contempladas en las reglas y directivas autoritativas, sino también en la protección que pretende a futuro, como parte de la continuidad del derecho. Así, el CPD afecta la forma en que las personas actúan. En este sentido, este tiene alcances en las consideraciones prácticas en la conducción de la vida de las personas dentro de un sistema jurídico. De tal manera, éste atiende acciones que cumplen con ciertas condiciones de conducta. En otras palabras, donde quiera que se encuentre el derecho como institución social en un sistema jurídico en vigor, se presume la existencia del CPD, pero no su justificación moral.

Ciertamente el CPD se encuentra materializado en las reglas y directivas autoritativas. Pero de esto no se sigue que el CPD exista *únicamente* en virtud de la existencia de ellas, pues el CPD es un elemento de la naturaleza del derecho. Sí, esta característica del CPD, directa o indirectamente se encuentra en las reglas y directivas autoritativas. Por lo que, no es erróneo concebir al CPD como una característica de las reglas jurídicas y directivas, sin embargo, sí sería erróneo considerar que la existencia del CPD dependa de la existencia de una regla o de una directiva. Lo dije anteriormente, toda regla y directiva protege de una forma u otra una acción. Pero esto no es equivalente a decir que el CPD existe únicamente en virtud de ellas.

En ese sentido, la afirmación de que el CPD es un elemento necesario de la naturaleza del derecho, y que, por tanto, su existencia no depende de la existencia de las reglas, se puede ver con la siguiente analogía: Así como todo gato, necesariamente es un felino, toda regla necesariamente protege. Sin embargo, así como el CPD se puede ver manifiesto en otros aspectos del derecho, hay otros felinos que no son gatos, como *X* = chita. En ese sentido, todo gato, necesariamente

es un felino. Pero la característica de felino, no se reduce y no depende únicamente a la de gato. De igual manera, el CPD no se reduce al de regla. En la siguiente figura, se puede apreciar la relación que acabo de mencionar, entre el CPD y reglas, de una manera más gráfica.



Por un lado, el CPD se ve materializado en las reglas, pero también en las directivas autoritativas. Por lo tanto, continuando con la figura de arriba, el CPD se encuentra también en *X* en, en donde *X* puede representar, por ejemplo, las directivas autoritativas, las peticiones de las personas, la pretensión de protección futura del derecho. Con esto, busco determinar que el CPD es un elemento necesario del derecho, y que como se muestra en el diagrama, las reglas pertenecen al conjunto del CPD y naturalmente del derecho. Pero sería obscuro, distinguir al CPD como una característica de las reglas y no de la naturaleza derecho en sí. En conclusión, el CPD *i)* no consiste únicamente en las reglas y, *ii)* no depende de la existencia de ellas.

Este aspecto permite precisar en qué consisten las diferencias entre el CPD y la concepción del Contenido Mínimo de Derecho Natural de Hart. La manera en que abordo el debate es atendiendo, cuál es el papel que ocupa cada uno en el derecho. Y es el tema que desarrollo a continuación.

➤ *Diferencias entre el Contenido Mínimo del Derecho Natural y el Carácter de Protección del Derecho*

La concepción del contenido mínimo del derecho natural (CMDN) de Hart, encuentro que se desarrolla a partir de dos premisas, *a)* la supervivencia del ser humano es el objetivo, y *b)* hay cinco verdades obvias, que suministran una *razón* para que, dada la supervivencia como objetivo, el derecho y la moral deben incluir un *contenido* específico [en sus reglas].<sup>257</sup> Esas cinco verdades obvias son:<sup>258</sup> *i)* vulnerabilidad humana, *ii)* igualdad aproximada, *iii)* altruismo limitado, *iv)* recursos limitados, y *v)* comprensión y voluntad limitada. En esencia, estas cinco verdades obvias, dejan ver unas características que todos los seres humanos compartimos, y precisamente en nuestra calidad de humanos -poniendo la supervivencia como el objetivo-, es importante que las reglas contemplen tales aspectos. Dicho en otras palabras, que las reglas contengan un mínimo de derecho natural, en razón de permitir una continuidad de vida social. Hart indica que:

*“Al plantear esta o cualquier otra cuestión referente a cómo deben convivir los hombres, tenemos que presuponer que su propósito, en términos generales, es vivir. (...) hay ciertas reglas de conducta que toda organización social tiene que contener*

---

<sup>257</sup> Hart, H. L. A., El concepto de derecho, *op. cit.*, p. 239. Énfasis original.

<sup>258</sup> “*i)* *Vulnerabilidad humana*, en donde refiere que los seres humanos somos objetos de ataque corporales, por ende, vulnerables entre unos y otros. En ese sentido, si los humanos perdieran esa vulnerabilidad, señala Hart, se desvanecería una verdad obvia para la prescripción más característica del derecho y la moral: no matarás. *ii)* *Igualdad aproximada*, Los hombres difieren entre fuerza física, agilidad y aún más en capacidad intelectual. (...) Esta igualdad aproximada, más que cualquier otro hecho, hace evidente la necesidad de un sistema de abstenciones y concesiones mutuas, que está en la base tanto de la obligación jurídica como la obligación moral. (...) *iii)* *Altruismo limitado*, (...) si los hombres no son demonios, tampoco son ángeles; y el hecho de que sean un término medio entre estos dos extremos es algo que hace que un sistema de abstenciones mutuas sea a la vez necesario y posible.(...) el altruismo humano es limitado en extensión e intermitente, y las tendencias a la agresión son los bastante frecuentes como para ser fatales para la vida social si no se les controla; *iv)* *recursos limitado*, (...) [es] indispensable una forma mínima de la institución de la propiedad (aunque no necesariamente la propiedad individual), y el tipo distintivo de reglas que exige que la respete. (...) En todo tiempo y lugar la vida misma depende de estas abstenciones mínimas. *v)* *Comprensión y voluntad limitadas*, “(...) no todos los hombres comparten por igual la comprensión de los intereses de largo alcance, ni la fuerza o bondad de voluntad, de las que depende la eficacia de esos diferentes motivos para obedecer. (...) Hacen falta “sanciones”, por lo tanto, no como el motivo normal para la obediencia, sino como una garantía de que aquellos que obedecen voluntariamente no serán sacrificados a quienes no lo hacen. (...) Dado este peligro, lo que la razón reclama es cooperación voluntaria dentro de un sistema coercitivo.” *Cfr., Ibidem*, pp.240-244.

*para ser viable. (...) Tales principios de conducta universalmente reconocidos, que tienen una base en verdades elementales referentes a los seres humanos, a su circunstancia natural, y a sus propósitos, pueden ser considerados como el contenido mínimo del Derecho Natural (...).*<sup>259</sup>

Ahora bien, sin ese contenido -siguiendo a Hart- las normas jurídicas y la moral, no podrían llevar a cabo el propósito mínimo de supervivencia que los hombres tienen al asociarse entre sí.<sup>260</sup> En resumen, el CMDN es una característica del *contenido* de las reglas jurídicas,<sup>261</sup> para permitir la supervivencia humana. En contraste, el CPD es un elemento necesariamente verdadero de la naturaleza del derecho, no únicamente -del contenido- de las reglas, como es el caso del CMDN. Hay momentos en que el CPD y el CMDN ocupan el mismo lugar dentro de un sistema jurídico, pues el CPD se ve materializado en las directivas autoritativas y, en las reglas jurídicas.

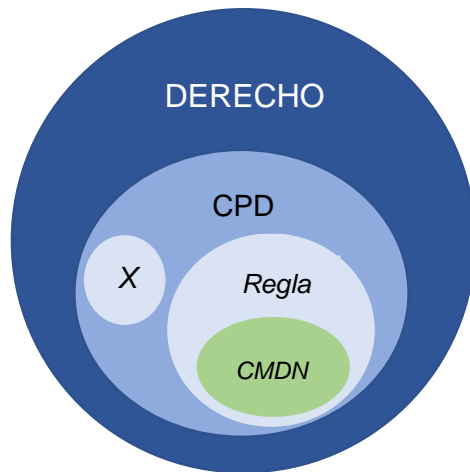
En este sentido, el derecho protege este contenido mínimo, en razón de la existencia de una regla que lo contempla. Así pues, tanto el CMDN y el CPD, permiten una convivencia organiza humana. Sin embargo, la existencia del CPD no depende necesariamente de la existencia de una regla, mientras en el CMDN sí. En otras palabras, el CMDN es *una* forma de protección del derecho, pero no la única. Con el siguiente diagrama, se puede apreciar la ubicación que cada uno tiene y su relación:

---

<sup>259</sup> Hart, H. L. A., El concepto de derecho, *op. cit.*, pp. 238-239.

