



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Ciencias del Derecho

**H. L. A. HART Y LAS SIRENAS CIENTIFICISTAS: UNA
GENEALOGÍA DE LA TRADICIÓN ANALÍTICA DE LA FILOSOFÍA
DEL DERECHO DE LOS SIGLOS XX Y XXI**

**Memoria para optar al grado de
Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales**

Autor:

NICOLÁS ALBERTO LÓPEZ PÉREZ

Supervisor de la investigación:

M. E. ORELLANA BENADO, D.Phil. (*Oxon.*)

Santiago de Chile
2016

*A mis padres y hermanos
por su inconmensurable apoyo
y confianza en todo momento*

Naturalmente que no me refiero al sol. Oigo sirenas
por esa parte. ¿No te parece un resplandor especial?

Jack Kerouac

AGRADECIMIENTOS

El trabajo que presento es el producto de una investigación realizada en los últimos años de mis estudios en el programa conducente al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. El ejercicio de culminar esta tesis ha sido por una parte, intenso y extenuante y por otra, un enorme desafío intelectual, al asumir el compromiso de plasmar y divulgar mis ideas en la comunidad académica.

Detrás de esta investigación hay un cúmulo de personas que han posibilitado su concreción, no podría sino agradecerles en el epílogo de esta travesía. En primer lugar a Miguel Orellana Benado por acogerme en su equipo de alumnos ayudantes *ad honorem* desde el año 2010 y por respaldar y confiar en el proyecto que está expresado en estas líneas. Buena parte de mi formación filosófica se debe a sus contribuciones y directrices por más de un lustro en la Escuela de Derecho. Esta tesis nació al alero de su curso optativo de Historia de la Filosofía del Derecho, en el que tuve el privilegio de ser coordinador de ayudantes *ad honorem* por un par de años.

Tengo una gran deuda con mi hermano Felipe, que a lo largo de mis años universitarios, fortaleció mi aprecio por el cultivo de las letras y las humanidades.

Le debo a la Escuela, que me honró con una beca de intercambio académico para cursar un semestre en la Universidad Carlos III de Madrid,

donde tuve la oportunidad de aprender y compartir experiencias enriquecedoras. Destaco algunos de los diálogos que sostuve con el profesor Dr. Rafael Escudero Alday, que robustecieron mis inquietudes al interior de la filosofía del derecho.

A Salvador Millaleo Hernández por su sencillez y creencia en el trabajo intelectual riguroso. En tiempos de crisis se convirtió en un segundo y ágil lector de esta tesis.

A Michaela por su optimismo y entrega, que me ayudaron inmensamente a controlar el juvenil ímpetu hambriento de concluir los sueños en algo.

A mi hermano Fauricio por el ciego mecenazgo en cada uno de los proyectos que he emprendido.

A mis padres, Carlos y Marisol por la inculcación valorativa “a su manera”, su incondicional soporte, sus palabras de ánimo y su esperanza en que yo pueda contribuir a la construcción de un mundo mejor para los que vendrán.

En resumen, *gratias maximas vobis ago* (muchas gracias a todos ustedes).

Rancagua/Santiago de Chile
28.I.dosmilquince/22.XII.dosmilquince

TABLA DE CONTENIDOS

AGRADECIMIENTOS.....	III
RESUMEN.....	VII
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I: TRADICIONES Y CONCEPCIONES EN FILOSOFÍA.....	11
1. 1. La tradición analítica.....	18
1.1.1. Frege y el origen.....	21
1.1.2. La irrupción del científicismo de Russell y del Círculo de Viena.....	27
1.1.3. Strawson y la réplica cotidianista a Russell.....	34
CAPÍTULO II: LA TRADICIÓN ANALÍTICA DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO: ALZA Y APOGEO EN EL SIGLO XX.....	41
2.1. Kelsen y la aproximación pura al concepto de derecho.....	51
2.2. H. L. A. Hart y The Concept of Law.....	61
2.2.1. Dos entendimientos del proyecto de Hart.....	68
2.2.2. Ideas generales del texto.....	74
2.3. Tres contemporáneos de Hart.....	79
2.3.1. El debate Hart-Fuller.....	80
2.3.2. El debate Hart-Devlin.....	83
2.3.3. El debate Hart-Dworkin.....	86
2.4. John Finnis y Joseph Raz: dos discípulos de Hart.....	93
2.5. La respuesta final a los críticos: Postscript a The Concept of Law.....	102
2.5.1. Tópicos considerados.....	105
2.5.2. “¿Qué es lo que dijo?”: Dirección del debate para el futuro.....	111

2.5.2.1. El problema metodológico en la teoría del derecho	112
2.5.2.2. El lenguaje del derecho.....	117
2.5.2.3. Objetividad del derecho	120
CAPÍTULO III: ¿OLVIDAR O DEFENDER A HART?: LA TRADICIÓN ANALÍTICA DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO EN EL SIGLO XXI.....	125
3.1. Los dos primeros lustros: la vigencia de <i>The Concept of Law</i>	127
3.2. El tercer lustro: reconsiderar las tesis clásicas de Hart y Kelsen	145
3.2.1. <i>The Concept of Law</i> , medio siglo después.	147
3.2.2. El octogésimo aniversario de la “Teoría pura del Derecho” de Kelsen.	152
3.3. Nuevas concepciones, ¿revolucionar la teoría jurídica analítica?	156
3.3.1. Neocientificistas y realismo jurídico	157
3.3.1.1. El giro naturalista en la filosofía del derecho.....	158
3.3.1.2. Pragmatismo y derecho	160
3.3.2. Desbordar lo analítico: ¿una ruptura metafilosófica?	168
CONCLUSIÓN	178
BIBLIOGRAFÍA.....	185

RESUMEN

Esta tesis presenta una reflexión metateórica de la historia de la filosofía del derecho de los siglos XX y XXI al interior de la tradición analítica. Para dicho propósito se divide en tres ejes argumentativos. El primero presenta la elucidación de la noción de tradición analítica en filosofía, a partir de la distinción entre “tradiciones y concepciones filosóficas” propuesta por M. E. Orellana Benado, con el fin de dar cuenta de sus orígenes, rasgos distintivos y discusiones más relevantes. El segundo ofrece una comprensión iusfilosófica de la tradición analítica en el siglo XX. Sobre la base de: la *Teoría Pura del Derecho* (1934) de Hans Kelsen y *El Concepto de Derecho* (1961) de H. L. A. Hart. Analizando las dos aproximaciones metodológicas de este último (al derecho como sociología descriptiva y como teoría jurídica analítica) y sus puntos centrales. Finalmente, revisa las consecuencias que trajo la publicación de la segunda edición de *El Concepto de Derecho* (1994) con el *Postscript*, añadido por sus editores, texto en el que Hart responde a sus críticos. El tercer eje argumentativo muestra en dos partes el desarrollo de la filosofía jurídica analítica de los tres primeros lustros del siglo XXI. Una de ellas considera la importancia y actualidad de los proyectos de Kelsen y Hart, mientras que la otra indagará en el surgimiento de nuevas concepciones iusfilosóficas como el naturalismo jurídico, el pragmatismo jurídico, el *Law & Economics* y los estudios críticos del derecho.

“Primero llegarás a las sirenas, las que hechizan a todos los hombres que se acercan a ellas. Quien acerca su nave sin saberlo y escucha la voz de las sirenas ya nunca se verá rodeado de su esposa y tiernos hijos, llenos de alegría porque ha vuelto a casa”.

Homero

“No solo la ciudad está compuesta por una pluralidad de hombres, sino que también difieren de modo específico.

Una ciudad no resulta de individuos semejantes”.

Aristóteles

“Destruid a la historia y destruiréis el alimento del que se nutre la filosofía; fomentad y desarrollad una sana conciencia histórica y tendréis a la mano todo lo que, salvo sus propios métodos, necesita la filosofía. Toda filosofía es filosofía de la historia”.

Collingwood

INTRODUCCIÓN

Yo se lo digo: no hay comienzo y nosotros no temblamos,
no somos sentimentales. Nosotros desgarramos, viento furioso,
la ropa de las nubes y de las plegarias, y preparamos el gran
espectáculo del desastre, el incendio, la descomposición.
Preparemos la supresión del duelo y reemplacemos las lágrimas
con sirenas tendidas de un continente a otro. Pabellones de júbilo
intenso y viudos de la tristeza de la ponzoña.

Tristán Tzara, *Manifiesto Dada* (1918)

Knowledge is a deadly friend, if no one sets the rules.

King Crimson, "Epitaph" (1969)

Muchos juristas dedicados a su estudio han intentado definir a la filosofía del derecho. Ofrecer aún otro entendimiento solo contribuiría a un acopio innecesario. En *The Concept of Law* (1961), el británico H. L. A. Hart buscó elucidar el concepto de derecho y otros conceptos jurídicos. No estableció definiciones, sino que reglas para desentrañar los usos de cada concepto.

Esta tesis no pretende definir a la filosofía del derecho. Su punto de partida radica en las investigaciones del filósofo italiano Norberto Bobbio, quien delimitó su objeto de estudio en cuatro ejes.¹ El primero alude a las propuestas sistemáticamente elaboradas de reforma de la sociedad en base a la asunción,

¹ BOBBIO, N. 1990. Contribución a la teoría del derecho. Madrid, Debate, pp. 91 y ss.

declarada o no, de este o aquél fin general (la libertad, el orden, la justicia, el bienestar, entre otras), siguiendo algunas máximas elevadas a principios supremos de la conducta del ser humano en comunidad. El segundo trabaja sobre la base del análisis y definición de nociones generales, que se consideran comunes a todos los ordenamientos jurídicos, cuya clarificación suele servir para separar el derecho de la moral y de los meros usos sociales (por ejemplo, justicia, norma, obligación, validez, eficacia, derecho subjetivo y otras). El tercer eje, estudia el derecho como fenómeno social, comprendiendo investigaciones sobre su origen histórico, las distintas fases de su evolución, su función como medio de control social, la relación entre desarrollo social y desarrollo jurídico, la relación recíproca entre sociedad y derecho, entre otros temas semejantes. Finalmente, el cuarto eje estudia la ciencia jurídica y, más específicamente, sobre la obra de los juristas y de los jueces, dirigida al descubrimiento, interpretación y formulación de las reglas jurídicas.

La filosofía del derecho sería una rama de la filosofía aplicada, o sea, parte de una especialización del saber, una proyección hacia el exterior para explorar los fundamentos de disciplinas cuyo tema no controla.² Esta categoría que se contrapone a la de filosofía pura, vale decir, la que genera sus propias preguntas y respuestas, aquí se encuentran la metafísica, la epistemología, la lógica y la ética. El conocimiento sobre el objeto de la filosofía del derecho se

² SCRUTON, R. 1999. Filosofía Moderna. Una introducción sinóptica. Santiago de Chile, CuatroVientos, p. 12.

materializa a través de tres tipos de preguntas: formales, empíricas y filosóficas (o humanas).³

Las preguntas formales admiten una sola respuesta correcta obtenida a través de un procedimiento preestablecido, por ejemplo, las sumatorias matemáticas. Las empíricas también admiten una sola respuesta correcta, pero ésta proviene de la experiencia o de la verificación de un fenómeno determinado, por ejemplo, está lloviendo en Madrid. Los asuntos que son situados en alguna de estas dos clases poseen *una sola* solución, que requiere de un procedimiento, el que cumplido adecuadamente puede entregar la misma respuesta y no otra. Unos juristas consideran que el derecho es un asunto formal, otros que es un asunto empírico.

Al contrario de otras actividades humanas (como, entre otras, la metalurgia, la agricultura y la talabartería), según lo que M. E. Orellana Benado sostenía en sus clases, el derecho es capaz de soportar una reflexión filosófica.

³ Véase BERLIN, I. 2002. La decadencia de las ideas utópicas de Occidente. En: El fuste torcido de la humanidad. Capítulos de historia de las ideas. Barcelona, Península, pp. 67-107. También el oxoniense reconoce la distinción, a propósito del monismo característico de las preguntas formales y empíricas, que lo relaciona con la Ilustración en: 2000. Primer ataque a la Ilustración. En: Las raíces del romanticismo. Madrid, Taurus, pp. 43-71. M. E. Orellana Benado llama "humanas" a las preguntas filosóficas, históricas, psicológicas, económicas, entre otras, pues considera que donde hay una multiplicidad de soluciones igualmente válidas y que no tienen pretensión de verdad única, debe existir un trato igualitario y respetuoso para con las que son proclives a la promoción de los valores de la naturaleza humana. Esto significa que se excluiría por ejemplo, una propuesta de derecho tras argumentos de coerción destructiva con sanciones que lesionan bienes jurídicos como la vida. Orellana Benado también conceptúa lo anterior como la "triple distinción" bajo la premisa de ordenar los asuntos que aquejan al lenguaje. Véase ORELLANA BENADO, M. E. 2011. Prójimos Lejanos. Ensayos de filosofía en la tradición analítica con una introducción de *sir* P. F. Strawson. Santiago de Chile, Ediciones UDP, pp. 30-32.

Las consideraciones sobre el objeto de estudio de la filosofía del derecho, históricamente pueden ser agrupadas en las distintas formas de indagar en el conocimiento de los asuntos jurídicos o bien, bajo distintos criterios historiográficos.⁴

Para hacer una historia de la filosofía del derecho, es conveniente fijar cuidadosamente la metodología que se va a utilizar, de forma que los pasos a seguir en el transcurso de la investigación entreguen los resultados deseados.

Esta tesis no presentará una definición más de qué sea la filosofía del derecho, sino más bien, realizará una reflexión metateórica de lo que ha sido su historia en la tradición analítica a lo largo del siglo XX y de los primeros tres lustros del siglo XXI.

⁴ Por ejemplo, Arthur Kaufmann explica que la historia de la filosofía del derecho puede ser resumida en aquella que se lleva en torno a la cuestión de si podemos extraer pautas y normas de comportamiento humano, esto es, de la naturaleza. Ahora bien, dichas pautas y normas han de mostrarse resistentes frente al arbitrio humano. Véase KAUFMANN, A. 1992. Panorámica histórica de los problemas de la filosofía del derecho. En: KAUFMANN, A. y HASSEMER, W. (eds.). El pensamiento jurídico contemporáneo. Madrid, Debate, pp. 51 y ss. Una visión crítica de esta postura en ANTONOV, M. 2014. Algunas reflexiones sobre la unidad del Derecho y los sistemas normativos. En: VVAA. Simposio Internacional de Filosofía del Derecho "Racionalidad en el Derecho". Buenos Aires, Facultad de Derecho – Universidad de Buenos Aires, pp. 21-34. El criterio historiográfico aplicado por Kaufmann es un reduccionismo que lleva a creer que el único asunto de la filosofía del derecho es el análisis de las relaciones entre derecho y moral, sin embargo, ¿no podría creer que es más útil hacer una historia de la filosofía moral? Philip Soper plantea que la teoría del derecho es una rama de la filosofía de la moral (1993. Una teoría del derecho. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 23). M. E. Orellana Benado, indirectamente sostiene que existe una relación innegable entre el derecho, la moral y la política, en el espectro de la disminución de conflictos (ORELLANA BENADO, M. E. 2010a. Negociación Moral. En: (comp.) Causas Perdidas. Ensayos de filosofía jurídica, política y moral. Santiago de Chile, Catalonia, p. 269. Hay otros criterios historiográficos, asimismo, en el caso de pensar a la historia de la filosofía del derecho como una historia del derecho natural o del positivismo jurídico. Por ejemplo: HERVADA, J. 1996. Historia de la Ciencia del Derecho Natural. Pamplona, Eunsa; BOBBIO, N. 1993. El positivismo jurídico. Madrid, Debate. Inclusive, hay una postura que expone a la filosofía del derecho como una noción histórica, véase GONZÁLEZ VICÉN, F. 1979. La Filosofía del Derecho como concepto histórico. En: Estudios de Filosofía del Derecho. Santa Cruz de Tenerife, Universidad de la Laguna, pp. 207-57.

En el cultivo de la filosofía, existe una parte de la misma que se aboca a pensar lo que es ella misma, vale decir, a la especulación sobre su sustancia, su definición e historia, llamada “filosofía de la filosofía”. Siguiendo el mismo esquema, es posible imaginar a la construcción metodológica destinada a definir y reflexionar sobre sí misma como “metodología de la metodología”.⁵ En la literatura erudita, el filósofo estadounidense Morris Lazerowitz introdujo la noción de “metafilosofía”, o sea, la investigación sobre la naturaleza de la filosofía.⁶ A la luz de posteriores estudios, resultó una noción restringida, no así, la presentada por el filósofo español José Ferrater Mora en su Diccionario de Filosofía: “es el conjunto de estudios dedicados al análisis y métodos de la actividad filosófica en los cuales se engloban los trabajos que atienden al lenguaje filosófico, a la estructura o historia de la filosofía, así como todos aquellos que consideran que la filosofía ha desaparecido y tratan de sus sucesores”.⁷

La idea de metafilosofía jurídica parece novedosa, sin embargo, esta noción se encuentra presente en las tesis de Bobbio, con el nombre de “metajurisprudencia”.⁸ Ésta es una reflexión crítica sobre la ciencia del derecho con una labor tanto descriptiva como prescriptiva. Por tanto, estudia asuntos como la función de la ciencia jurídica, los distintos modelos teóricos del derecho

⁵ Sigo el razonamiento vertido en JIMENEZ CANO, R. M. 2008. Una metateoría del positivismo jurídico. Madrid, Marcial Pons, pp. 17-24.

⁶ Véase LAZEROWITZ, M. 1970. A Note on Metaphilosophy. *Metaphilosophy*, I(1): 91.

⁷ FERRATER MORA, J. 1979. Diccionario de Filosofía. 6ª ed. Barcelona, Ariel, p. 2377-8.

⁸ PECES-BARBA, G. 1983. Introducción a la Filosofía del Derecho. Madrid, Debate, pp. 251-64.

y además, cómo deben ser tales modelos para que éstos puedan cumplir su función.⁹

De todas maneras, para los efectos de esta tesis, utilizar como denominación metafilosofía jurídica, metajurisprudencia o inclusive, teoría de la ciencia del derecho, parece indiferente, ya que todas coinciden en un segundo nivel de abstracción sobre la realidad. La idea de una metateoría se aclara en lo mismo que una metodología de la teoría, siendo esta tesis, a la postre, una teorización sobre otro objeto teórico. Y entiendo por “teoría” una: “construcción intelectual que intenta establecer relaciones, explicaciones y definiciones sobre un conjunto de acontecimientos u observaciones”.¹⁰ Sin perjuicio de lo anterior, existen otras comprensiones de lo que es una teoría.

Si se revisa el estado del arte en la iusfilosofía contemporánea para encontrar pesquisas de carácter *meta*, es posible encontrar la propuesta de Julie Dickson con la metodología de la teoría del derecho en su *Evaluation and Legal Theory* (2001)¹¹ y la de R. M. Jiménez Cano en “Una metateoría del positivismo jurídico” (2008).¹² Ambos trabajos son considerados por la presente tesis.

⁹ BOBBIO, N. 1990. *op. cit.*, pp. 197-218.

¹⁰ Definición de SANTIAGO, R. de. 1991. Acerca del concepto de ciencia y de teoría. *En*: Curriculum. Revista de teoría, investigación y práctica educativa, 1-2: 126 citado en JIMENEZ CANO, R. M. 2008. *op. cit.*, p. 19. La elucubración teórica que realiza este último, tiene como base la definición apuntada, la que he considerado idónea para llevar a cabo los propósitos de esta tesis.

¹¹ DICKSON, J. 2001. *Evaluation and Legal Theory*. Oxford, Hart Publishing.

¹² JIMENEZ CANO, R. M. 2008. *op. cit.*

La reflexión metateórica emprenderá su rumbo en la historia de la filosofía analítica del derecho del siglo XX y de los primeros tres lustros del siglo XXI. Establecer un foco de análisis es relevante, puesto que formular una visión panorámica sería una tarea excesivamente onerosa.

Esta tesis trabajará sobre la comprensión de una tradición analítica de la filosofía del derecho. Para llegar a ella, es necesario dilucidar lo que es una “tradición analítica” y antes, lo que es una “tradición”. La distinción entre “tradiciones y concepciones” de Orellana Benado, es útil para este propósito. Será desarrollada en el capítulo primero.

Una tradición analítica de la filosofía del derecho se sostiene sobre una base genealógica, o sea, la búsqueda de un trazo en el que emerge la disciplina o en este caso, la tradición. Esto requiere del examen de las metamorfosis que se produjeron en un período determinado de una línea de investigación. Se puede ir aún más lejos, analizando su fundamento político-social, algo que excede el propósito de esta tesis.¹³

¹³ Se sugiere ver LLOREDO ALIX, L. 2013. La Filosofía del Derecho en tiempos de crisis: en torno al estatus epistemológico de la Filosofía jurídica. Revista Telemática de Filosofía del Derecho, 16: 115. Foucault en un análisis de la noción de Nietzsche sobre la genealogía expresa que ella se refiere a la búsqueda del origen que “se esfuerza por recoger allí la esencia exacta de la cosa, su más pura posibilidad, su identidad cuidadosamente replegada sobre sí misma, su forma móvil y anterior a todo aquello que es externo, accidental y sucesivo. Buscar un tal origen, es intentar encontrar ‘lo que estaba ya dado’, lo ‘aquello mismo’ de una imagen exactamente adecuada a sí; es tener por adventicias toda las peripecias que han podido tener lugar, todas las trampas y todos los disfraces. Es intentar levantar las máscaras, para desvelar finalmente una primera identidad (FOUCAULT, M. 1978. Nietzsche, la genealogía, la historia. En: La microfísica del poder. Barcelona, Ediciones de La Piqueta, pp. 9-10)

Un apropiado entendimiento de la historia no es simplemente ventajoso, sino que es esencial a la filosofía.¹⁴ Y lo es mucho más cuando se comprende que el objeto de reflexión es el derecho, el que proporciona el marco general dentro del cual ocurre la vida social.¹⁵ En virtud de lo anterior, el estudio filosófico del derecho es provechoso para su práctica, pero aún lo es más, una mirada histórica del mismo. En la mayoría de las universidades chilenas y gran parte de los países de habla hispana, los programas de los cursos de filosofía del derecho estudian principalmente autores que, como expondré, pertenecen a la tradición analítica.

Los filósofos analíticos del derecho a partir de la clarificación de la estructura del pensamiento jurídico, constituyen, desde la segunda mitad del siglo XX, el escenario más relevante.

La presente tesis, siguiendo la posición de mayoría, localiza el origen de la tradición analítica en los trabajos del filósofo y matemático alemán Gottlob Frege, de los filósofos británicos G. E Moore y Bertrand Russell y del austriaco Ludwig Wittgenstein. El capítulo primero además de argumentar lo anterior, desarrollará también: cómo hemos llegado a comprender una tradición analítica en filosofía, cuáles son sus rasgos distintivos y sus discusiones más relevantes.

¹⁴ GLOCK, H. 2008. What is Analytic Philosophy? Cambridge, Cambridge University Press, p. 17.

¹⁵ RAZ, J. 1979. The Authority of Law. Oxford, Clarendon Press. Hay versión en español por Rolando Tamayo y Salmorán: 1982. La Autoridad del Derecho. Ensayos sobre derecho y moral. México DF, UNAM, p. 155.

El capítulo segundo, aplicará el concepto de “tradición analítica” a la reflexión del derecho. Para ello se valdrá del estudio de dos textos: *Reine Rechtslehre* o *Teoría Pura del Derecho* (1934) de Kelsen y *The Concept of Law* o *El Concepto de Derecho* (1961) de Hart. Se hará énfasis en la figura de este último, analizando las dos aproximaciones metodológicas de su obra que él ofrece (como ensayo de sociología descriptiva y como teoría jurídica analítica) y los puntos centrales de su propuesta iusfilosófica (la comprensión del positivismo clásico, el esclarecimiento de los conceptos jurídicos más usados, la forma del sistema jurídico, el origen de las reglas, la práctica judicial del derecho y la relación entre derecho y moral). A continuación, se revisarán los debates que originó *The Concept of Law* con otros juristas como Lon L. Fuller, Patrick Devlin y Ronald Dworkin. Luego de esto, analizaremos algunas tesis de dos de los discípulos más importantes de Hart en Oxford: John Finnis y Joseph Raz.

La discusión que Hart sostuvo con Dworkin reorientó el futuro de la filosofía jurídica analítica del siglo XX. La publicación de la segunda edición de *The Concept of Law* (1994), que incluye el *Postscript*, un texto en el que Hart no solo responde a sus críticos, sino que también establece los tópicos filosóficamente relevantes en torno al derecho: el problema metodológico en la teoría del derecho, el lenguaje del derecho y la objetividad del derecho.

El capítulo tercero mostrará la filosofía jurídica analítica de los tres primeros lustros del siglo XXI, en dos partes. La primera considerará la importancia y actualidad de los proyectos de Kelsen y Hart. La segunda examinará el surgimiento de nuevas concepciones iusfilosóficas como el naturalismo jurídico, el pragmatismo jurídico y los estudios críticos del derecho.

CAPÍTULO I

TRADICIONES Y CONCEPCIONES EN FILOSOFÍA

Si es una tarea de la filosofía romper el dominio de la palabra sobre la mente humana al descubrir los engaños que sobre las relaciones de los conceptos surgen casi inevitablemente en el uso del lenguaje, al liberar al pensamiento de aquellos con que lo plagan la naturaleza de los medios lingüísticos

Gottlob Frege, *Conceptografía* (1879)

Las sirenas poseen un arma mucho más terrible que el canto: su silencio. No sucedió en realidad, pero es probable que alguien se hubiera salvado alguna vez de sus cantos, aunque nunca de su silencio

Franz Kafka, "El silencio de las sirenas" (1917)

La construcción de herramientas para sistematizar los debates y posiciones que se sostienen en una disciplina es valiosa para el estudio teórico de la misma. Sin embargo, se hace mucho más interesante contar con evaluaciones críticas en torno a la ordenación de los argumentos, fijando un patrón.¹⁶

La metafilosofía, y en esta tesis, la metateoría, permite desarrollar instrumentos para estructurar un sistema de pensamiento sobre una secuencia de doctrinas filosóficas. Esto tiene como consecuencia la producción de una

¹⁶ Se considera la conceptualización de la *Geistesgeschichte* y los géneros de la historiografía de la filosofía de Richard Rorty. Véase 1990. La historiografía de la filosofía: Cuatro géneros. En: La Filosofía de la Historia. Barcelona, Paidós, pp. 69-98.

corriente diacrónica que supone una teoría acerca de la historia y la historicidad de la filosofía.

En ese sentido, la metafilosofía supone a la filosofía como una actividad humana que aconteció en un determinado espacio-tiempo, por lo que no es provechoso basarse en una forma de filosofía perenne, o sea, ahistórica. Sin embargo, la distinción entre tradiciones y concepciones viene a atenuar esta idea de temporalidad y atemporalidad, que es salvada claro, en el otro extremo por la perifilosofía.¹⁷ Según el filósofo estadounidense Richard Rorty:

es provechoso recrear el escenario intelectual en el que los muertos vivieron sus vidas, en particular las conversaciones, reales o imaginarias que pudieron haber mantenido con sus contemporáneos (o casi contemporáneos). Para ciertos propósitos es provechoso conocer cómo hablaban hombres que no sabían tanto como nosotros sabemos, y conocerlo con bastante detalle, de manera que podamos imaginarnos a nosotros mismos hablando la misma lengua anticuada.¹⁸

La idea no va por juzgar a un filósofo o, digamos, a un “productor de ideas”, para no excluir a varios que no poseen el estatus de filósofo o bien, no tienen o tuvieron las credenciales profesionales para serlo en su momento. Los

¹⁷ Concepto acuñado por José Ferrater Mora en los años 40 y que hace referencia a una rama de la filosofía que estudia los distintos modos y formas de la propia filosofía. Así, analiza las características comunes a todas las escuelas filosóficas, así como las diferencias que existen entre ellas. Véase FERRATER MORA, J. 1979. *op cit.*

¹⁸ RORTY, R. 1990. *op. cit.*, p. 70.

contextos históricos de producción de teóricos antiguos muestran formas de vida intelectual distintas de las nuestras, es importante conocerlas para una reflexión histórica en la filosofía.¹⁹

Esta tesis se interesa en conectar la historia intelectual iusfilosófica, teniendo en cuenta lo que parece unir a quienes, simplemente, han propuesto una o varias ideas de relevancia filosófica.

Las descripciones que los productores de ideas realizaron en un tiempo determinado y que, interactuando con el medio y cómo contribuyeron a la reflexión colectiva, importan para consolidar hitos del pensamiento filosófico.

Rorty nos invita a ver la historia de la filosofía como la historia de seres humanos que han hecho notables pero fallidos intentos de formular preguntas acerca del mundo. En cada ámbito filosóficamente relevante, una seguidilla de autores se agrupa en torno a un canon que con el tiempo exhibe el acervo.

Sobre lo anterior, una reflexión metateórica supera la doxografía o recuento de las opiniones vertidas sobre distintos temas que puede existir en la historia. La doxografía se diluye en el “intento de imponer una problemática a un canon elaborado al margen de esa problemática o inversamente, de imponer un canon a una problemática establecida al margen de ese canon”.²⁰ Vale decir,

¹⁹ *Ibíd.*, p. 71.

²⁰ *Ibíd.*, p. 84.

una reconstrucción histórica aislada de elementos que importarían un análisis apropiado para desentrañar la naturaleza del problema en el futuro.

Siguiendo el argumento de Rorty, Richard Raatzsch señala que para organizar una cadena de ideas no debe tomarse *una de ellas* en particular como la imagen verdadera de toda la filosofía, pues éstas no deben verse como imágenes diferentes de una sola filosofía. Sin embargo, hay otras opciones; podrían éstas ser las imágenes (correctas) de las partes (tipos) de la filosofía, y por ende, ser imágenes correctas de diferentes cosas; o, podrían ser imágenes distintas de una y la misma cosa, a saber, de toda la filosofía.²¹

Para iniciar un estudio metafilosófico Orellana Benado distingue tres preguntas:

1) ¿Es mejor hablar de solo una o más bien de varias *tradiciones filosóficas*?

2) ¿Es o fue útil contrastar una *tradicón continental* con otra *analítica*?

3) ¿Cómo se relaciona la *tradicón analítica* en filosofía con el positivismo?²²

La noción de *tradicón filosófica* aborda la temática del “dominio de prácticas” que implica la filosofía.²³ Sin embargo, ¿hablamos de *tradicón* o de

²¹ RAATZSCH, R. 2008. Filosofía de la filosofía. Xalapa, Universidad Veracruzana, p. 77.

²² ORELLANA BENADO, M. E. 2010b. Tradiciones y concepciones en filosofía. En: NUDLER, O. (ed.) Filosofía de la Filosofía. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, 31. Madrid, Trotta, p. 50.

²³ El concepto en ORELLANA BENADO, M. E. 2011. *op. cit.*, pp. 194-230.

tradiciones filosóficas? Según Orellana Benado, el panorama erudito se encuentra dividido.

Por un lado, la mayoría de los autores del siglo XX exponen que “la filosofía es solo una tradición, la cual sería idéntica a la dimensión conceptual, lingüística, teórica o *ideal* de la misma”.²⁴ La expresión “dimensión conceptual” corresponde al espacio en el que se construyen, se defienden y atacan las respectivas concepciones de la filosofía, los productos filosóficos que surgen de las prácticas filosóficas de los distintos autores, quienes expresan sus peculiares combinaciones de ambiciones, objetivos y preguntas, así como afirmaciones, teorías o modelos formulados con sus vocabularios y el respaldo de distintos métodos mediante los cuales pretenden responder a inquietudes de los subtipos de filosofía pura.

Por otro, pensadores finiseculares y algunos pocos de la primera década del siglo XXI como Hans-Johann Glock, sostienen que:

una concepción histórica plausible trata la filosofía analítica como *una tradición filosófica* en evolución, un conjunto de problemas, métodos y creencias que se transmiten de manera social desde el pasado y que se desarrollan en el tiempo (y además) la filosofía analítica no es solo un

²⁴ ORELLANA BENADO, M. E. 2010b *op. cit.*, p. 51.

diálogo abstracto o idealizado, sino uno que tiene lugar en instituciones y que se desarrolla en la historia.²⁵

Otra posición minoritaria, más elaborada, es el pluralismo metafilosófico multidimensional (PMM), según la cual corresponde hacer el distingo entre tradición filosófica y concepción filosófica. Para esta visión, la filosofía del siglo XX comprendería cuatro tradiciones filosóficas, cada una de las cuales incluye tres dimensiones: una conceptual (vocabulario, problemas, intuiciones, interrogantes, argumentos, objeciones, ambiciones, métodos y relaciones con otras esferas de prácticas humanas), una institucional (universidades, libros, seminarios, simposios donde se expresa lo conceptual, proyectos de investigación, artículos en revistas académicas, centros de estudios) y una política (relaciones de poder que se suscitan entre las distintas concepciones intra-tradicional o inter-tradiciones que se pueden materializar como alianzas y rivalidades).²⁶

Según Orellana Benado el concepto de “tradición filosófica”:

estaría constituido por la conjunción de racimos de *concepciones filosóficas*, surgidas de prácticas que están ancladas en una y la misma *red institucional* y que se desarrollan y modifican en la historia a la luz de

²⁵ GLOCK, H. 2008. *op. cit.*, capítulo 8. Citado en *Ibíd.* Énfasis y traducción de M. E. Orellana Benado.