<sup>260</sup> *Ibidem*, p. 239.

<sup>261</sup> En este momento me refiero únicamente a las reglas jurídicas, pero Hart considera que el contenido mínimo del derecho natural, es una característica que comparten tanto las reglas jurídicas como morales.



En breve, el CMDN, como fue señalado por Hart, es una característica que las reglas de conducta, de toda organización humana deben de poseer, para ser viable.<sup>262</sup> Mientras que el CPD es un elemento necesariamente verdadero, que toda institución social llamada DERECHO, posee. Como se puede dar cuenta, en este trabajo no realizo una crítica ni análisis exhaustivo sobre la concepción del CMDN desarrollado por Hart, quiero enfatizar que no me encuentro en total conflicto con esta tesis. Sin embargo, si el debate respecto a las diferencias ente el CPD y el CMDN, se replantea -como lo hemos hecho- ubicando cuál es el papel que cada uno juega en el derecho, se logra ver incluso una posible relación entre uno y otro.

El CPD, puede que observe las cinco verdades obvias en las que se funda la concepción del CMDN, sin embargo, que sea una verdad obvia, no significa que sea necesaria.<sup>263</sup> Por ejemplo, si el supuesto en el que descansan las verdades obvias en las que se funda el CMDN es: *la supervivencia humana*, ¿en dónde queda posicionada la eutanasia y el aborto? Si bien, no es el espacio para discutir una posible respuesta a esta pregunta, solo la dejo como un aspecto reflexivo. En donde se ve el elemento de protección del derecho y una falta de coincidencia con el

---

<sup>262</sup> *Ibidem*, p. 238.

<sup>263</sup> El propio Hart manifiesta este punto, pero únicamente en lo que respecta a "vulnerabilidad humana". *Cfr.*, *Ibidem*, p. 240.

CMDN.<sup>264</sup> Por lo tanto, todo CMDN implica CPD, pero no toda acción protegida por el derecho implica CMDN. Pues el CPD es mucho más amplio, protege la supervivencia humana y otras cosas más.

Tomando como referencia la pregunta anterior, considero que tales aspectos -las cinco verdades obvias que Hart menciona-, idealmente tienen que ser protegidos por el derecho, en aras, como dice Hart, de que algún mínimo de personas, voluntariamente observen o adopten las reglas de un sistema jurídico. Este aspecto voluntario, puede aligerar la convivencia humana, por tanto, el orden social puede fluir con menos complicaciones. Finalmente, considero que el CMDN no requiere necesariamente obedecer hechos morales. En otras palabras, la idea del CMDN contemplado en el contenido de las reglas jurídicas, desde mi punto de vista, es factible observando únicamente hechos sociales.

Hay dos conclusiones que se pueden aterrizar de lo anterior; *i)* el CMDN es una forma de protección del derecho, y *ii)* el CMDN es una característica del contenido de las reglas jurídicas, mientras que el CPD es un elemento necesario del derecho, no únicamente de las reglas. Si el CMDN reposa sobre la premisa de la supervivencia humana como supuesto o ideal de la humanidad, un ejemplo de un hecho social que protege el derecho y, que no coincide con la premisa anterior, es la eutanasia. Como es contemplado en el Reino de Bélgica.<sup>265</sup>

---

<sup>264</sup> Por otro lado, Hart no dice que para que una regla exista, necesariamente tenga que coincidir con esas verdades obvias, o bien, contener su concepción de CMDN.

<sup>265</sup> Cfr. The Belgian act on euthanasia of May, 28<sup>th</sup>, 2002.

## 2. ¿TODO O NADA?

### **2.1 Elementos justificativos no necesariamente morales**

Dado que el CPD funciona en razón de la concepción de protección, así como de un criterio reflexivo sobre acciones, reglas y directivas que un individuo tenga, sin dejar de un lado, la iniciativa que este muestre hacia tales aspectos. Las acciones que protege el derecho, se caracterizan por permitir una preservación integral del orden y convivencia en la sociedad. Pero con ello, no se debe de entender que, para proteger determinada acción, necesariamente debe de existir de por medio un hecho moral que lo justifique. Sin embargo, no hay un rechazo a la existencia de posibles coincidencias.

Lo anterior es distinto a decir que los elementos y condiciones que comprende el CPD son necesariamente no morales. Esta última afirmación no la sostengo. De esta manera, para determinar qué acciones son protegidas por el derecho, se sigue de la idea de acciones de interés común que atienden únicamente hechos sociales, más no de acciones que requieran necesariamente hechos morales para su justificación. Es importante recordar que yo no evaluo moralmente al derecho, por lo que no explico ni pretendo justificar moralmente el CPD. Mencioné anteriormente que el CPD es una propiedad necesaria del derecho, presente en donde quiera haya un sistema jurídico vigente, y que este se concentra en atender acciones humanas, acciones de un tipo especial.

Ahora bien, es cierto que tanto las acciones protegidas por el derecho y las acciones morales, son consecuencia de acciones humanas. Pero, así como el CPD atiende necesariamente un tipo de acción en particular, lo mismo sucede cuando se trata de aplicar juicios morales, estos son aplicados sobre otro tipo especial de acciones, sobre otro tipo de hechos. En otras palabras, las acciones que son evaluadas, sean en un plano jurídico o moral, forman parte de categorías distintas. Tales categorías (y muchas otras que forman parte del desarrollo de las facetas humanas) en ocasiones coinciden en atender y evaluar una misma acción. Al final,

tanto desde una base moral como jurídica, se evalúan acciones humanas y se discriminan o categorizan siguiendo una metodología especial.

El CPD se funda en un interés común compartido en una sociedad determinada. Atendiendo aspectos de generalidad e imparcialidad racional. Por lo que, considero que el hecho de sostener que las acciones que protege el derecho, requieran necesariamente una justificación y evaluación moral en el orden de ser aceptadas como una acciones protegidas, nublaría la generalidad e imparcialidad racional que caracteriza al CPD. Podría incluso resultar arbitrario requerir una necesaria justificación y evaluación moral sobre la protección que el derecho concede. ¿Por qué arbitrario? Sería arbitrario sostener tanto su necesidad, como rechazar la coincidencia.

Por un lado, porque los aspectos jurídicos y morales de la vida de una persona, se cruzan en más de una ocasión, no se puede negar tal aspecto sobre las acciones humanas. Pero por el otro, es importante tener presente y distinguir que los aspectos morales de la vida de una persona forman parte de otra estructura que exige un raciocinio y juicios especiales. Consecuentemente, el uso de otro tipo lenguaje. Que un grupo de personas imponga lo que para ellos ha de admitirse como bueno o malo moralmente, o un rechazo a cierta acción humana, adoptando juicios valorativos morales, sería tan arbitrario como que X juzgue y exija a Y, que le asigne el mismo valor a la vida, y que lo haga a partir de sus estándares valorativos y morales. Afirmaciones de este tipo resultan muy vagas y distintas al tipo de afirmaciones que se señalan sobre ciertas acciones a partir del CPD.

En ambas categorías existe una autonomía en las personas por decidir. Las consecuencias en la falta cometida sobre una regla jurídica o moral, como lo menciona Hart, también son muy distintas. La cuestión estriba en que, mientras el CPD pretende una generalidad que permita una convivencia social, y a su vez funciona sobre una concepción de protección y un criterio reflexivo sobre una diversidad de acciones, esto no se lograría -no en la manera que yo lo propongo- mediante la necesidad de juicios que justifiquen hechos morales. Estos últimos tienen su razón de ser en la bondad y en los aspectos virtuosos de los individuos.