²⁶ Las tradiciones que identifica esta postura son la analítica, la existencialista, la marxista y la tomista.

pugnas que tienen dimensiones *políticas* (esto es, de alianzas y rivalidades que no son siempre, aunque puedan serlo algunas veces, de tipo político-partidista o, incluso, geopolítico).²⁷

La modernidad exacerbó la escisión de las prácticas filosóficas en distintas tradiciones, mientras que en la antigüedad solo habría existido una “tradicción clásica o grecolatina” encarnada en la concepción platónica y la concepción aristotélica.

La modernidad marcó un hito en la manera de ver el mundo, desencadenó un proceso de secularización y la necesidad de fundamentar de manera racional las instituciones jurídicas y políticas, junto con la ciencia moderna o experimental. Lo que culminó con una verdadera revolución en la filosofía.

Volviendo a las inquietudes de Orellana Benado recién mencionadas, la primera parece estar contestada. A propósito de (2) y (3), el asunto está íntimamente relacionado con el desarrollo y una apropiada conceptualización de la tradición analítica.

²⁷ ORELLANA BENADO, M. E. 2010b. *op. cit.*, p. 54.

1. 1. La tradición analítica

Hablar de la tradición analítica en filosofía supone dar cuenta de las vicisitudes históricas que le dieron forma. El molde analítico se consolidó a fines del siglo XIX, reforzando a la ciencia experimental o entendimiento moderno del conocimiento. Comenzó a surgir con el descubrimiento de América y el examen crítico de los entendimientos sobre el conocimiento de la época: la Biblia y Aristóteles, conjugados en la filosofía de Tomás de Aquino. Cuando el navegante genovés Cristóbal Colón alcanzó el “Nuevo Mundo”, hubo un terremoto intelectual de proporciones mayores: el derrumbe de la visión tomista o tardía medieval del conocimiento.

El descubrimiento del “Nuevo Mundo” así como generó sorpresa en Europa, impuso la incertidumbre en las sociedades modernas. Filósofos como René Descartes, G. W. Leibniz, Erasmo de Rotterdam, David Hume y otros, cuestionaron las verdades afianzadas por el conocimiento pre-1492. Con el método de la duda y sus meditaciones metafísicas, Descartes fue clave en este re-descubrimiento de las “viejas verdades”, las afianzadas con la visión tomista del conocimiento. La ciencia se queda con parte de la crítica y la libertad del ser humano, a cambio de mejorar su vida, quitándole grados de incertidumbre cotidiana. En esta comprensión la palabra de la ciencia es igual a la verdad. Los filósofos británicos Francis Bacon y John Locke, posicionarán a una ciencia experimental cuyo interés reside en las preguntas empíricas. Sin perjuicio de lo

anterior, esta imperfección de la máxima que entrega sentido a la modernidad (en clave del “Mito Bacon”: *knowledge is power*, o en la fórmula de Orellana Benado: “*observar para describir y medir, para imaginar hipótesis que permitan predecir* y, en tales términos, *controlar o dominar el mundo*”²⁸).

El dejar de lado las creencias religiosas y el entendimiento tomista del conocimiento para buscar la verdad entre las relaciones de ideas y las cuestiones de hecho, produjo la secularización en la forma de hablar sobre el mundo. La secularización es el paso de un ente o un concepto desde un ámbito religioso a uno independiente de fuentes teológicas. También se comprende como la ruptura del dominio de una doctrina religiosa, sus reglas y preceptos, a causa de una estructura de pensamiento basada en la explicación del mundo tal como es, posible de medir o visualizar sin el telescopio de un agente o descripción supraterrrenal, o sea, con los elementos que coexisten en la naturaleza. La secularización alcanzó su punto máximo en la fundamentación, a través de una vía racional (como se llamó con Immanuel Kant), de las instituciones jurídicas, políticas y sociales. La idea general del conocimiento y del paradigma de la modernidad fue poder cuantificar los fenómenos, con miras a alcanzar respuestas únicas, exactas y correctas, susceptibles de ser comprobadas o verificadas. Lo último fue sistematizado en el intento de los franceses Nicolás de Condorcet y August Comte a partir del establecimiento de

²⁸ La expresión “Mito Bacon” en ORELLANA BENADO, M. E. 2011. *op. cit.*, pp. 144-158.

leyes como “reglas y medidas”. La formulación de la “ley de los tres estadios” tuvo la finalidad de unificar el conocimiento existente.²⁹ Para ser llamadas ciencia, todas las disciplinas debían alcanzar el estadio positivo.

En el programa de Comte, según Orellana Benado, quedaron dos preguntas sin resolver correspondientes a las matemáticas:

- ¿Qué son los números naturales?
- ¿Qué hace verdad a las verdades aritméticas?³⁰

A fines del siglo XIX se proyectaron tres enfoques distintos que intentan abordarlas.

En primer lugar, el formalismo de David Hilbert expresa que es necesario axiomatizar las distintas provincias de la matemática y proveer de una prueba de consistencia, vale decir, del conjunto de axiomas y reglas de inferencia no se puede deducir una contradicción.³¹ Lo demás no interesa al matemático. El

²⁹ La ley de los tres estadios se refiere al desarrollo de la ciencia. El primer estadio, el teológico, se ocupa de interrogar quién o quiénes son responsables por los fenómenos. Las respuestas que se barajan están dadas por la multiplicidad de entidades (animismo), la pluralidad de deidades (politeísmo) y la referencia a un autor único del mundo (monoteísmo). El segundo estadio aborda la inquietud de por qué ocurren los fenómenos, cuya solución tiene asidero en la identificación de las causas (piénsese en las siguientes acepciones: formal, material, eficiente y final) de los fenómenos. Finalmente, el tercer estadio, interroga cómo se relacionan las cantidades observables que pueden ser medidas. Para solventar eso, la tesis principal del “positivismo” expresa leyes expresadas en términos matemáticos. Genuinamente esta correlación entre cantidades observables que se expresan en notación matemática, por ejemplo, con la ley de gravitación universal de Newton. Para más, véase COMTE, A. 1984. Curso de filosofía positiva (lecciones 1 y 2)/Discurso sobre el espíritu positivo. Buenos Aires, Orbis, pp. 21-39.

³⁰ Véase ORELLANA BENADO, M. E. 2011. *op. cit.*, pp. 115-43.

³¹ HILBERT, D. 1918. Axiomatic Thoughts. En: EWALD, W. B. 1996. From Kant to Hilbert: A Source Book in the Foundations of Mathematics. Oxford, Oxford University Press, pp. 1115 y ss.

formalismo sucumbió ante la prueba de los dos teoremas de incompletitud de Kurt Gödel.³²

En segundo lugar, el intuicionismo de Arend Heyting y Jan Brower, posición según la que solo es posible hablar de las entidades matemáticas que podemos efectivamente construir y que, por lo mismo, rechaza la argumentación por *reductio ad absurdum*. Según esta última manera de argumentar (por ejemplo, si de suponer que de a puedo inferir una contradicción, entonces tengo derecho a afirmar que $\neg a$) supone la existencia de una realidad matemática independiente de las operaciones que podríamos hacer.

En tercer lugar, el logicismo de Frege que será resumido en la siguiente subsección.

1.1.1. Frege y el origen

De acuerdo con Frege (1848-1925) en su *Begriffsschrift* (Conceptografía) la aritmética se reduce en la lógica.³³ Vale decir, a su universo de cuantificadores, constantes lógicas (negación, implicación, conjunción, entre otras) y variables, capaz de formalizar razonamientos con predicados de dos o más variables (más poderosa que la lógica aristotélica o silogismo, que solo permite trabajar con predicados monádicos o de una variable) como son las

³² GÖDEL, K. 1981. "Sobre proposiciones formalmente indecidibles de Principia Mathematica y sistemas relacionados". En: *Obras Completas* (edición de Jesús Mosterín). Madrid, Alianza.

³³ FREGE, G. 1972. *Conceptografía. Los Fundamentos de la Aritmética*. México DF, UNAM, p. 5.

llamadas “relaciones” (por ejemplo x es *mayor que* y). Este enfoque se hundió con la “paradoja de Russell”, que demostró que la teoría ingenua de conjuntos genera contradicciones.³⁴

Los números naturales son definidos a partir de las funciones. Las funciones biyectivas permiten definir el predicado *mismo número* o equipolencia. Pensando en una variante de esto, 1 es el número del conjunto de todos los conjuntos equipolentes con el conjunto vacío; el 2 es el número del conjunto de conjuntos equipolentes con el conjunto que solo tiene como elemento al conjunto vacío; y así sucesivamente. Frege señala que los números son predicados de conceptos; son afirmaciones acerca de la cardinalidad de determinados conceptos. Por ejemplo: “Hay un presidente de la República Checa en 2015” se analiza en términos que los argumentos satisfacen el concepto de x es un presidente de República Checa; es decir, solo un argumento tiene por imagen lo verdadero en el caso de esa función (x es igual a Miloš Zeman). Las verdades matemáticas son verdades lógicas, entonces ¿qué hace verdad a las verdades lógicas? Que no podemos ni pensar ni hablar con rigor de otra manera.

El interés de Frege en la filosofía del lenguaje es de carácter semántico y radica en los conceptos de significado, denotación y verdad.³⁵ El lenguaje

³⁴ Ella se conjuga en la pregunta de si ¿pertenece o no a sí mismo el conjunto de todos los conjuntos que no son miembros de sí mismo? Si respondo que sí, se sigue que no. Si respondo que no, se sigue que sí.

natural era insuficiente para una investigación con pretensión científica y de ahí que para propósitos conceptuales su uso debiese reducirse al mínimo o bien, descartarse.³⁶

Para concretar un lenguaje ideal, el lenguaje de las matemáticas fue clave. Como sustento, Frege ofreció los términos de *objeto*, *función*, *concepto*, *valores veritativos*, *condiciones de verdad* y los de *sentido* y *referencia*. La distinción entre *objeto* (lo saturado), la referencia de término singular y *función* (lo incompleto, que contiene una o más variables que distintos argumentos satisfacen o no). La tesis que los *conceptos*, las palabras para la generalidad, son también funciones cuyo conjunto imagen o recorrido solo contiene dos elementos, lo verdadero y lo falso (*valores veritativos*). Los *conceptos* son *funciones* que tienen por recorrido un conjunto del cual solo son miembros los *valores veritativos*, que se oponen a las *condiciones de verdad*, es decir, cómo tiene que ser el mundo para que la proposición sea verdadera. Éstas son el *sentido* de las proposiciones, esto es, el pensamiento que el mundo es como éste tendría que ser para que la proposición fuera verdadera. Estos son los elementos entre los cuales se dan las inferencias y el objeto de análisis lógico. Luego, los valores veritativos son la *referencia* de las proposiciones.

Para Frege los términos singulares (los que permiten construir proposiciones acerca de objetos, o sea, nombres propios y descripciones

³⁵ MOYA, C. 2004. La evolución de la filosofía analítica. En: MUGUERZA, J. y CEREZO, P. (ed.) La filosofía hoy. Barcelona, Crítica, p. 13.

³⁶ ORELLANA BENADO, M. E. 2010b. *op.cit.*, p. 63.

definidas), el *sentido* es el modo de presentación de la *referencia* asociado con dicho signo mientras que su *referencia* es el objeto mismo (material o abstracto) acerca del cual queremos hablar. La comunicación, entonces, persigue mostrarnos unos a otros lo verdadero y lo falso de múltiples maneras.³⁷

El despliegue de la ciencia moderna sostiene las bases últimas para el surgimiento de la tradición analítica, la cual se proyectó desde el logicismo de Frege.³⁸

La tradición analítica fue una de las más importantes en la filosofía del siglo XX y aún se mantiene vigente.³⁹ Desde sus orígenes con Frege a fines del siglo XIX, ha abordado diversos debates intelectuales con su tesis que los problemas epistémicos y metafísicos, en realidad son problemas del lenguaje. Dicha premisa en 1960 fue acuñada por Rorty bajo la expresión ‘giro lingüístico’, el que marcará a la historiografía de esta manera de hacer filosofía.⁴⁰

La filosofía no solo puede hacerse preguntas relativas a su concepto o su naturaleza, sino que también se extiende al espectro de respuestas que no son necesariamente conceptuales respecto de los problemas filosóficos. Lo que

³⁷ Para profundizar más revísen los ensayos “Sentido y referencia”, “Función y concepto” y “Objeto y función” en FREGE, G. 1973. Estudios sobre semántica. Barcelona, Ariel.

³⁸ Mientras autores como Dummett señalan que Frege es el padre de la filosofía analítica (DUMMETT, M. 1993. Origins of Analytic Philosophy. Londres, Duckworth). Otros expresan que es el abuelo (GLOCK, H. 2008. *op. cit.*, pp. 16-20).

³⁹ GLOCK, H. *Ibid.*, p. 1; STROLL, A. 2002. La filosofía analítica del siglo XX. Madrid, Siglo XXI, capítulo 1.

⁴⁰ Véase RORTY, R. 1998. El giro lingüístico. Barcelona, Paidós, pp. 51-126.

está implicado con las distintas prácticas filosóficas que se entienden multidimensionales, en tanto refieren una variedad de contextos en que se puede presentar un cúmulo de ideas.

La filosofía analítica nace cuando el giro lingüístico es asumido, así la pregunta es: ¿quién hace aquello?⁴¹ Frege, es quien lo realiza, dando origen a esta tradición. La relevancia de sus investigaciones sobre el significado de una oración y su relación con las condiciones de verdad, se traduce en teorías que le interesan a la lógica, la investigación, su enlace con la verificación y, en último término, la búsqueda de la verdad.

Frege inicia la filosofía analítica en tanto introduce el problema acerca del lenguaje y la verdad en el mundo (junto a la relevancia del lenguaje matemático).⁴² Sin embargo, para responder a los diversos asuntos, es posible reconocer distintos métodos al interior de una tradición. La distinción entre *tradiciones* y *concepciones* identifica dos concepciones filosóficas: el cientificismo y el cotidianismo.

Sobre estas concepciones se centra la disputa conceptual de qué sea la filosofía analítica que, como se vio, se relaciona con que los problemas acerca del mundo son reducibles al lenguaje. Los hechos y las proposiciones que le

⁴¹ DUMMETT, M. 1993. *op. cit.*, p. 4; GLOCK, H. 2008. *op. cit.*, pp. 34-9; SKORUPSKI, J. 1997. Why did language matter to analytic philosophy? En: GLOCK, H. (ed.) The Rise of the Analytic Philosophy. Oxford, Blackwell, pp. 77-91.

⁴² Dummett nos dice que “podemos caracterizar a la filosofía analítica como aquella que sigue a Frege en aceptación de que la filosofía del lenguaje es el fundamento del resto de todo el contenido” (DUMMETT, M. 1978. Truth and Other Enigmas. Londres, Duckworth, p. 441.

otorgan significado a los primeros, entonces el mundo y lo que en él acaezca, tienen que ver con elucubraciones lingüísticas.

El cientificismo afirma que la filosofía es continua con la ciencia y en base a ello, busca el establecimiento de un lenguaje lógico que sea perfecto para responder todas las preguntas que surjan en la naturaleza y que la veracidad de las respuestas sea susceptible de comprobación a partir de la verificación de las hipótesis expresadas. Esta concepción se manifiesta en el siglo XX, fundamentalmente en el Círculo de Viena en clave positivista lógica. Estas reuniones eruditas luego de la segunda guerra mundial serían superadas por el naturalismo y el pragmatismo.⁴³ Los contertulios, fundamentalmente físicos y matemáticos se apoyarían en el ideal de Comte de lograr una ciencia unificada a partir de una concepción científica del mundo.⁴⁴ Según dicha concepción, el progreso filosófico está sujeto al rigor que provee la lógica de los cuantificadores y variables para evitar problemas que no sean genuinos. El objeto de la filosofía se restringe a problemas originados en el lenguaje científico, cuyas soluciones puedan ser verificadas. Si una proposición puede verificarse empíricamente o a partir de operaciones lógicas, posee sentido y es

⁴³ Particularmente, también se aprecia en los vuelcos filosóficos de muchos eruditos en la tradición, por ejemplo, el giro conceptual de Wittgenstein entre sus dos grandes obras: el *Tractatus Logico-Philosophicus* y las *Investigaciones Filosóficas*. O en que los discípulos de los eruditos de la segunda mitad del siglo XX sigan otras maneras de hacer filosofía, lo que ocurre con W. V. Quine, Hilary Putnam y Saul Kripke, los dos últimos alumnos del primero.

⁴⁴ CIRCULO DE VIENA. 2002. La Concepción Científica del mundo: El Círculo de Viena. En: REDES, Revista de Estudios sobre la Ciencia y la Tecnología, 9(18), pp. 103-50.

una inquietud genuina. De lo contrario, resulta ser un pseudoproblema, carente de interés filosófico.

La concepción cotidianista surge con Moore y Wittgenstein en Cambridge como respuesta a esta forma de comprender a la filosofía como una extensión natural de la ciencia experimental que se posicionó en las escuelas de pensamiento anglosajonas. Durante la segunda mitad del siglo XX, Gilbert Ryle, J. L. Austin y P. F. Strawson fueron sus principales exponentes, este último señala que la filosofía “tiene total independencia de la ciencia y su desarrollo depende del análisis de nuestro lenguaje cotidiano, expresado a partir de nuestras prácticas lingüísticas y no de su supuesta estructura lógica”.⁴⁵

1.1.2. La irrupción del científicismo de Russell y del Círculo de Viena

Russell insistió en la formulación de un lenguaje científico perfecto, basado en una certeza capaz de satisfacer el método y la formulación o comprobación de hipótesis, ambición que luego Rudolf Carnap quiso alcanzar bajo el concepto de un “lenguaje ideal”.⁴⁶

La influencia de su ensayo “On Denoting” y de las *Principia Mathematica* (1910-1913), obra de Russell en coautoría con el matemático y filósofo A. N. Whitehead, es determinante.

⁴⁵ STRAWSON, P. F. 1958. Construcción y análisis. En: AYER, A. J. et al. La revolución en filosofía. Madrid, Revista de Occidente, pp. 117-33; ORELLANA BENADO, M. E. 2011. *op. cit.*, pp. 339-352.

⁴⁶ RORTY, R. 1998. *op. cit.*, p. 57

La primera mitad del siglo XX se caracteriza por el entusiasmo con este enfoque cientificista que privilegia al lenguaje matemático como el corazón de las maneras de hablar del lenguaje. Su rigor permitió el logro y la acumulación de conocimiento objetivo y de conocimiento acerca de un mundo de objetos que son tales con independencia de nosotros (aquí incluyo a los fenómenos de la naturaleza cuyo comportamiento es previsible por la ciencia experimental). El surgimiento del “análisis filosófico” o filosofía analítica como la consecuencia de la nueva lógica (la de Frege, Russell y Pierce). Por ejemplo, que “Nada” aunque sea un sustantivo en el análisis de la lógica aristotélica, en rigor no nombra nada; su trabajo en el lenguaje resulta de una combinación de cuantificadores existenciales, universales y de las constantes lógicas.⁴⁷

“On Denoting” presenta la teoría de las descripciones definidas de Russell como una manera de entender que podamos “hablar acerca del mundo sin saberlo todo acerca de él”, en la formulación que Orellana Benado utiliza en sus clases.⁴⁸ Bajo el ejemplo de Russell: “El actual rey de Francia es calvo”, el análisis aristotélico no permite entregar conocimiento. Los conceptos básicos de la lógica aristotélica son los de sujeto y predicado, mientras que los de la lógica matemática son los de variable; afirmación existencial (existe al menos una cosa que tiene tal propiedad); afirmación universal (toda cosa tiene tal

⁴⁷ RUSSELL, B. A. W. 1999. Análisis filosófico. Barcelona: Paidós.

⁴⁸ RUSSELL, B. A. W. 1973a. Sobre el denotar. En: MORO SIMPSON, T. (comp.) Semántica Filosófica: Problemas y Discusiones. Buenos Aires, Siglo XXI, p. 30.

propiedad); y las constantes lógicas (conjunción, disyunción, negación e implicación).

La tesis del Estagirita tiene por fin formalizar razonamientos acerca de objetos que pretende clasificar (y solo se puede clasificar lo que se tiene delante). El análisis de Russell descubre tras la forma gramatical unitaria (sujeto y predicado) de dicha sentencia una forma lógica distinta, la conjunción de tres sentencias. Si la primera proposición es falsa, todo el conjunto también lo es.

Luego Russell analiza la sentencia “el actual rey de Francia es calvo” a partir de la conjunción de tres proposiciones:

1. Existe una cosa de la que se puede predicar que es un rey de Francia y
2. Para toda cosa, si la cosa es un rey de Francia, la cosa es calva, y
3. Toda otra cosa que es un rey de Francia es idéntica a la primera cosa.

De acuerdo a Russell, la dificultad al interior de la lógica aristotélica o silogismo, reside en la imposibilidad de encontrar un actual rey de Francia entre las cosas calvas; tampoco en el conjunto de cosas que NO son calvas, por lo que no podríamos nunca saber si la sentencia es verdadera o falsa. Ahora bien, para identificar la dificultad para determinar el valor veritativo de la sentencia en análisis. El valor veritativo es el conjunto de condiciones cuyo cumplimiento es

incompatible con la falsedad de la proposición, o sea, cómo tiene que ser el mundo para que la sentencia sea verdadera.

Russell consolidó su proyecto filosófico en las *Principia Mathematica*. Por una serie de razones, en las que aquí no nos podemos detener, hoy en día se considera fracasado ese programa de investigación. En el curso de la empresa se había logrado elaborar un sistema de lógica (integrado fundamentalmente por el cálculo proposicional y el cálculo funcional restringido y de orden superior) más potente y depurado que todos los conocidos hasta entonces, dentro del cual la lógica formal tradicional resultaba ser solo un pequeño apartado.⁴⁹

Otro entendimiento del positivismo lógico estaba en las reuniones del Círculo de Viena, conformado en 1922 por especialistas en asuntos científicos, económicos, filosóficos y matemáticos de primer orden, entre otros: Carnap, Gödel, Neurath y Waissmann. Fueron liderados por el físico y filósofo alemán, Moritz Schlick. El Círculo de Viena sostuvo la “concepción científica del mundo” consistente en una *ciencia unificada*. Vale decir, un trabajo colectivo y asociado de todos los investigadores individuales para homogeneizar el conocimiento que se produzca.

De acuerdo al manifiesto del Círculo de Viena:

⁴⁹ MUGUERZA, J. 1970. Adiós a Bertrand Russell. Cuadernos para el diálogo, 77, pp. 37-9.

Para la concepción científica del mundo no hay *enigmas insolubles*. La clarificación de los problemas filosóficos tradicionales nos conduce, en parte, a desenmascararlos como pseudo-problemas y, en parte, a transformarlos en problemas empíricos y de allí a someterlos al juicio de la ciencia de la experiencia. En esta clarificación de problemas y enunciados consiste la tarea del trabajo filosófico y no en el planteamiento de enunciados “filosóficos” propios. El método es el del *análisis lógico* (...) lo que distingue a los nuevos empirismos y positivismos de los anteriores, que estaban más orientados biológico-psicológicamente.⁵⁰

La propuesta del Círculo de Viena, además de asociar a la filosofía analítica con un rechazo de la metafísica, se proyectó como una visión evolucionada del empirismo británico y del positivismo comteano, extendiendo una tesis epistémica a las fronteras de la lógica⁵¹.

En 1936, mismo año en que se publicaría *Language, Truth and Logic* de A. J. Ayer, este grupo de pensamiento se vería afectado por las persecuciones políticas en el mundo germanoparlante en la antesala de la segunda guerra mundial.⁵² El texto de Ayer inició la difusión de los postulados intelectuales del Círculo. Este texto, a grandes rasgos, expondría que el progreso filosófico

⁵⁰ CÍRCULO DE VIENA. 2002. *op. cit.*, p. 112.

⁵¹ BAILLIE, J. 2003. *Contemporary Analytic Philosophy*. Nueva Jersey, Pearson, p. xi.

⁵² UEBEL, T. 2006. Vienna Circle. [en línea] The Stanford Encyclopedia of Philosophy, edición primavera 2014. <<http://plato.stanford.edu/archives/spr2014/entries/vienna-circle>> [consulta 09 enero 2014]

proviene de la solución de los genuinos problemas filosóficos (los generados por el lenguaje científico) la lógica de cuantificadores y variables, introducida por Frege y Russell.⁵³ Siguiendo al Círculo de Viena, Ayer sustentaba mediante el *principio de verificación*, la dilucidación de qué problemas contribuían a la filosofía, y por tanto, eran dignos de ser analizados. El tamiz para este propósito puede ser sintetizado en: “Para un x, y es su consecuencia dada z condiciones de verdad (o veritativas)”. Luego Ayer tajantemente concluye que un filósofo necesita convertirse en un científico, si desea hacer alguna contribución sustancial al conocimiento humano.⁵⁴

El cientificismo del Círculo de Viena formula predicciones que son probadas por la experiencia. Su función esencial consiste en la formulación de predicciones susceptibles de ser comprobadas por medio de procedimientos de observación experimental estrictos, coherentes, regulares y que se extienden en el espacio y en el tiempo en forma, suponiendo una relación determinista entre los antecedentes y los consecuentes regulados, que *per se*, es necesaria.⁵⁵ La premisa de una *ciencia unificada* lleva consigo una continuidad entre filosofía y ciencia. Para Ayer la filosofía es la lógica de la ciencia.⁵⁶

⁵³ ORELLANA BENADO, M. E. 2010b. *op. cit.*, pp. 65-6.

⁵⁴ AYER, A. J. 1971. Lenguaje, verdad y lógica. Madrid, Martínez Roca S. A., p. 180.

⁵⁵ SCHLICK, M. 2003. The Foundation of Knowledge. En: BAILLIE, J. Contemporary Analytic Philosophy. Nueva Jersey, Pearson, p. 150; Véase también PÉREZ SOTO, C. 2007. Positivismo. Consideraciones en torno a la Filosofía del Derecho. Manuscrito inédito.

⁵⁶ AYER, A. J. 1971. *op. cit.*, pp. 179-80.

Siguiendo lo anterior, Avrum Stroll expone que en la filosofía contemporánea es posible hallar tres reacciones ante el impacto de la ciencia, dos de las cuales, van de la mano con el cientificismo. En primer lugar, si la filosofía tiene una función, no debe ser la de intentar dar una explicación verdadera del mundo, porque la ciencia tiene prerrogativas. En segundo lugar, la filosofía cultivada correctamente es una extensión de la ciencia. En tercer lugar, algunos filósofos con una orientación científica sostienen que la tarea de la filosofía consiste en analizar los fundamentos del conocimiento, incluidos los principales conceptos de la ciencia⁵⁷.

La filosofía analítica está estrechamente unida a sus antecedentes en la historia anglófona entre los siglos XVII y XIX y cuyo estandarte es una máquina de productos filosóficos científicos.⁵⁸ Recién en 1950, la teoría de las descripciones definidas de Russell es objeto de crítica cuando Strawson publica su ensayo titulado "On Referring".⁵⁹

⁵⁷ STROLL, A. 2002. *op. cit.*, pp. 1-2.

⁵⁸ De la lectura de este párrafo, dos puntos en disputa: 1) dentro de la rama de la filosofía del lenguaje, la historia de la filosofía analítica se remite a la influencia de eruditos de la segunda mitad del siglo XVIII como Reid, Coleridge, Bentham y Mill (SKORUPSKI, J. 1993. *English-Language Philosophy 1750 to 1945*. Oxford, Oxford University Press) lo que da a entender esta raigambre anglosajona, junto a lo explicado en 1.1.; 2) la coincidencia la cientificidad de la filosofía analítica es precedida por su origen inmediato con Frege, Russell y Moore, para mayor referencia véase BILETZKI, A. y MATAR, A. (eds.). 1998. *The Story of Analytic Philosophy*. Nueva York, Routledge y ORELLANA BENADO, M. E. 2011. *op. cit.*, pp. 115-43.

⁵⁹ STRAWSON, P. F. 1983. Sobre el referir. En: *Ensayos Lógico-lingüísticos*. Madrid, Tecnos, pp. 11-39.

1.1.3. Strawson y la réplica cotidianista a Russell

Corresponde a toda genealogía de la tradición analítica en el siglo XX, destacar la supremacía que por 45 años tuvo el entendimiento científicista del lenguaje y su función, ¿cómo pudo ser tan fuerte el embrujo de los cánticos de las sirenas científicistas? Paso a explicar esta metáfora⁶⁰.

En el mito de Ulises, luego de pasar una temporada en el palacio de Circe, el héroe emprende el rumbo a Ítaca. Antes de zarpar, el oráculo profetiza su encuentro con las sirenas. Estas criaturas marinas, famosas seductoras, eran capaces de cautivar fácilmente a los marinos con sus cánticos. Sin embargo, realmente ofrecían engaños del mundo subterráneo. Cuando el barco navegó cerca de la isla de Artemisa, donde vivían las sirenas, Ulises ordenó a su tripulación que lo amarrasen al mástil. Además, los marinos debían cubrir sus oídos con cera para no oír a las oceánidas. El héroe temía que al escuchar a las sirenas, querría desatarse. En el poema de Homero, las criaturas fracasaron en su intento de seducir a la embarcación de Ulises.

Sin embargo, en un matiz al cantar épico, pensemos en: ¿Qué ocurriría si Ulises se hubiere tapado los oídos con cera al igual que su tripulación? ¿Y si la estratagema de las sirenas hubiera sido permanecer en silencio?

⁶⁰ Adapto aquí la expresión “oír el canto de la sirena científicista” que Orellana Benado utiliza en su curso de Historia de la Filosofía del Derecho para identificar el objetivo de estudiar el positivismo lógico como antesala a la contraposición en el caso del derecho entre la concepción científicista y la concepción cotidianista.

Tomando la línea del relato efectivo de la Odisea, es posible que algún hombre se salvara de los cantos, pero no del silencio. En una disputa filosófica, si por un lado hay silencio y una conciencia legítima de que la táctica empleada burló a las sirenas. Por otro, es posible que las astutas nereidas intentaran encantar con otras maniobras. De esta manera se producía el final que la cautela de Ulises quiso evitar. Ante un desacuerdo filosófico, cada parte desea vencer a su contrario y es que el conflicto empapa las intuiciones filosóficas. No obstante, el trabajo de Russell y de quienes adhieren a la concepción científicista no fue un sagaz silencio, sino que un cántico que fue derrotado a partir de la embestida de Strawson. Ésta forzó un regreso al curso lineal de la narración griega. Los cantares de las sirenas científicistas fueron evitados y vencidos, aunque estas criaturas no se lanzaron al mar ni se ahogaron. La formulación del positivismo lógico al tiempo de ser reconsiderada, también sufriría mutaciones, es posible ver esto en la filosofía de W. V. Quine, Hilary Putnam y otros. En el ámbito del derecho también ocurriría un fenómeno similar, materia de los próximos dos capítulos.

Con Strawson, la tradición analítica se vio enfrentada a una nueva manera de hacer filosofía. Según Orellana Benado, una manera de resumir la crítica a Russell de Strawson es sostener que “inventó una solución elegante a un problema inexistente”.

Preguntar por el valor veritativo de un enunciado no es el asunto, la oración es igualmente significativa, lo importante son los usos de los sujetos y las palabras. El lenguaje no tiene una sola función (medir y nombrar las cosas, según la concepción científicista), sino que más bien, es una familia de diversos usos y formas de hacer cosas y alcanzar propósitos distintos como fantasear, bromear, preguntar, responder o evaluar. El valor de las oraciones se relaciona con el uso en las prácticas lingüísticas, ordinarias o cotidianas y no lo con la sola significación de las palabras.⁶¹

En “On Referring”, Strawson señala que los tipos de expresiones usados por Russell como “el tal-y-tal” únicamente identifican un solo individuo, por ejemplo “el hombre más fuerte del mundo” o “el mejor ajedrecista del año 2015”. Russell argumentó que algunas oraciones que involucran descripciones definidas parecen tener una simple estructura de sujeto-predicado, pero el análisis lógico revela una conjunción de una afirmación existencial, como “El rey de Francia es calvo”. Strawson utilizaría una diferente formulación del ejemplo de Russell: “El rey de Francia es sabio”.

Strawson distingue entre las nociones de denotar y referir. Russell consideró a la denotación como una relación entre expresiones lingüísticas y lo que ellas denotan apartadas de cualquier uso específico y de lo que sea que la

⁶¹ Para Strawson, la verdad está más relacionada con lo que los seres humanos hacen con los respectivos usos lingüísticos que con una supuesta forma lógica de las proposiciones. El lenguaje humano es un conjunto de formas de acción diversas que carecen de una lógica exacta. *Ibíd.*, p. 345.

expresión refiera. Vale decir, la relación denotativa era independiente de cualquier uso o contexto específico. Strawson contrariamente, reparó en que el referir ocurría en un contexto entre el uso particular de una expresión y lo que sea que la expresión refiriera en tal ocasión.⁶² Por “contexto”, Strawson entiende factores como el tiempo, el lugar, la situación, el interlocutor, los sujetos que forman parte del foco inmediato de interés y las historias personales de ambos, o sea, del emisor y de los destinatarios. Además sugiere que los lenguajes ordinarios son vagos y por tanto, inadecuadas sombras de los sistemas formales lógicamente perfectos (ideales). La naturalidad del lenguaje es una tesis que provoca la ruptura de la *characteristica universalis* de G. W. Leibniz.⁶³

La crítica de Strawson distingue entre una oración, su uso y su emisión. ¿Dónde queda el significado de la oración? Éste consiste en directrices generales para su uso, o sea, reglas, hábitos y convenciones que gobiernan su

⁶² En Strawson, mencionar o hacer referencia no son cosas que haga una expresión. Mencionar o hacer referencia a algo es una característica de un uso de una expresión, del mismo modo que “ser acerca de” algo y verdad o falsedad son características de un uso de una oración. Va expresando algo que es verdadero o falso, no es que la oración tenga un valor veritativo *per se*. STRAWSON, P. F. 1983. *op. cit.*, pp. 18-9

⁶³ Completando esta idea, es certero Strawson cuando clarifica que “los problemas filosóficos surgen solamente porque no nos satisface regirnos por, o simplemente tomar nota de, estos usos; porque pretendemos unificar, teorizar, establecer conexiones, para alcanzar una concepción comprensiva y unificada del mundo y de nuestra relación con él. Entonces nuestras mentes se ven arrastradas fuera del rumbo de nuestra práctica real, del cometido que nuestros conceptos desempeñan verdaderamente en nuestras vidas y nos dejamos seducir por modelos o imágenes inapropiados, pergeñando a partir de ellos teorías absurdas y que en última instancia carecen de sentido, teorías que no son (repetiendo la frase de Wittgenstein) ‘solo castillos en el aire’. Lo que se necesita, entonces, no es una teoría explicativa general o se le reconoce un estatuto inferior”. Todo en: STRAWSON, P. F. 1997. *La filosofía analítica. Dos analogías. En: Análisis y metafísica. Una introducción a la filosofía.* Barcelona, Paidós, pp. 57-8.

correcto uso. El significado de una frase descriptiva importa reglas generales para usarla y referir “algo” en la emisión. Respecto de la noción del uso de la oración, éste es igual a “un emisor haciendo uso de una oración. Además, el enunciado puede ser dicho solo para referir en un sentido derivativo, siendo el significado usado por el emisor para lograr una referencia en un contexto particular.⁶⁴

Ahora bien, quienes no se pliegan a la herramienta metodológica de las tradiciones y concepciones filosóficas, indican como analítico a quien sigue el método del análisis lógico, en virtud de su origen, estos son, Frege y Russell.⁶⁵ El cientificismo entendido por casi medio siglo como la visión verdadera y apodíctica del conocimiento, a partir de un método riguroso y que es susceptible de comprobación en la realidad, se ve frenado por los estudios del lenguaje ordinario, de la llamada “Escuela de Oxford” (Austin, Ryle, Strawson). Las discusiones que se presentan en la tradición analítica del siglo XX –y que he intentado resumir- tratan de refutar a esta visión del conocimiento.

J. L. Austin sostuvo que si bien el análisis del lenguaje no puede ser la última palabra del estudio de las cuestiones filosóficas, corresponde que sea la

⁶⁴ A la crítica de Strawson, Russell replicará en 1957 en el volumen LXVI n° 268 de la revista *Mind* con el texto “Mr. Strawson on Referring”. Texto en español bajo el nombre de: 1973b. “Sobre la teoría de Strawson acerca del referir”. En: MORO SIMPSON, T. (comp.) *Semántica Filosófica: Problemas y Discusiones*. Buenos Aires, Siglo XXI, pp. 87-93.

⁶⁵ Por ejemplo, D’AGOSTINI, F. 2000. *Analíticos y continentales*. Guía de la filosofía de los últimos treinta años. Madrid, Cátedra, pp. 79-105.

primera.⁶⁶ En *The Concept of Mind* (1949), Ryle expuso cómo se puede definir algo sin hacerlo explícitamente. La filosofía es una terapia del lenguaje, un problema lingüístico-filosófico es análogo a una enfermedad; la tarea del filósofo es aclarar pragmáticamente para dar cuenta de un claro uso de las palabras.⁶⁷

Con sus trabajos en filosofía del lenguaje, posteriores a “On Referring”, Strawson expuso un modelo gramatical, donde los trabajos analíticos asemejen la posición del filósofo respecto de la del gramático. Sin embargo, en ese trayecto y considerando la postura antimetafísica de los científicos (principalmente el Círculo de Viena), Strawson pensó que un retorno a la metafísica era posible, de la mano de un enfoque descriptivo y abandonando el enfoque revisionista.⁶⁸ Con ello, la metafísica se reivindica respecto de los positivistas lógicos. Si bien las premisas metafísicas no son lógicas ni es posible verificarlas, el enfoque descriptivo permita establecer ciertas verdades *a priori*. Según Strawson, los revisionistas incluyen, entre otros, a Sartre, Marx, Hegel, Nietzsche, Heidegger. Entre los partidarios del enfoque descriptivo, Strawson identifica a Leibniz y Kant, que serían más cercanos a los propios analíticos.

⁶⁶ AUSTIN, J. L. 1989. Un alegato en pro de las excusas. En: Ensayos Filosóficos. Madrid, Alianza, pp. 169-80.

⁶⁷ WITTGENSTEIN, L. 1976. Los cuadernos azul y marrón. Madrid, Tecnos.

⁶⁸ STRAWSON, P. F. 1959. Individuals. An Essay in Descriptive Metaphysics. Londres, Routledge, pp. 9-12.

Los enfoques que Strawson reconoce, han sido tratados metafilosóficamente como una división filosófica entre analíticos y continentales.⁶⁹

En síntesis, ya en la segunda mitad del siglo XX, vemos que al interior de la tradición analítica existen dos evaluaciones contrapuestas del encuentro de la filosofía con la ciencia moderna o más precisamente, del giro lingüístico que experimentó el positivismo cuando se vio encerrado por las interrogantes inconclusas.⁷⁰ Ambas evaluaciones coinciden en el plano de la elucidación de las implicancias del lenguaje en el mundo, aunque no parecen estar confinadas a dicha misión.

La dualidad conceptual presentada en este capítulo, ayudará a comprender la evolución y contexto de la vertiente iusfilosófica de la tradición analítica. El desacuerdo promueve la búsqueda de la verdad en los asuntos filosóficos.

⁶⁹ Véase D'AGOSTINI, F. 2000. *op. cit.* En la otra vereda a CRITCHLEY, S. 2001. *Continental Philosophy. A Very Short Introduction*. Oxford, Oxford University Press. Hay una versión que presenta que la filosofía del siglo XX tanto en la tradición analítica como en la continental "problemas históricos de interpretación que son más ricos y desafiantes de lo que esas caricaturas están dispuestas a reconocer; y si no lo hicieran, no serían contribuciones de importancia en la historia de la filosofía" (FLOYD, J. y SHIEH, S. 2001. *Future Pasts. The Analytic Tradition in Twentieth-Century Philosophy*. Oxford, Oxford University Press, p. 4, citado en ORELLANA BENADO, M. E. 2010b. *op. cit.*, p. 62. Ahora bien, el contraste entre analíticos y continentales en la filosofía del siglo XX "muchas veces fue trazado en términos de antinomias caricaturescas: los antimetafísicos y los anticientíficos; los ahistóricos y los historicistas; los inertes y los que buscan el sentido-de-la-vida; y, por último, los que se ocupan de problemas irrelevantes, aunque con el método correcto y los que hacen justo lo opuesto. Este maniqueísmo metafilosófico oculta la complejidad mayor de un asunto que no tiene esperanza de ser resuelto si se pasan por alto las dimensiones institucionales y políticas que son también parte de la distancia entre ambas tradiciones" (*Ibidem*).

⁷⁰ Véase nota 30.

CAPÍTULO II

LA TRADICIÓN ANALÍTICA DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO: ALZA Y APOGEO EN EL SIGLO XX

Una historia se pone en marcha cuando alguien quiere algo y otro no quiere que lo obtenga. A partir de allí, a través de diferentes digresiones, todos los elementos de la historia se ordenan alrededor de ese conflicto central.

Raúl Ruíz, *Poéticas del cine* (2000)

El problema artístico es producir la diafanidad a trechos a fin de no revelar sino las lejanas perspectivas más humanamente significativas detrás del objeto cercano y familiar. Pero, en todo caso, las cosas vistas al final de la perspectiva deben ser bastante extrañas para que lo familiar cobre un aire fantásticamente misterioso. Pregunta: ¿Es posible lograr este resultado sin pedertería y sin estirar la historia hasta lo infinito? Hay que pensarlo mucho.

Aldous Huxley, *Contrapunto* (1928)

La relación entre la filosofía jurídica y la tradición analítica se ve marcada por el giro lingüístico que transformó las indagaciones sobre el derecho, de un foco en asuntos metafísicos y epistemológicos, a un foco en el lenguaje y los conceptos jurídicos. Sin embargo, este nexo entre lenguaje y derecho es anterior al auge y consolidación de la tradición analítica en el siglo XX. Ya está en los jurisconsultos anglosajones de los siglos XVIII y XIX como Jeremy Bentham y John Austin. O si es posible ir más allá en los tiempos, encontramos

a los precursores oxonienses como Roger Bacon y Guillermo de Ockham, quienes tomaron parte de la base erudita de los sofistas griegos y la tradición clásica en filosofía para estudiar al fenómeno jurídico-social.

El derecho si bien ha sido objeto de reflexión filosófica antes de la tradición analítica en filosofía, el desarrollo teórico que ha alcanzado en esta última es digno de atención. Los argumentos vertidos en la clarificación del uso del lenguaje jurídico han servido a la codificación. La exaltación de los valores del Estado de Derecho y las libertades públicas, las revoluciones liberal-democráticas y las leyes con foco en los derechos sociales, también han sido motivadas por un esclarecimiento conceptual del derecho. Asimismo, pensar en un reduccionismo a la tradición analítica en el estudio del derecho a los conceptos jurídicos es algo que pierde sentido tras la publicación de *The Concept of Law* en 1961.

Si bien, la tradición analítica de la filosofía del derecho tiene su origen en los trabajos de Kelsen y Hart, debemos reconocer una etapa “pre-analítica” con Bentham y Austin.

La obra de Bentham sobre el derecho descansa en tres aspectos. En primer lugar, la función simbólica del lenguaje. Los conceptos y las proposiciones son los signos de las ideas y éstas simbolizan al mundo exterior. En segundo lugar, las nociones de la teoría de las ficciones lingüísticas de Ockham. Los enunciados no pueden tener más que dos relaciones posibles con

el mundo objetivo: designan directamente o indirectamente conceptos simples. Al hacerlo de forma indirecta, se deben gradar en términos de sus relaciones con esos objetos. Junto a los conceptos simples, que dan cuenta de la realidad objetiva, existen las ficciones, que reenvían a ideas complejas a través de una referencia al mundo exterior. Para el jurista español Juan Ramón de Páramo un ejemplo es el término “obligación”, que es una ficción en el pensamiento de Bentham, puesto que muestra la existencia de otro concepto más simple, el de la sanción y éste a su vez implica la existencia material de una sensación de dolor, sin la cual no se derivaría ninguno de los otros términos.⁷¹ En tercer lugar, Bentham hace hincapié en el concepto de ley como una ficción. Por tanto, para entenderlo es preciso *analizar* los elementos más simples que lo componen. La norma jurídica legislativa es una manifestación lingüística de la voluntad soberana de un Estado, entonces su concepto simple radica en ese factor volitivo.⁷²

Bentham utiliza el método de paráfrasis para definir los términos. Este consiste en la abstracción de las proposiciones en las que se puede observar su función, para luego interrogarnos por el género próximo y la diferencia específica de esas expresiones así abstraídas.⁷³ Definir, entonces, palabras como “derecho”, “deber”, “potestad”, “coacción”, es un ejercicio de grados de

⁷¹ PÁRAMO ARGÜELLES, J. R. de. 1984. H. L. A. Hart y la teoría analítica del derecho. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 2-3.

⁷² BENTHAM, J. 1970. An Introduction to the Principles of Morals and Legislation, editado por H. L. A. Hart y J. H. Burns. Londres, Atholone Press, capítulo XIX.

⁷³ PÁRAMO ARGÜELLES, J. R. de. 1984. *op. cit.*, p. 4.

separación con respecto a sus consecuencias, en un esquema como: Si A es la institución del matrimonio, B y C son contrayentes, se presupondrá que existe una D capacidad para producir efecto, además se generan E deberes al interior de la vida marital y así sucesivamente. La concatenación de conceptos o ficciones permite estructurar un sistema lógico del razonamiento terminológico para hablar del mundo exterior. Para Bentham, la introducción del contexto también tendrá injerencia al momento de definir, teniendo aplicación lo que se llama “definición en uso”.

Austin, el padre fundador de la teoría analítica del derecho (*analytical jurisprudence*), ofrece una tesis relacionada con la relevancia del análisis de las palabras que permiten la claridad de la práctica del derecho, tanto en operadores jurídicos (punto de vista interno) como en los que no actúan en ese rol (punto de vista externo).⁷⁴ Sin perjuicio de lo anterior, la atención analítica y metodológica que comienza con los trabajos de Hart, sería de carácter conceptual. Luego la caracterización de la teoría analítica del derecho coloca a sus problemas como cuestiones de delimitación lingüística (Austin) por la vía de

⁷⁴ PÁRAMO ARGÜELLES, J. R. de. 1984. *op. cit.*, p. 5; ANTONOV, M. 2014. *op. cit.*, p. 24; BIX, B. 2001. John Austin [en línea] The Stanford Encyclopedia of Philosophy, edición primavera 2014. <<http://plato.stanford.edu/archives/spr2014/entries/austin-john/>> [consultado el 12 de enero de 2015]. Dada esta calificación, pensaría que Jeremy Bentham sería algo como el “abuelo” de la *analytical jurisprudence*. Rolando Tamayo y Salmorán declara que ésta es una forma de positivismo jurídico, puesto que el análisis del lenguaje en que el derecho se formula y las operaciones intelectuales que realizan jueces y abogados es necesariamente un estudio de derecho positivo (2000. Estudio preliminar. En: HART, H. L. A. Post Scriptum al Concepto de Derecho. México DF, UNAM, pp. xviii-xix).

un análisis funcional de los conceptos jurídicos, a partir de la descripción aclaratoria de su uso en el lenguaje ordinario (Hart).⁷⁵

En síntesis, son cuestiones congruentes con el desarrollo de la concepción cotidianista en la tradición analítica de la mano de los filósofos de la “Escuela de Oxford”, pues son las reflexiones en la filosofía pura que emanan en la primera mitad del siglo XX, las que enriquecen las premisas teóricas del derecho. Pensar en una teoría analítica del derecho es solo un ápice de lo que la genealogía metafilosófica propone, ya que la atención sobre los parientes filosóficos o que pudieron influir en el texto de Hart son de suma relevancia, máxime si esta tesis señala a éste como el más importante del siglo XX.

⁷⁵ MAZUREK, P. 1992. Teoría analítica del derecho. En: KAUFMANN, A. y HASSEMER, W. (eds.) El pensamiento jurídico contemporáneo. Madrid, Debate, p. 278. Hago hincapié, además, en la distinción entre filosofía y teoría del derecho, donde la primera es el continente y la segunda, el contenido. Piénsese en la tetradistinción de Bobbio de los estudios de filosofía del derecho donde se aprecia la existencia de cuatro ramas comprometidas. En primer lugar, la teoría del derecho, que se preocupa en primer lugar de la determinación del concepto de derecho. Aquel, solo puede ser aclarado haciendo referencia no a un tipo de norma, sino que al conjunto, lo que según Bobbio es llamado, ordenamiento jurídico (BOBBIO, N. 1990. *op. cit.*, p. 98). El derecho es un fenómeno multidimensional (PECES-BARBA, G., FERNÁNDEZ, E. y DE ASÍS, R. 2000. Curso de teoría del derecho. Madrid, Marcial Pons, p. 16), así también en tanto es para las personas una forma específica de organización social y por eso interviene, a través del establecimiento de pautas de conducta, en los aspectos de la vida humana imprescindibles para la realización del específico modelo de organización social. Así también, el derecho se identifica precisamente por constituir un mecanismo específico de ordenación de la existencia social humana. Siguiendo a Bobbio el estudio primordial en la teoría del derecho agrupa seis partes: la composición del sistema (concepto de norma y distintos tipos de normas), la formación (teoría de las fuentes del derecho), la unidad (validez y norma fundamental), la plenitud (lagunas y su integración), la coherencia (antinomias y su eliminación) y las relaciones entre ordenamientos (relaciones espaciales, temporales y materiales). En segundo lugar, la teoría de la justicia, que hace una exploración tanto histórica como filosófica del concepto de justicia y que se pregunta por la relación de este con el derecho. En tercer lugar, la teoría de la ciencia jurídica o en un mejor término, teoría de la adjudicación (y el razonamiento jurídico), pues es el estudio de los procedimientos intelectuales adoptados por los juristas para determinar, interpretar, integrar y conciliar entre sí las reglas de un sistema jurídico. En cuarto lugar, la historia de la filosofía del derecho, que aborda el conocimiento del desarrollo histórico de las doctrinas que se han sucedido a lo largo de la reflexión que ha merecido el fenómeno jurídico.

Austin fundamenta su visión de la filosofía del derecho en la distinción entre derecho positivo y la ciencia de la legislación o la moralidad positiva, vale decir, entre lo que el derecho es y lo que debe ser.⁷⁶ Esto se traduce en lo que él llamó: “el examen de los principios, nociones y distinciones que son comunes a varios ordenamientos jurídicos”, o sea, un análisis de los conceptos que tales sistemas usan y deben usar al ordenar su propio contenido y estructura (una *general jurisprudence*).⁷⁷ El proyecto austiniano se orienta sobre conceptos, entre otros, de “derecho”, “deber”, “delito”, “obligación”, “responsabilidad”, “persona” y “bien”. Cuestiones conceptuales y no empíricas. Por ejemplo, la determinación de la existencia y certidumbre de un ordenamiento jurídico. El foco epistemológico de Austin recayó en la naturaleza, esencia y las propiedades y relaciones necesarias entre los conceptos jurídicos, es decir, si el derecho implica, de manera necesaria, sanciones; si los conceptos de “derecho” y “deber” son correlativos; si una persona es o tiene un estatus; y, por dejar hasta aquí la lista, si un estatus produce un conjunto de deberes, derechos y competencias.⁷⁸

⁷⁶ AUSTIN, J. 1873. *Lectures on Jurisprudence: Or The Philosophy of Positive Law*. Londres, John Murray, p. 220. Este texto que compendia la mayoría de sus reflexiones en torno al derecho, fueron publicadas tras la muerte de Austin, por su mujer desde el año 1861 a 1863 por primera vez. Y donde las seis primeras lecciones constituyen su texto *The Province of Jurisprudence Determined* (1832). El manual de Austin se transformó en un texto guía para la formación de juristas en la Inglaterra del siglo XIX. La tesis de Austin tiene algún grado de similitud a la establecida en KANT, I. 1989. *Metafísica de las Costumbres*. Madrid, Tecnos, pp. 13-43.

⁷⁷ AUSTIN, J. 1873. *op. cit.* p. 33.

⁷⁸ *Ibíd.*

Austin también propuso un método de definición y significación del lenguaje jurídico. Según él, el significado de una palabra está implicado en el uso real de esa palabra en el área o ámbito contextual en que se la usa.⁷⁹ Con esto, se distingue por su naturaleza entre conceptos, por ejemplo, un mandato (*command*) está conectado con los términos de “sanción”, “deber” y “obligación”. Y esta distinción se materializa por las distintas situaciones en las que ambos conceptos pueden ser aplicados. Austin lo ejemplifica con la situación de una persona que se ausenta de su casa. Si ésta lo hace, sabiendo que tiene que volver, su ausencia es intencional; sí, por el contrario, se debe a un olvido, se trata de un acto de negligencia.⁸⁰

Una vez que Austin publicó *The Province of Jurisprudence Determined*, J. S. Mill elogiando a su antiguo maestro, sostuvo en una reseña:

La jurisprudencia... no pretende llevar a cabo un conocimiento directo de la bondad o maldad de las leyes, ni pretende sopesar los motivos que condujeron a su establecimiento: asume su existencia como un hecho, y se ocupa de su naturaleza y de sus propiedades, como un naturalista se ocupa de cualquier fenómeno natural. La jurisprudencia proporciona una

⁷⁹ AUSTIN, J. 1873. *op. cit.*, pp. 197-9.

⁸⁰ *Ibíd.*, p. 347.

exposición analítica, no de un sistema concreto de leyes existentes, sino de lo que es común a todos o la mayoría de los sistemas jurídicos...⁸¹

Esta idea de la teoría analítica del derecho, la constituye como un conjunto de propósitos y métodos más que una colección de resultados. El análisis general de los conceptos usados en el derecho no debe confundirse con el examen de las proposiciones particulares en un ordenamiento jurídico, dado que se hace usando conceptos. El propósito de la teoría analítica del derecho es, en principio, la construcción de un sistema conceptual lógico, coherente y consistente.

La tesis de Austin sobre el derecho no es una teoría general del lenguaje jurídico ni tampoco una propuesta metodológica autónoma y global para su análisis. Es una formulación de pautas de análisis para una mejor comprensión de los ordenamientos jurídicos, a la vez que intenta reconstruir conceptualmente sus principales características formales.⁸² En ese sentido, es una teoría en el sentido que se expuso anteriormente.⁸³ Las investigaciones austinianas fijaron sus metas en la determinación del objeto de la jurisprudencia a través de descripciones y apartándose de las particularidades de cada sistema. Según Jiménez Cano, la tesis de Austin soslayó los componentes ideológicos del derecho, delimitando correctamente las fronteras del mismo y

⁸¹ MILL, J. S. 1984. Austin's Lectures on Jurisprudence. En: The Collected Works of John Stuart Mill, vol. 21. Toronto, University of Toronto Press, p. 55.

⁸² PÁRAMO ARGÜELLES, J. R. de. 1984. *op. cit.*, p. 8.

⁸³ Véase nota 10.

que además para el trabajo con los conceptos jurídicos se apoyó en la parte general de la pandectística alemana.⁸⁴ Sobre ese punto, el jurista italiano Pierluigi Chiassoni expresa que ésta es el tratamiento de los conceptos jurídicos fundamentales contenidos en el ordenamiento jurídico positivo en conjunto con un afán clasificatorio y sistematizador.⁸⁵

Para circundar el argumento de Austin sobre el fenómeno jurídico, es importante considerar que:

la elucidación de los abogados, la de la teoría jurídica y la de la filosofía del derecho, representan progresivamente niveles más altos de generalización y es igualmente importante tener en mente que cada uno de estos tipos de lenguaje es una explicación de las reglas del derecho positivo, esto es, proposiciones que tienen un significado tanto normativo como descriptivo.⁸⁶

En el siglo XX la pugna política entre las concepciones científicista y cotidianista en la tradición analítica de la filosofía, también se proyectaría a la vertiente de la filosofía del derecho de la mano de los libros *Reine Rechtslehre* (1934) de Kelsen y *The Concept of Law* (1961) de Hart. Estas obras continuaron el debate en torno a cómo pensar el derecho o si es prudente

⁸⁴ JIMENEZ CANO, R. M. 2008. *op. cit.*, p. 37.

⁸⁵ CHIASSONI, P. 2005. L'utopia della ragione analítica. Origini, oggetti e metodi della filosofia del diritto positivo. Torino, Giappichelli, pp. 4-7.

⁸⁶ HALL, J. 1974. Filosofía Analítica y Teoría del Derecho. En: Boletín Mexicano de Derecho Comparado, 21, pp. 86-7.

hablar de la naturaleza del mismo, contexto en el que surge la idea de una teoría del derecho y las preguntas acerca de qué es un sistema jurídico y cómo es posible reconocerlo.

Estas posturas contrapuestas, considerando que habrá una manera más científica de abordar el fenómeno jurídico como una cuestión lógica contra una de carácter conceptual, fomenta la diversidad de interpretaciones, admitiendo la potencialidad del valor epistémico de una respuesta, supone un desacuerdo, esto es, un conflicto.⁸⁷

Kelsen adopta la metodología de “teoría pura” del derecho, esto es, un análisis exento de elementos extrínsecos al fenómeno jurídico como la moral, la política y la ideología.⁸⁸ El proyecto de purificación de la teoría es beneficioso para la disociación de lo político, el partir de un *a priori* como la norma que cierra el sistema jurídico.⁸⁹ La continuidad de Kelsen en el positivismo jurídico se da en el trasfondo de la conceptualización del derecho: conocer el objeto, o sea, el *ser* del derecho sin juzgar su deber ser moral o en palabras de Austin:

la existencia del derecho es una cosa; su mérito o demérito otra. Una pregunta es acerca del derecho que es o que no es, y otra cuestión

⁸⁷ Una reflexión metateórica que distingue entre análisis conceptual y análisis científicista en la teoría jurídica analítica de los siglos XX y XXI, donde la divergencia es a propósito del método: uno de análisis de conceptos y el otro, propugnando el análisis lógico y científico. Más referencia en LÓPEZ PÉREZ, N. 2014. Desacuerdos, análisis y conceptos: Reflexiones metateóricas para la teoría del derecho del siglo XXI. En: Revista de Estudios Jurídicos, 14 (segunda época).

⁸⁸ KELSEN, H. 1982. Teoría Pura del Derecho. México DF, UNAM.

⁸⁹ MAZUREK, P. 1992. *op. cit.*, pp. 277-86.

diferente es si el derecho se adecua o no a algún determinado estándar. Una norma jurídica que realmente existe es una norma, aunque puede ocurrir que nos desagrade, o que se aparte del texto mediante el cual regulamos nuestra aprobación o desaprobación.⁹⁰

A grandes rasgos, para Hart el entendimiento de lo jurídico se basa en la comprensión de los conceptos con que cotidianamente este se desenvuelve, esto implica “no dar un concepto de derecho”, sino herramientas para su estudio.⁹¹ Según Hart, el fenómeno jurídico se construye a partir de usos y las prácticas lingüísticas. Una cuestión inédita hasta entonces, pues con los argumentos empiristas y formalistas, el derecho parecía asomarse como una ciencia predictiva.

Quienes buscan un concepto de derecho preguntan por su naturaleza y pretenden definirlo. Utilizan distintos métodos y tal como se expresó, la coexistencia de esta diversidad es que enriquece a la tradición e intentan construir una teoría con pretensión de generalidad.

2.1. Kelsen y la aproximación pura al concepto de derecho

Hans Kelsen (1881-1973) es uno de los autores más influyentes en la filosofía del derecho del siglo XX. Oriundo de Praga, se educaría y formaría profesionalmente en Viena. En 1911 ingresa al mundo académico como

⁹⁰ AUSTIN, J. 1873. *op. cit.*, pp. 184-5.

⁹¹ HART, H. L. A. 1994a. *The Concept of Law*. 2da. Edición. Oxford, Clarendon Press, Capítulo VIII.

privatdozent de derecho constitucional y filosofía del derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Viena. Ya en 1914 tendría el nombramiento como adjunto para derecho comercial y cambiario y para teoría constitucional y administrativa. En 1917 asciende a profesor titular y además es llamado como oficial de reserva para integrar su brigada en el contexto de la primera guerra mundial. En los años 20, ejerce como docente e integra el Tribunal Constitucional hasta 1930, cuando pasaría a ocupar una cátedra en Colonia por tres años. Por su origen judío fue víctima de persecuciones políticas y académicas. Kelsen migraría a Zúrich y luego a Ginebra para regresar a su Praga natal en 1936. Abandona Europa para siempre, en 1940, con destino a Estados Unidos. Ejerció docencia e investigación en la Universidad Harvard y en la Berkeley California, donde continuó su prolífica producción académica hasta el fin de sus días. En Estados Unidos Kelsen se introduciría en la filosofía del derecho anglófona y se ocuparía de una segunda edición de su *Reine Rechtslehre* en 1960.⁹²

Esta obra llegaría al mundo hispanoparlante en forma de traducción en 1941 por Jorge G. Tejerina, publicada por la editorial Losada en Buenos Aires. Kelsen visitó Argentina al término de la década y sostuvo un fructífero intercambio con Carlos Cossio, precursor de la teoría egológica del derecho.⁹³

⁹² MÉTALL, R. A. 1976. Hans Kelsen. Vida y obra. México DF, UNAM, pp. 9-24; 110-8.

⁹³ SARLO, O. 2010. La gira sudamericana de Hans Kelsen en 1949. El 'frente sur' de la teoría pura. *En*: *Ambiente Jurídico*, 12, pp. 400-25. La teoría egológica del derecho tuvo lugar en la década de los cuarenta. Ella "no cree que pueda hacerse con provecho una filosofía sobre el

Con sus dos ediciones, la *Reine Rechtslehre* se constituyó como un texto de referencia fundamental en las escuelas de derecho. El volumen publicado en 1934 versó sobre la “introducción a la ciencia del derecho” y que contiene una exposición resumida de sus principales conceptos. Además generó la lección que, según Ulises Schmill, el derecho solo puede proporcionar una relativa seguridad, nunca una seguridad absoluta, como es el deseo de la mayoría⁹⁴.

El texto de 1960 enfatizó el contexto de producción de los trabajos que motivaron reflexiones sobre la primera edición. Incluyendo algunas ampliaciones y consideraciones más profundas sobre el fenómeno jurídico. El propósito de Kelsen estuvo en extender la objetivación de la ciencia del derecho. En ese sentido, elaboró una tesis que intentó dotar al derecho de un

Derecho a secas, ella desarrolla su esfuerzo en una filosofía de la ciencia del derecho; es decir, en una filosofía de directa utilización por el jurista en cuanto que revisa los presupuestos con que el propio jurista trabaja. En tal sentido es la ciencia dogmática misma la que suministra los temas de esta filosofía del derecho. Y porque la filosofía del derecho se transforma en filosofía de la ciencia del derecho, emerge una nueva sistemática de sus problemas que, esquemáticamente, se puede presentar del siguiente modo: En primer lugar está la reflexión esencial sobre el objeto que el jurista quiere conocer, para mostrar, aquí, cuál es la ciencia eidética que toda ciencia empírica tiene a su base (ontología jurídica). En segundo lugar, como el contrapolo de lo precedente, está el examen del estilo de pensar que ejercita el jurista cuando está en su tarea (lógica jurídica formal). En tercer lugar, está el ligamen de las dos instancias anteriores; es decir, no lo que el jurista conoce, ni cómo piensa, sino cuándo conoce (lógica jurídica trascendental). Y por último, ya que el dato empírico de las ciencias dogmáticas es axiológico, viene el examen del sentido puro, como puro sentido, de esta referencia empírica a lo que debe ser” (COSSIO, C. 1948. Panorama de la teoría egológica del derecho. En: Revista Trimestral de Cultura Moderna, Bogotá, pp. 68-9.

⁹⁴ SCHMILL, U. 2010. Hans Kelsen. Aportaciones teóricas de la Teoría Pura del Derecho. En: DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 33, p. 26.

lenguaje ideal, por lo tanto, una mecánica operativa. Propuso dos facetas de análisis del sistema jurídico, una estática y la otra, dinámica.⁹⁵

Antes de Kelsen se estudiaba al derecho desde un punto de vista más bien práctico. Sus propuestas se ubican en un sistema distinto al que conceptualizaron Bentham y Austin, uno de *civil law* en lugar de uno de *common law*, por tanto, la dogmática jurídica cobra mayor importancia. Es más, Kelsen hablaba en forma insistente de la ciencia del derecho o inclusive, una ética científica.⁹⁶

Intentos anteriores de describir el contenido del derecho o bien lo que éste implicaba en la sociedad no se preguntaban por su raigambre conceptual. La *Reine Rechtslehre* abordó este asunto. El derecho es una actividad humana susceptible de ser reflexionada y por consiguiente, explicada, era necesario adecuarla a la forma de los lenguajes ideales, propuestas por la concepción científicista de la tradición analítica de la filosofía que desemboca en un arribismo epistemológico.⁹⁷ Kelsen como miembro informal del Círculo de Viena, grupo de académicos que afirmaban “concepción científica del mundo”,

⁹⁵ El derecho, según Kelsen, puede ser considerado bien en estado de reposo, como un sistema establecido, o bien en su movimiento en la serie de actos por los cuales es creado y luego aplicado. Desde el punto de vista estático, el derecho aparece como un orden social, como un sistema de normas que regulan la conducta recíproca de los hombres. Es el sentido particular que acompaña a los actos por los cuales son creadas las normas jurídicas. Para expresar este sentido particular decimos que las normas jurídicas se aplican a los individuos que ellas los obligan o los autorizan a hacer ciertos actos; hablamos también de su validez. KELSEN, H. 1960. Teoría pura del Derecho. Introducción a la ciencia del derecho. Buenos Aires, Eudeba, pp. 34-5.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 18.

⁹⁷ Concepto en ORELLANA BENADO, M. E. 2011. *op. cit.* pp. 147 y ss.

proyectaba una descripción lógica del derecho. La *Reine Rechtslehre* refleja además la influencia de Thomas Hobbes, Karl Marx y Max Weber. Hobbes presenta el positivismo jurídico de manera embrionaria: los seres humanos transfieren sus derechos de naturaleza al soberano, quien les garantiza protección y la posibilidad de realizarse en comunidad, mediante el derecho positivo o ley civil. Luego esta idea “contractualista” fue tomada por Kant en su “Metafísica de las costumbres” a propósito de la *doctrina del derecho*, un modelo que requería de funcionamiento.⁹⁸ Para Kelsen, éste se encuentra en la introducción de procedimientos y claves que puedan hacer inequívoco el rol del derecho en la sociedad y que siguiendo línea de la ciencia (para que la “ciencia jurídica” sea tal) es necesario que subyazca el método (conocer es observar, elaborar hipótesis y que permiten predecir el curso de los fenómenos naturales).