Además, si el CPD consistiera en la necesidad de juicios morales, se corre el peligro de enfrentarnos a opiniones o acciones de gente que carece de falta de sensibilidad moral, o bien, a la tiranía de algunos por hacer preservar sus estándares morales. De esta manera se vulneraría la estabilidad y continuidad sobre el orden y convivencia social que se logra con el derecho.

## **2.2 Diversidad de acciones e interés común**

¿Qué hace que *X* sea una acción protegida? VS ¿Qué determina la protección jurídica de *X*? Comenzaré por responder la primera pregunta, *X* es una acción protegida sí y sólo sí, está contemplada en cierto grado en un regla o directiva autoritativa dentro de un sistema jurídico. Mientras que, aquello que determina la protección de *X*, es que *X* presenta entre sus características un interés común compartido en la sociedad, procurando condiciones de alcance general e imparcial para la misma y permite la continuidad del orden y convivencia social.

Dicho en otras palabras, mientras que los aspectos que responden a la primera pregunta corresponden, por un lado, a un proceso estandarizado contemplado por el sistema jurídico para la creación de reglas. O bien, su respuesta se encuentra a partir de la explicación de Hart respecto a reglas primarias y secundarias. Y, por otro, a los aspectos que considera Raz para entender una razón, como una razón para actuar con carácter autoritativo.<sup>266</sup> La segunda pregunta, corresponde los elementos que caracterizan al CPD y el tipo de condiciones que se tienen que presentar sobre la acción para ser protegida jurídicamente.

Consecuentemente, dentro de la diversidad de acciones, a pesar de que existen coincidencias, como lo reflejé en la sección anterior, entre las acciones jurídicas y morales, una distinción que se puede destacar entre ellas es que mientras que toda acción protegida por el derecho puede ser una acción moral, de esto no se sigue que toda acción moral está protegida por el derecho. Y las reglas jurídicas o decisiones autoritativas permiten proteger una acción, mientras que las reglas morales no pueden adquirir tal concepción. *X* no puede reclamar lealtad a *Y*,

---

<sup>266</sup> Tema desarrollado en capítulo 2, § 3.2 de este trabajo.

diciendo que tal acción está protegida, por lo menos no de la forma en que el derecho protege las acciones.

Los aspectos sobre las acciones morales no son garantizados materialmente, es un acto de voluntad, en donde su aceptación, rechazo o quebrantamiento es de buena o mala fe. Mientras que los aspectos que atiende e involucra las acciones protegidas por sí mismas y las exigencias hechas a partir de estas acciones, además de que posiblemente despierte ese sentimiento de buena fe y voluntad genuina hacia la aceptación de la regla en donde se encuentra contemplada la acción, se espera que el individuo posea un criterio y concepción de protección. Naturalmente, las implicaciones de un reclamo sobre una acción jurídica, dista mucho en diferencia, ni siquiera es comparable frente a un reclamo de carácter moral.

Puede que el valor que individualmente depositamos en  $X$  acciones sea mayor en términos morales que en lo jurídico. Pero ese valor depositado no determina su importancia social. Por tanto, en el plano moral, la vulnerabilidad es un estado latente con carencia de certeza. Mientras que, en el derecho, esa vulnerabilidad puede existir, pero la carencia de certeza se pierde, por la legalidad de las acciones protegidas por el derecho. Por ejemplo, no se le puede exigir a un padre que ame a sus hijos -no de la manera en que se exigen aspectos jurídicos- pero sí se le puede exigir un tipo de conducta especial, en relación a algunas necesidades particulares de los hijos, como vivienda, alimentos, vestimenta, etc., porque esto atiende aspectos racionales de carácter social, observa únicamente los hechos sociales, sin indagar en hechos morales.

Retomando el ejemplo de padre-hijo. Tenemos a  $S1$ , que tiene interés nulo sobre el lazo que pueda generar y, su falta de deseo por estar presente en momentos significativos durante la vida de su hijo. Por otro lado,  $S2$ , que tiene un profundo amor e interés por formar parte y estar presente en la vida de su hijo. El derecho, tanto a  $S1$  como a  $S2$  les va a exigir determinadas acciones hacia sus hijos, más allá del sentimiento que entre ellos exista. Ciertamente puede que esto último sea un factor para tomar en cuenta al momento de resolver aspectos como

custodia. Pero, nuevamente, esto correspondería a otra discusión, relativo a cómo resolver casos jurídicos particulares, no es sobre la naturaleza del derecho.

Por lo anterior, podemos dar cuenta que mientras que el derecho protege acciones, estas acciones consisten en conductas que reflejan cierto alcance social, respecto a la convivencia y orden. El CPD no es hacia acciones que necesariamente corresponden con sentimientos, valores o virtudes personales. Como lo mencioné, puede existir cierta convergencia y no hay un rechazo hacia este. Pero no se debe de entender como una interdependencia.

### **2.3 Sobre necesidades sociales**

No son las acciones en sí, ni el tipo de acciones que protege el derecho ni cómo las protege el derecho, sino aquello que permiten esas acciones que protege el derecho. ¿Qué permiten esas acciones que protege el derecho? Una estabilidad social y conveniencia colectiva. Una cooperación social es necesaria, no resulta suficiente con saber qué acciones están protegidas por el derecho, y cómo estas se encuentran establecidas. Sino, además, con comprender una concepción de protección, y tener un criterio que nos permita generar un raciocinio para actuar y dimensionar las consecuencias que nuestro propio actuar puede tener en lo individual y social. Ese criterio que desarrollamos a partir de una concepción de protección jurídica, si tomamos como cierto que el humano es un animal social, nos permite desarrollar formas de cooperación. Entre esas formas de cooperación, se encuentran acciones que nos permiten hacer cosas de forma coordinada, ordenada y colectivamente.

*“La gran mayoría de las personas que viven en una sociedad gobernada por el derecho son conscientes de esta institución social y tienen puntos de vista sobre cómo es, y qué es importante de la misma. Saben, por ejemplo, que una de las cosas importantes del derecho es que puede emplear un poder coercitivo sobre uno; que, si uno desobedece, puede ser recluso físicamente o perder por la fuerza algunas de sus propiedades. Asimismo, la gente sabe que el derecho se erige como un sistema de conducta y comportamiento no optativo, cuestión distinta a la práctica del yoga o la masonería. Es decir, el derecho no es algo a lo que uno se inscriba, ya*

*que es aplicable y obligatorio para todos los que se encuentran bajo su jurisdicción, con o sin su consentimiento.*<sup>267</sup>

Así pues, se coopera colectivamente con otro tipo de reglas, reglas de juego, reglas religiosas, reglas morales, pero el derecho permite una convivencia general e imparcial. El tipo de cooperación que tenemos los humanos permite tal prevalencia de orden y su continuidad. En esta línea, Yuval Harari pone el siguiente ejemplo:<sup>268</sup> Los chimpancés trabajan en manadas, pero dos chimpancés que no se conocen no podrían hacerlo. No tienen nada en común. Si incrementa el número de chimpancés, el orden se desestabiliza y, el riesgo de perder esa estabilidad (o el control por el orden) es considerablemente alto.

Con los humanos no, el caso es distinto. Los humanos tenemos en común una institución llamada derecho. En ese sentido, en un país como China, que tiene una población de más de mil cuatrocientos millones de habitantes, en donde, a pesar de que no todos se conocen, es decir no existe una comunicación directa de unos con otros, tienen certeza de un grado de protección sobre ciertas acciones e incluso comparten la búsqueda de certeza y legalidad sobre otras acciones. Por lo tanto, también conciben y tienen en común una concepción de protección sobre una gama de acciones de interés social. Por lo que, el mínimo de reconocimiento de acciones protegidas permite tal cooperación y, por tanto, estabilidad de orden y convivencia, así como su continuidad.

El CPD es un aspecto dual, se requiere de la participación de particulares y funcionarios. En contraste con otro tipo de sistema “normativo”. La religión es un sistema de reglas y valores de la humanidad que está fundado en creer en un orden divino más allá de lo humano o “super humano”, -con un control- fuera del alcance

---

<sup>267</sup> Dickson, Julie, Evaluación en la teoría del derecho... *op. cit.*, pp. 54-55

<sup>268</sup> Él pone en contraste el tipo de cooperación que tenemos los humanos, frente a un grupo de chimpancés, para reflejar las distinciones de origen entre la cooperación realizada en comunidad humana y de chimpancés, así como los factores que permiten tal cooperación y las consecuencias de ello. En ese sentido, retomo su ejemplo y al mismo tiempo realizo algunas adaptaciones para reflejar algunos aspectos sobre el derecho y el CPD. Por lo que, si la interpretación aquí planteada es incorrecta y si las adaptaciones que he realizado para reflejar aspectos sobre el derecho y el CPD distan de la idea original del autor, la responsabilidad es mía.

de la humanidad.<sup>269</sup> Mientras que el derecho, es comprendido en un sistema jurídico de reglas humanas. En ese sentido, la religión refleja edictos superhumanos y el derecho es legislado por los humanos.<sup>270</sup>

Estos dos sistemas normativos difieren fundamentalmente, por el origen de los criterios de conducta que observan. Las reglas divinas son aceptadas sin ser cuestionadas, mientras que las reglas jurídicas son observadas o adoptadas desde una perspectiva crítica.<sup>271</sup> En las reglas divinas, un ser omnipotente tiene la última palabra, es el único creador de los estándares a observar, y esto no ha cambiado a lo largo de tiempo. Mientras que el derecho, como parte de su naturaleza, exige un dinamismo continuo y esto se logra con la iniciativa e intervención tanto de particulares y funcionarios. Si no hubiera tal cosa como el CPD, la gente no tendría iniciativa, si la gente no tuviera iniciativa, no habría posibilidad para intervenir, cuestionar, ni considerar las reglas jurídicas; si nadie se cuestiona, el derecho se mantiene estático y la propia naturaleza del derecho exige que este sea dinámico.

Cada cultura y zona geográfica definen sus valores predominantes. No tengo objeción alguna en este respecto. Sin embargo, me parece importante apuntar que, ese contenido valorativo (en sus diferentes categorías: morales, familiares, religiosas, etc.) no forman parte de la constitución del concepto de protección que distingue al derecho, o dicho en otros términos, no forma parte de la naturaleza del CPD. ¿Por qué? Muy sencillo, porque aquel es un aspecto contingente, que posiblemente se vea reflejado en la forma de legislar-resolver y en general de operar del sistema jurídico.

Veámoslo de la siguiente manera. Un elemento necesario que constituye el vino, es la uva. La uva es parte de la naturaleza del vino. Sin embargo, existe una gran diversidad de factores contingentes, que afectan el sabor, color y cuerpo del vino. Por ejemplo, el tipo de tierra, la altura sobre el nivel del mar en donde se encuentra sembrada la uva, el tipo de madera utilizada en las barricas, etc. Sin

---

<sup>269</sup> Harari, Yuval Noah, *Homo Deus, A brief history of tomorrow*, Harper Collins, New York, 2016, p. 229.

<sup>270</sup> *Idem*

<sup>271</sup> Punto de vista interno en Hart.

embargo, ninguno de ellos es un elemento necesario que defina la naturaleza de lo que es el vino.

De la misma manera, los valores que predominan en un país, las religiones que se profesan en el mismo, el tipo de gobierno, etc. Son elementos contingentes, que no forman parte de la naturaleza del derecho. Análogamente, el derecho es el vino, el CPD es la uva, y los elementos contingentes que afectan el cuerpo y color del vino, son aspectos que no forman parte de aquello que constituye la naturaleza del vino, lo mismo sucede con los aspectos contingentes del derecho, no se niega su existencia o el impacto que ellos puedan llegar a tener, pero no son elementos esenciales de la naturaleza del derecho.

El contenido de las reglas puede cambiar, el tipo de sistema político que prevalece en determinada zona geográfica puede colapsarse, puede haber un golpe de estado y algunos pensarían que esto sería sinónimo de re-inventar un sistema jurídico o, el origen de una nueva cosmovisión de lo que entendemos por derecho o, el proceso para la creación de reglas. Pero, realmente lo que se está poniendo en duda es el tipo acciones que el derecho va a proteger. Con esto quiero decir que la naturaleza del derecho prevalece, que el elemento del CPD permanece, porque al final, el derecho consiste en proteger acciones.

### 3. RECONSTRUCCIÓN DE ARGUMENTOS

#### **3.1 Acciones humanas, una clasificación fuera de un dualismo**

Parecería que Hart no distingue o no advierte la existencia de casos desconocidos o rompimiento de paradigmas. O bien, yo no encontré cabida de esta categoría en la dualidad que él señala como casos típicos claros y casos límites discutibles. Brian Bix apunta que, si partimos del hecho de que Hart abogó por una posición sobre la interpretación judicial entre el formalismo y el escepticismo normativo, la posición media de Hart se basaba en -o, al menos, estaba justificada por- una teoría de la textura abierta del lenguaje-.<sup>272</sup>

Entonces tenemos que la textura abierta es dirigida al contenido de las reglas frente a determinados casos, algunos fácilmente tendrán cabida en la o las reglas, y otros como Hart menciona, están en zona de penumbra. La textura abierta de las reglas (del lenguaje utilizado en ellas) permite en ocasiones poder señalar a *X* como un caso límite discutible. En donde, mediante la discrecionalidad judicial y textura abierta, se clasifica a *X*, dentro de esa dualidad. En otras palabras, parece que la clasificación de *X*, está limitada por esa dualidad, si no es un caso típico claro, es un caso límite discutible.

A partir de lo anterior es que propongo que las acciones humanas, que dan origen a los casos particulares, puedan ser clasificadas también como rompimiento de paradigmas. Ya que, genuinamente pueden dar origen a casos desconocidos. Incluso, partiendo de la textura abierta, se puede llegar a tal conclusión, porque es posible ver que determinada *X*, no tiene cabida en esa dualidad. Es decir, *X* no pertenece ni a la categoría de caso típico ni a un caso discutible. En ese sentido, considero que se interpreta el grado de protección que la regla provee a determinada acción.

En otras palabras, la decisión de si una regla (*R*) aplica a determinada acción (*A*) es en virtud del significado de *R* sobre *A*. Pero cuando es evidente que *R* no

---

<sup>272</sup> Bix, Brian, Law, language, and legal determinacy, *ob. cit.*, pp-120-144.

aplica a *A*, es porque *A* se sale de esa dualidad. Entonces una vez determinado que *A* no pertenece ni a un caso típico claro ni a un caso límite discutible, se sigue que es un rompimiento de paradigma. La discusión, posteriormente se puede extender a cómo podemos proteger *A* jurídicamente. La creación de una regla o la emisión de una directiva autoritativa sería la respuesta, y entonces se delimitaría el rango y grado de protección que *A* tendrá en el plano jurídico.

Brian Bix señala -cuando describe la *textura abierta* de Hart- que, cada regla característicamente tiene un núcleo de significado claro, la decisión de si una regla se aplica a una situación particular, a menudo se basa en el significado -de delimitar el rango de significados- del término general. Por ejemplo, -continúa y en concordancia con un ejemplo de Hart- la aplicación de la regla, "no vehículos en el parque", generalmente activará si un objeto en particular es un "vehículo" para el propósito de la regla (o si un área en particular es un "parque" para el propósito de la regla).<sup>273</sup>

Siguiendo con esta línea argumentativa, tenemos que:

- La regla *Z* es igual a "no *X* en *Y*"
- En donde *X* es la acción no permitida y *Y* el espacio

Para la aplicación *Z*, hay que determinar qué es *X* y qué es *Y*, claramente hay un margen de significado. O lo que Hart llama, núcleo de significado claro. Sin embargo, si agregamos *P* a *X*, ya no es tan claro que la regla *Z* aplique a *PX*. Ya que *P* es un elemento con su propio núcleo de significado, este se suma a *X* y no se les puede separar. De tal manera, *PX* es una nueva acción. En este sentido, cuando se interpreta la regla *Z* (para resolver alguna controversia), se concluye que esta no protege *PX*. Esto da origen a un rompimiento de paradigma.