Kelsen indica que su tesis es de carácter general y busca decir qué es el derecho, excluyendo del análisis lo que no tenga que ver con su naturaleza. Kelsen busca una unidad de método para la ciencia jurídica desde el concepto de derecho, un carácter científico.⁹⁹ Separa entre la tipología de las normas individualmente consideradas y el ordenamiento válido. La fórmula de las normas opera con supuestos de hecho que establecen el contenido lógico-normativo y que al ocurrir, permite al sistema sancionar. La fórmula lógica de

⁹⁸ KANT, I. 1989. *op. cit.*, pp. 37-43.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 16.

una norma es típicamente: “si A es B, debe ser C”, donde A es la conducta, B el supuesto de hecho que la regla estatuye; y C la sanción por incurrir en B. Un sistema deontológico, donde lo que no cumpla con ese tipo no es derecho. Luego Kelsen dice qué es derecho y cómo depende de la acción, en definitiva, de lo que ocurra en el mundo.

Este enfoque revela la influencia del principio de verificación y, en general, del cientificismo. Respecto de la validación del sistema jurídico a partir de una norma jurídica no positiva (exógena al sistema, y que denomina *Gründnorm*), que es presupuesta (a la manera de una hipótesis en las ciencias experimentales) y que define como “la primera constitución histórica en ser obedecida”. En el ordenamiento tiene que darse un conjunto de actos de poder reales para que se pueda presuponer a la *Gründnorm*, sin confundir la validez normativa con la eficacia jurídica. Por tanto, la validez de un sistema jurídico está sujeta a una cuestión fáctica. En esta postura, el concepto de derecho se asocia a la sanción ante el incumplimiento de lo dispuesto por el enunciado deóntico de la norma.

Todo sistema requiere de un comienzo y de un fin, así como de una cúspide y un sótano. Luego cobra importancia la idea kelseniana de la pirámide normativa, donde a fin de cuentas, la validez de cada norma, reside en otra

norma superior¹⁰⁰. Esta tesis consiste en que una norma A buscará su validez en la norma B, que es superior a la otra y para que esta sea válida, necesitará de otra norma, C, que asimismo sea superior a B para otorgarle su fundamento y así sucesivamente. Kelsen niega tajantemente que esta cadena pueda seguir hasta el infinito, debe concluir en una norma suprema. Ella es presupuesta, no pudiendo ser impuesta por una autoridad cuya competencia tendría que estar basada en otra norma superior. El punto final de la cadena reside en una norma que no sujeta su validez a otra ni tampoco es susceptible de crítica. *Grundnorm* (traducida al español como “norma fundante básica” o “norma hipotética fundante o fundamental”) es el cielo del sistema y todas las normas que remitan su validez a esa y *solo* esa norma conforman un “orden normativo”.

Esta idea trascendentalista se apoya en los argumentos de Kant en la tercera antinomia de la Crítica de la Razón Pura, a propósito de la libertad, cuyo fundamento también es presupuesto.¹⁰¹ La cadena de validez que establece Kelsen tiene ese carácter. En el plano material, cuando las normas establecen supuestos de hecho que estatuyen sanciones al sujeto que se ve en la situación, se denominan normas genuinas, las que son válidas en virtud de su contenido.¹⁰² No obstante, en este punto, lo central es indagar en el sistema en sí.

¹⁰⁰ KELSEN, H. 1982. *op. cit.*, p. 201.

¹⁰¹ KANT, I. 2006. Crítica de la razón pura. México DF, Taurus, pp. 407-12.

¹⁰² KELSEN, H. 1965. Teoría general del Estado. México DF, Editora Nacional, p. 22.

La norma fundante básica es necesaria para constituir a la comunidad jurídica porque se basa en la costumbre que origina una constitución o cuando ciertos actos constituyentes ejecutados por ciertas personas son interpretados como “fuente del derecho” o son vistos como una autoridad válida para estatuir normas. La *Grundnorm* es, en palabras de Kelsen, “la instauración del hecho fundante de la producción de derecho, y puede ser designada, en este sentido, como constitución en sentido lógico-jurídico, para diferenciarla de la constitución en sentido jurídico-positivo”.¹⁰³

Los actos constituyentes son vistos como autoridades que imponen normas y finalmente, es presupuesta, junto a la instancia constituyente, que se erige como suprema. Sin embargo, el fundamento de validez de la constitución del Estado está sujeto a una cadena de otras constituciones, llegando a una “primera constitución” histórica del Estado, que no tendría una causa en otra constitución. Sino que en el concepto de Kelsen, la implantación de la “primera constitución” es revolucionaria, o sea, mediante ruptura con el estado de no constitución o de un orden normativo no validado como las otras constituciones.

El fundamento último de cada norma suprema de un sistema dado reside en la primera constitución, que fue concebida de una manera distinta a la actual. Aquí encontramos la tesis fundamental de Kelsen sobre el origen de la normatividad. Esto debe ser conectado con que el fundamento último del

¹⁰³ KELSEN, H. 1982. *op. cit.*, p. 206.

derecho, entendido como un orden normativo, es hipotético. Es necesario, ahora, tomando estos conceptos analizar el contenido de esta *Grundnorm*.

Esta norma, que se erige como la cúspide del sistema jurídico tiene caracteres peculiares. Tiene juridicidad (inclusión en el sistema), pero no es positiva (se establece por un acto de pensamiento, por tanto, es ideal, un acto de voluntad que tiene aparejado un deber). Es válida *per se* en virtud de su presuposición, es originaria. Es retrospectiva (pues establece como órgano fundamental de un orden jurídico, como órgano primario del mismo, al órgano constituyente, ya sea una asamblea democrática, un usurpador, un rey. La *Grundnorm* se refiere al órgano constituyente para darle esos caracteres. Por ello, su contenido se reduce a establecer una facultad jurídica, el empoderamiento de la creación normativa en el órgano constituyente. De ello resulta que el primer acto constituyente es la ejecución de la *Grundnorm* y, por ello, la constitución positiva de un Estado es la primera norma subordinada a la *Grundnorm* que ha sido creada por el órgano instituida por ella), mutable y disponible.¹⁰⁴ En este esquema, el teórico del derecho solo se remite a observar regularidades de comportamiento lógico del sistema mismo.

La concepción kelseniana de un sistema jurídico está inspirada en el objetivo de medición y precisión de los fenómenos naturales. Para muchos, esto es un punto de partida para dar contenido a lo jurídico. En un estado inicial las

¹⁰⁴ SCHMILL, U. 2007. La norma fundante básica y el origen conceptual de la normatividad. En: *Análisi e diritto*, p. 100.

personas buscan la paz social y pueden lograrla, a partir de la acción del derecho. Kelsen da cuenta de eso. Como seres humanos debemos ser conscientes de nuestra inmensa responsabilidad para dar forma a nuestros ideales mediante el empleo de nuestra voluntad, en lugar de caer en la ilusión de que nuestros ideales están predeterminados. Con la libertad existencial para dar forma a las normas viene el terrible precio de la responsabilidad total de tener que vivir con los resultados de nuestras elecciones.¹⁰⁵

Sintetizando, la teoría pura del derecho encarna una visión de lo jurídico basada en una premisa cognitiva (*Grundnorm*) de la cual toda norma válida es inferida. El derecho, entonces, sería políticamente neutral y decididamente autónomo, en relación con la moral y con el mundo del ser, con el mundo de la facticidad y, por ello, diverso de las ciencias sociales que se ocupan de la conducta humana, de manera ajena a sus dimensiones normativas (causal y no imputativa)¹⁰⁶. El jurista argentino Carlos M. Carcova resume la concepción kelseniana como: “un conjunto finito de prohibiciones, más una norma de

¹⁰⁵ KAMMERHÖFFER, J. 2007. Hans Kelsen as the Epitome of Legal Modernism. [en línea] <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1566432> [consultado el 14 de enero de 2015]

¹⁰⁶ Kelsen entiende que la ciencia del derecho no puede declarar que tal orden –o tal norma jurídica- es justo o injusto, pues tal juicio se funda, ya sea en una moral positiva, es decir, en un orden normativo diferente e independiente del derecho positivo o en un verdadero juicio de valor con carácter subjetivo. KELSEN, H. 1960. *op .cit.*, p. 60. Con ello, “la ciencia jurídica puede, pues elaborar reglas de derecho verificando que un acto coactivo que tenga el carácter de una sanción debe ser ejecutado cuando tal condición se haya cumplido. Con esta labor no solo define la estructura lógica de las reglas de derecho, sino también su contenido, dado que indica uno de los elementos materiales de los órdenes sociales que califica de jurídicos” (*Ibidem.*, p. 71)

clausura expresa o tácita que establece que todo lo que no está prohibido está permitido”.¹⁰⁷

2.2. H. L. A. Hart y The Concept of Law

Herbert Adolphus Lionel Hart nació el 18 de Julio de 1907 en el poblado de Harrogate, ubicado en el condado de Yorkshire al norte de Inglaterra. Hijo de padres de origen judío. Estudió entre otras ramas de las humanidades, derecho, con un brillante desempeño, en el New College de Oxford, uno de los más prestigiosos colegios de la Universidad; en 1930, Hart fue habilitado para el ejercicio de la profesión como abogado, en que destacó en el derecho tributario.¹⁰⁸ Alrededor de 1940, interrumpió el ejercicio libre de la profesión y fue reclutado por el MI5, la agencia británica de inteligencia dedicada al “contra-espionaje”, empleo que mantendría hasta el fin de la segunda guerra mundial. Luego retomaría el cultivo de las letras y las humanidades como *fellow*, es decir, miembro académico y tutor en filosofía en el New College. En 1952 fue electo Catedrático de Jurisprudencia en la misma casa de estudios y durante el verano de ese mismo año comenzaría su libro más importante: *The Concept of Law* (1961). Su obra publicada incluyó además *Causation in the Law* (1959) en coautoría con su colega oxoniense Tony Honoré; *Law, Liberty and Morality*

¹⁰⁷ CARCOVA, C. M. 2014. Racionalidad formal o racionalidad hermenéutica para el derecho de las sociedades complejas. En: VVAA. Simposio Internacional de Filosofía del Derecho “Racionalidad en el Derecho”. Buenos Aires, Facultad de Derecho – Universidad de Buenos Aires, p. 312.

¹⁰⁸ FINNIS, J. 2009. H. L. A. Hart: a Twentieth-Century Oxford Political Philosopher. En: Oxford Legal Studies Research Paper No. 30, p. 1.

(1963); *The Morality of Criminal Law* (1964); *Punishment and Responsibility* (1968); *Essays on Bentham: Studies in Jurisprudence and Political Theory* (1982); y *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (1983).

Hart falleció el 19 de diciembre de 1992 en Oxford; pasó los últimos años de su vida preparando las respuestas a críticas a *The Concept of Law*, recogidas más tarde en su escrito póstumo *Postscript to The Concept of Law*. Este texto fue incluido por los editores de la segunda edición de su célebre libro en 1994 por su discípulo Joseph Raz y por Penelope A. Bulloch, entonces bibliotecaria de Balliol College. La mayor parte de ese trabajo se dirigía a Ronald Dworkin, su sucesor como Catedrático de Jurisprudencia en Oxford.

En *Definition and Theory in Jurisprudence*, su lección inaugural como Catedrático de Jurisprudencia en Oxford (30 de mayo de 1953), Hart expresó que “en el derecho, como en lo demás, podemos saber y sin embargo, no comprender (...) las sombras que oscurecen a menudo nuestro conocimiento, no solamente cambian de intensidad, sino que son producidas por diversos obstáculos a la luz. Éstos no pueden ser eliminados todos por los mismos métodos, y mientras no *determinemos el carácter preciso de nuestra perplejidad* no podemos decir qué instrumentos necesitaremos”.¹⁰⁹ Además de criticar los métodos tradicionales de definición, Hart señaló que los conceptos jurídicos

¹⁰⁹ Publicado por Oxford University Press en 1953a. Reimpreso y comentado luego en 1983a. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford, Oxford University Press, pp. 21-48. Hay traducción del texto al español por Genaro R. Carrió: 1962. *Definición y teoría en la ciencia jurídica*. En: *Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis*. Buenos Aires, Ediciones Depalma, pp. 93-138.

pueden ser elucidados por métodos adecuadamente adaptados a su carácter específico. Hago hincapié en la idea de perplejidad del oxoniense, situada en interrogantes de la teoría jurídica analítica que son comúnmente campo de definiciones y no de aclaraciones como: ¿Qué es el derecho? ¿Qué es el Estado? ¿Qué es un derecho subjetivo? ¿Qué es la posesión? Resolver estos asuntos precede a cualquier elaboración teórica. El lenguaje utilizado en la práctica del derecho es una teoría descriptiva de la realidad jurídica.

Hart comparte con Kelsen la convicción de que una tarea central de la filosofía del derecho es explicar la fuerza normativa de las proposiciones jurídicas que ocurren, tanto en la literatura jurídica académica, como en el discurso de jueces y abogados.¹¹⁰ El fin de la filosofía jurídica analítica es un mejor entendimiento del derecho y de las ideas jurídicas, tanto por sí mismo como por el valor práctico de tal entendimiento. Es natural que durante toda la larga historia de la filosofía jurídica se haya prestado mucha atención a los conceptos. El derecho es, entre otras cosas, esencial e irreductiblemente lingüístico. Las leyes se formulan y se promulgan mediante palabras. Los actos y las decisiones jurídicas suponen pensamiento articulado y declaración pública. Una estructura conceptual compleja y, ciertamente, un vocabulario

¹¹⁰ HART, H. L. A. 1983. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford, Oxford University Press, p. 18.

amplio y parcialmente especializado resultan esenciales para ordenar el amplio muestrario de prácticas y actividades que constituyen un orden jurídico.¹¹¹

Si los conceptos jurídicos requieren elucidación quedamos perplejos respecto de nuestro propio aparato conceptual. Es posible que sepamos cómo usar esos conceptos, pero en la filosofía de Hart, no podemos decir con certeza cómo o describir cómo estos operan en la realidad. Por ejemplo, es posible que sepamos cómo dibujar el mapa para llegar a un lugar, pero al mismo tiempo que no podamos explicar a otro cuál es la ruta que debe seguir para alcanzar el destino.¹¹² La obra completa de Hart solo pretende decir cosas nuevas acerca de las cosas que ya sabemos acerca del derecho. Para leer con provecho a Hart, es necesario tener conocimiento sobre el derecho.¹¹³ Con lo anterior me refiero a las leyes de un determinado país que conforman un sistema; todos los sistemas jurídicos tienen similar estructura; la existencia del derecho implica que ciertos tipos de conducta humana no son opcionales, sino obligatorios; el ordenamiento jurídico de un Estado moderno está caracterizado por la supremacía del uso legítimo de la violencia en su territorio y además, la

¹¹¹ MACCORMICK, N. 2010. H. L. A. Hart. Madrid, Marcial Pons, pp, 81-2.

¹¹² Se sugiere ver HART, H. L. A. 1957. Analytical Jurisprudence in Mid-Twentieth Century: A Reply to Professor Bodenheimer. En: University of Pennsylvania Law Review, 105, p. 971; 1955a. Theory and Definition in Jurisprudence. En: Proceedings of the Aristotelian Society. Supplementary Volumes, 29, pp. 244 y ss.

¹¹³ Sobre los lectores de Hart en DUARTE D'ALMEIDA, L., EDWARDS, J. y DOLCETTI, A. 2013. Hart's Readers. En: (eds.) Reading H. L. A. Hart's 'The Concept of Law'. Oxford, Hart Publishing, p. 2 y ss.

independencia de otros ordenamientos; los sistemas jurídicos en todos los países también comprenden reglas de varias clases.¹¹⁴

En trabajos previos a *The Concept of Law* Hart había adelantado el método del análisis conceptual de las palabras jurídicas que emplearía en ese texto y que abriría una nueva gran puerta en la filosofía analítica del derecho. Me refiero por un lado, a los textos que hablan sobre la definición en la teoría jurídica, la respuesta a Edgar Bodenheimer e inclusive, el debate con Fuller. Por otro, al libro en coautoría con Honoré, *Causation in the Law* (1959), cuya premisa fundante es: “identificar las fuentes de las incertidumbres y confusiones que rodean el uso legal del lenguaje cotidiano a pesar de la vasta literatura jurídica dedicada a su clarificación”.¹¹⁵

La constante preocupación de Hart es clarificar el discurso de los operadores jurídicos (abogados, jueces, entre otros) y el de quienes no tienen esa calidad. Con *The Concept of Law* pretende ir mucho más allá, además de la clarificación del concepto de derecho, propone un método sofisticado de análisis de la estructura distintiva de un sistema jurídico y una mejor

¹¹⁴ Por ejemplo, “(I) reglas que prohíben o hacen obligatorios ciertos tipos de conducta bajo amenaza de aplicar una pena; (II) reglas que exigen que indemnizamos a quienes hemos dañado de ciertas maneras; (III) reglas que especifican qué es lo que tenemos que hacer para otorgar testamentos y celebrar contratos u otros acuerdos que confieren derechos y crean obligaciones; (IV) tribunales que determinan cuáles son las reglas y cuándo han sido transgredidas, y que fijan el castigo a aplicar o la compensación a pagar; (V) una legislatura que hace nuevas reglas y deroga las anteriores” (HART, H. L. A. 1994a. *op. cit.*, p. 3)

¹¹⁵ HART, H. L. A. y HONORÉ, T. 1959. *Causation in the Law*. Oxford, Clarendon Press, p. 1. ¿Estaríamos pensando en la doctrina, en la jurisprudencia? Con la doctrina, constituiría un tema bastante controvertido para un sistema de *common law*, ya que como ramifica en la dogmática, esto es más propio de un sistema de *civil law*.

comprensión de las semejanzas y diferencias entre el derecho, la coerción y la moral, estos últimos entendidos por Hart como tipos de fenómenos sociales.

Hart resume el punto de partida de su estudio a partir de tres “preguntas persistentes”:

- 1) ¿En qué se diferencia el derecho de las órdenes respaldadas por amenazas, y qué relación tiene con ellas?
- 2) ¿En qué se diferencia la obligación jurídica de la obligación moral, y qué relación tiene con ella?
- 3) ¿Qué son las reglas, y en qué medida el derecho es una cuestión de reglas?¹¹⁶

El resultado de *The Concept of Law* fue proveer herramientas metodológicas a la teoría jurídica. El método propuesto por Hart no tenía un símil en la filosofía del derecho, pero sí tenía lo que Wittgenstein llama un “parecido de familia”, por ejemplo, con *The Concept of Mind* de Ryle y con *Individuals. An Essay in Descriptive Metaphysics* de Strawson.

The Concept of Law no fue un ensayo fundante en la filosofía jurídica anglosajona, pero sí gravitante para el futuro de la misma. En el desarrollo de su obra, Hart tomó los trabajos de Austin, quien definió al derecho como la satisfacción de un deseo a partir de una obediencia debida temiendo una

¹¹⁶ *Ibid.*, p.13. Su justificación radica en que estas cuestiones se refieren a aspectos del derecho que en todo tiempo han dado origen a equívocos, de manera que confusión y la consecuente necesidad por mayor claridad de esas cuestiones pueda coexistir en la mente de hombre inteligentes con un sólido dominio y conocimiento del derecho (*Ibid.*, p. 6). A lo anterior, se sugiere ver HART, H. L. A. 1983. *op. cit.*, pp. 88-120.

sanción en caso de contravención (órdenes respaldadas por amenazas).¹¹⁷ Y luego se extiende al positivismo lógico en su versión jurídico-normativa: la *Reine Rechtslehre* de Kelsen.

Las tesis de Strawson y J. L. Austin dieron el marco metafilosófico que permitió la elaboración de *The Concept of Law*, pero no fueron las únicas influencias como se argumentará más adelante.

El lenguaje ordinario, en cuanto se contrapone al lenguaje técnico de los filósofos, atesora un depósito de sutiles distinciones, cuya relevancia filosófica merece ser reconocida, al menos como comienzo inexcusable de la investigación filosófica¹¹⁸. La visión iusfilosófica de Hart es una aplicación al caso del derecho de la concepción cotidianista en la tradición analítica en filosofía. La concepción cotidianista rechazó la intuición básica de su rival, la concepción científicista. Según Orellana Benado, esta última concluye que la evaluación filosófica de la modernidad era aceptar que el lenguaje de la ciencia experimental de la naturaleza es el tribunal ante el que corresponde dar examen al resto del lenguaje. La función principal del lenguaje sería la descripción del mundo, de la que la predicción del curso futuro de los fenómenos naturales es un caso particular, esto es, la descripción de estados futuros del mundo. El análisis del lenguaje en términos de la lógica matemática

¹¹⁷ AUSTIN, J. 1873. *op. cit.*, p. 96.

¹¹⁸ PÁRAMO ARGÜELLES, J. R. de. 1984. *op. cit.*, p. 10. Una construcción completa de una propuesta complementaria acerca de la elucidación de los obstáculos ficticios de la teoría jurídica y de la práctica del derecho en el lenguaje natural en CARRIÓ, G. R. 1965. Notas sobre derecho y lenguaje. Buenos Aires, Abeledo-Perrot.

de predicados (de más de una variable) y cuantificadores representaba el paradigma del método filosófico. La concepción cotidianista, por el contrario, sostuvo que el lenguaje consiste en distintos usos de las palabras u oraciones para hacer distintas cosas. Describir es *una* de las cosas que el lenguaje permite hacer. Pero no es la única. También permite dar órdenes, formular peticiones, realizar preguntas, bromear, ironizar... esos usos solo comparten, cuando lo comparten, un “parecido de familia” en la metáfora de Wittgenstein; es decir, una afinidad entre ellos que no se reduce a un conjunto de condiciones individualmente necesarias y en conjunto suficientes (definición en sentido lógico).¹¹⁹

The Concept of Law marca una tendencia inédita en el trabajo de la filosofía jurídica respecto del normativismo de Kelsen y el realismo jurídico de Ross (desarrollado al margen de la tradición analítica), pues se autodenomina ensayo en *sociología descriptiva* y de *teoría (jurídica) analítica*, por tanto, tiene dos entendimientos.¹²⁰

2.2.1. Dos entendimientos del proyecto de Hart

Esta comprensión tiene un doble origen, por un lado, en la propuesta de Strawson de una metafísica descriptiva, que pretende describir la estructura de nuestro pensamiento acerca del mundo, que permite esclarecer los conceptos

¹¹⁹ WITTGENSTEIN, L. 1988. *op. cit.*, §66-§71

¹²⁰ HART, H. L. A. 1994a. *op. cit.*, p. vi.

con los que hacemos referencia a los objetos.¹²¹ Lo descriptivo busca aclaraciones y conseguir el buen entendimiento de las cosas sin valoraciones. Según Bix, una teoría es descriptiva si se propone describir cuál es el caso, antes que hacer juicios sobre el valor (moral o de otra índole) de la situación.¹²² El hecho de que el proyecto hartiano sea sociología en sentido estricto, biográficamente ha sido difícil de precisar. Sin embargo, el análisis que hace Hart sobre las conductas estructura al derecho como una práctica social y lingüística-cotidiana. Podemos hacer cosas con palabras, una de ellas es regular la conducta. Esa fue una premisa que Hart llevó a la práctica junto a los postulados de J. L. Austin, donde es posible hacer una multiplicidad de cosas con el lenguaje. El derecho era muy parecido en ese sentido y podía usufructuar de manera eficaz de la metodología del análisis conceptual, que descompone a los conceptos en sus partes constituyentes. Teniendo presente que “el lenguaje ordinario no es la última palabra, (sino que) la primera”.¹²³ No obstante, el mismo Hart ha reconocido que si bien en el comienzo de este libro tenía la aspiración de ser un ensayo de sociología descriptiva, solo provee las herramientas para ir hacia esta “nueva” disciplina. La sola lectura de la *magnum opus* hartiana permite distinguir entre situaciones, por ejemplo: decir por qué las personas habitualmente obedecen a otras; por qué aceptan una determinada

¹²¹ STRAWSON, P. F. 1959. *op. cit*

¹²² BIX, B. 2006. Teoría del Derecho: ambición y límites. Madrid, Marcial Pons, p. 18.

¹²³ AUSTIN, J. L. 1989. *op. cit.*, p. 177.

orden; por qué hay razones para la acción; por qué opera de una forma definida el sistema; y otras.¹²⁴

Por otro, la teoría jurídica analítica busca esclarecer la estructura general del pensamiento jurídico, y no de la crítica del derecho o política jurídica. Es la idea de cómo reflexionar en torno al fenómeno normativo en general y no una especie de sistema en particular. Es por lo mismo que Hart indica a su teoría como eminentemente general y que no se circunscribe a un sistema jurídico particular. De hecho, es la pretensión de la idea de concepto que tiene para dar cuenta de una realidad al final del día y la muestra de apego a una tradición filosófica como lo afirma en su entrevista con David Sugarman.¹²⁵ Luego, la teoría analítica del derecho que heredó el enfoque hartiano, tuvo por finalidad descubrir o explicar la naturaleza del derecho.

En síntesis, con la publicación de Hart que se hilvana en lo que él denomina la *sociología descriptiva*, o sea, una relación entre el derecho y la sociología. Esto quiere decir que toma cuestiones fácticas, datos y conductas que luego se problematizan normativamente o en otras palabras, el derecho es una construcción social. Según Leslie Green, la aparición del sistema jurídico es una característica históricamente contingente de ciertas sociedades y es indicada por el surgimiento de una forma sistemática de control social y

¹²⁴ SUGARMAN, D. y HART, H. L. A. 2005. Hart Interviewed: H. L. A. Hart in Conversation with David Sugarman. En: Journal of Law and Society, 22(32), pp. 289-92; véase también MACCORMICK, N. 2010. *op. cit.*, p. 81

¹²⁵ SUGARMAN, D. y HART, H. L. A. 2005. *Ibidem.*, pp. 273-75.

dominación por parte de una élite.¹²⁶ Vale decir, cómo regimos nuestras conductas dependerá de las diversas prácticas sociales. Philip Soper señala que el trabajo sociológico es ineludible para cualquier teoría jurídica que se quiera hacer, esto en virtud de que es necesario que demos cuenta de nuestras prácticas a efectos de regularnos en sociedad.¹²⁷

En *A Life of H. L. A. Hart: The Nightmare and the Noble Dream* (2004), Nicola Lacey explica cómo Hart entiende a la sociología descriptiva. Retrata a un Herbert Lionel Adolphus que en sus diálogos con Finnis (uno de sus discípulos más notables) muestra sus nociones sociológicas. Lacey expone que la interpretación es más bien cercana a los postulados de Weber, basados en el hallazgo en su biblioteca de un ejemplar de *Economía y Sociedad* bastante glosado y con pequeñas notas.¹²⁸ Ahora bien, también se puede hacer un nexo por afinidad con el uso de los conceptos que Hart emplea en *The Concept of Law* como: obligación, aceptación, deber, coacción, conducta, comportamiento. Sin embargo, otros señalan que la sociología de Hart se apoya en la tesis que Peter Winch en su *The Idea of a Social Science and its Relation to Philosophy* (1958), puesto que guarda mayor proximidad con la tradición analítica

¹²⁶ GREEN, L. 1996. The Concept of Law Revisited. En: Michigan Law Review, 94(6), p. 1687 (Hay traducción al español de Ernesto Riffo: 2014. Reconsiderando El concepto de derecho. En: FIGUEROA RUBIO, S. (ed.) Hart en la teoría del derecho contemporánea. A 50 años de El concepto de derecho. Santiago de Chile, Ediciones UDP)

¹²⁷ SOPER, P. 1977. Legal Theory and the Obligation of a Judge. The Hart/Dworkin dispute. En: Michigan Law Review, 75(3), p. 499.

¹²⁸ LACEY, N. 2004. A Life of H. L. A. Hart: The Nightmare and the Noble Dream. Oxford, Oxford University Press, Capítulo III.

influenciada por Wittgenstein.¹²⁹ Winch demostró que las reflexiones del austriaco respecto de seguir reglas para entender el significado del lenguaje son aplicables a los actos sociales.¹³⁰ Si bien Hart tuvo como referencia la sociología de Weber, la conexión radica en la lectura que Winch hizo de Wittgenstein. Para Bix, la sociología descriptiva puede ser catalogada como algo peculiar y atípico, que se puede formular “sin querer hacer sociología dura”¹³¹.

Hart se limitó a incorporar herramientas sociológicas descriptivas.¹³² No se puede entender el fenómeno jurídico sin una etapa preliminar. *The Concept of Law* quiso prescindir de un análisis estadístico y otro empírico. Los naturalistas y los pragmatistas en teoría del derecho critican esto. La obra de Hart sí puede dar cuenta de las cosas que son factuales o hermenéuticas, puede ser constatativa, ya que la situación social, por ejemplo, implica cuestiones como hábito, aceptación, deber y allí tiene cabida el test metodológico antes enunciado.¹³³

¹²⁹ MACCORMICK, N. 2010. *op. cit.*, Capítulo III; RODRÍGUEZ-BLANCO, V. 2007. Peter Winch and H.L.A Hart: Two Concepts of the Internal Point of View. *En*: Canadian Journal of Law and Jurisprudence, 20(2), pp. 453-74; MILLALEO HERNÁNDEZ, S. 2014. El punto de vista interno de Hart (y Peter Winch): giros, comunidades y pluralidades. *En*: FIGUEROA RUBIO, S. (ed.) Hart en la teoría del derecho contemporánea. A 50 años de El concepto de derecho. Santiago de Chile, Ediciones UDP, pp. 143-80.

¹³⁰ MILLALEO HERNÁNDEZ, S. 2014. *Ibidem.*, p. 161.

¹³¹ *Cfr.* BIX, B. 2006. *op. cit.*, Capítulo 1.

¹³² SUGARMAN, D. y HART, H. L. A. 2005. *op. cit.*, p. 290.

¹³³ Esto es lo que Brian Bix ha llamado el giro hermenéutico en la teoría del derecho, véase BIX, B. 2006. *op. cit.*, pp. 183 y ss.

Ahora bien, la controversia acerca del método (y así también, del propósito) de una teoría del derecho inspira un debate del pensamiento jurídico contemporáneo de la segunda mitad del siglo XX, tanto la pretensión hartiana y post-hartiana de definir “lo que es el derecho” como las teorías que postulan que tal cosa no es posible. Para Dworkin existen desacuerdos acerca de lo que es el derecho, o sea, una distinción sobre qué o cuáles cosas pueden ser llamadas derecho.¹³⁴ Raz discrepa, estimando que la naturaleza del derecho da las propiedades esenciales del mismo, propiedades que hacen que cualquier cosa sea derecho, en términos intemporales. Si *The Concept of Law* es sociología descriptiva o no, si es teoría analítica jurídica o no, da lugar a literatura sobre el punto en exclusiva o atendiendo al método, la cuestión que importa en los debates de teoría del derecho en la tradición analítica. Otra cosa es si podemos presentarla como una teoría general o no, pienso en su generalidad como elucubración teórica y como modelo que han seguido los teóricos post-Hart.

Después de revisar los orígenes del método de Hart cabe inquirir acerca de sus conclusiones. Para los propósitos de esta tesis, la conclusión más importante, es que el derecho es la unión de los dos tipos de reglas: primarias y secundarias.¹³⁵ Solo una explicación en estos términos permite “elucidar los

¹³⁴ DWORKIN, R. 1998. *Law's Empire*. Oxford, Hart Publishing, pp. 3-4.

¹³⁵ HART, H. L. A. 1994a. *op. cit.*, pp. 79-99.

conceptos que constituyen la estructura del pensamiento jurídico”.¹³⁶ Entonces, una reconstrucción que considere tal supuesto como parte del concepto de derecho podrá construir *nuestro* concepto tal y como lo entendemos de ordinario, vale decir, el concepto de derecho que nuestra sociedad manejará. Por lo demás, Hart rechaza la pretensión de que la suya sea una explicación de *el* concepto de derecho. Sin embargo, él no cree que sus análisis nos enseñen solo sobre nosotros (cómo hablamos, cómo pensamos) sino que cree además que de esa forma nos enseñará algo acerca de la naturaleza misma del derecho.

2.2.2. Ideas generales del texto

The Concept of Law puede ser entendido a la vez como una obra de *teoría jurídica analítica* y como un ensayo en *sociología descriptiva*, como se vio en la subsección precedente. La pretensión de que el análisis conceptual no solo enseña sobre las palabras sino también sobre las realidades a las que éstas se refieren es un supuesto metodológico que Hart comparte con J. L. Austin y los demás filósofos partidarios de la concepción cotidianista en la tradición analítica.

Con todo, la caracterización que Hart hace de su investigación es ambigua, pues ¿cómo puede un análisis conceptual enseñarnos algo más que cómo hablamos y pensamos? Esta pregunta motiva la convicción de que existe

¹³⁶ *Ibíd.*, p. 81.

una separación entre el lenguaje y el mundo, en virtud de la cual existirían dos tipos de conocimiento: de un lado, un *a priori* y analítico (como el que nos entrega el análisis conceptual), y, el otro *a posteriori* y sintético (como el que nos entrega la ciencia experimental). Estas dos formas de conocimiento, en principio, serían incompatibles.