La determinación de un caso, como fácil, difícil o rompimiento de paradigma, es en razón de la extensión del contenido de la regla en contraste con la acción. Pero hay veces que la extensión de una regla no da para la acción en virtud.

---

<sup>273</sup> *Ibidem*, p. 7.



Entonces, todo depende a qué nos referimos con protección y a acción. Si consideramos que cada acción humana<sup>274</sup> tiene una característica particular, la decisión de si una regla aplica o no a *X* acción, es en virtud tanto de la regla misma, es decir del contenido mismo, así como de las características que definen *X* acción. De esta manera, tanto la regla como la acción son determinadas a partir del lenguaje, o bien, el lenguaje permite que tanto la regla como la acción tengan de un núcleo de significado, como el que Hart refiere.

### **3.2 Generalidad e imparcialidad**

Todos los seres humanos, que formamos parte de un sistema jurídico concebimos y aprendemos un conjunto de nociones acerca del derecho, así como elementos que constituyen su naturaleza. Si todos comprendemos el concepto de derecho, es porque necesariamente concebimos de una manera u otra el CPD. Por ejemplo, algunos pueden concebir como correcto o incorrecto lo que protege el derecho, este desacuerdo e incluso el rechazo a la idea de que el derecho protege acciones, implica necesariamente una concepción de protección. No puedo -razonablemente- rechazar la existencia de algo que no conozco. Para poder rechazar algo, es porque sé de qué estoy hablando. No puedo rechazar *X* si no concibo qué es *X*. De la misma manera que no puedo negar que dos sujetos estaban jugando póquer, si no sé qué es póquer.

En relación con el argumento del punto de vista interno (PVI) de Hart, él dice que los participantes manifiestan su PVI al aceptar el derecho como aquel que provee guías de sus conductas y estándares de criticismo hacia la conducta de otros.<sup>275</sup> En ese sentido es que reparo que el PVI sí, es algo que caracteriza a la *función* del derecho, el cómo este -el derecho- se manifiesta ante y para la sociedad. De tal manera, concluyo que ese criterio que las personas desarrollan y aceptan (o

---

<sup>274</sup> Cuando hablo de acción humana es en la amplitud de cualquier suceso que afecte la esfera individual y colectiva de la humanidad, por ejemplo, consecuencia a partir de la tecnología, que de alguna manera u otra afecta la vulnerabilidad de las personas, si bien *X* objeto o aplicación tecnología es creada por las personas, se pueden desencadenar una serie de hechos no contemplados que afectan a los individuos.

<sup>275</sup> Hart, H. L. A., Postscript, Ed. by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz, Clarendon Press, Oxford, 1994, p.242.

niegan/rechazan) es en razón del CPD. Es decir, las personas desarrollan un criterio porque conciben una concepción de protección que el derecho ofrece y de esta afirmación se sigue que las personas adopten o no las reglas y directivas jurídicas.

En el capítulo anterior puntualicé cuál era el papel que cumplía la iniciativa como condición para el CPD, en ese sentido sostengo que todas las reglas y directivas autoritativas reflejan una iniciativa humana. También me sumé a la postura de Hart en lo imposible que resulta el intentar regular *todas* las acciones humanas. Esto es equivalente a decir que no se puede establecer una finitud de acciones protegidas por el derecho, el sólo intento resulta ilusorio. Es muy tentador pensar en una clasificación de ese tipo, aparentemente nos facilitaría la vida, orden y convivencia social. Pero tales conclusiones resultan irrazonables. Porque el CPD no solo consiste en las actuales acciones protegidas, sino también en su pretensión de protección futura. Me parece que la mejor manera de atender este aspecto es puntualizar condiciones que deben mostrar ciertas acciones para poder ser consideradas protegidas por el derecho, tales como que la acción tenga un interés común e impacto relevante en la estabilidad de la convivencia y orden social.

Dentro de este marco, es improbable que la humanidad pueda lidiar con una convivencia sin una cooperación mínima racional, en ese sentido el derecho es un unificador de la humanidad. De tal manera, las reglas jurídicas no son el resultado de caprichos o deseos, sino, de directivas autoritativas que responden a ciertas características que permiten un cierto grado de protección sobre las acciones que dan origen a esa convivencia social. Ahora bien, que un número considerable de personas atiendan y reaccionen frente a cierta acción de determinada manera, no lo hace *e/* criterio a observar, para determinar a una acción protegida por el derecho. Los criterios a observar para determinar que una acción es protegida por el derecho son *i)* quién la dice y, *ii)* bajo qué condiciones ese alguien las dice. Estos últimos dos aspectos, son relacionados con la tesis de la CAS de Raz.<sup>276</sup>

---

<sup>276</sup> Cfr. Capítulo 2, §3.3 de este trabajo.

Por ejemplo, imaginemos que el día de mañana en Terraland, en donde cuentan con un sistema jurídico en donde su regla de reconocimiento (RR) establece que para que exista legalmente una regla jurídica,  $X1$ ,  $X2$  y  $X3$  son aspectos necesarios en su proceso de creación/emisión válida. Agregando que, en estado de emergencia bastará con la observancia de  $X2$  y  $X3$ . La autoridad competente máxima de Terraland:  $P$ , despierta pensando que su país estaría mejor si priva tanto la salida como la entrada de personas al territorio de Terraland.  $P$  emite un “comunicado oficial” diciendo que, a partir del 11 de diciembre del año en curso, no habrá salida ni acceso de personas a Terraland bajo ninguna circunstancia. No porque  $P$  lo haya dicho, significa, necesariamente, que es válida o que tiene carácter obligatorio. Puesto que debe de cumplir al menos con la observancia de  $X2$  y  $X3$ , si fuese una emisión de carácter emergente o bien, un proceso estándar  $X1$ ,  $X2$  y  $X3$ , para que sea legal.

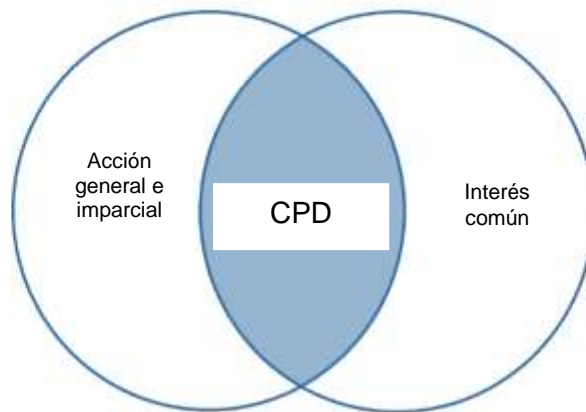
Con este ejemplo intento reflejar que hay tres factores que interesan observar para determinar que una acción es protegida por el derecho: *i)* quién o quiénes la emiten y las condiciones que este alguien cumple para pretender tal autoridad-obediencia respecto a la directiva que emite; *ii)* qué elementos y condiciones presenta la acción en controversia; y *iii)* atender lo establecido para la creación de una regla. Esta última característica se sostiene con la RR de Hart, la segunda con el CPD y la primera con la CAS de Raz.

Por ejemplo, una regla de la *NBA* no puede ser considerada una regla jurídica, por tanto, tampoco una acción protegida por el derecho. Porque la determinación de su materialización no reclama la observancia de la RR, por lo tanto, no forma parte de la estructura jurídica de un país. Una acción debe de poseer dos características, para ser acción protegida.

- 1) Debe de ser de carácter general e imparcial.
- 2) Debe permitir la convivencia y orden social, como consecuencia de un interés común.

De tal manera las acciones protegidas por el derecho significan acciones generales e imparciales, que permiten convivencia y orden social porque atienden

un interés común. Así, tanto el aspecto 1 como el 2, toman como necesariamente verdadero el CPD. Porque a partir de una concepción de protección, se dimensiona una idea de generalidad e imparcialidad sobre acciones sociales. Lo mismo sucede, si se posee una idea respecto a la convivencia y orden social -dentro de un sistema jurídico-, es porque se parte de una concepción de protección del derecho. Por lo tanto, la validez de 1 hace válido 2, y viceversa. En conjunto, 1 y 2 hacen necesariamente verdadero el CPD.