Ahora bien, casi la unanimidad de los comentaristas entiende a *The Concept of Law* como una investigación *a priori*.¹³⁷ De ahí la crítica según la cual no podría entregarnos conocimiento relevante, esto es, no trivial. Sin embargo, para algunos autores, como Raz esa es la forma de debe tomar la investigación acerca de la naturaleza del derecho (un ejemplo de ello es su ensayo "Authority, Law and Morality"¹³⁸). ¿Qué hay, entonces, en *The Concept of Law* que permita su lectura como una contribución a la sociología descriptiva del derecho?

Para entender la obra de Hart como una investigación sociológica, es necesario considerar el *punto de vista externo*. Sin él no podemos entender cómo las reglas contribuyen a configurar los fenómenos sociales para un amplísimo rango de fenómenos, desde prácticas como la cortesía hasta instituciones como el derecho.¹³⁹ Solo adoptando el *punto de vista interno*, o

¹³⁷ Por ejemplo, LACEY, N. 2004. *op. cit.*; SOPER, P. 1993. *op. cit.*; GREEN, L. 2012. Introduction to the Concept of Law. En: HART, H. L. A. The Concept of Law. 3a. edición. Oxford, Oxford University Press, pp. xv-lv.

¹³⁸ RAZ, J. 2001. Autoridad, derecho y moral. En: La Ética en el ámbito de lo público. Barcelona, Gedisa, pp. 227-57.

¹³⁹ Véase para mayor profundidad y un estudio acabado, GREEN, L. 2012. *op. cit.*

sea, el punto de vista de un participante comprometido con la práctica, es posible entender las acciones de los individuos que constituyen las realidades estudiadas como acciones que pueden ser justificadas por referencia a reglas que entregan a los agentes razones para actuar.¹⁴⁰ Solo desde el punto de vista interno es posible constatar la existencia de esas reglas, por oposición a la simple convergencia de comportamientos: donde una descripción desde el punto de vista externo solo puede mostrar una correlación entre la luz verde del semáforo y el movimiento de los automóviles, un análisis desde el punto de vista interno podrá entender la luz verde como una razón que justifica ese movimiento.

Elucidar el concepto de derecho mediante esta metodología descriptiva, requiere de la existencia de una regla de “reconocimiento”, la cual se manifiesta en la práctica generalizada de funcionarios y particulares al identificar qué normas son relevantes a la resolución de una disputa judicial por medio de ellos.¹⁴¹ Esta regla se mueve entre enunciados internos, pues la aceptación y seguimiento de las normas de un sistema jurídico requiere de la validación de los sujetos imperados por dicho ordenamiento. Para Hart existen dos condiciones necesarias y, en conjunto, suficientes para la existencia de un

¹⁴⁰ SHAPIRO, S. J. 2006. What is the Internal Point of View? En: Fordham Law Review, 75, pp. 1157-70. Acerca del argumento de las razones para la acción, está RAZ, J. 1990. Practical Reason and Norms. 2da. Edición. Princeton, Princeton University Press. Hay traducción en español de Juan Ruíz Manero en: 1991. Razón práctica y normas. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 151-72.

¹⁴¹ TAMAYO Y SALMORÁN, R. 2001. *op. cit.*, p. xxvii.

orden jurídico: las normas de conducta válidas (según el criterio de validez último del sistema, esto es, ser generalmente obedecidas) y sus reglas de reconocimiento que especifican el aboleo, los criterios de validez jurídica y sus normas de cambio y adjudicación que efectivamente deben ser aceptadas por sus funcionarios como pauta o modelo público de conducta oficial.¹⁴² Con esto, Hart contesta a la tercera de sus preguntas persistentes: ¿qué son las reglas, y en qué medida el derecho es una cuestión de reglas?

El texto de Hart, además de la propuesta sociológica que permea al derecho, se ocupa a través del análisis conceptual de responder a la primera y la segunda.¹⁴³ Austin y Kelsen, autores anteriores a Hart, solo reconocían una clase de normas, las que imponen obligaciones (*duty-imposing rules*).¹⁴⁴ Sin embargo, en el derecho también existen reglas que definen la manera de realizar contratos, celebrar matrimonios u otorgar testamentos válidos, no exigen con la promesa de un mal que las personas actúen de modos determinados, lo quieran o no. Tales normas no imponen deberes u obligaciones como un precepto del derecho penal. En lugar de ello, acuerdan a los ciudadanos facilidades para llevar a cabo sus deseos, al otorgarles potestades para crear, mediante ciertos procedimientos específicos y bajo

¹⁴² HART, H. L. A. 1994a. *op. cit.*, p. 113.

¹⁴³ -Véase p. 66 de este trabajo.

¹⁴⁴ Según Kelsen, reglas genuinas o primarias que regulan supuestos de hecho, que de cumplirse imponen una sanción a quien incurrió en lo descrito por la norma. En la vereda austriana, la fórmula de órdenes respaldadas por amenazas, simplemente, son lo único que califica como derecho o ley.

ciertas condiciones, estructuras de facultades y deberes dentro del cuadro coercitivo del derecho. La potestad así conferida a los individuos para dar forma a sus relaciones jurídicas con los demás mediante entre otros, contratos, testamentos y matrimonios, es uno de los grandes aportes del derecho a la vida social; y es una característica que queda oscurecida cuando lo representa como solo órdenes respaldadas por amenazas.¹⁴⁵

Estas normas “potestativas” (*power-conferring rules*) se diferencian de las otras en el marco de nuestros modos corrientes de hablar. Por ejemplo, cuando contrato no estoy *cumpliendo* la norma que me faculta, cuando no contrato, ni la *violo* ni la *incumplo*. Si no satisfago los requerimientos de la norma que faculta, el acto es *nulo*, no es *válido*, no producirá efectos jurídicos. No obstante, pese a que el acto es nulo, no *infrinjo* norma alguna, por tanto no hay una conducta ilícita.

Para la segunda de sus preguntas persistentes (¿en qué se diferencia la obligación jurídica de la obligación moral, y qué relación tiene con ella?), Hart postula la separación entre el derecho y la moral, la llamada “tesis de la separabilidad”: “hay muchos tipos de relación entre el derecho y la moral, y no hay nada que pueda ser singularizado con provecho para ser estudiado como la

¹⁴⁵ HART, H. L. A. 1994a. *op. cit.*, p. 28. Véase también GREEN, L. 2008. Positivism and the Inseparability of Law and Morals. En: New York University Law Review, 83(4), pp. 1035-58. Hay traducción al español de Ernesto Riffo: 2010. El positivismo y la inseparabilidad del derecho y la moral. En: ORELLANA BENADO, M. E. (comp.). Causas Perdidas. Ensayos de filosofía jurídica, política y moral. Santiago de Chile, Catalonia, pp. 213-31.

relación entre ellos”.¹⁴⁶ Si bien ninguna de estas relaciones se da en forma necesaria. Sí es posible que existan enlaces de carácter contingente, pues para Hart, las estructuras sociales no deben descansar en creencias cuyo error pueda demostrarse.¹⁴⁷ La necesidad de la conexión entre la moral y el derecho tiene carácter absoluto, cuestión que Hart no acepta. Sí, en una relativización del argumento donde ciertas cuestiones que parecen indispensables para una convivencia armónica en sociedad (por ejemplo, la limitación del uso de la violencia ante la vulnerabilidad humana, lograr una aproximada igualdad, normas sobre cooperación e intercambio por un altruismo limitado, reglas que regulen la distribución de los recursos escasos y la regulación de la propiedad privada).¹⁴⁸ La validez de una norma jurídica no depende de si para la moral una ley es justa o injusta. Con esta formulación el positivismo jurídico no negocia.

2.3. Tres contemporáneos de Hart

Esta sección presenta tres debates que sostuvo Hart en torno a su programa analítico, que permiten entender las respuestas de este en el

¹⁴⁶ HART, H. L. A. 1994a. *op. cit.*, p.185.

¹⁴⁷ *Ibíd.*, p. 184.

¹⁴⁸ Esto es parte de lo que Hart denominó “contenido mínimo de derecho natural”, véase *Ibíd.*, pp. 193-200. Un acercamiento inicial al argumento en HART, H. L. A. 1958. Positivism and the Separation of Law and Morals. En: Harvard Law Review, 71(4), pp. 593-629 (Traducción al español en: 1962. El positivismo jurídico y la separación entre el Derecho y la Moral. En: Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis. Buenos Aires, Ediciones Depalma, pp. 1-64) y 1955b. Are there any natural rights? En: The Philosophical Review, 64, pp. 175-91 (Traducción al español en: 1990. ¿Existen los derechos naturales? En: Revista de Estudios Públicos, 37, pp. 45-61)

Postscript de 1994. El primer debate con el estadounidense Fuller de Harvard, a propósito de la separación conceptual del derecho y la moral y la existencia de una moral interna en el derecho. El segundo debate fue con el jurista británico Devlin y versó sobre la relación con la imposición o no de la moral por el derecho. El tercer debate, quizás la disputa teórica más importante sobre las tesis centrales de *The Concept of Law* en el siglo XX, lo sostuvo con Dworkin.

2.3.1. El debate Hart-Fuller

El debate Hart-Fuller ilustra la oposición de los puntos de vista entre el positivismo y el derecho natural, inicialmente, a propósito del derecho nazi. Se inició con el texto de Hart titulado “Positivism and the Separation of Law and Morals” (1958). Fuller respondió de inmediato con el texto “Positivism and Fidelity to Law – A reply to Prof. Hart” (1958), ambos publicados en *Harvard Law Review*.¹⁴⁹ Hart anticipa la tesis de la separabilidad que sustenta una separación (tan estricta como la kelseniana) del derecho y la moral. Fuller criticó al positivismo hartiano el ser incapaz de condenar la posibilidad de un sistema jurídico inmensamente injusto, donde el adagio *lex iniusta non est lex* prima a la hora de calificar un ordenamiento como legítimo. Un ejemplo típico que considera este debate es el de la esposa de un alemán que informó a la Gestapo las críticas que su esposo hizo sobre la estrategia bélica de Hitler. El

¹⁴⁹ FULLER, L. 1958. Positivism and Fidelity to Law – A reply to Prof. Hart. En: Harvard Law Review, 71, pp. 630-72.

cónyuge fue condenado a muerte, pero la sentencia fue rebajada a prestar servicio en el frente ruso. El marido sobrevivió a la guerra y cuando ésta terminó, ejerció acciones legales contra su mujer. La defensa de la esposa fue que su marido cometió un delito según la ley nazi de 1934. En la Alemania de la posguerra, la mujer fue declarada como culpable.¹⁵⁰ Hart argumentó que la decisión del tribunal estaba errada, puesto que la ley nazi de 1934 era derecho válido (satisfizo las condiciones de una regla de reconocimiento).¹⁵¹ Fuller contraargumenta que el régimen nazi fue carente de todo derecho.

La desconexión entre el orden jurídico y el orden moral viene dada por la distinción entre ser y deber ser. Para Hart las leyes son una necesidad natural que guía un esfuerzo de producción normativa del que cabe esperar que sea eficiente porque su verdad depende de que los seres humanos y el mundo en que viven conserven las características sobresalientes que hoy tienen.¹⁵² Por tanto, este contenido mínimo de derecho natural no es más que un conjunto de reglas técnicas. A Fuller no le parece que la actividad jurídica sea una cuestión automática, sino más bien, que tiene un carácter humano y final, orientado por unas reglas inherentes y moralmente obligatorias que están más allá del

¹⁵⁰ La trastienda de la expiación del derecho nazi en la posguerra en manos de RADBRUCH, G. 1962. Arbitrariedad legal y derecho supralegal. Buenos Aires, Abeledo-Perrot.

¹⁵¹ Para profundizar ese punto, véase GARCÍA AMADO, J. A. 1991. Nazismo, derecho y filosofía del derecho. En: Anuario de Filosofía del Derecho, VIII, pp. 341-64.

¹⁵² HART, H. L. A. 1994a. *op. cit.*, p. 195.

legislador.¹⁵³ La tesis de Hart sería incompleta al no asimilar la “moral interna del derecho”, que lo haría posible: principios de legalidad que deben ser reunidos en la creación de las leyes. A saber, que sean generales, promulgadas y publicadas (dadas a conocer a las personas); prospectivas no retroactivas, claras y comprensibles, que no sean contradictorias, que no exijan lo que es imposible, ni serán cambiadas frecuentemente, congruentes entre el derecho y la acción oficial. Acto seguido, Fuller expresa que “una falta absoluta de alguno de estos ocho requisitos no da como resultado un mal sistema jurídico; da lugar a algo que no puede calificarse propiamente como (tal)”.¹⁵⁴ En ese sentido, el derecho nazi no podría haber seguido todos los principios.

El debate no terminó ahí. En una reseña del libro de Fuller, Hart argumentó que éste confundía moralidad con la efectividad del derecho y que, además, nunca explica qué son las reglas. Solo se limita a establecer criterios de “aceptabilidad” –y quizás justicia- de las leyes que deben ser tomadas por tales, lo que corresponde a una *moral de aspiración* y no de deber.¹⁵⁵

¹⁵³ FULLER, L. 1964. *The Morality of Law*. New Haven, Yale University Press. Hay traducción en español por Francisco Navarro: 1967. *La moral del derecho*. México DF, Editorial Trillas.

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 39. Se le adjudica a estas características la condición de “definitorias” del derecho mismo. Véase LAPORTA, F. 2007. *Ética y Derecho en el pensamiento contemporáneo*. En: CAMPS, V. (ed.). *Historia de la Ética*, vol. III. Barcelona, Crítica, p. 240.

¹⁵⁵ HART, H. L. A. 1965. Review of *The Morality of Law*. En: *Harvard Law Review*, 78, pp. 1281-96.

2.3.2. El debate Hart-Devlin

En *The Enforcement of Morals* (1965) Devlin postula fundamentalmente que el derecho penal es un derecho *moralizado*, ya que en su puesta en marcha por medio de los delitos y del proceso mismo, su única función sería aplicar un principio moral.¹⁵⁶ No obstante, en un sistema y en la práctica jurídica existen, además, acciones inmorales que no están tipificadas como delito. En el caso del derecho civil, no habría inmoralidad en que fuera perdonada por la ley, por ejemplo, un contrato que adolezca de objeto ilícito. La noción de delitos se restringe al *ius puniendi* penal que se aplica a través de la tipificación de conductas en un modelo kelseniano de las reglas.¹⁵⁷

Según el moralismo legal de Devlin, la cohesión social depende del conjunto de creencias morales compartidas por los miembros de una comunidad.¹⁵⁸ Al tener en común estas creencias, los individuos se transforman en integrantes de una sociedad, la cual es definida por el jurista como: “una comunidad de ideas y no solo de ideas políticas, sino también de ideas sobre cómo sus miembros deben comportarse y gobernar sus vidas; pues bien: estas últimas ideas constituyen su moral. Toda sociedad tiene una estructura moral,

¹⁵⁶ DEVLIN, P. 1965. *The Enforcement of Morals*. Oxford, Oxford University Press.

¹⁵⁷ *Ibid.*, pp. 6 y ss.

¹⁵⁸ Véase MALEM, J. 2003. La imposición de la moral por el derecho. La disputa Devlin-Hart. En: VÁSQUEZ, R. (ed.). *Derecho y Moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*. Barcelona, Gedisa, p. 62.

además de la política; o más bien (...) yo diría que la estructura de toda sociedad se compone de una política y de una moral".¹⁵⁹

En esta concepción una sociedad tiene derecho a defender su integridad, tanto de ataques internos como externos. Por ejemplo, en el caso de la inmoralidad que tiende a desintegrarla. El uso de sus leyes sería clave para mitigar los males que aquejan al cuerpo social y autodefenderse. Por tanto, una sociedad, según Devlin, puede imponer legítimamente cualquier creencia moral compartida que mantenga a sus miembros unidos.¹⁶⁰ La estaticidad de la moral es clave en la tesis, puesto que de cambiar, la misma sociedad sufriría una metamorfosis.

Hart discrepa de las tesis de Devlin, que estarían equivocadas por varias razones. En primer lugar, porque él confundiría las leyes con fundamentos paternalistas que prohíben legítimamente en algunos casos ciertos actos con el fin de evitar que personas incompetentes se dañen física o psíquicamente a sí mismas, con la supuesta justificación de leyes que reprimen cualquier inmoralidad. En segundo lugar, Devlin también confundiría la legitimidad de la represión de la indecencia con la supuesta justificación de la represión de acciones inmorales ejecutadas en privado. En tercer lugar, Devlin no ofrece prueba alguna de por qué se ha de influir en las personas para que se

¹⁵⁹ DEVLIN, P. 1965. *op. cit.*, p. 9.

¹⁶⁰ Véase GEORGE, R. P. 1990. Social Cohesion and the Legal Enforcement of Morals: A Reconsideration of the Hart-Devlin Debate. *En*: The American Journal of Jurisprudence, 35(1), p. 20.

comporten moralmente mediante la imposición un mal (algo que podría lograrse con medios menos lesivos). En cuarto lugar, el autor confunde los términos “sociedad” y “moral”, por lo que infringir uno de estos órdenes vulnera también al otro.¹⁶¹ Esta premisa es inconsistente lógicamente, porque un concepto no implica necesariamente al otro.¹⁶²

Las afirmaciones de Devlin carecen de sustento empírico, inclusive, éste es muy difícil de encontrar. Un ejemplo, bastante excepcional, lo constituye la experiencia histórica vivida con el nazismo, donde corresponde reconocer que se desintegró una sociedad.¹⁶³ Pese a lo anterior, la tesis del jurista no sobrevive por su carencia de aplicación práctica. Además, en fecha reciente se ha argumentado también que el derecho introduce una cuota de inmoralidad que le es propia.¹⁶⁴ Si el derecho regula objetos de la moral, hace exigencias morales a los sujetos imperados, es apto para la justicia y es moralmente riesgoso, lo que puede operar en dos fases: la primera, con la represión de las conductas a ceñirse por parámetros rígidos e inflexibles; la segunda, con la diversidad de posturas frente a una determinada acción.¹⁶⁵

¹⁶¹ MALEM, J. 2003. *op. cit.*, pp. 69-70.

¹⁶² HART, H. L. A. 1967. Social Solidarity and the Enforcement of Morality. En: University of Chicago Law Review, 35(1), p. 3.

¹⁶³ HART, H. L. A. 1962. Law, Liberty and Morality. Oxford, Oxford University Press, p. 19.

¹⁶⁴ GREEN, L. 2008. *op. cit.*, pp. 1044-54.

¹⁶⁵ Véase LÓPEZ PÉREZ, N. 2013a. Uso y abuso de los absolutos morales en el derecho. En: Revista de Estudios Ius Novum, 6, p. 283.

Para cerrar el argumento, el derecho debe basarse en creencias racionales respecto de cuestiones de hecho y debe, además, reconocer que los seres humanos son acreedores a igual consideración y respeto. Según Hart:

es posible incluso que la filosofía pueda demostrar que una moral que no acepta el derecho de todos los hombres a igual consideración encierra alguna contradicción interna, dogmatismo o irracionalidad. De ser así, la moral esclarecida que reconoce estos derechos tiene títulos especiales para ser considerada la moral verdadera, y no solamente una entre las muchas morales posibles.¹⁶⁶

2.3.3. El debate Hart-Dworkin

El artículo “The Model of Rules” (1967) de Dworkin fijó qué puntos se discutirían acerca de los métodos y propósitos del derecho en la tradición analítica de la filosofía.¹⁶⁷ Seguido por “Social Rules and Legal Theory” (1972) en *Yale Law Journal* 81 y de *Taking Rights Seriously* (1977) y múltiples conferencias en distintos lugares.¹⁶⁸ El debate Hart-Dworkin cobró vida nueva gracias a contestación póstuma. Aunque entre la publicación de las dos ediciones de *The Concept of Law*, Hart en su trabajo “American Jurisprudence

¹⁶⁶ HART, H. L. A. 1994a. *op. cit.*, p. 206.

¹⁶⁷ Publicado en un comienzo en *University of Chicago Law Review*, 35, pp. 14-46. Reimpreso en: 1968. *Is Law a System of Rules?* En: SUMMERS, R. S. (ed.). *Essays in Legal Philosophy*. Oxford, Blackwell. Luego compendiado en: 1978. *Taking Rights Seriously*. Cambridge (MA), Harvard University Press, pp. 14-45.

¹⁶⁸ También reeditado en: 1978, *op. cit.*, pp. 46-80.

Through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream” (1977), identificó dos visiones de la teoría del derecho norteamericana: la “pesadilla” de la completa indeterminación y de la imparable discreción judicial y el “noble sueño” de un cerrado sistema jurídico determinístico caracterizado por la restricción judicial.¹⁶⁹

El encuentro de Hart con Dworkin abrió la discusión en el positivismo jurídico contemporáneo. Con *The Concept of Law*, más precisamente con el trazado de lo que implicaría “derecho” o “sistema jurídico”, habría al final del túnel, tres tesis: (I) la separación conceptual del derecho y la moral; (II) la tesis de las fuentes sociales del derecho; (III) la tesis de la discrecionalidad judicial. Dworkin buscó refutar cada una de estas tesis propuestas por Hart, impactando la manera de pensar el positivismo jurídico.¹⁷⁰

Capturar la esencia de un debate filosófico puede ser difícil por tres razones. Para comenzar porque los participantes no logran ponerse de acuerdo sobre lo que están discutiendo. Un lado puede creer firmemente que la cuestión es si X es verdadera, mientras que el otro supone que es si Y lo es. También

¹⁶⁹ La pesadilla existe cuando esa imagen del juez como aplicando la ley existente es una ilusión. HART, H. L. A. 1977. *American Jurisprudence Through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream*. En: *Georgia Law Review* 5, p. 972. El noble sueño “representa la creencia, quizás la fe, que en despecho de períodos completos de aberraciones y errores judiciales, subsista la posibilidad de que una explicación y una justificación, pueda ser proveída por las comunes expectativas de los litigantes, donde los jueces deberían aplicar a sus casos, el derecho existente y no crear uno nuevo para ellos, incluso cuando el texto constitucional, legal, o los precedentes en concreto no ofrezca una guía para resolver el caso”. *Ibid*, p. 978. Luego, Hart piensa en una dicotomía entre formalismo y escepticismo ante las reglas.

¹⁷⁰ Véase ESCUDERO ALDAY, R. 2004. *Los Calificativos del Positivismo Jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral*. Madrid, Civitas.

porque, a diferencia de asuntos formales, en general no versan sobre un solo tema. Por último, los debates filosóficos suelen ser blancos móviles. Los filósofos son extraordinariamente ágiles defensores y tienden a cambiar sus posiciones para responder a las objeciones de sus adversarios. Cualquier descripción del debate debe captar esta fluidez y concebirlo como una entidad en evolución que con el tiempo se adapta a las presiones racionales procedentes de dentro y fuera.

El debate Hart-Dworkin puede ser estructurado en cinco etapas.¹⁷¹ La primera etapa se relaciona con las tres principales tesis del positivismo hartiano recién mencionadas. La segunda etapa se aboca a las críticas a Hart que Dworkin consolidó en *Taking Rights Seriously*, que reúne la mitad de sus tesis sobre el derecho: los problemas de los principios y de la discrecionalidad. La tercera etapa, aborda la otra mitad: los desacuerdos teóricos y empíricos en la práctica jurídica y además, la crítica de las teorías semánticas. La cuarta etapa se enfoca en las respuestas del *Postscript* que incluyó la segunda edición de *The Concept of Law* en 1994. La quinta etapa, y que según algunos juristas no pertenece al debate, versa sobre las tesis de Dworkin en su "Hart's Postscript

¹⁷¹ Siguiendo a Jiménez Cano esta pugna entre las dos versiones del iuspositivismo puede enfocarse desde tres diferentes prismas. Desde una perspectiva puede verse como un debate metodológico relativo a cuál de las dos versiones de positivismo jurídico se ajusta más a los presupuestos metodológicos generales. Desde otra, como un debate conceptual atinente a qué teoría es conceptualmente más coherente, es decir, qué teoría es plausible no ya como positivista, sino como una teoría del derecho que no contradiga sus propios postulados. Y finalmente, también puede verse como un debate ideológico en lo referente a ciertos ideales o cuestiones que se consideran moral o políticamente relevantes a la hora de defender una teoría jurídica (JIMENEZ CANO, R. M. 2008. *op. cit.*, p.171)

and the Character of Political Philosophy” (2004) en el que reflexiona sobre el *Postscript* de Hart y ofrece “argumentos de clausura” al debate.¹⁷²

Según Dworkin en *The Model of Rules* las tesis (I), (II) y (III) no pueden dar cuenta de los principios en el derecho, avalando su postura con evidencia empírica jurisprudencial como los casos Riggs v. Palmer y Henningsen v. Bloomfield Motors.¹⁷³ El primer caso se refiere a un nieto que asesina a su abuelo para anticipar su acceso a la herencia que su abuelo testó. Para resolver el caso, el tribunal debate entre la aplicación estricta de la ley (otorgar la herencia al nieto), porque el testamento fue válidamente suscrito o la búsqueda de la justicia e intereses superiores (impedir que el nieto se beneficie de un dolo y beneficiar a otros familiares y castigar el crimen). La magistratura dirimió basándose en el principio: “nadie puede aprovecharse de su propio dolo”. En el segundo caso, un comprador obvió una supuesta cláusula de limitación de responsabilidad en la compraventa de un vehículo, que circunscribía a la empresa vendedora a la reparación de partes defectuosas, pero no al daño producido por partes defectuosas. El tribunal falló en favor del demandante, arguyendo que los tribunales deben examinar minuciosamente los acuerdos de compra para ver si los intereses del consumidor y del público han sido tratados

¹⁷² DWORKIN, R. 2004. Hart’s Postscript and the Character of Political Philosophy. En: Oxford Journal of Legal Studies, 24(1), pp. 1-37. Hay traducción al español de Ernesto Riffo: 2010. El postscriptum de Hart y el carácter de la filosofía política. En: ORELLANA BENADO, M. E. (comp.). Causas Perdidas. Ensayos de filosofía jurídica, política y moral. Santiago de Chile, Catalonia, pp. 25-58.

¹⁷³ DWORKIN, R. 1978. *op. cit.*, pp. 81-149.

en equidad.¹⁷⁴ En estos casos, los jueces han utilizado principios, o sea, estándares extrajurídicos que apoyan a la legislación en la práctica para evitar una desproporción en la aplicación del derecho.¹⁷⁵ El contenido de los principios entonces es esencialmente una cuestión de moralidad, algo que (II) niega, o sea, una relación necesaria entre derecho y moral.¹⁷⁶

Superadas las tesis de *Taking Rights Seriously*, Dworkin embiste contra los postulados hartianos en *Law's Empire* (1986), donde intenta mostrar que los iuspositivistas son incapaces de dar cuenta de ciertos tipos de desacuerdos que los operadores jurídicos frecuentemente tienen, a saber, esos que importan un apropiado método para interpretar el derecho. Dworkin afirma que son disputas morales entonces y, al contrario de sus rivales, argumenta que el derecho no descansa solamente en hechos sociales, en definitiva, está basado en las consideraciones de la moralidad política y la legitimidad institucional.

¹⁷⁴ Consúltese FABRA ZAMORA, J. L. 2008. Una visita al debate Hart-Dworkin. En: Cartapacio de Derecho, 15, pp. 1-11.

¹⁷⁵ De acuerdo a Salmerón “los principios tienen una dimensión que no tienen las reglas (estándares de ‘todo o nada’): una característica de peso o importancia que, como no puede ser exacta, resulta, en general, siempre controvertida. A diferencia de las reglas que, por su propia función, no pueden tener pesos diversos dentro del sistema de las normas: si dos reglas entran en conflicto, una de las dos no será válida. Y en tales casos, la cuestión de la validez estará regulada por otras reglas del sistema, que darán preferencia, por ejemplo, a la emitida por una autoridad más alta, o a la más reciente, o a la más específica” (SALMERÓN, F. 2003. Sobre moral y derecho. Apuntes para la historia de la controversia Hart-Dworkin. En: VÁSQUEZ, R. (ed.). Derecho y Moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo. Barcelona, Gedisa, p. 100)

¹⁷⁶ Para una lectura más acabada y relacionada con los tópicos próximos de esta tesis, véase PARDO ÁLVAREZ, D. 2010. Descripción y valoración. Notas sobre el debate metodológico en filosofía del derecho. En: ORELLANA BENADO, M. E. (comp.). Causas Perdidas. Ensayos de filosofía jurídica, política y moral. Santiago de Chile, Catalonia, pp. 59-79.

Para Dworkin el derecho es un fenómeno social que tiene una especial estructura, una de carácter argumentativa.¹⁷⁷ Y como tal, pueden existir participantes que asientan y otros que disientan, de cara a lograr el consenso interpretativo. Aquí es donde surge la posibilidad de los desacuerdos, que para comprender la terminología del estadounidense, es necesario distinguir entre proposiciones de derecho (*propositions of law*) y bases de derecho (*grounds of law*).¹⁷⁸ Las proposiciones de derecho son enunciados sobre el contenido de una determinada norma de un sistema jurídico. Por ejemplo, una ordenanza municipal que establece que los bares y restaurantes en la comuna de Providencia en Santiago de Chile cierran a las 2 AM. Las proposiciones de derecho son verdaderas solo en virtud de las bases de derecho. Siguiendo con el ejemplo, la proposición es verdadera si efectivamente el Concejo Municipal de la Municipalidad de Providencia aprobó tal normativa.

Dworkin distingue entre dos tipos de desacuerdos: los empíricos y los teóricos. Los primeros existen cuando hay discrepancias acerca de si han tenido lugar o no las bases del derecho. Por ejemplo, habría desacuerdo empírico si se estimara que la ordenanza fue aprobada o no lo fue por el Concejo Municipal con el cuórum establecido por los estatutos.

Los desacuerdos teóricos no son discrepancias sobre si han tenido lugar o no las bases del derecho, sino más bien, sobre qué y cuáles ellas son. En el

¹⁷⁷ DWORKIN, R. 1998. *op. cit.*, p. 13.

¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 4.

ejemplo, alguien podría alegar que pese a que la disposición satisface la totalidad de los requisitos formales para su promulgación, se están vulnerando derechos fundamentales o principios y que por tanto, no existiría una base de derecho en virtud de la cual la proposición de derecho es verdadera.

En Dworkin, el derecho más que ser una práctica basada en determinados hechos sociales, es una práctica argumentativa.¹⁷⁹ Y con las clases de desacuerdos es que puede explicar de mejor manera la jurisprudencia empleada en textos anteriores (*Riggs v Palmer*, entre otros) y mediante esta tesis, en la interpretación del derecho se puede luchar por la verdad.¹⁸⁰

Law's Empire sugiere otro nivel de análisis, a propósito de la interpretación: el conceptual. Dworkin expresa que los conceptos desempeñan diversos tipos de funciones en el razonamiento y discurso de aquellos que los comparten y usan. Algunos conceptos se caracterizan por funcionar de un modo criteriológico, otros como conceptos de clase natural y aún otros como conceptos interpretativos. En la práctica jurídica es posible ver toda esta gama de clases de términos, sin embargo, Dworkin crítica que las teorías de los

¹⁷⁹ Esto se discute en LUQUE SÁNCHEZ, P. 2012. Los desacuerdos jurídicos. Un mapa conceptual. En: LUQUE SÁNCHEZ, P. y RATTI, G. B. (eds.). *Acordes y desacuerdos. Cómo y por qué los juristas discrepan*. Madrid, Marcial Pons, p. 31 y DOLCETTI, A. y RATTI, G. B. 2012. Los desacuerdos jurídicos y la “doble naturaleza” del derecho. En: LUQUE SÁNCHEZ, P. y RATTI, G. B. (eds.). *Acordes y desacuerdos. Cómo y por qué los juristas discrepan*. Madrid, Marcial Pons, pp. 179-202.

¹⁸⁰ DWORKIN, R. 2013. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge (MA), The Belknap Press of Harvard University Press, pp. 157-88.

positivistas jurídicos señalan que todos los conceptos son criteriológicos, o sea, dependen únicamente de sus criterios de uso. En ese sentido, ellos son víctimas del *aguijón semántico*, dejando entrever que el concepto de derecho solo estaría ceñido a esclarecer los criterios para ver en la práctica jurídica qué afirmaciones acerca del derecho son verdaderas. A continuación, volveré sobre las críticas de Dworkin, en tanto permiten proyectar la vigencia del proyecto hartiano en el siglo XXI y además, desarrollaré brevemente las reconsideraciones de Dworkin en confrontación con los herederos del aprendizaje teórico dejado por Hart.

2.4. John Finnis y Joseph Raz: dos discípulos de Hart

Luego de los debates de Hart con distintos juristas en la filosofía analítica del derecho, vinieron los debates con sus propios discípulos como MacCormick, Finnis y Raz. Esta sección introducirá a una breve biografía intelectual de los últimos dos, debido a la relevancia de los modelos teóricos que elaboraron, de cara a la filosofía jurídica de los tres primeros lustros del siglo XXI.

La mayor contribución de MacCormick versó en el ámbito del razonamiento jurídico, un tópico hasta entonces ajeno a la tradición analítica de la filosofía del derecho, máxime si en *The Concept of Law* no estaba explicitado ni revisado en forma suficiente. Es más, Hart luego admitiría que dijo muy poco

sobre el problema del razonamiento jurídico.¹⁸¹ Lo que motivó una reflexión más acabada en el *Postscript* y, por consiguiente, una tarea mayor a sus sucesores, quienes discutieron con Dworkin, principalmente sobre la aplicación del derecho y los desacuerdos entre los operadores jurídicos.