Las acciones son generales en el sentido que van dirigidas a toda sociedad e imparciales, porque su propia naturaleza no contempla como condición suficiente, que atienda intereses y deseos personales. Permiten la convivencia y orden social, porque las personas cooperan atendiendo de manera coordinada estándares jurídicos de conducta. En ese sentido, el CPD corresponden a acciones que refieren intereses comunes que las personas procuran legalizar. En consecuencia, la naturaleza de la función del CPD no es unilateral. Es decir, se requiere la iniciativa de funcionarios y particulares. Si no existe tal dinamismo entre funcionarios y particulares, no hay acciones protegidas por el derecho. Por lo tanto, las personas no tendrían la opción de adoptar estándares jurídicos de conducta.

El derecho es algo no es estático, porque es un fenómeno social. Su dinamismo depende y es referente a las acciones de las personas, las cuales, a su vez, permiten esa característica dinámica del derecho. De tal manera, el derecho presupone cierta disposición por parte de la sociedad a colaborar, esta colaboración implica, lo que anteriormente llamé, una iniciativa. La iniciativa de las personas (funcionarios y particulares) es una condición necesaria para la función del CPD, el cual se ve reflejado en el contenido de las reglas y directivas autoritativas. Que es a través de estas en donde se ve materialmente reflejado las acciones protegidas de las personas.

Por lo tanto, las acciones protegidas por el derecho no pueden ser simplemente catalogadas o etiquetadas como buenas o malas, morales, inmorales o no morales. Ellas son la razón de la existencia de las reglas y por ende de los sistemas jurídicos. Son consideradas acciones protegidas porque reflejan o responden a un interés común de las personas, que al mismo tiempo permiten una convivencia y orden social.

### ***3.3 ¿Por qué es sostenible la afirmación de que el derecho necesariamente protege las acciones de las personas?***

Como señala Scott Shapiro, la visión del positivismo jurídico consiste en que todos los hechos jurídicos están determinados en última instancia únicamente por hechos sociales, por lo que es una propiedad necesaria del derecho que su existencia y contenido estén determinados en última instancia únicamente por hechos sociales.<sup>277</sup> Y respecto a *hecho jurídico*, él entiende:

*“Un hecho jurídico es un hecho sobre la existencia o el contenido de un sistema jurídico particular. Es un hecho jurídico, por ejemplo, que Bulgaria tiene un sistema jurídico. De manera similar, es un hecho jurídico que la ley de California prohíbe conducir a más de 65 millas por hora.”<sup>278</sup>*

---

<sup>277</sup> Shapiro, Scott J., *Legality ...*, *op. cit.*, pp. 27-28.

<sup>278</sup> Shapiro, Scott J., *What is law (and why should we care)?*, 1<sup>st</sup> Conference of philosophy and law neutrality and theory of law, Girona, 2010, p. 31.

Así pues, tanto el contenido, como la existencia de lo que conocemos como DERECHO, dependen de otros hechos. En este sentido, agrega Shapiro, los hechos jurídicos nunca son hechos *definitivos*. En otras palabras, siempre que existe una ley o un sistema jurídico, siempre lo hace en virtud de otros hechos.<sup>279</sup> Ahora, ¿Cómo elegir, y qué determina la elección de un hecho relevante? Esta pregunta invita al debate entre el positivismo y naturalismo jurídico. Pues la disputa metodológica se torna entre la observancia de hechos sociales únicamente, o bien, entre la observancia de hechos sociales y morales al mismo tiempo.<sup>280</sup> Como lo he mencionado anteriormente, me sumo a la noción positivista descrita aquí.

Es decir, que el derecho depende de hechos sociales únicamente. ¿Por qué es importante atender esto? Porque el razonamiento jurídico -en este caso- no requiere razonamiento moral. Siguiendo el argumento positivista, el razonamiento moral resulta irrelevante para determinar qué es DERECHO, puede que un argumento moral llegue a ser relevante al momento de justificar por qué obedecer o no las reglas, pero esto no tiene injerencia en aquello que determina qué es el derecho y el contenido del mismo.<sup>281</sup>

He presentado el CPD como un elemento necesario del derecho, o bien, en otras palabras, que, en cualquier sistema jurídico existente, parte de la naturaleza del derecho es que este, protege las acciones de las personas sin atender, necesariamente, hechos que exijan una justificación de carácter moral. Dicho lo anterior y para confirmar este argumento, supongamos, que en el país (MX) es valorado como un país corrupto, el derecho que prevalece en el sistema jurídico de MX, protege las acciones de las personas, aun siendo corrupto. De lo anterior,

---

<sup>279</sup> *Ibidem*. Énfasis original.

<sup>280</sup> En Raz podemos ubicar este argumento con lo que él llama la tesis de las fuentes y la tesis de la coherencia. Ambas tesis, están desarrolladas la sección 3.2 de este trabajo. Shapiro, por su cuenta, señala que: El primer tipo de respuesta, propuesto por los positivistas jurídicos, es que todos los hechos jurídicos están determinados en última instancia únicamente por hechos sociales. La segunda posición, planteada por los naturalistas, sostiene que los hechos, están determinados en última instancia por hechos morales y sociales. Para quienes ocupan esta posición, las pretensiones de autoridad legal y la interpretación adecuada deben, en última instancia, justificarse mediante un razonamiento moralmente sólido. *Cfr.*, *Ibidem*, p. 33.

<sup>281</sup> *Cfr.*, *Ibidem*, pp. 30-33.

¿Acaso, el que MX sea corrupto, su institución social DERECHO, ya no existe? Que MX sea corrupto, no se sigue que no cuente con un sistema jurídico y, por tanto, que las acciones de las personas no están protegidas por el derecho.<sup>282</sup>

O bien, otro ejemplo para reforzar esta conclusión es, si ponemos a discusión el régimen nazi. Las reglas que predominaban en la Alemania nazi, por más crudas que hayan sido y por inmorales que nos parezcan -esto no está a discusión-, no dejaban de proteger de una manera u otras las acciones de las personas. Existía un sistema jurídico y por tanto un CPD, esto no está en duda. Uno de los aspectos que puede estar en conflicto es si era correcto o no obedecerlas, si su obediencia estaba justificada moralmente, Hart también lo señaló, la validez de una regla es una cosa y su obediencia es otra.<sup>283</sup> Una forma alterna de atender la discusión es, si nos enfocamos en el contenido de las reglas durante el régimen nazi, cómo protegía el derecho las acciones de las personas en ese periodo o, el conflicto moral que generó y que hasta la fecha ha venido arrastrando. Pero estos últimos aspectos atienden un debate distinto al estudio de la naturaleza del derecho. Y la propuesta que planteo en este trabajo consiste en el estudio de la naturaleza del derecho, particularmente, en presentar el CPD como una propiedad necesaria del mismo. No en lo moral o inmoral que resulta de la protección del derecho

Continuando con este argumento, el que se justifique como hecho inmoral el reconocimiento de tales acciones, o bien, el que un país sea corrupto, ¿Se sigue que el derecho no protege y que por tanto no existe tal cosa como DERECHO en ese país? No me detendré en responder a tales preguntas, sólo quiero destacar que el CPD no justifica la protección jurídica en virtud evaluaciones de hechos morales ni en busca de la mejor justificación moral. En otras palabras, el CPD no evalúa si es moral o inmoral proteger de determinada manera una acción, tampoco busca justificar con base a esos estándares el reconocimiento del derecho en un país corrupto. Únicamente atiende hechos sociales como resultado de las acciones de las personas.

---

<sup>282</sup> Debo la idea de este ejemplo al Dr. Juan Vega Gómez, a quien agradezco sus observaciones.

<sup>283</sup> Cfr. Hart, H. L. A., El concepto de derecho, *op. cit.*, esp. pp. 143 y 195.

Lo anterior, son ejemplos claros que muestran la *no* necesidad de una evaluación de hechos morales para justificar la protección del derecho, incluso, algunos podrían calificar de inmoral tales aspectos. Consecuentemente, es claro que *i)* el CPD es un elemento necesario del derecho, *ii)* este sólo depende de hechos sociales, y *iii)* por tanto no hay necesidad de tomar en cuenta criterios de hechos morales para justificar el CPD. En ese sentido, resulta contingente un aspecto moral. De tal manera, el que se valore como inmoral un acto, no se sigue que tal acción no esté protegida por el derecho, pues el CPD no se funda en una justificación de hecho moral.



## CONCLUSIONES

1. Adoptando la corriente tradicional del análisis conceptual en la teoría jurídica, realizo un estudio sobre la naturaleza del derecho. Es decir, destaco las características, necesariamente verdaderas, que constituyen y distinguen aquello a lo que llamamos: derecho.
2. Dentro de esas características necesarias del derecho, encuentro las siguientes tres: *i)* las reglas jurídicas en la forma en que H. L. A. Hart las describe; por otro lado, *ii)* la pretensión de autoridad del derecho, siguiendo la propuesta de Joseph Raz; y finalmente, *iii)* el carácter de protección del derecho (CPD).
3. Si bien, estudio estas tres características, no con ello quiero decir que son las únicas, sino que, centro mi atención en ellas. Señalando que hay un vínculo necesario entre ellas, y que tanto la concepción de reglas, como la de la pretensión de autoridad del derecho, se fundan en el CPD.
4. Hago un énfasis especial a lo largo de mi propuesta, apuntando que, al explicar el concepto de derecho, no tomo en cuenta aspectos contingentes, normativos ni evaluaciones morales. Mi objetivo ha sido siempre responder -conceptualmente- a la pregunta: ¿qué hace que el derecho sea lo que es?
5. Parto de la concepción hartiana de sistema jurídico, entendido como la unión de reglas primarias y secundarias. Teniendo como fundamento, una regla de reconocimiento última. La cual, brinda al sistema, los criterios de validez de las reglas jurídicas. Encuentro que, todas esas reglas que son reconocidas en un sistema jurídico, necesariamente protegen -directa o indirectamente- las acciones de las personas.
6. La manera en que concibo que una acción (A) está protegida jurídicamente, es a partir de la descripción de determinada A. Es decir, la descripción de esa A, en ocasiones forma parte del contenido de una regla reconocida por la regla última de validez de un sistema jurídico, o bien, forma parte de una directiva autoritativa.

7. Todas las reglas (R) y directivas autoritativas, conciben acciones, y todas esas acciones están protegidas. Ya sea directa o indirectamente, de forma positiva o negativa. Habrá alguna A que, por sus propias particularidades, no sea lo suficientemente clara, como para saber si forma parte del contenido de R1 o R2. O bien, puede ser el caso que no coincida con ninguna R del sistema. Esto último, no implica -necesariamente- que A no puede estar protegida jurídicamente. Esta A, puede resultar protegida jurídicamente, una vez que se ponga a disposiciones de los funcionarios y ellos así lo determinen.
8. La pretensión de autoridad que Raz describe, lo vinculo con el CPD, a partir de la relación dinámica entre particulares y funcionarios, por un lado, y por el otro, entre funcionarios y funcionarios. Un particular pone a disposición de los funcionarios, determinadas controversias, asumiendo que lo que ellos resuelven es una razón para la acción y que, además, es de carácter autoritativo. Los funcionarios, cuando se coordinan entre ellos al momento de resolver controversias, o bien, al crear, modificar o eliminar reglas jurídicas.
9. Ese dinamismo, refleja la necesidad de interacción entre particulares y funcionarios, o bien, entre funcionarios y funcionarios, cuando se trata de proteger jurídicamente a las acciones de las personas.
10. La pretensión de autoridad, como característica necesaria del derecho, es porque sin ella, no se podría asimilar la idea de regla jurídica, ni la de directiva autoritativa. Y, por otro lado, si el derecho pretende autoridad, es para proteger, jurídicamente, las acciones de las personas.
11. No todo tipo de acciones, sean estas ejecutadas de formas activa o pasiva, por las personas, son protegidas jurídicamente. Porque no todas las acciones resultan relevantes para ser protegidas por el derecho. En ese sentido, el reconocimiento de una acción protegida jurídicamente, no se reduce únicamente a la existencia de una regla jurídica o directiva autoritativa. Consecuentemente, el CPD, no depende de la existencia de ellas. Pero, tanto

la reglas, como las directivas autoritativas, sí conciben -directa o indirectamente- de forma necesaria el CPD.

12. Por acciones relevantes, entiendo, aquellas acciones que tienen un impacto que permite la estabilidad, orden y convivencia social. De tal manera, la pregunta radica en ¿Qué hace que una acción resulte relevante para ser protegida jurídicamente?
13. Si todas las reglas y directivas autoritativas constituyen, necesariamente, acciones protegidas, tal materialización requiere de la iniciativa de las personas -particulares y funcionarios-. En otras palabras, se requiere de una iniciativa para proteger jurídicamente una acción.
14. La iniciativa de las personas resulta un aspecto necesario en la concepción de protección jurídica, porque, las personas, a través de esa iniciativa, manifiestan su interés por conocer el estatus jurídico de ciertas acciones, así como del contenido de ciertas reglas y directivas autoritativas.
15. La iniciativa, entendida como una actitud frente al derecho, se funda en el CPD, porque, nuestro actuar -en el plano jurídico- se reduce a la toma de decisiones de acción u omisión, en cuanto a un estado de protección jurídica.
16. Aquello que permite la continuidad del derecho, no son las reglas que regulan la transición de un legislador a otro -en términos hartianos-, sino, el dinamismo que se genera a partir de la concepción de protección del derecho. Es decir, el vínculo que se crea entre funcionarios y particulares a partir de la iniciativa de ellos, eso es lo que permite la continuidad del derecho.
17. La creación de toda regla jurídica y la emisión de toda directiva autoritativa, concibe, necesariamente, la concepción de protección jurídica, y con base a ello, se protege una acción. Por lo que, el sólo aceptar la regla de reconocimiento (RR), no garantiza la continuidad del derecho.
18. El argumento principal que hay detrás de la afirmación de que el CPD es parte de la naturaleza del derecho y, que, por ende, todo sistema jurídico

responde a un carácter de protección, es que, si el derecho no ofrece un mínimo de protección jurídica a las acciones de las personas, acciones de interés común, que permitan una convivencia y orden social, estas comenzarían a autoprotegerse bajo sus propios medios. En otras palabras, el derecho consiste en esa protección, que en ocasiones se encuentra fundada en una regla, o bien, en una directiva autoritativa, pero su existencia no se limita a ello.

## BIBLIOGRAFÍA

1. BIX, Brian, Law, language, and legal determinacy, Clarendon Press Oxford, UK, 1993, ISBN 0 19 826050 4.
2. BIX, Brian, "Lenguaje, teoría y derecho", *Serie de teoría jurídica y filosofía del derecho*, No. 51, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008, ISBN 978 958 710 996 2.
3. BOSTOCK, David, "Necessary truth and a priori truth", *Mind*, Vol 97, No. 387, 1988, Oxford University Press, London, pp. 343-397.
4. DANAHER, John, Raz and the argument from authority Part I and II, Philosophical Disquisitions, Mayo 2013, URL = <https://bit.ly/36wwZ7r>
5. DICKSON, Julie, Evaluación en la teoría del derecho, Trad. Juan Vega Gómez, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2006, ISBN 970 32 3374 0.
6. DWORKIN, Ronald, El imperio de la justicia, Trad. Claudia Ferrari, Gedisa, Barcelona, 2008, ISBN 978 84 7432 323 8.
7. FREGE, Gottlob, Sobre el sentido y referencia, Trad. Ulises Moulines, Orbis, Barcelona, 1984, ISBN 84 7530 836 8.
8. GIUDICE, Michael, "Conceptual Analysis and its critics" *Problema, Anuario de Filosofía y Teoría del derecho*, No. 6, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de investigaciones Jurídicas, México, 2012, pp. 3-38, ISSN 2007 4387.
9. GIUDICE, Michael, Understanding the nature of law. A case for constructive conceptual explanation, Edward Elgar, United States, 2015, ISBN 978 1 7841 880 0.
10. GLOCK, Hans-Johann, "Concepts, abilities and propositions", *Grazer Philosophische Studienp*, University of Zurich, No. 81, 2010, pp. 115-134, ISSN 0165 9227.
11. GOLDMAN, Alvind, y Pust Joel, "Philosophical theory and intuitional evidence", *Rethinking intuitions. The Psychology of intuition and its role in philosophy inquiry*, eds. Michael R. DePaul and William Ramsey, Rowman &