El texto de Hart necesitó de un complemento. Su autor intentó encontrar una vía media entre dos extremos por igual inaceptables (que él llamó formalismo y escepticismo ante las reglas), mediante una exégesis de la idea de textura abierta del derecho que permite atisbar una posible estructura del razonamiento jurídico analítico.¹⁸²

Luego el texto *Legal Reasoning and Legal Theory* (1978) intentó llenar ese vacío. MacCormick afirmó que: “la teoría del derecho analítica positivista abrazada por Hart está abierta al desafío, y ha sido desafiada, por su supuesta incapacidad de dar una explicación satisfactoria del razonamiento legal especialmente del razonamiento en sede adjudicativa. Este libro intentó responder a ese desafío”.¹⁸³ MacCormick plantea el problema de una teoría del razonamiento jurídico en la tradición analítica, que permite la extensión del proyecto hartiano a zonas como la argumentación jurídica.

¹⁸¹ HART, H. L. A. 1994b. *Postscript*. En: *The Concept of Law*. Oxford, Clarendon Press, p. 259. Hay traducción en español en: 1997. *Post Scriptum* (El Concepto de Derecho). En: *Revista de Estudios Públicos*, 65, pp. 225-63.

¹⁸² HART, H. L. A. 1994a. *op. cit.*, pp. 124-54.

¹⁸³ MACCORMICK, N. 1994. *Legal Reasoning and Legal Theory*. 2da. Edición. Oxford, Clarendon Press, p. xiv. Véase también ATIENZA, M. 2006. Entrevista a Neil MacCormick. En: *DOXA*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 29, pp. 479-89.

Finnis, nacido el 28 de Julio de 1940 en Adelaide, Australia, obtuvo su licenciatura en Derecho de la Universidad de Adelaida en 1961, cuatro años más tarde se doctoró en la Universidad de Oxford como becario Rhodes. Publicó en 1980 la primera edición de *Natural Law and Natural Rights*, obra que produjo, en la conceptualización presentada en esta tesis, la representante de una concepción tomista en la tradición analítica de la filosofía del derecho.¹⁸⁴

Finnis se apartó de su maestro respecto del modo de presentación del derecho y su generación (la tesis de las fuentes sociales). Propuso, en cambio, el método del significado focal para analizar la naturaleza del derecho.¹⁸⁵ Al inicio del texto se pregunta: “¿Cómo decide el teórico qué ha de considerar como derecho para los fines de su descripción?”¹⁸⁶ Para ello, Finnis introduce una exigencia para el teórico de las ciencias sociales, específicamente la identificación de quién se hará cargo del análisis del derecho. La reflexión jurídica debe tener una consecuencia pragmática. Por ejemplo, conductas e instituciones destinadas a satisfacer necesidades y exigencias humanas. La concepción del derecho de Finnis involucra un concepto de naturaleza humana

¹⁸⁴ La idea de amalgamar las tradiciones, ocurre con Finnis, así como también con G. A. Cohen, quien presenta un marxismo analítico, quedando al interior o bien, en la encrucijada entre dos tradiciones. No obstante, Finnis arguye que existe algo como una tradición de la razón y la justicia que es mucho más amplio que tradición tomista y que se aparta de la comprensión presentada por esta tesis. Véase FINNIS, J. 2013. Ruptura, transformación y continuidad en la Tradición de la razón y la justicia. Charla Magistral, Inauguración año académico. Santiago de Chile, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile.

¹⁸⁵ FINNIS, J. 2011. *Natural Law and Natural Rights*. 2da. Edición. Oxford, Oxford University Press, Capítulo 1. Hay traducción al español por Cristóbal Orrego Sánchez en: 2000. *Ley natural y derechos naturales*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot.

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 4.

bastante cercano al tomismo, adornado con la noción de razón práctica.¹⁸⁷ Para que el teórico logre una descripción precisa que permita diferenciar el derecho de otras prácticas sociales, es necesario distinguir entre el *caso central* de la realidad analizada (con el correspondiente significado principal de dicha realidad), de los casos periféricos de esa misma realidad. Constituye el caso central (mínimo común denominador) del objeto de la ciencia jurídica: las normas y las instituciones que permiten su implementación y aplicación.¹⁸⁸ Luego, el orden jurídico se compone de normas de derecho natural y de derecho positivo.

Ahora bien, en la tesis de Finnis, el jurista debiera privilegiar como caso central el criterio que trata al derecho como una institución merecedora de respeto y obediencia, siendo una exigencia razonable para que sea posible la búsqueda de la felicidad, la paz social y otros bienes humanos básicos. Esto es lo que llama “punto de vista de la razonabilidad práctica”, que es lo mismo que una cuestión moral. Con todo, Bix afirma que esto implica la delimitación de obligaciones morales generales.¹⁸⁹ Por lo tanto, la imbricación entre derecho y

¹⁸⁷ La recurrencia argumentativa de si la actuación humana es natural o antinatural va a derivar de su carácter de razonable o irrazonable. Finnis propone que el criterio humano consiste en estar conforme con la razón y el mal humano insiste en estar fuera del orden de la razonabilidad. Véase *Ibid.*, p. 69 de la traducción al español de la obra.

¹⁸⁸ Para Finnis “el caso central es la más rica o completa instancia de una práctica, con connotaciones del ser, o aproximarse a, la versión ideal de la práctica. FINNIS, J. 2011. *op. cit.*, pp. 5-6.

¹⁸⁹ BIX, B. 2012. Ideales, prácticas y conceptos en la teoría del derecho. En: FERRER, J., MORESO, J. J. y PAPAYANNIS, D. M. (eds.). Neutralidad y teoría del derecho. Madrid, Marcial Pons, pp. 352-3. Para mayor referencia FINNIS, J. 2008. On Hart’s Ways: Law as Reason and

moral es clara. Sin embargo, se plantea como progresiva, en el sentido que inicialmente incluye un análisis estrictamente formal (los elementos principales de un sistema jurídico: la coacción y la regulación de la creación normativa), seguido por otro parcialmente formal (el Estado de Derecho y la lista de los requisitos para el mismo, planteados por Fuller) y finalmente la definición del derecho.¹⁹⁰

El entendimiento del derecho como una cuestión de razonabilidad práctica se apoya en que las normas jurídicas son generadas por una autoridad determinada y efectiva para la comunidad en cuestión que posibilita resolver los problemas de coordinación en orden al bien común. Y esto porque Finnis acepta la definición de ley de Tomás de Aquino, o sea, una prescripción de la razón, en vista del bien común y promulgada por quien tiene al cuidado la comunidad.¹⁹¹ La orientación y génesis del derecho están constituidas por el núcleo pre-moral de los bienes humanos básicos, donde se requiere de la razón práctica para elegir entre ellos.

as Fact. En: KRAMER, M. H., GRANT, C., COLBURN, B. y HATZISTAVROU, A. (eds.). The Legacy of H. L. A. Hart. Oxford, Oxford University Press, pp. 6 y ss.

¹⁹⁰ En los casos en los que el tema de un pretendido enfoque descriptivo general sea alguna práctica o institución diseñada mediante (una más o menos adecuado ejercicio de) la razón, y dirigida a la deliberación racional de individuos y grupos, no habrá normalmente razones para no dar prioridad a esas formas de la práctica o la institución que sean más racionales, más razonables, más receptivas a las razones frente a otras formas de prácticas e instituciones iguales o parecidas. El estándar para evaluar la razonabilidad de este propósito teórico es, en última instancia, el conjunto de criterios de razonabilidad que el teórico descriptivo usaría para dar cuenta de cuestiones prácticas similares en su propia vida. Véase FINNIS, J. 2007. Natural Law Theories. [en línea] The Stanford Encyclopedia of Philosophy, edición primavera 2014. <<http://plato.stanford.edu/entries/natural-law-theories/>> [consultado el 19 de enero de 2015]

¹⁹¹ AQUINO, T. de. 1993. Suma de Teología I-IIe. 2da. Edición. Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, qq. 90, pp. 703-8.

En síntesis, la particularidad del “tomismo analítico” en la filosofía del derecho fue justificar la inseparabilidad de la moral y el derecho.¹⁹²

Raz, nacido el 21 de marzo de 1939 en el entonces Mandato Británico de Palestina, obtuvo su licenciatura en derecho de la Universidad Hebrea de Jerusalén en 1963. Cuatro años más tarde, se doctoró en la Universidad de Oxford con una brillante tesis doctoral dirigida por Hart, quien en una gira de conferencias por Israel, lo habría invitado a doctorarse.¹⁹³

Los estudios en filosofía analítica del derecho de Raz pueden separarse en dos grandes áreas: la teoría de las normas y la metodología del derecho.

En *The Concept of a Legal System* (1970), *Practical Reason and Norms* (1975) y *The Authority of Law* (1979) busca elucidar qué es lo normativo. Para Raz el derecho reclama nuestra sumisión y obediencia.¹⁹⁴ Los sujetos imperados dependen de razones para la acción. Distingue entre razones para la acción de primer y de segundo orden. Las primeras se aplican a sujetos sin mediar consideraciones de instituciones o normas sociales, como por ejemplo, razones de prudencia, salud o bienestar y algunas otras de moralidad. Las razones de segundo orden son razones sobre razones y se encuentran donde

¹⁹² Véase ORREGO SÁNCHEZ, C. 2005. *Análítica del derecho justo. La crisis del positivismo jurídico y la crítica del derecho natural*. México DF, UNAM y LEGARRE, S. 2013. *Apuntes para una biografía intelectual de John Finnis*. En: ETCHEBERRY, J. B. (ed.). *Ley, moral y razón. Estudios sobre el pensamiento de John M. Finnis a propósito de la segunda edición de Ley natural y derechos naturales*. México DF, UNAM, pp. 233-47.

¹⁹³ Anécdota en RUIZ MANERO, J. 1991. *Entrevista con Joseph Raz*. En: DOXA, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 9, pp. 321-44.

¹⁹⁴ RAZ, J. 1979. *op. cit.*

existen instituciones y normas sociales. Las normas jurídicas, según Raz, son tipos generales de razones de segundo orden institucionalmente aceptadas.

La naturaleza autoritativa del derecho hace posible el gobierno. La autoridad del derecho da a las normas jurídicas su calidad de tales, distinguiéndolas de las razones de segundo orden. La teoría sostiene que donde el derecho existe, es necesario afirmar su autoridad para regular comprensiva, suprema y abiertamente las vidas de los sujetos.¹⁹⁵ El derecho reclama ser comprensivo en todos los aspectos en que la vida social está regulada bien por prohibición, mandato o permisión. En definitiva, reclama ser abierto, ofreciendo apoyo o autorización a las diversas formas de asociaciones voluntarias y acuerdos privados.

Raz enfatiza que los teóricos del derecho no deben suponer que las directrices legales que claman autoridad son moralmente legítimas, en virtud de lo que son llamadas a ser. La tesis de las fuentes de Hart destaca la insistencia positivista de la existencia de leyes particulares, aunque los sistemas jurídicos son, en todos los lugares, un producto de las prácticas sociales y nunca objeto de satisfacción de principios o valores morales.¹⁹⁶

Raz no comparte la visión de la identidad que los sistemas jurídicos (el unificado conjunto de normas, piénsese en Kelsen por ejemplo) pueden ser

¹⁹⁵ *Ibid.*, pp. 116-20.

¹⁹⁶ *Ibid.*, pp. 47-52. Raz llamó a esto, “positivismo excluyente”, con lo que lapida la tesis según la cual el contenido, existencia y validez del derecho nunca puede depender de consideraciones morales. En lo sucesivo se utilizará este concepto.

resueltos por la apelación a una norma básica o regla de reconocimiento.¹⁹⁷ En esta perspectiva, podría haber múltiples normas básicas o reglas de reconocimiento en un mismo sistema jurídico. Parte de la solución del problema de la identidad requiere de la observación que en un sistema jurídico para ser comprensivo, supremo y abierto, puede devenir en una óptica que supone que las normas jurídicas componen un sistema al mismo tiempo en que ellas operan comandadas por la aplicación de la misma norma institucional.¹⁹⁸

Raz se interesa en la distinción metodológica entre naturaleza del concepto del derecho y su naturaleza.¹⁹⁹ Sus primeros pasos están en “The Problem about the Nature of Law” (1983) y en textos posteriores abordó también la filosofía moral y política, por ejemplo *Ethics in the Public Domain* (1995).

En “On the Nature of Law” (1994), “Two Views of the Nature of the Theory of Law: A Partial Comparison” (1998) y “Can There be a Theory of Law?” (2004), Raz sostuvo que la naturaleza del derecho implica un concepto universal del derecho y que de no ser así, produciría un fracaso de la teoría jurídica. “Can There be a Theory of Law?” examinó: a) la esencia y el concepto

¹⁹⁷ RAZ, J. 1970. *The Concept of a Legal System. An introduction to the Theory of Legal System*. Oxford, Clarendon Press. Hay traducción al español por Rolando Tamayo y Salmorán: 1986. *El Concepto de Sistema Jurídico. Una introducción a la teoría del sistema jurídico*. México DF, UNAM.

¹⁹⁸ RAZ, J. 1979. *op. cit.*, capítulos 5 y 6.

¹⁹⁹ Para el debate actual de la cuestión, véanse las siguientes reflexiones: BAYÓN, J. C. 2012. ¿Cómo se determina el objeto de la jurisprudencia? En: FERRER, J., MORESO, J. J. y PAPAYANNIS, D. M. (eds.). *Neutralidad y teoría del derecho*. Madrid, Marcial Pons, pp. 17-40; SCHAUER, F. 2012. Necesidad, importancia y naturaleza del derecho. En: *Ibidem*, pp. 41-60; COLEMAN, J. 2012. La arquitectura de la filosofía del derecho. En: *Ibidem*, pp. 93-178.

del derecho; b) si el derecho cambia su naturaleza; c) ¿qué propiedades esenciales tiene el derecho, si tiene alguna?; d) ¿localidad/universalidad del concepto?; e) ¿puede haber derecho sin que el concepto exista?

Sobre la naturaleza de una cosa, Raz insiste con que son “las cualidades o propiedades esenciales de una cosa; la combinación inherente e inseparable de propiedades que esencialmente pertenecen a algo, y que *le dan su carácter fundamental*”.²⁰⁰ Luego, agrega que las propiedades esenciales del derecho son características universales del mismo. Raz niega que la explicación de la naturaleza del derecho pueda ser a través de los usos del término, puesto que a lo largo de la historia éstos cambian, pueden sucederse y no guardar coherencia entre sí. Si cuando no coinciden en lo determinado como propiedad esencial. Tampoco admite que la explicación pueda ser asimilada al análisis del significado de algún término. ¿Entonces cómo puede Raz asumir la manera en la que se explica la naturaleza del derecho o más lejos aún, el concepto de la naturaleza del derecho? Otro problema de este esencialismo es: ¿de dónde obtiene Raz las propiedades esenciales que conforman la naturaleza del derecho? ¿Se presuponen? ¿Se hace un análisis lógico de los sistemas jurídicos para encontrar un hilo coherente? Luego Raz, habla de un concepto (el nuestro, como lo llama en su argumentación) como el *decisivo*, donde otros conceptos de derecho lo son si y solo si, están relacionados de modo apropiado

²⁰⁰ RAZ, J. 2007a. ¿Puede haber una teoría del derecho? *En*: et al. Una Discusión sobre la Teoría del Derecho. Madrid, Marcial Pons, p. 57. Énfasis añadido.

con el “nuestro”.²⁰¹ ¿Hay una respuesta correcta única acerca de qué sea un concepto? ¿Tiene éste las supuestas propiedades esenciales que conforman a su naturaleza? El hecho que un término como “derecho” se refiera a un fenómeno determinado, excluiría las posibilidades de pensar otras cosas como derecho.²⁰² Filosóficamente no se está aclarando un concepto, sino más bien, entregando directrices que permiten a través de un procedimiento reglado conocer cuál es su contenido universal y cómo a través de él debemos conjugar las definiciones del derecho en cada localidad.

2.5. La respuesta final a los críticos: Postscript a The Concept of Law

Luego de su publicación en 1994, el *Postscript a The Concept of Law*, despertó interés en la filosofía jurídica analítica, extendiéndose su discusión al siglo XXI.

Con posterioridad al fallecimiento de Hart en 1992, Oxford University Press decidió preparar una segunda edición de *The Concept of Law*. Penelope A. Bulloch y Joseph Raz, los editores a cargo, añadirían, al texto original, el *Postscript*.

Según ellos, por muchos años Hart estuvo interesado en añadir un capítulo a *The Concept of Law*, donde respondiera a muchas de las discusiones que el mismo libro había suscitado. En ese sentido, estuvo interesado en

²⁰¹ *Ibíd.*, p. 67.

²⁰² RAZ, J. 2009a. *Between Authority and Interpretation*. Oxford, Oxford University Press, ensayos 2 y 3.

defender su posición en contra de aquellos que lo malinterpretaron y conceder terreno a las críticas que enriquecieran su propia comprensión del derecho. Ese posible capítulo estuvo pensado como un prefacio, pero decantó en un *Postscript*, pues Hart falleció antes de completarlo. Él quiso que este nuevo texto tuviera dos secciones, de las que solo completó la primera, publicándose como anexo en la segunda edición de *The Concept of Law*.

Sin perjuicio de lo anterior, y con el permiso Jennifer Hart, la viuda, los editores revisarían el manuscrito y convendrían en que casi estaba en un estado final. Su objetivo fue publicar un texto fiel al prestigio de su autor.

Bulloch y Raz se convencen que si Hart hubiera tenido la oportunidad, tendría un texto más pulcro y mejorado antes de su publicación. Sin perjuicio de lo anterior, el *Postscript* publicado contiene respuestas meditadas a muchos de los argumentos de Dworkin.²⁰³

El *Postscript* superó las expectativas de sus editores y de los críticos. Es más, sus sucesores establecerían un nuevo punto de partida en la discusión de las tesis de Hart. El *Postscript* fue pensado para estudiantes ingleses de pregrado, pero se difundió aún más, generando un crecimiento exponencial de estudios críticos en torno a su obra, tanto en su lengua materna como en otros

²⁰³ BULLOCH, P. A. y RAZ, J. 1994. Editors' Note. En: HART, H. L. A. *The Concept of Law*. 2da. Edición. Oxford, Clarendon Press, p. x.

idiomas.²⁰⁴ Hart añade que “gran parte de esos textos críticos corresponden a artículos aparecidos en revistas de derecho y de filosofía, pero además se han publicado algunas obras importantes en las que varios de los postulados del libro (*The Concept of Law*) han sido blanco de reparos y han servido de punto de partida para que los críticos dieran a conocer sus propias teorías acerca del derecho”.²⁰⁵

El *Postscript* devuelve algunos “dardos” de sus críticos, principalmente de Fuller y Dworkin, el primero fallecido a la fecha de publicación del texto. Aunque el centro operativo del *Postscript* versa sobre algunas objeciones formuladas por Dworkin en *Taking Rights Seriously* (1977), *A Matter of Principle* (1985) y en *Law’s Empire* (1986)”.

Hart hace especial énfasis en las críticas de Dworkin, no solo porque éste expresó que las tesis de *The Concept of Law* fueran erradas, sino que también porque el estadounidense puso en entredicho su concepto de la teoría del derecho y cómo ésta debe funcionar. Ahora bien, el objetivo primordial del

²⁰⁴ Los límites conceptuales de *The Concept of Law* están determinados por el sistema del *common law*. Sin embargo, su extralimitación se manifestó a partir de la metodología y los dos entendimientos del texto, inéditos en la historia de la filosofía jurídica contemporánea. La obra hartiana ha sido traducida a ocho idiomas: 1) Al español como *El Concepto de Derecho* (1963) por el jurista argentino Genaro R. Carrió. Este trabajo promovió los estudios de filosofía jurídica analítica en países hispanoparlantes. 2) Al alemán como *Der Begriff des Rechts* (1973) por Alexander von Baeyer. 3) Al japonés como *法の概念* (1976) por Misuzu Shobo. 4) Al francés como *Le Concept de Droit* (1976) por el jurista belga Michel van de Kerchove. 5) Al portugués como *O Conceito de Direito* (1994) por Armindo Ribeiro Mendes, académico de la Facultad de Derecho de la Universidade de Lisboa. 6) Al italiano como *Il Concetto di Diritto* (1994) por Mario A. Cattaneo. 7) Al polaco como *Pojęcie Prawa* (1998) por Jan Woléński. 8) Finalmente, al checo como *Pojem Práva* (2004) por Petr Fantys y Jiří Píba .

²⁰⁵ HART, H. L. A. 1994b. *op. cit.*, p. 238.

Postscript es, en palabras de Hart, “aclarar lo que es confuso y revisar lo que (escribió) originalmente, cuando resultó ser incongruente o contradictorio”.²⁰⁶

2.5.1. Tópicos considerados

Hart manejó una batería de seis tópicos relevantes en la filosofía del derecho, que abordan asuntos de la metafilosofía, la teoría de las normas, la teoría de la adjudicación y el carácter de la ciencia jurídica, que paso a examinar a continuación.

a) Naturaleza de la teoría jurídica: Hart en la génesis de su teoría del derecho expuso que esta compartía dos caracteres: ser general y ser descriptiva. Era general pues no se refería a ningún sistema legal o cultura jurídica determinada, sino que se centra en explicar al derecho en forma ilustrativa y aclaratoria en cuanto es una institución social y política compleja, dotada de una dimensión controlada por reglas. Lo descriptivo del derecho en Hart está en su imparcialidad moral.

La teoría del derecho de Hart, concebida como descriptiva y general difiere totalmente de la comprensión que Dworkin tiene de ella. Vale decir, que la tesis hartiana es evaluativa, justificatoria y está “dirigida a una cultura jurídica determinada”, la del propio Hart.²⁰⁷ Para Dworkin la labor central de la teoría jurídica así imaginada es interpretar y evaluar al derecho, puesto que la

²⁰⁶ *Ibid.*, p. 239.

²⁰⁷ DWORKIN, R. 1998. *op. cit.*, p. 102.

identificación de los principios que mejor concuerdan con el derecho y con las prácticas jurídicas de un sistema legal proveen su justificación moral, mostrando al derecho “bajo su mejor luz”.²⁰⁸ Los principios del sistema jurídico son elementos implícitos del derecho y garantizan una dimensión moral del mismo. Para Dworkin la teoría del derecho es el prólogo silencioso de cualquier fallo judicial. Hart contesta señalando que la descripción puede seguir siendo descripción, aunque lo que describa sea una evaluación.

b) Naturaleza del positivismo jurídico: Hart reconoce a su teoría como positivismo blando (*soft positivism*), ruidito que en el vocabulario iusfilosófico se llama “tesis incorporacionista”.²⁰⁹ En el *Postscript* él niega que su teoría pueda ser víctima del aguijón semántico. Una teoría semántica del derecho es aquella en virtud de la cual el propio significado de la palabra “derecho” hace que el derecho dependa de ciertos elementos concretos. Sin embargo, las proposiciones sobre el derecho no son afirmaciones acerca de lo que es derecho, sino acerca de lo que es el derecho. O sea, lo que el derecho de un sistema exige, permite o prohíbe respecto de las determinadas conductas de las personas. Aunque el significado de estas proposiciones sobre el derecho se determine mediante definiciones, esto no lleva a concluir que el sentido mismo de la palabra “derecho” dependa de ciertos elementos concretos. Ello solo sería

²⁰⁸ *Ibid.*, p. 90

²⁰⁹ La voz en COLEMAN, J. 2001a. Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis. En: COLEMAN, J. (ed.) *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law*. Oxford, Oxford University Press, pp. 99-148.

así si los elementos que proporciona la regla de reconocimiento de un sistema y la necesidad que exista esta regla derivaran del significado de la palabra “derecho”.²¹⁰ Hart niega que el positivismo sea una teoría interpretativa del derecho, insistiendo que su teoría no es una versión del positivismo que solo tenga como base del derecho a hechos puros y simples, pues también admite valores. Las versiones de la teoría interpretativa del derecho propuestas por Dworkin se basan en el supuesto que considera al propósito de la práctica jurídica como justificativo de la coacción.²¹¹ Hart concede que existen relaciones contingentes entre derecho y moral, lo que hace subsistir a su programa como positivismo. Esto no implica un rechazo total a las tesis de los iuspositivistas. El asunto controvertido es, en definitiva, si la moral puede determinar la existencia y el contenido del derecho.

c) Naturaleza de las reglas: El derecho, si se remite a la unión de reglas primarias y secundarias, ¿qué ocurre con los principios, estándares extrajurídicos útiles e imprescindibles para resolver todos los litigios? ¿De qué está realmente constituido el derecho? Hart fue escéptico de reconocer los principios. Sin embargo, en el *Postscript* detalló que la función de la regla de reconocimiento consiste en establecer los requisitos generales que deben satisfacer las decisiones jurídicas correctas en los sistemas legales modernos.

²¹⁰ HART, H. L. A. 1994b. *op. cit.*, p. 247. Se sugiere ver la reflexión de Endicott en este punto (ENDICOTT, T. A. O. 2001. Herbert Hart and the Semantic Sting. En: COLEMAN, J. (ed.) Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law. Oxford, Oxford University Press, pp. 39-58)

²¹¹ DWORKIN, R. 1998. *op. cit.*, p. 93

En la mayoría de los casos, esta regla proporciona criterios de validez, que Dworkin llama cuestiones de linaje y que no se refieren al contenido del derecho, sino a la forma y modo en que se crean o adoptan las leyes. Además de estas cuestiones de linaje, la regla de reconocimiento puede proporcionar criterios de prueba que no se relacionan con el contenido fáctico de las leyes sino con su concordancia con valores y principios morales de fondo. Desde luego, es posible que en algunos casos los jueces discrepen respecto de si esto se da o no. La prueba moral de la regla de reconocimiento no resolverá este desacuerdo. Tal vez los jueces estén de acuerdo en la pertinencia de estas pruebas como cosa resuelta por la práctica judicial establecida, aunque discrepen sobre lo que las pruebas exigen en un caso determinado. La teoría práctica de Dworkin sobre las reglas es plenamente aplicable a la regla de reconocimiento hartiana así concebida.²¹² La tesis de Hart para nada se quiere referir a la *aplicación* del derecho, sino que limitarse a describirlo en el contexto de la sociedad, es así que se recurre a la *sociología descriptiva*.

d) Los principios y la regla de reconocimiento: Hart señala que la incongruencia lógica de afirmar que un sistema jurídico se compone solo de reglas de “todo o nada” y de principios no concluyentes, se puede remediar si aceptamos que la distinción es una cuestión de grado. Aquí, desde luego, es posible distinguir entre reglas cuasi concluyentes en las que, salvo contadas

²¹² HART, H. L. A. 1994b. *op. cit.*, pp. 258-9.

excepciones, el hecho de satisfacer los requisitos de aplicación es suficiente para determinar las consecuencias jurídicas y principios generalmente concluyentes, que se limitan a señalar una decisión, pero que a menudo no la determinan.²¹³ La integración de los principios al sistema normativo es legítima, porque se adecuan a la regla de reconocimiento, en tanto son aceptados socialmente, o sea, son positivizados. Ahora bien, los principios no determinan la validez del contenido del derecho, sino que son solamente instrumentos de referencia a los que el derecho puede recurrir en tanto se crean más reglas, por ejemplo, el artículo 1546 del Código Civil chileno dice que “los contratos deben celebrarse de buena fe”. La disposición citada cumple con la idea hartiana, cosa que no implica que un contrato de mala fe deje de ser derecho o tenga una carga moral negativa.

e) Derecho y moral: Un positivismo normativo (o ético), como expresa Waldron, persiste en el debate Hart-Dworkin, donde se discute si hay un contenido moral que valide al derecho y que vaya más allá del *contenido mínimo de derecho natural* propuesto por Hart.²¹⁴ Para este último, sean las leyes moralmente buenas o malas, justas o injustas, hay que prestar atención a los derechos y deberes como puntos centrales de coordinación de la forma en

²¹³ *Ibíd.*, p. 263.

²¹⁴ Véase WALDRON, J. 2001. Normative (or Ethical) Positivism. En: COLEMAN, J. (ed.) Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law. Oxford, Oxford University Press. Hay traducción al español por Pablo Solari G. en: 2010. Positivismo normativo (o ético). En: ORELLANA BENADO, M. E. (comp.) Causas Perdidas. Ensayos de filosofía jurídica, política y moral. Santiago de Chile: Catalonia, pp. 125-44.

que opera el derecho, los cuales son de primordial importancia para el ser humano, independientemente del mérito moral de las leyes.²¹⁵ En consecuencia, no es efectivo que en el mundo real las proclamaciones de derechos y deberes jurídicos solo pueda tener sentido si hay algún fundamento moral para sostener que ellos existen. Luego la justificación que a partir de la moral es posible identificar al derecho no es necesariamente congruente con la regla de reconocimiento de Hart, que de abandonarse, no podría decirse que es derecho válido.

f) La discreción judicial: Para Hart, la discrecionalidad se da en los casos en que no existe una regla explícita que solucione un problema de coordinación, por lo que cabe apoyarse en un principio. No existe, entonces, una discrecionalidad judicial en sentido fuerte, puesto que los casos difíciles (*hard cases*) entregan un marco específico de acción al juez, en base a cuestiones como la inexcusabilidad. El juez crea derecho en tanto el sistema jurídico es parcialmente indeterminado o incompleto, por lo mismo, es discrecional al resolver disputas jurídicas. Dworkin expone que la creación de derecho por los tribunales es ilegítima y la rechaza como fuente del derecho retroactiva; o es meramente una cuestión de contingencia política, considerada injusta. Hart aduce que la razón por la cual se estima que es ilegítimo crear derecho retroactivamente, reside en la frustración de las justificadas expectativas de

²¹⁵ HART, H. L. A. 1994b. *op. cit.*, pp. 268-9.

quienes al actuar, han partido de la base de que las consecuencias jurídicas de sus actos se determinarán por el derecho vigente en el momento de realizarlos. Aunque esta objeción tiene valor cuando los tribunales modifican o invalidan retroactivamente el derecho establecido, parece inaplicable en los casos difíciles, puesto que estos son casos que el derecho no ha reglamentado cabalmente y en los que no hay un derecho claramente establecido que justifique esas expectativas. Hart retrocede en su argumentación y reconoce la existencia de intersticios, donde la labor de los jueces, en los casos difíciles, queda limitada a cubrir espacios que no están expresamente contemplados en el derecho, sin que pueda configurarse por su parte una normativa de carácter general, propia del poder legislativo.²¹⁶

2.5.2. “¿Qué es lo que dijo?”: Dirección del debate para el futuro

El punto c) “la naturaleza de las reglas” es el centro del debate Hart-Dworkin. Sobre éste se discute si ha llegado a su fin o no. Esta tesis sostiene que el debate aún persiste, es más, el estado del arte se mueve alrededor de los siguientes asuntos: el problema metodológico en teoría del derecho, el análisis del lenguaje del derecho y la objetividad en el derecho.

²¹⁶ Consúltense RODENAS, A. 2012. Los Intersticios del derecho. Madrid, Marcial Pons.

2.5.2.1. El problema metodológico en la teoría del derecho

Se reconocen como los herederos de Hart a: Coleman, Marmor, Moore, Kramer, Shapiro, Bix, Green, Waldron y Gardner. El principal punto de acuerdo de los juristas está en el positivismo jurídico, lo que implicará que esta subsección se centre en su naturaleza y luego, sobre las cuestiones metodológicas del derecho.

a) Positivismo jurídico: El iuspositivismo es, según Rafael Escudero Alday, “aquella teoría del derecho que postula la separación conceptual entre el derecho y la moral”.²¹⁷ Esta reflexión sobre lo jurídico tiene un desarrollo histórico de la mano de la ética con la separación entre los mundos del ser y del deber ser, o sea, en el derecho como es y el derecho como debería ser.²¹⁸ De acuerdo a Jiménez Cano, el positivismo jurídico hoy se perfila como una teoría general y descriptiva del derecho.²¹⁹ Asimismo, es parte de la realidad en que la descripción del derecho se encuentra inserta. El *Postscript* de Hart abrió la puerta sobre la determinación de lo que es el derecho, con la aceptación de ciertas críticas de Dworkin que incorporó a su teoría.²²⁰ Sus seguidores se escindieron en dos grupos: los positivistas incluyentes y los positivistas

²¹⁷ ESCUDERO ALDAY, R. 2010. De la constitucionalización a la indeterminación. Retos y desafíos del positivismo jurídico. En: Anales de la Cátedra Francisco Suárez, 44, p. 396.

²¹⁸ BOBBIO, N. 1993. *op. cit.*, pp. 237-41.