- Littlefield publishers, Inc., England, 1998, pp.179-197, ISBN 978 0 8476 8796 1.
12. GOROVITZ, Samuel y otros, *Philosophical analysis: an introduction to its language and techniques*, Random House, New York, 1979, ISBN 0 394 32284 3
  13. HARARI, Yuval Noah, *Homo Deus, A brief history of tomorrow*, Harper Collins, New York, 2016, ISBN 978 0 06 2464347.
  14. HARARI, Yuval Noah, *Sapiens. A brief history of humankind*, Harper Collins, New York, 2014, ISBN 978 0 06 231611.
  15. HART, H. L. A., *Postscript*, Ed. by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz, Clarendon Press, Oxford, 1994.
  16. HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, Trad. Genaro R. Carrió, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, ISBN 978 950 20 1998 7.
  17. HARTL, Péter, *Knowing our own concepts: the role of intuitions in philosophy*, *Organon F* 18, No. 4, Institute of Philosophy SAS, Budapest University of Technology and Economics, 2001, pp. 488-498.
  18. HIMMA, Kennethh Einar, "Conceptual Jurisprudence. An introduction to conceptual analysis and methodology in legal theory", *Journal for constitutional theory and philosophy of law*, No. 26, *Revus*, 2015, pp. 65-92.
  19. HIMMA, Kennethh, "Reconsidering a dogma: conceptual analysis, the naturalistic turn, and legal philosophy", M. Freeman and R. Harrison (eds) *Law and Philosophy*, Vol. 10, Oxford University Press, 2007, ISBN 13 9780199237159.
  20. HUERTA, Carla, "On the meaning and purpose of jurisprudence. Concluding remarks", *Problema, Anuario de Filosofía y Teoría del derecho*, No. 6, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de investigaciones Jurídicas, México, 2012, pp. 107-129, ISSN 2007 4387.
  21. JACKSON, Frank, *From metaphysics to ethics. A defence of conceptual analysis*, Oxford University Press, UK, 1998, ISBN 0 19 823618 2

22. JAEGER-Fine, Toni, *Mastering the U.S. legal system: A beginner's guide. Cases and materials*, Toni Jaeger-Fine, New York, 2015, ISBN 978 0 9914496 3 7.
23. JENKINS, C. S. I., "Intuition, "Intuition," Concepts and the a priori" *Intuitions*, Ed. Booth, Anthony Robert, and Rowbottom, Darrel, P., Oxford University Press, United Kingdom, 2014, pp. 91-115, ISBN 978 0 19 960919 2.
24. KORNBLITH, Hilary, "The role of intuition in philosophical inquiry: An account with no unnatural ingredients" *Rethinking intuitions. The Psychology of intuition and its role in philosophy inquiry*, Rowman & Littlefield publishers, Inc., England, 1998, pp. 129-14, ISBN 978 0 8476 8796 1.
25. LOWE, Edward Jonathan, *The possibility of metaphysics. Substance, identity and time*, Oxford University Press, Great Britain, 2001, ISBN 0 19 823683 2
26. MARES, Edwin, *A Priori*, Routledge Taylor & Francis Groups, New York, USA, 2011, ISBN 978 1 84465 285 3.
27. MARGOLIS, Eric y Laurence, Stephen, "Concepts and conceptual analysis", *Philosophy and Phenomenological Research*, International Phenomenological Society, Vol. 67, No. 2, 2003, pp. 253-282.
28. MARGOLIS, Eric y Laurence, Stephen, *Concepts. Core readings*, Massachusetts Institute of Technology, USA, 2000, ISBN 0 262 63193 8.
29. MARGOLIS, Eric y Laurence, Stephen, "Concepts", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2014 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <https://stanford.io/2RFg0bY>
30. MARGOLIS, Eric, and Laurence, Stephen, *The ontology of concepts. Abstract objects or mental representations?*, *Noûs*, Vol. 41, No. 4, Blackwell Publishing, Inc. 2007, pp. 561-593.
31. MARMOR, Andrei, "Do we have right to common goods?", *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Vol. 14, Issue 2, July 2001, pp.213-225.
32. MELLO, Edelmira, *Metodología de las ciencias*, Universidad Nacional de Río Cuarto, Argentina, 2007, ISBN 978 950 665 431 3.

33. NICHOLSON, Frances and Kumin, Judith, "A guide to international refugee protection and building state asylum systems", *Handbook for Parliamentarians*, No. 27, 2017, ISBN 978 92 9142 707 9.
34. PEREDA, Carlos, Razón e incertidumbre, Siglo XXI, México, 1994, ISBN 1096 823 1702 9.
35. RAMSEY, William, "Prototypes and conceptual analysis", *Rethinking intuitions. The Psychology of intuition and its role in philosophy inquiry*, Rowman & Littlefield publishers, Inc., England, 1998, pp. 161-177, ISBN 978 0 8476 8796 1.
36. RAZ, Joseph, "Authority, law, and morality", *Ethics in the public domain. Essays in the morality of law and politics*, Clarendon Press, Oxford, 1994, pp. 210-237, ISBN 0 19 825837 2.
37. RAZ, Joseph, *Between authority and interpretation*, Oxford University Press, New York, 2009, ISBN 978 0 19 956268 8.
38. RAZ, Joseph, *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, Trad. Rolando Tamayo y Salmorán, UNAM, México, 1985, ISBN 968 837 540 3.
39. RAZ, Joseph, "Liberalism, Scepticism, and Democracy", *Ethics in the public domain. Essays in the morality of law and politics*, Clarendon Press, Oxford, 1994, pp.97-124, ISBN 0 19 825837 2.
40. RAZ, Joseph, *Practical reason and norms*, Oxford University Press, Oxford, 1999, ISBN 0 19 826834 3.
41. RAZ, Joseph, *The concept of a legal system. An introduction to the theory of legal system*. Clarendon Press, Oxford, 1980, ISBN 0 19 825363 X.
42. RODRÍGUEZ Paniagua, Jose Maria, "La filosofía lingüística y la teoría del derecho analítica: H. L. A. Hart", *Anuario de filosofía del derecho*, No. VII, España, 1990, pp. 479-502, ISSN 2659-8973.
43. SHAPIRO, Scott J., *Legality*, The Belknap Press of Harvard University, United States of America, 2013, ISBN 978 0 674 72578 2.
44. SHAPIRO, Scott J., *What is law (and why should we care)?*, 1st Conference of philosophy and law neutrality and theory of law, Girona, 2010.



45. SOAMES, Scott, Philosophical analysis in the twentieth century, The dawn of analysis, Vol. 1, Princeton University Press, New Jersey, 2005, ISBN 978 0 691 12244 1.
46. STANTON-IFE, John, "The Limits of Law", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2016 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <https://stanford.io/3hOtSvg>
47. SYMONS John, Intuition and philosophical methodology, Axiomathes, Springer Science\*Business Media B.V., 2008.
48. TALEB, Nassim Nicholas, Trad. Roc Filella, El cisne negro, Paidós, Barcelona, 2008, ISBN 978 84 493 2077 4.
49. TRELLES Montero, Oscar, Apuntes de lógica modal, Fondo editorial PUCP, Perú, 2001, ISBN 9972 42 432 4.
50. WALDRON, Jeremy, Liberal rights, Collected papers 1981-1991, Cambridge University Press, Cambridge, 1993, ISBN 0 521 43617 6.
51. WALUCHOW Will and, Sciaraffa Stefan, The legacy of Ronald Dworkin, Oxford University Press, UK, 2016, ISBN 9780190466411.
52. WILSON, John, Thinking with concepts, Cambridge University Press, Great Britain, 1963, ISBN 0 521 09601 4.
53. WITTGENSTEIN, Ludwig, Investigaciones filosóficas, URL = <https://bit.ly/2ZOaEQf>