²¹⁹ JIMENEZ CANO, R. M. 2008. *op. cit.*

²²⁰ MORESO, J. J. 2004. El positivismo jurídico y la aplicación del derecho. En: DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 27, pp. 45-62.

excluyentes. Sin perjuicio de lo anterior, José Juan Moreso y Jeremy Waldron señalan otra salida, la del positivismo ético o normativo.

a.1) Positivismo jurídico incluyente: Según esta propuesta, el derecho no necesita depender de criterios morales. Esto se refiere a la validez del derecho, ¿cómo los principios podrían ser parte del sistema si no son reglas? Para resolver esto, cabe distinguir entre dos sentidos de validez: la pertenencia y la aplicabilidad. La norma pertenece al sistema cuando hay una regla de reconocimiento que la integra. La norma es aplicable a un caso cuando otra norma de competencia habilita al aplicador para disponer válidamente de ella.²²¹ Un estándar moral no valida el derecho, solo se limita a la práctica jurídica.

a.2) Positivismo jurídico excluyente: Esta tesis sostiene que la determinación de lo que es el derecho no puede depender de criterios morales.²²² El derecho no tiene nada que ver con la moral y si dependiera de ésta, significaría una posibilidad de malentender la práctica jurídica, así como también un peligro para la interpretación del derecho y la seguridad jurídica. Las normas son válidas por su origen formal, nada que ver con su contenido moral.

²²¹ Más en COLEMAN, J. 2001a. *op. cit.*; KRAMER, M. H. 2000. How Moral Principles Can Enter into the Law. *En*: Legal Theory, 6, pp. 103-7; Y un trabajo fundante del positivismo incluyente *en*: WALUCHOW, W. J. 1994. Inclusive Legal Positivism. Oxford: Oxford University Press.

²²² MORESO, J. J. 2004. *op. cit.*, p. 50.

En efecto, el derecho es una cuestión de hecho y la validez de sus normas, depende de hechos más o menos complejos.²²³

a.3) Positismo normativo (o ético): Moreso señala que la determinación de lo que es el derecho *no debe* depender de criterios morales.²²⁴ Esta postura presupone a a.1), pues entonces, sería posible determinar el contenido del derecho con argumentos morales, sin embargo, el derecho ha de ser de tal manera que pueda identificarse lo que prescribe sin tener que acudir a lo moral. Esta postura expresa que hay una inmensa discrepancia entre cuáles comportamientos son correctos y cuáles no; el respeto de la autonomía moral de las personas requiere de un gobierno de las conductas con reglas claras y precisas que otorguen certeza cuando se realice o no una acción; la certeza se sacrifica si se deja el derecho al arbitrio de la moral; el derecho entonces, debe ser identificado sin acudir a la moralidad.

b) Teoría en general: Desde la publicación del *Postscript* y la extensión del debate Hart-Dworkin, no han concluido las clásicas discusiones sobre: la relación derecho y moral; cómo se da cuenta del derecho; la discrecionalidad y la teoría de la adjudicación; y el concepto de derecho *stricto sensu*. Se vuelve una y otra vez a estos ejes de discusión.

²²³ Sobre los hechos complejos SEARLE, J. 1995. *The Construction of Social Reality*. Londres, Penguin. Sobre el positivismo excluyente: SHAPIRO, S. J. 2000. *Law, Morality and the Guidance of Conduct*. En: *Legal Theory*, 6, pp. 127-70 y del mismo autor: 2001. *On Hart's Way Out*. En: COLEMAN, J. (ed.) *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law*. Oxford, Oxford University Press, pp. 149-92.

²²⁴ MORESO, J. J. 2004. *op. cit.*, p. 55.

b.1) Relación derecho y moral: Este tópico es una de las clásicas discusiones entre el positivismo jurídico y el iusnaturalismo. Su controversia agrupa, en un lado, a los positivistas metodológicos, los ideológicos y los normativos. Mientras que en el otro, a los iusnaturalistas ontológicos y los deontológicos. Las escuelas positivistas discuten sobre la clasificación de a), siendo incluyentes o excluyentes de la moral dentro del sistema. Los iusnaturalistas sostienen una relación, renovada, entre derecho y moral, que no puede no existir y ser necesaria, algo así como una “racionalidad práctica”.

b.2) ¿Cómo se da cuenta del derecho?: La discusión sobre la descripción, valoración o evaluación del derecho quedó abierta cuando Dworkin señaló que la teoría del derecho de Hart era evaluativa y no descriptiva del derecho. Los sucesores de este último, consideraron la distinción entre una teoría descriptiva y una meramente descriptiva. Así como una teoría evaluativa que otorga valoraciones y otra que se ocupa de ser interpretativa. Esta disputa intelectual se posiciona en el campo de la práctica del derecho como del concepto del mismo. Vale decir, lo que el derecho sea dependerá a su vez, en alguna medida, de cómo configuramos el derecho, es decir, del concepto de derecho que se maneje.

b.3) Discrecionalidad y teoría de la adjudicación: Hart no desarrolló una teoría de la adjudicación suficiente en sus trabajos y solo abordó de manera tangencial la discrecionalidad. Esto no ocurrió en la obra de Dworkin, quien se

ocupó exhaustivamente de regular la práctica judicial. Es un defecto del proyecto hartiano que confrontado con la teoría jurídica norteamericana (de la que Dworkin es tributario), provoca un interesante polo de discusión. La teoría de la adjudicación es relevante para cualquier teoría interesada en explicar las fuentes del derecho y cómo el derecho vigente que se encuentra estático puede moverse, por ejemplo, el derecho penal que depende del proceso judicial.

b.4) El concepto de derecho: Hart propuso un esclarecimiento del concepto de derecho, con el afán de ser una teoría general, a través de *el* concepto, tendría repercusiones, principalmente con el ensayo de Raz, “Can There be a Theory of Law?”²²⁵ Según este texto, los conceptos tienen propiedades esenciales que los distinguen, así también, hay conceptos locales y otros que no. Esta discusión se llevó más allá con la entrada de Robert Alexy y Eugenio Bulygin a la polémica acerca de la naturaleza y del concepto de derecho.²²⁶

²²⁵ Véase edición en español en: RAZ, J. 2007a. *op. cit.*, pp. 47-98

²²⁶ Textos de la polémica. ALEXY, R. 2007. Acerca de dos yuxtaposiciones: Concepto y naturaleza, derecho y filosofía. Algunos comentarios sobre “¿Puede haber una teoría del derecho?” de Joseph Raz. En: RAZ, J. et al. Una Discusión sobre la Teoría del Derecho. Madrid, Marcial Pons, pp. 87-98; BULYGIN, E. 2007. Raz y la teoría del derecho. Comentarios sobre “¿Puede haber una teoría del derecho?” de Joseph Raz. En: RAZ, J. et al. Una Discusión sobre la Teoría del Derecho. Madrid, Marcial Pons, pp. 99-110. Hay respuesta a ambas en: RAZ, J. 2007b. Teoría y conceptos. Réplica a Alexy y Bulygin” En: et al. Una Discusión sobre la Teoría del Derecho. Madrid, Marcial Pons, pp. 111-20. La pregunta de “¿qué es el derecho?” en el interior de un enfoque analítico, según Paolo Comanducci, puede interpretarse de dos maneras distintas: como una pregunta ontológica sobre la naturaleza del derecho; o bien como una pregunta lingüística sobre qué significa la palabra “Derecho”. Las dos preguntas son bien diferentes, ya que se refieren a objetos potencialmente diferentes. La segunda es claramente meta-lingüística, mientras que la primera versa sobre un objeto del cual se está justamente buscando la naturaleza, que bien podría no ser solo lingüística (COMANDUCCI, P. 2010. Hacia

2.5.2.2. El lenguaje del derecho

La práctica y la teoría del derecho necesitan del lenguaje. Hart al esclarecer el concepto de derecho se basó en las propuestas filosóficas de J. L. Austin y de P. F. Strawson. El lenguaje del derecho es un asunto relevante de investigar, con miras a mejorar la comprensión del derecho en una sociedad, comenzando por los operadores jurídicos. Luego de la publicación del *Postscript* se reconocen tres ejes de discusión que persisten. En primer lugar, la *textura abierta*, la indeterminación jurídica y la vaguedad del derecho. Segundo, en la teoría, el aguijón semántico y el análisis conceptual. Finalmente, el formalismo y los lenguajes ideales.

a) Indeterminación del derecho: Esclarecer el concepto o su aplicabilidad u ordenación jerárquica ofrece insumos para discutir si el derecho es objetivo o no.²²⁷ Esto se encuentra en otro nivel de reflexión, Hart sostiene que el derecho tiene una *textura abierta*, o sea, que es indeterminado a pesar de que intenta abarcar todas las situaciones posibles. Esto porque es imposible considerar todas las situaciones donde interviene el derecho. Entonces, caben “intersticios” donde corresponde interpretar y llenar el vacío del sistema. Según Endicott, el derecho es esencialmente vago.²²⁸ En el sentido de Raz, el derecho no es indeterminado. El método analítico, según Orrego, solo sirve para clarificar los

una Teoría Analítica del Derecho. Ensayos escogidos. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 180)

²²⁷ ETCHEBERRY, J. B. 2009. Objetividad y determinación del derecho. Un diálogo con los herederos de Hart. Granada, Comares, p. 50.

²²⁸ ENDICOTT, T. A. O. 2003. Vagueness in Law. Oxford, Oxford University Press, p. 2.

conceptos que resultan ‘incontrovertidos’ y a quienes tienen un ‘perfecto dominio’ del uso diario de esos conceptos.²²⁹ Para esto existe una salida ecléctica, a partir del uso de criterios que determinan la aplicación del concepto en cuestión, lo que genera una aclaración parcial, por lo que el derecho es parcialmente indeterminado. En ese sentido, la mayoría de los conceptos pueden dominarse y entenderse incompletamente. Bayón sostiene un “convencionalismo profundo”, el que consiste en criterios compartidos que definen el significado van más allá de los acuerdos explícitos.²³⁰ Esto origina desacuerdos en la teoría. En la práctica del derecho, se originan intersticios, vale decir, zonas situadas fuera del área de certeza, limitado a esta cuestión del derecho “en movimiento”.

b) Agujón semántico y análisis conceptual: La tesis interpretativa de Dworkin hace del derecho un fenómeno cultural que recurre a valores y que, a la postre, recopila respuestas correctas. Para él, el valor del derecho tiene una naturaleza político-moral. Hay aquí un giro interpretativo en la filosofía jurídica analítica, volcando la comprensión del derecho a sus fuentes sin intencionalidades.²³¹ La tesis dworkiniana es valorativa, por lo que la subjetividad es parte esencial del derecho. Para definir al derecho y contraponer

²²⁹ ORREGO SÁNCHEZ, C. 1997. H. L. A. Hart. Abogado del positivismo jurídico. Pamplona, EUNSA, p. 20.

²³⁰ BAYÓN, J. C. 2002. Derecho, convencionalismo y controversia. En: NAVARRO, P. E. y REDONDO, M. C. (eds.) La relevancia del derecho: Ensayos de filosofía jurídica, moral y política. Barcelona, Gedisa, pp. 78-81.

²³¹ MOORE, M. 2000. Educating Oneself in Public: Critical Essays in Jurisprudence. Oxford, Oxford University Press, Capítulo 11.

su tesis frente a la de los demás teóricos, Dworkin formula el argumento del aguijón semántico, cuyos destinatarios son aquellos que tienen cierta imagen de cómo y cuándo es posible el desacuerdo: a saber, quienes creen que necesitamos los mismos criterios para poder decidir. Por ello, el desacuerdo sobre el derecho es más teórico que empírico. El aguijón semántico es una crítica a los que sostienen que las propiedades del derecho determinan qué es el derecho. Para el positivismo el derecho “es”, para el iusnaturalismo “debe ser” y según Dworkin ambas posiciones se olvidan de las interpretaciones de la práctica. Hart argumenta luego que para definir la práctica del derecho se necesita una regla de reconocimiento y considerar los puntos de vista: tanto interno como externo. Nuestras prácticas, cómo regulamos nuestras conductas, tiene que ver con cómo hablamos.

c) Formalismo y lenguajes ideales: El formalismo en el sistema jurídico tiene una sola fuente normativa: el legislador. Entonces, las leyes son lo único que constituye derecho, o sea, en ese lugar está el test de validez de las reglas del sistema. El lenguaje ideal del derecho y la completitud de la ciencia jurídica constituye un derecho sin lagunas ni antinomias. Una discusión que está cerca de lo que he llamado “análisis científicista del derecho” en manos de los postpositivistas, o sea, post-kelsenianos, los realistas jurídicos y los naturalistas.²³² Estos dos últimos, muy críticos del formalismo, pese a que

²³² Véase nota 87.

defienden un lenguaje jurídico ideal. Hoy es difícil estar de acuerdo con el formalismo. Teóricos como Dworkin han demostrado que el derecho es más que un sistema de reglas. Además la existencia de lagunas y antinomias al interior de un ordenamiento jurídico no produce su incoherencia interna, en tanto éstas se pueden solucionar. Hay quien cree que continuar la discusión sobre el formalismo y el lenguaje ideal del derecho son tópicos provechosos.²³³

2.5.2.3. Objetividad del derecho

Las personas necesitan certezas. Otorgarlas es una de las principales funciones tanto de la religión como del derecho en una sociedad. Ambos cumplen esta función de forma práctica como epistémica. En lo práctico, los seres humanos deben organizar sus vidas y evitar el caos. En lo epistémico, las certezas religiosas y jurídicas aportan la estructura que permite a las personas comprender el lugar que tienen en el mundo, hablar de objetividad en el derecho nos fuerza a la necesidad de dar certezas a las personas y nos permite también justificar lo jurídico.

Los filósofos usualmente discuten acerca de la objetividad pensando en los dominios a los que pertenecen las propiedades, los objetos, los hechos o las nociones. En teoría jurídica la objetividad se asocia a la uniformidad de criterios para hablar del derecho. Sin embargo, ¿existe la objetividad en el derecho? Nicos Stavropoulos propone una formulación clara de las condiciones que debe

²³³ Se sugiere ver ETCHEBERRY, J. B. 2009. *op. cit.*, pp. 62 y ss.

cumplir el derecho para proyectarse como objetivo, con miras a decidir si el derecho es efectivamente objetivo.

Para este propósito él sugiere dos aproximaciones. Una clásica, donde la existencia y las cualidades de los objetos son independientes de la mente y el énfasis del estudio recae en el mundo y no en el sujeto. La otra, alternativa, pone acento en los sujetos pensantes, o sea, en la manera en que se aprehende y cómo la normatividad gobierna al pensamiento de estos seres.²³⁴ Lo anterior puede asociarse a cualquier actividad humana que sea susceptible de reflexión, por tanto, es necesario precisar la caracterización en el derecho. Andrei Marmor distingue entre tres tipos de objetividad: semántica, metafísica y discursiva²³⁵. A esa tipología, se añadirá la constructiva de John Rawls y la epistémica de Brian Leiter.

a) Semántica: Un enunciado es subjetivo si su significado es equivalente a la expresión de los deseos, percepciones y gustos del emisor. En el derecho es la generalidad del diseño normativo, lo que debe permitir a los sujetos imperados por el sistema jurídico distinguir entre “lo que parece correcto” y lo que es correcto” en relación con el significado de la norma. Será semánticamente subjetivo cuando esta distinción no resulte posible o sea, “lo que es correcto” dependa de “lo que parece correcto”.

²³⁴ STAVROPOULOS, N. 2008. Objectivity. En: GOLDING, M. P. y EDMUNDSON, W. A. (eds.). The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory. Oxford, Blackwell, p. 315.

²³⁵ MARMOR, A. 2001. Positive Law and Objective Values. Oxford, Clarendon Press, pp. 112-24.

b) Metafísica: Objetividad en el sentido metafísico implica verdad. Hay una verdad que consiste en la existencia de un objeto con propiedades que corresponden a su descripción por un enunciado. Es posible asumir que la mayoría de los filósofos interesados en la objetividad o subjetividad de cierto tipo de enunciados tienen el sentido de la objetividad metafísica en mente.²³⁶ Un enunciado puede ser aquí, verdadero o falso. Al respecto, se debe evitar la confusión con la objetividad discursiva. En el derecho, el esencialismo de Raz manifiesta este tipo de objetividad.

c) Discursiva: Los enunciados que no proporcionan una descripción pueden, aún, ser verdaderos o falsos, validos o inválidos. Esto indica que hay al menos un espacio lógico para insertar este tipo de objetividad, que no recurre a la descripción. Según Marmor, hay ciertos enunciados que son objetivos solo pueden serlo en virtud de su descripción del mundo, que es exacta y otorga una certeza metafísica.²³⁷ Sin embargo, ¿qué ocurre con los enunciados que no son descriptivos, sino que son prescriptivos? Esta idea toma en cuenta a las verdades lógicas e intenta justificar tesis prescriptivistas del derecho, como en el caso de la derrotabilidad de las normas.

d) Constructiva: Su foco de atención está puesto en el razonamiento en lugar de las entidades, objetos o condiciones de verdad presupuestas. Esta concepción es consistente con la naturaleza del razonamiento jurídico. La

²³⁶ MARMOR, A. 2001. *op. cit.*, p. 116.

²³⁷ *Ibid.*, p. 120.

aplicación de Rawls explica que un enunciado objetivo está situado en un nivel general, libre intereses particulares.²³⁸ Podemos ver la objetividad en este punto, junto a la eterna pregunta por la objetividad del razonamiento jurídico, o sea una “objetividad sin objetos”.²³⁹

e) Epistémica: Según Leiter, el lenguaje ordinario y el pensamiento están colmados con afirmaciones sobre la objetividad. Por ejemplo, el aborto es objetivamente malo, no importa cuánta gente lo piense de otra manera; la teoría de la creación es objetivamente falsa, la evolución es solo un hecho objetivo; la investigación en las diferencias de género es raramente objetiva, refleja el dominio del hombre. Respecto a cuestiones como estas, el estudio recae sobre la objetividad epistémica, o sea, de cómo conocemos las cosas.

Este tipo de objetividad, base del naturalismo jurídico, se opone al análisis conceptual de Hart. La objetividad epistémica explica que el proceso cognitivo y los mecanismos por medio de los cuales nos formamos las creencias y convicciones acerca del mundo, están constituidos de tal manera que al menos tiendan hacia la producción de precisas representaciones sobre cómo son las cosas. Para la discusión en filosofía jurídica este método utiliza premisas como: (i) la expectativa del contenido de las leyes o del derecho es objetivo en la práctica; (ii) esperamos que los jueces sean objetivos en sus

²³⁸ Cfr. RAWLS, J. 1980. Kantian Constructivism in Moral Theory. *En*: Journal of Philosophy, 77, pp. 515-72.

²³⁹ Expresión en NIEMI, M. I. 2013. Objective Legal Reasoning—Objectivity Without Objects. *En*: HUSA, J. y VAN HOECKE, M. (eds.) Objectivity in Law and Legal Reasoning. Oxford, Hart Publishing, pp. 69-84.

decisiones; (iii) esperamos que las decisiones jurídicas sean objetivas en el sentido de que alcancen lo que el derecho realmente demanda en la sociedad; (iv) en algunas ramas del derecho, emplear estándares objetivos de conducta no permite a los sujetos excusarse frente a determinados comportamientos, por ejemplo, el buen padre de familia, la persona prudente, entre otros.

CAPÍTULO III

¿OLVIDAR O DEFENDER A HART?: LA TRADICIÓN ANALÍTICA DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO EN EL SIGLO XXI

“Jarndyce and Jarndyce drones on. This scarecrow of a suit, has, in course of time, become so complicated that no man alive knows what it means. The parties to it understand it least; but it has been observed that no two Chancery lawyers can talk about it for five minutes, without coming to total disagreement as to all the premises”.

Charles Dickens, *Bleak House* (1853)

“Every time I wait for the revolution to come
Every night I think it s here and then it s gone
I m gonna take the time to tell if I am in the way
Another time, another place and another day”.

Lee Ranaldo, “Home Chds” (2013)

El debate Hart-Dworkin muestra una división del positivismo jurídico, pudiendo comprenderse a éste como una manera para dar cuenta del derecho o como una tesis explicativa del fenómeno legal.²⁴⁰ La relevancia filosófica de ese debate está en el distanciamiento de las tesis conceptuales sobre el derecho sostenidas por Hart en *The Concept of Law*. Dworkin, quien estudió y enseñó en Oxford, con la pregunta “¿es el derecho un sistema de reglas?”

²⁴⁰ Véase la subsección 2.3.3 y la sección 2.5 precedentes.

sugirió tener una actitud crítica frente al texto de Hart. La defensa hartiana vino con el *Postscript*. Este texto marca un antes y un después en la teoría jurídica analítica.

Toda reconstrucción historiográfica de la filosofía analítica del derecho de los tres primeros lustros del siglo XXI, debe tomar en cuenta el texto de 1994. Máxime si las discusiones a las que dio lugar, pueden evidenciar la influencia de Hart por más de dos generaciones de juristas.²⁴¹ Según Green, la tradición analítica de la filosofía del derecho en su fase post-Hart se armoniza en un reino de consenso sobre la forma en la que *The Concept of Law* cambió la dirección de la teoría jurídica anglófona. Por una parte, introdujo y clarificó una serie de preguntas que vinieron a ser dominantes en la literatura: ¿es el Derecho siempre coercitivo? ¿Qué son las reglas jurídicas? ¿Tienen los jueces discrecionalidad? ¿Es necesaria una conexión entre el Derecho y la moralidad? Hart también precisó el idioma en el cual debatimos tales preguntas: “la práctica de la teoría de las reglas”, “el punto de vista interno y externo”, “las reglas primarias y secundarias”, “claro y penumbra”, “razones independientes de contenido”, “moralidad social y crítica”.²⁴²

²⁴¹ TAMANAHA, B. Z. 2007. The Contemporary Relevance of Legal Positivism. En: Australian Journal of Legal Philosophy 32(1), p. 4.

²⁴² GREEN, L. 1996. *op. cit.*, pp. 1687-8. A lo anterior, Jules L. Coleman y Ori Simchen en el análisis de la palabra “Derecho” (Law), evitando el clásico desenfoque respecto de otros términos no jurídicos, argumentaron que ésta puede referir en el stricto sensu legal: el estatus de “derecho” o “no derecho” de un sistema de normas, el estatus individual de cada norma y a la determinación de si una norma particular es miembro de un cierto sistema jurídico. Sobre esta base, distinguen las siguientes preguntas que evalúan críticamente la actualidad de la filosofía del derecho: ¿Qué es derecho? ¿Qué es una ley? ¿Qué es el derecho? ¿Qué es la

La conceptualización de las subsecciones 2.5.2.1, 2.5.2.2 y 2.5.2.3 de esta tesis, presentaron los ejes de discusión principal en la tradición analítica de la filosofía del derecho de los tres primeros lustros del siglo XXI.

3.1. Los dos primeros lustros: la vigencia de The Concept of Law

Publicada la segunda edición de *The Concept of Law* (1994) hubo una serie de reacciones al texto. Destaco la reseña de Green, “The Concept of Law Revisited” (1996), ella se dijo que:

no solo el derecho es político, también lo es la teoría del derecho; los conceptos tomados del derecho mismo son inadecuados para entender su naturaleza. La teoría jurídica no es, de esta forma, reserva exclusiva, ni siquiera el hábitat natural, de abogados y profesores de derecho: es solo una parte de una teoría social y política general. Necesitamos una teoría tal, no para que ayude a decidir casos o defender clientes, sino para entendernos a nosotros mismos, nuestra cultura y nuestras instituciones, y para promover la evaluación moral seria de esas instituciones, una evaluación que siempre debe tomar en cuenta las contradictorias realidades de la vida.²⁴³

naturaleza del derecho? ¿Qué es el significado de una ley? ¿Qué es el significado del concepto de derecho? ¿Qué es el significado de “derecho”? (COLEMAN, J. L. y SIMCHEN, O. 2003. *Law. En: Legal Theory*, 9, p. 5)

²⁴³ GREEN, L. 1996. *op. cit.*, p. 1687.

El derecho es conocido como uno de los fenómenos sociales más interesantes y complejos de nuestra cultura. Por ello, es un asunto relevante para otras disciplinas. De igual manera, las distintas maneras de abordar al derecho originan disonancias entre las posturas que concurren al diálogo.

La literatura filosófica relevante en la filosofía jurídica analítica de los dos primeros lustros del siglo XXI comprende a: *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law* (2001) compilado por Jules L. Coleman; "Hart's Postscript and the Character of Political Philosophy" (2004) de Dworkin, *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law* (2004) editado por Jules L. Coleman, Kenneth E. Himma y Scott J. Shapiro, una segunda biografía de Hart, *A Life of H.L.A. Hart: The Nightmare and the Noble Dream* (2004) de Nicola Lacey y *The Legacy of H.L.A. Hart. Legal, Political and Moral Philosophy* (2008), editado por Matthew Kramer, Claire Grant, Ben Colburn y Antony Hatzistavrou.

Hart's Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law sintetizó la carta de navegación que seguirían las discusiones sobre la obra de Hart. En esta compilación participaron los principales juristas de habla inglesa, discípulos de Hart y otros que realizaron estudios formales o visitas académicas en la Universidad de Oxford. Algunos de ellos elaboraron propuestas filosóficamente relevantes, por ejemplo, Leiter con *Naturalizing Jurisprudence*

(2007), Marmor con *Social Conventions* (2009), Endicott con *Vagueness in Law* (2000) y Coleman con *The Practice of Principle* (2001).

Hay que relacionar el compilado de 2001 con la subsección 2.5.2. Ontológicamente, Coleman insiste con la pregunta de ¿qué es el derecho? para inaugurar el volumen. Según Glock, “Hart proporcionó un gran estímulo a la teoría jurídica y política de su época. Evitó inútiles disputas metafísicas sobre la naturaleza de las obligaciones y derechos a través del análisis de los conceptos jurídicos. Rechazó la búsqueda de definiciones analíticas en favor de una aclaración más contextual de la función que desempeñan estos conceptos en el discurso jurídico.”²⁴⁴ De ahí, la persistencia de la discusión sobre metodología del análisis conceptual.

Respecto del positivismo jurídico, Stephen Perry presenta una particular reconstrucción del proyecto hartiano en su texto “Hart’s Methodological Positivism”. Perry sostiene que *The Concept of Law* es un “híbrido insatisfactorio” entre un positivismo sustantivo y uno metodológico.²⁴⁵ El positivismo sustantivo se refiere a una conexión no necesaria entre la moralidad y el derecho. Mientras que el positivismo metodológico aboga por una descripción normativa neutral de un fenómeno social particular, como el

²⁴⁴ GLOCK, H. 2008. *op. cit.* p. 58. La traducción de este fragmento en MUÑOZ CARCAMO, A. 2013. La sociología descriptiva de Hart: un análisis conceptual del derecho. *En: Derecho y Humanidades*, 22: 175.

²⁴⁵ PERRY, S. 2001. Hart’s Methodological Positivism. *En: COLEMAN, J. (ed.) Hart’s Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law.* Oxford: Oxford University Press, p. 354.

derecho.²⁴⁶ Perry afirma que Hart empleó una metodología científica que es incapaz de aterrizar sus afirmaciones sustantivas sobre el derecho, las que pueden ser aseguradas si se rechazan los elementos inapropiados de la aproximación (científica) descriptiva-explicativa en favor de lo que Perry llama análisis conceptual interno. Este método reconoce que las teorías particulares del derecho deben ser ofrecidas desde el punto de vista interno y además, deben ser defendidas acudiendo a un argumento moral. Entonces, el positivismo jurídico se transforma en un modo de hacer teoría, o sea, una manera determinada de explicar, definir y sistematizar los fenómenos que dan origen al derecho. Por lo tanto, va a tener un poder descriptivo-explicativo que implicará una “empresa científica”. El iuspositivismo reclama generalidad, dentro y fuera de la teoría del derecho, en el sentido de no estar vinculado con ningún sistema o cultura jurídica en particular y además, ofrece una descripción explicativa y esclarecedora del derecho como institución social y política compleja.²⁴⁷ La teoría del derecho se ha definido en el siglo XXI como un compilado de información en todo tipo de ámbitos sociales, en todos los sistemas jurídicos estatales, así como en otros tipos de derecho o según

²⁴⁶ *Ibid.*, p. 311. Sobre la neutralidad del derecho, véase el buen trabajo de FERRER, J., MORESO, J. J. y PAPAYANNIS, D. M. (eds.). 2012. Neutralidad y teoría del derecho. Madrid, Marcial Pons.

²⁴⁷ *Cfr.* JIMENEZ CANO, R. M. 2012. ¿Puede ser *general* la teoría general del derecho? En: Revista de Estudios Jurídicos – Segunda época, 12, p. 2.

Twinning, como el estudio teórico de dos o más tradiciones, culturas o sistemas jurídicos desde una visión micro-comparativa hasta una universal.²⁴⁸

Perry en su texto le da un correctivo más “positivista” a la tesis de Hart, expresando que la predicción es el fin principal de una teoría descriptiva-explicativa del derecho.²⁴⁹ Según Brian Burge-Hendrix no hay una conexión necesaria entre el poder explicativo y el poder predictivo en esta clase de teorías jurídicas.²⁵⁰ Lo que existe y se atribuye a la “sociología descriptiva” de Hart es que el poder predictivo constituye un valor teórico en la medida que ayuda a establecer la relevancia de los conceptos que explican solo adecuadamente al fenómeno bajo investigación. A la inversa, la capacidad predictiva de un concepto puede ser independientemente un valor práctico de su utilidad, destinado a explicar el ruido del fenómeno. La predictibilidad a la que *The Concept of Law* gira no se aboca solamente al “método científico”. La presentación de Hart es defendible a partir de la noción de “precisión descriptiva”, es decir, de cómo el teórico da cuenta de la realidad. La certeza es algo que cualquier explicación sobre el derecho que se pretenda positivista ha de tener siempre presente.²⁵¹

²⁴⁸ TWINNING, W. L. 2005. Teoría general del Derecho. En: Anales de la Cátedra Francisco Suárez, p. 574.

²⁴⁹ PERRY, S. 2001. *op. cit.*, p. 320.

²⁵⁰ BURGE-HENDRIX, B. 2008. Epistemic Uncertainty and Legal Theory. Aldershot, Ashgate, p. 76.

²⁵¹ ESCUDERO ALDAY, R. 2004. *op. cit.*, p. 49. También SOPER, P. 1998. Two Puzzles from the Postscript. En: Legal Theory, 4, p. 361.

Escudero Alday y Jiménez Cano sostienen que además de indagar en la naturaleza del positivismo jurídico como teoría del derecho o modo de hacer teoría, el contenido del derecho se ve resquebrajado por cuestiones ideológicas, puesto que se discute cuál sería la versión “correcta” del positivismo “correcta” o con cual seguiría existiendo idóneamente.²⁵² Hay tres clases de positivismo: incluyente, excluyente y normativo (o ético), como se enunció en el capítulo anterior.

El positivismo incluyente afirma que es conceptualmente viable que existan ordenamientos jurídicos cuyos criterios de validez sean normas morales sustantivas. Existen tres versiones de esta clase de positivismo con Coleman, Waluchow y Hart. En 1982, Coleman distingue tenuemente entre dos subtipos de positivismo: uno negativo y otro positivo. Ser uno u otro dependerá de si la regla de reconocimiento específica o no, algún principio de moralidad entre las condiciones de verdad para una proposición cualquiera de derecho. Para Coleman, el derecho no tiene fuerza normativa independiente, solo tiene valor instrumental y su autoridad dependerá de que sea convencionalmente aceptado como medio para lograr consecuencias sociales deseadas. Esta noción de la “convencionalidad” será redefinida en su ensayo “Incorporationism, Conventionality and the Practical Difference Thesis” (2001). En este último expresa que la naturaleza de la institucionalidad que encarna al derecho es

²⁵² El alegato a favor del problema ideológico en JIMENEZ CANO, R. M. 2008. *op. cit.*, pp. 171 y ss. Y una postura para evitar los calificativos al positivismo en ESCUDERO ALDAY, R. 2004. *op. cit.*

susceptible de ser permeada por la moral o algunos principios de índole extrajurídicos, con lo cual deja abierta la pregunta de ¿cuáles son las condiciones bajo las cuales las razones del derecho son razones morales?²⁵³

El positivismo excluyente declara la “exclusión” de cualquier principio moral en la determinación de qué es el derecho. Esto no niega que las normas jurídicas puedan estar motivadas por valores o principios morales, ni que los jueces al decidir los casos se comprometan con argumentos morales.²⁵⁴ Esta tesis tuvo sus orígenes con la tesis de Raz sobre la autoridad y se proyecta entre sus sucesores. La controversia de los positivistas incluyentes con los excluyentes es parte de un debate actual. La vigencia de Hart en este punto tiene que ver con la interpretación de qué es lo que realmente quiso decir al asimilar ciertas tesis de Dworkin como la inclusión de los principios en su teoría jurídica.

La relación derecho-moral no solo se remite a la naturaleza del positivismo jurídico y a la disputa de éste con el iusnaturalismo, sino que se extiende a la finalidad de la teoría en el intento por dar cuenta de la realidad.²⁵⁵

²⁵³ *Ibíd.*, pp. 109-14.

²⁵⁴ Véase JIMENEZ CANO, R. M. 2008. *op. cit.*, p. 198; BULYGIN, E. 2006. El positivismo jurídico. México DF, Fontamara, p. 109; ESCUDERO ALDAY, R. 2007. Arguments against Inclusive Legal Positivism. En: MORESO, J. J. (ed.). Legal Theory / Teoría del Derecho, Proceedings of the 22nd IVR World Congress Granada 2005, vol. I, Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie. Beiheft, p. 47.

²⁵⁵ En la enumeración –no taxativa– de los actuales debates de la filosofía del derecho de Coleman y Simchen estuvo ausente lo relativo a la teoría del derecho. Bix en 2006 se preguntó: ¿Qué quiere decir una ‘teoría del derecho’? ¿Qué es lo que hace que esas teorías sean verdaderas o falsas (o mejores o peores)? Quizás el silencio en los problemas metodológicos puede ser explicado por el hecho de que, por un largo tiempo, muchos de los más prominentes

La teoría puede ser “descriptiva”, “evaluativa o valorativa” o “prescriptiva o normativa”.²⁵⁶

Hart presentó un método descriptivo encaminado a afirmar que el derecho es un marco teórico concreto que da cuenta de la realidad, a partir de sus prácticas sociales. La descripción puede tener lugar en dos ámbitos: una teoría de la obligación o las razones para la acción de Raz.²⁵⁷ El punto controversial entre los distintos ámbitos consiste en si la esencia de lo jurídico se resuelve en su propia práctica o no.²⁵⁸ Para Hart sí se resuelve, no así para Raz. MacCormick aporta a la discusión distinguiendo entre reglas jurídicas sociales y morales sociales, donde ambas tienen un vocabulario normativo, pero las primeras tienen una cualidad epistémica que le da cohesión al sistema hartiano (unión de reglas primarias y secundarias).²⁵⁹ A Hart le interesa el derecho cuando es razonable extraer de las prácticas jurídicas la condición de verificación del sistema jurídico a través del punto de vista interno, el momento inicial del derecho y la aceptación del mismo. Hart busca el concepto de derecho. Una teoría del derecho será descriptiva en cuanto se proponga

escritores en esta tradición fueron abogados que reflexionaban sobre su actividad sin el entrenamiento filosófico que los hubiese inclinado a abordar cuestiones relacionadas con problemas de fundamentos (BIX, B. 2006. *op. cit.*, p. 13)

²⁵⁶ Al respecto, Bix establece una tipología similar, aunque excluye a las “evaluativas o valorativas” y además, agrega las teorías analíticas o conceptuales (*Ibid.*, p. 18). Esta tesis estima que ellas se acoplan mejor en la explicación sobre la dicotomía análisis conceptual y análisis científicista.

²⁵⁷ *Cfr.* RAZ, J. 1990. *op. cit.*, pp. 17-54; 151-71; 175-201.

²⁵⁸ Coleman expresa que el descriptivismo pretender identificar los rasgos esenciales o necesarios de la práctica (o bien, de nuestro concepto de derecho) 2001a. *op. cit.*, p. 112, nota 24.

²⁵⁹ MACCORMICK, N. 2010. *op. cit.*, pp. 90-95.

descubrir cuál es el derecho, antes que enjuiciarlo valorativamente u ofrecer argumentos acerca de cómo las cosas deberían ser hechas.²⁶⁰

Sobre las teorías evaluativas o valorativas del derecho Dickson se pregunta: ¿hasta qué punto y en qué sentido, un teórico del derecho tiene que llevar a cabo juicios de valoración sobre el derecho para construir una filosofía analítica del derecho exitosa?²⁶¹ Fuller en *The Morality of Law*, sostiene que para crear un concepto de derecho es necesario adjudicar un concepto moral que permitiera valorar al derecho como “obedecible”. Para elaborar una teoría valorativa o evaluativa del derecho se requiere resolver lo siguiente: (i) ¿es necesario evaluar moralmente al derecho a fin de comprenderlo mejor?; (ii) ¿un exitoso teórico del derecho tiene que suscribir la tesis de la evaluación moral?; (iii) ¿puede un teórico del derecho legítimamente suscribir la tesis de las consecuencias morales provechosas?²⁶²

Para Dickson, la teoría del derecho trata de ayudar a que nos entendamos en términos del derecho. Un teórico exitoso del derecho debe hacer juicios evaluativos de importancia y significación sobre su materia y debe hacerlo en una forma que sea lo suficientemente sensible a aquellas autocomprensiones ya existentes en términos del derecho sostenida por quienes crean, administran

²⁶⁰ BIX, B. 2006. *op. cit.*, p. 18.

²⁶¹ Una solución a esto en DICKSON, J. 2001. *op. cit.*, p. 37.

²⁶² Véase DICKSON, J. 2001. *op. cit.*, pp. 37-8. También véase GREEN, L. 1996. *op. cit.*, pp. 1687-717.

y están sujetos al derecho.²⁶³ En esta comprensión, la tesis de Hart no es híbrida como señalada Perry, sino indirectamente evaluativa, ¿cuál es la consecuencia de esto? En la explicación del derecho hay referencias al valor moral del derecho como un importante aspecto interno del mismo, pero no una evaluación directa de ese valor moral como verdadero o falso, justificado o no justificado, sino que solo lo evalúa indirectamente como importante o no importante para una explicación del derecho.²⁶⁴

Las teorías prescriptivas o normativas tienen en consideración, por un lado, cómo deben comportarse los individuos o los operadores jurídicos y por otro, la forma en que puede mejorar el derecho o el valor de gobernarse por éste.²⁶⁵ Este tipo de teorías supone un comportamiento racional de los sujetos imperados y que el derecho sea prácticamente razonable. No obstante, es necesario estar constantemente estudiando el fenómeno jurídico para revalidar estos supuestos. La lectura de Hart por Stavropoulos establece una serie de criterios para obtener los conceptos jurídicos, sus usos y significados en el sistema jurídico. Según los prescriptivistas, la tesis de Hart es en parte descriptiva y en parte prescriptiva.²⁶⁶

Recapitulando, Coleman afirma que los positivistas jurídicos son descriptivistas respecto de sus métodos filosóficos para abordar la teoría del

²⁶³ DICKSON, J. 2001. *op. cit.*, pp. 125-6.

²⁶⁴ Cfr. PARDO ÁLVAREZ, D. 2010. *op. cit.*, p. 75.

²⁶⁵ BIX, B. 2006. *op. cit.*, p. 168.

²⁶⁶ STAVROPOULOS, N. 2001. Hart's Semantics. En: COLEMAN, J. (ed.) Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law. Oxford, Oxford University Press, pp. 59-98;

derecho y los iusnaturalistas son normativistas.²⁶⁷ Habrá posturas más radicales como la de Bulygin quien declara que la función de la ciencia jurídica es “básicamente descriptiva”, aunque el derecho se base en valoraciones que podrían solo ser descritas²⁶⁸. Es lo que hace Hart en el *Postscript*.

En la tradición analítica de la filosofía del derecho la pregunta “qué es el derecho” se puede ver de dos maneras distintas. Por una parte, como una interrogante ontológica sobre la naturaleza del derecho y por otra, como una inquietud lingüística sobre qué significa la palabra “derecho”. Ante la posible similitud, lo segundo se refiere a una reflexión metalingüística, mientras que la otra no es solo una inquietud semántico-lingüística.

El siglo XXI tiene varias comprensiones de la naturaleza del derecho. En primer lugar, juristas como Raz y Bix señalan que ella está integrada por sus propiedades necesarias o esenciales.²⁶⁹ En segundo lugar, el contenido de la naturaleza del derecho está dado por el subconjunto del conjunto de las propiedades necesarias o esenciales que también son en cierta forma importantes o que podrían ser valiosas para nuestra comprensión.²⁷⁰ En tercer

²⁶⁷ COLEMAN, J. 2012. *op. cit.*, p. 125.

²⁶⁸ BULYGIN, E. 2014. Mi visión de la racionalidad en el derecho. En: VVAA. Simposio Internacional de Filosofía del Derecho “Racionalidad en el Derecho”. Buenos Aires, Facultad de Derecho – Universidad de Buenos Aires, p. 302.

²⁶⁹ RAZ, J. 2007a. *op. cit.* y también BIX, B. 2003. Raz on necessity. En: *Law and Philosophy*, 22, p. 537.

²⁷⁰ DICKSON, J. 2004. Methodology in Jurisprudence: A Critical Survey. En: *Legal Theory*, 10, pp. 117-56.

lugar, la naturaleza del derecho consiste en propiedades que son importantes, pero no necesarias.²⁷¹

Burge-Hendrix se plantea las siguientes preguntas: ¿cómo escoger una teoría para explicar al derecho? ¿Necesariamente hay que escoger una?²⁷² Esta tesis no considera que haya una “mejor” teoría del derecho, sino que diferentes explicaciones dirigidas a distintas preocupaciones y niveles de reflexión. Vale decir, la relevancia explicativa produce un relativismo, donde no existe una manera perfectamente objetiva para juzgar los méritos de las teorías jurídicas con prescindencia de su éxito, el que está direccionado por las preguntas y puzzles que pretenden responder. Esta objetividad dice relación con un estándar “único” del éxito teórico. Para pensar en la “elección” puntual, fijemos un rango abierto pero acotado, las aproximaciones metodológicas que los juristas y demás operadores jurídicos reconozcan como válidas o que valgan la pena. En la literatura post-Hart, se ha hablado de la “neutralidad de la teoría del derecho”, con lo se buscan los “límites del derecho”, algo inevitable antes de una investigación.²⁷³ La posibilidad de elegir una teoría del derecho supone una discusión previa sobre los valores. En ella, Putnam reconoce que

²⁷¹ SCHAUER, F. 2012. *op. cit.*, p. 42.

²⁷² BURGE-HENDRIX, B. 2008. *op. cit.*, pp. 59 y ss.

²⁷³ MURPHY, L. 2001. The Political Question of the Concept of Law. En: COLEMAN, J. (ed.) Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law. Oxford, Oxford University Press, p. 382. En la literatura en español sobre la materia, el académico de la Universidad de Buenos Aires, Germán Sucar propone ciertos requisitos para la adecuación de una teoría acerca de la naturaleza del derecho, véase 2008. Concepciones del derecho y de la verdad jurídica. Madrid, Marcial Pons, pp. 140-50.

existen valores epistémicos y valores éticos (o morales).²⁷⁴ Principalmente, los conceptos tienen aparejado uno u otro valor, bien podrían tener ambos, para lo cual habría que diferenciar en la misma dicotomía y ofrecer una explicación. Es tarea de una metateoría jurídica el analizar el valor epistémico y/o ético que puede pertenecerle al concepto de derecho.

Si la teoría del derecho fuese uniforme podría solamente proporcionarnos el conocimiento acerca del derecho en general y no acerca de un lugar en particular, pues ello, para Hage sería imposible.²⁷⁵ Esta intuición considera que en todas partes se puede encontrar derecho.

Para concluir la lectura sobre el compilado de Coleman, una reflexión sobre el análisis conceptual de Hart. De la idea de “analizar”, podemos colegir tres posibles sentidos: uno clásico (como descomposición, esto es, considerar a las cosas en sus elementos singulares y no como un conjunto²⁷⁶). Otro de la jurisprudencia analítica del siglo XIX (según Jiménez Cano en la parte general de la pandectística, es decir, en la revisión de los conceptos jurídicos fundamentales²⁷⁷) y el de la filosofía analítica del siglo XX (una mixtura entre un tratamiento filosófico esclarecedor del lenguaje en los asuntos epistémicos y la

²⁷⁴ PUTNAM, H. 2001. El desplome de la dicotomía hecho-valor y otros ensayos. Barcelona, Paidós, p. 44.

²⁷⁵ HAGE, J. 2013. Can Legal Theory Be Objective? En: HUSA, J. y VAN HOECKE, M. (eds.) *Objectivity in Law and Legal Reasoning*. Oxford, Hart Publishing, p. 24.

²⁷⁶ Strawson sobre este entendimiento expresa que se puede entender “análisis” como un tipo de partición o descomposición de algo. De ahí que tengamos la imagen de un tipo de trabajo intelectual que consiste en desmenuzar ideas o conceptos; en descubrir cuáles son los elementos en que se descompone un concepto o idea (STRAWSON, P. F. 1997. *op. cit.*, p. 44).

²⁷⁷ JIMENEZ CANO, R. M. 2008. *op. cit.*, p. 44.

conciencia de que esta actitud en la resolución de los problemas es la apropiada²⁷⁸). La tradición analítica de la filosofía del derecho en el siglo XXI intenta hacerse cargo de todos estos sentidos. De igual modo, llega al consenso que la mayor parte de las controversias que se producen en la teoría jurídica tienen su origen en el lenguaje. Éste restringe a los problemas iusfilosóficos a cuestiones sobre los conceptos.

Según el análisis conceptual, el teórico del derecho debe rechazar los análisis que tengan implicancias contraintuitivas acerca de si los objetos cuentan como derecho o si algún elemento es una necesaria característica del derecho en favor del análisis que mejor esté acorde con estas intuiciones.²⁷⁹ Este método predomina en el positivismo jurídico y en la filosofía analítica del derecho de los últimos cincuenta años.

El análisis conceptual está comprometido con la elucidación del uso diario de las palabras y la reflexión acerca de las cosas que designa. Doctrinalmente se argumenta que el análisis conceptual tradicional es un ejercicio sin sentido, porque está comprometido con la errónea dicotomía analítico-sintético o porque existe el intratable desacuerdo acerca de su uso

²⁷⁸ La elucidación es la función principal de este entendimiento de “análisis”, ya que el alcance de la claridad es esencial para la comunicación de unos con otros (COLEMAN, J. 2002. *Methodology*. En: COLEMAN, J., SHAPIRO, S. J. y HIMMA, K. E. (eds.). *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*. Oxford, Oxford University Press, p. 344. También *Ibid.*, p. 56). En Hart, el aclarar un concepto está intrincado con la explicación y la definición (HART, H. L. A. 1994a. *op. cit.*, p. 18).

²⁷⁹ MARMOR, A. 2013. Farewell to Conceptual Analysis (in Jurisprudence). En: WALUCHOW, W y SCIARAFFA, S. (eds.) *Philosophical Foundations of the Nature of Law*. Oxford, Oxford University Press, p. 228.

común.²⁸⁰ Asimismo, el análisis conceptual socava al positivismo metodológico, ya que la revisión de ciertos conceptos normativos emplea la evaluación moral.²⁸¹ Nathalie Stoljar sugiere que la proposición anterior es muy dura. Para atenuarla, afirma que el derecho es un concepto que refiere a un tipo social en evolución. Por tanto, seguir con el examen de los conceptos es la manera correcta para corroborar si el contenido de los mismos está fijado y es completamente distinguible a pesar de la práctica de teóricos. Estos últimos, en el plano jurídico, deben tomar el desafío que ofrece la discusión de la naturaleza del derecho como un “tipo social” y no entrar en la maraña de las definiciones con el fin de resolver la interrogante: “¿qué clase de cosa queremos que el derecho sea?”²⁸² Esto le da a la teoría del derecho dos lecciones: 1) si la teoría jurídica quiere ofrecer una visión clara de lo que es el derecho no puede prescindir de los fenómenos sociales y, especialmente, no debe rechazar a la sociología; 2) la importancia de la teoría reside en que es

²⁸⁰ Véase su crítica en QUINE, W. V. 2002. Desde un punto de vista lógico. Barcelona, Paidós, pp. 61-91.

²⁸¹ Cfr. BIX, B. 2007. Joseph Raz and Conceptual Analysis. En: APA Newsletter on Philosophy and Law, 6(2). Véase también GARDNER, J. 2001. Legal Positivism: 5 1/2 Myths. En: The American Journal of Jurisprudence, 46(1), pp. 199-227.

²⁸² STOLJAR, N. 2013. What Do We Want Law to Be? Philosophical Analysis and the Concept of Law. En: WALUCHOW, W y SCIARAFFA, S. (eds.) Philosophical Foundations of the Nature of Law. Oxford, Oxford University Press, pp. 243-44; 251-2. Se sugiere también la vista de LÓPEZ PÉREZ, N. 2013b. La teoría del derecho de Joseph Raz: ¿un esencialismo cientificista insuficiente? En: Revista Telemática de Filosofía del Derecho, 16, pp. 182-4, en la parte que inicia la discusión sobre “entregar un concepto”.

una investigación sobre una característica sumamente importante de sino, la mayoría de las sociedades.²⁸³

La parte final de esta sección se referirá al ensayo “Hart’s Postscript and the Character of Political Philosophy” (2004) de Dworkin. De él, dos ideas generales sobre “arquimedianos”²⁸⁴: “la teoría de Hart no es una descripción neutral de la práctica jurídica, sino una interpretación de ella que aspira no solo a describirla sino a justificarla”, “la distinción clave (...) es entre niveles de discurso: (...) entre los juicios de valor sustantivos, de primer orden, de la gente común, acerca de la libertad, la igualdad, la democracia, la justicia, la legalidad y otros ideales políticos y los análisis filosóficos neutrales, de segundo orden, de estos conceptos de los filósofos políticos”.²⁸⁵

Para combatir a los arquimedianos, Dworkin presenta un caso ficticio. En él, la señora Sorenson ha consumido por largos años un fármaco genérico fabricado en la industria por varias compañías, el *inventum*. El medicamento en cuestión causa efectos secundarios no advertidos ni detectados a causa de la

²⁸³ Véanse TAMANAHA, B. Z. 2000. Conceptual Analysis, Continental Social Theory, and CLS: A Response to Bix, Rubin and Livingston. En: Rutgers Law Journal, 32, p. 288 y 1995. An Analytical Map of Social Scientific Approaches to the Concept of Law. En: Oxford Journal of Legal Studies, 15(4), p. 502; HIMMA, K. E. 2004. Do Philosophy and Sociology Mix? A Non-Essentialist Socio-Legal Positivist Analysis of the Concept of Law. En: Oxford Journal of Legal Studies 24(4), pp. 717-38; BURGE-HENDRIX, B. 2008. *op. cit.*, p. 91.

²⁸⁴ El uso del concepto refiere a aquellos filósofos que pretenden describir al derecho (lo que es) desde un punto de vista que está fuera de la práctica y por tanto, sin incurrir en valoraciones. El objetivo de éste es describir el derecho en tanto es, sin adoptar valoración alguna. Así también, el discurso valorativo que exponen, se supone “neutro” en términos valorativos. Para Dworkin eso no es posible, ya que describir una práctica desde fuera sin valorarla, insoslayablemente implica un componente normativo, o sea, de lo que el derecho *debe ser*.

²⁸⁵ DWORKIN, R. 2004. *op. cit.*, pp. 2-3.

negligencia de sus productores, los que provocaron a la señora graves problemas cardíacos. El caso tiene la particularidad que la mujer no puede probar cuál o cuáles de las compañías que elaboran *inventum* son las responsables de su afección. Los abogados de la señora Sorenson demandan a todas las empresas que confeccionaron el fármaco en el período en que ella lo consumió, con miras a que se reparen los daños causados en orden a la porción del mercado de ventas que cada una tenía en el lapso fijado. Para Dworkin, una concepción iuspositivista debería rechazar la demanda de la señora, puesto que basándose en la tesis de las fuentes, solo sería posible incorporar valores morales en la argumentación en cuanto las fuentes señalen que pertenecen al derecho.²⁸⁶ Como no hay norma positiva que declare lo anterior, la demanda debe ser desestimada. Dworkin afirma que las investigaciones conceptuales generalmente son contrastadas con las empíricas y con las evaluativas.²⁸⁷ Ve en Hart la imposibilidad de sostener un proyecto descriptivo y evaluativo, donde la tesis no solo pierde poder explicativo, sino que llega a ser incapaz de explicar la naturaleza del derecho.

Según Dworkin, las controversias filosóficas son también políticas. Ahora bien, los arquimedianos ignoran la forma en que los conceptos políticos realmente funcionan en la discusión política. Por tanto, sus razonamientos dan lugar a cuestiones contraintuitivas en la práctica. En esta línea, el derecho es un

²⁸⁶ DWORKIN, R. 2006. *op. cit.*, pp. 143-5.

²⁸⁷ DWORKIN, R. 2004. *op. cit.*, p. 5.

concepto político, pues las personas lo usan para formar pretensiones de derecho, de uno u otro lugar prohíbe o permite o requiere ciertas acciones o provee ciertas asignaciones o tiene otras consecuencias.²⁸⁸ Dworkin no puede aceptar la tesis de las fuentes por su carencia de neutralidad, su carácter controversial y el resultado injusto que importa en el caso de la señora Sorenson. La posibilidad de interpretar es lo que caracteriza al razonamiento jurídico y cómo los operadores del derecho pueden ponerse de acuerdo.

Además de ser un concepto político, en la concepción de Dworkin, el derecho es un concepto interpretativo.²⁸⁹ Con esto, no es posible proponer un análisis exitoso de lo jurídico si no existe relación con su práctica: una explicación satisfactoria de cualquier valor debe ser visible en un esquema conceptual que compartimos.²⁹⁰ Con Dworkin, la filosofía analítica del derecho sufre un giro interpretativo. Hart no se hizo cargo de la tesis sobre los desacuerdos de Dworkin. La filosofía del derecho, en el concepto de este último, debe dedicarse a mostrar la mejor versión de la práctica jurídica de modo que logre un equilibrio entre ella y su justificación.²⁹¹ Parece que Dworkin

²⁸⁸ *Ibíd.*, p. 19. Green está de acuerdo con Dworkin en este punto, señalando que es algo que Hart no pudo dilucidar a tiempo (1996. *op. cit.*)

²⁸⁹ DWORKIN, R. 1998. *op. cit.*, p. 410.

²⁹⁰ DWORKIN, R. 2004. *op. cit.*, p. 31.

²⁹¹ Considero que la lectura dworkiniana de la filosofía del derecho pudo haber sido influenciada por la idea antropológica de la interpretación de las prácticas de Clifford Geertz, por ello se sugiere ver GEERTZ, C. 2002. Reflexiones antropológicas sobre temas filosóficos. Barcelona, Paidós. E incluso pueden haber en su pensamiento, retazos de la sociología del jamaíquino Stuart Hall. Comparto la siguiente cita de este último: "El concepto acepta que las identidades nunca se unifican y, en los tiempos de la modernidad tardía, están cada vez más fragmentadas y fracturadas; nunca son singulares, sino construidas de múltiples maneras a través de

cierra la fase de discusión con Hart por medio de este texto y en adelante se dedica a disentir en otros temas menores y de filosofía política con otros académicos.

3.2. El tercer lustro: reconsiderar las tesis clásicas de Hart y Kelsen

¿Por qué Hart sigue vigente luego de medio siglo? ¿Puede la tesis de Kelsen subsistir más de ochenta años? Interrogantes que la historia de la filosofía analítica del derecho se empeña en resolver. En esta sección se afirmará, en principio, que la subsistencia de las tesis de Hart y Kelsen, reside en los sistemáticos exámenes y el refinamiento de los conceptos centrales de sus teorías del derecho, por ejemplo, sanción, obligación, justicia, Estado, autoridad, razón, reglas, coacción y convenciones.²⁹² Según Fernando Quintana Bravo: “la historia de las distintas concepciones del Derecho quedaría reducida a un catálogo que registra los distintos usos o concepciones del Derecho, quedando a disposición de cualquiera elegir alguno de ellos”.²⁹³ Se discrepa con esta afirmación, puesto que para comenzar una investigación en la tradición analítica de la filosofía del derecho, es provechoso buscar respuesta en alguna

discursos, prácticas y posiciones diferentes, a menudo cruzados y antagónicos. Están sujetas a una historización radical y en un constante proceso de cambio” (HALL, S. 2003. Introducción: ¿quién necesita ‘identidad’? En: HALL, S. y DUGRAY, P. (comp.) Cuestiones de identidad cultural. Buenos Aires, Amorrortu editores, p. 17)

²⁹² Más sobre la influencia de los textos en ANTONOV, M. 2014. *op. cit.*; LEITER, B. 2005. *op. cit.*

²⁹³ QUINTANA BRAVO, F. 2014. Comentario sobre “Dos críticas metodológicas a la teoría de Hart”. En: FIGUEROA RUBIO, S. (ed.) Hart en la teoría del derecho contemporánea. A 50 años de El concepto de derecho. Santiago de Chile, Ediciones UDP, p. 138.

familia de razonamientos provenientes de la *Reine Rechtslehre* o de *The Concept of Law*.

Hart advierte que:

son tantos los actos distintivos del derecho y tantas las ideas constitutivas de la estructura del pensamiento jurídico que requieren para su elucidación la referencia a uno o ambos de estos tipos de reglas, que su unión puede ser considerada en justicia como la 'esencia' del derecho, aunque los dos tipos de reglas no siempre aparezcan juntas dondequiera que se use correctamente la palabra 'derecho'.²⁹⁴

La generalidad de las tesis de Hart y Kelsen ha permitido su proyección más allá de sus expectativas. La literatura suele agrupar a estos textos en categorías como: el positivismo jurídico, las teorías analíticas y las normativas, el análisis conceptual y el científicista, arquimedianos, científicistas y cotidianistas, descriptivistas, prescriptivistas y evaluativas, entre otras.

Centrarse en estos textos para un adecuado estudio teórico del derecho es compartido por varios iusfilósofos. El proyecto hartiano exhibe un poder explicativo del derecho superior respecto de otras teorías del siglo XX. Las siguientes subsecciones analizarán el tercer lustro del siglo XXI, el que se remite a conmemoraciones de los dos textos, que no pecan de ser dogmáticos

²⁹⁴ HART, H. L. A. 1994a. *op. cit.*, p. 155.

ni estáticos, sino que están en constante movimiento. El derecho y su teoría general van evolucionando con la sociedad.

3.2.1. The Concept of Law, medio siglo después.

En el tercer lustro del siglo XXI se cumplió medio siglo tanto de *The Concept of Law* (1961-2011) como de su traducción al español (1963-2013). Varios departamentos de ciencias del derecho y de teoría jurídica prepararon homenajes en torno a la figura de Hart. Sin embargo, en el escenario central de la filosofía jurídica analítica, se elaboraron dos interesantes compilaciones: *The Hart-Fuller Debate in the Twenty-First Century* (2010) editado Peter Cane y *Reading H. L. A. Hart's 'The Concept of Law'* (2013) edición a cargo de Luis Duarte D'Almeida, James Edwards y Andrea Dolcetti.²⁹⁵ El primer volumen realiza, cincuenta años después, una lectura del debate Hart-Fuller (véase supra 2.3.1). Aborda su importancia a propósito de la visión del positivismo jurídico en el período de la posguerra, la separación entre derecho y moral y cómo estos factores inciden en la determinación y funcionamiento del derecho internacional de los Derechos Humanos.²⁹⁶ La compilación indaga también en las relaciones académicas entre Hart y Fuller.²⁹⁷

²⁹⁵ En español, referentes al medio siglo de *The Concept of Law* destaco: el número 5/2011 de *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho* del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, el compilado a cargo de Sebastián Figueroa Rubio en Chile, titulado *Hart en la teoría del derecho contemporánea "A 50 años de El Concepto de Derecho"* (2014)

²⁹⁶ Uno de los ensayos colectados en el texto señala que "la relevancia más obvia del debate Hart-Fuller reside en el derecho internacional de los Derechos Humanos es, luego de cincuenta

Reconsiderar el debate Hart-Fuller es provechoso para releer y volver a discutir los capítulos VIII y IX de *The Concept of Law*.

Reading H. L. A. Hart's 'The Concept of Law' es una incisiva contribución que lee la obra haciendo hincapié en los puntos centrales de cada capítulo del libro. Además, contiene una entrevista inédita a Hart. Para todas las invectivas en contra de la prosa de Hart, él no fue un escritor tan claro como lo hubiera deseado. No es que su prosa fuera inaccesible, por supuesto que leyendo *The Concept of Law* por vez primera, las tesis tienen sentido.²⁹⁸ Las ideas de Hart decrecen en claridad con cada lectura. Hart fue consciente de sus defectos expositivos, en 1988, al final de su carrera, dio una entrevista, donde se

años, adopta una moralidad a menudo jugada por la Declaración Universal de los Derechos Humanos en el contexto doméstico de la adjudicación” y luego, esto provee “un espacio confeccionado para el derecho internacional de los Derechos Humanos en un intercambio estructurado alrededor del positivismo y la separación del derecho y la moral” (KNOP, K. 2010. *The Hart-Fuller Debate's Silence on Human Rights*. En: CANE, P. (ed.) *The Hart-Fuller Debate in the Twenty-First Century*. Oxford, Hart Publishing, pp. 70 y 77.

²⁹⁷ Nicola Lacey hace un magnífico trabajo revisando la correspondencia que Hart sostuvo con Fuller, inclusive con anterioridad a la publicación de *Positivism and the Separation of Law and Morals* en 1958 (LACEY, N. 2010. *Out of the 'Witches' Cauldron'? Reinterpreting the Context and Reassessing the Significance of the Hart-Fuller Debate*. En: CANE, P. (ed.) *The Hart-Fuller Debate in the Twenty-First Century*. Oxford, Hart Publishing, pp. 1-42). La compilación de los cincuenta años del debate Hart-Fuller también discute, entre otros tópicos, la idea del Estado de Derecho, el Derecho Penal Internacional y el pluralismo jurídico.

²⁹⁸ GREEN, L. 2012. *op. cit.*, pp. xlvii-xlviii; GREEN, L. 2013. *The Morality in Law*. En: DUARTE D'ALMEIDA, L., EDWARDS, J. y DOLCETTI, A. (eds.) *Reading H. L. A. Hart's 'The Concept of Law'*. Oxford, Hart Publishing, pp. 177-208; CHIASSONI, P. 2013. *The Model of Ordinary Analysis*. En: DUARTE D'ALMEIDA, L., EDWARDS, J. y DOLCETTI, A. (eds.) *Reading H. L. A. Hart's 'The Concept of Law'*. Oxford, Hart Publishing, pp. 247-68. HART, H. L. A. 1953b. *Philosophy of Law and Jurisprudence in Britain (1945-1952)*. En: *The American Journal of Comparative Law*, 2(3), p. 364.

describía a sí mismo como un 'escritor algo descuidado' cuyas visiones son a veces expresadas como 'imprecisas, ambiguas o muy vagas'.²⁹⁹

El texto de 2013 considera a *The Concept of Law* en dos facetas: por una parte, la que lo ve como un libro que expone ideas sencillas y "simpáticas" inclusive para, potenciales o noveles operadores jurídicos. Por otra, involucra a una obra que muta en un texto complejo como parte del refinamiento de razonamientos iusfilosóficos contemporáneos. Es más, sus editores señalan que el volumen es para un público que va desde estudiantes hasta posdoctores en derecho.³⁰⁰ Está dividido en tres secciones. En primer lugar, lecturas desde los capítulos II a IX *The Concept of Law*. En segundo lugar, hace énfasis en las "preguntas persistentes" que Hart enuncia en el capítulo I de su libro. En tercer lugar, consiste en una entrevista a Hart.

El futuro de *The Concept of Law* se ve favorecido por las continuas inquietudes alrededor de la naturaleza del derecho y del carácter de la teoría jurídica. De ahí que se discuta intensamente sobre la "generalidad" y capacidad descriptiva del libro, como se argumentó en un comienzo. En 2011, el historiador A. W. B. Simpson publicó un libro titulado *Reflections on The Concept of Law*, anunciando la crisis del modelo hartiano. Según Simpson, "el análisis general de Hart sobre la estructura de un sistema jurídico no está

²⁹⁹ HART, H. L. A. 2013. Answers to Eight Questions. En: DUARTE D'ALMEIDA, L., EDWARDS, J. y DOLCETTI, A. (eds.) Reading H. L. A. Hart's 'The Concept of Law'. Oxford, Hart Publishing, pp. 280 y ss.

³⁰⁰ DUARTE D'ALMEIDA, L., EDWARDS, J. y DOLCETTI, A. 2013. *op. cit.*, p. 10.

basado en un estudio prolongado de las disposiciones jurídicas complejas ni tampoco se acompaña de una conciencia naciente que subyazca a la complejidad que puede ser discernida de entre la simplicidad”.³⁰¹ Parece un argumento luhmaniano que apunta que si Hart con su regla de reconocimiento dice que algo es derecho, bueno, lo es. Como alegato en defensa de la generalidad, Endicott explica que ella debe referirse a: las leyes (su aplicabilidad a las personas y conductas, el tiempo y el espacio), las autoridades del sistema jurídico, el sistema y el hábito de obediencia³⁰². Además de ello, Hart debe lidiar con la teoría del derecho como planificación social de Shapiro (*planning theory of law*).³⁰³ Ella propone una interpretación *dura* de la tesis de Hart, aduciendo la superioridad del positivismo jurídico por sobre el iusnaturalismo. Según esta teoría expone que las normas jurídicas surgen en la sociedad, porque la gente busca su desarrollo y que a la vez está limitada por sus capacidades y el pluralismo de los valores y preferencias. Por tanto, a partir de directrices “generalizadas” como planos, las normas son producidas por entidades autorizadas a planificar. En ese sentido, los ordenamientos jurídicos son instituciones de planificación social y su fin fundamental es compensar las deficiencias de otras formas alternativas de

³⁰¹ SIMPSON, A. W. B. 2011. *Reflections on The Concept of Law*. Oxford, Oxford University Press, p. 140.

³⁰² ENDICOTT, T. A. O. 2013. *The Generality of Law*. En: DUARTE D'ALMEIDA, L., EDWARDS, J. y DOLCETTI, A. (eds.) *Reading H. L. A. Hart's 'The Concept of Law'*. Oxford, Hart Publishing, pp. 15-36.

³⁰³ SHAPIRO, S. J. 2011. *Legality*. Cambridge (MA), Harvard University Press.

planificación en las circunstancias de la legalidad”.³⁰⁴ Luego el derecho es valioso: “dada la complejidad, conflictividad y arbitrariedad de la vida moderna, existe una enorme necesidad moral de planificación para la guía, coordinación y control de la conducta”.³⁰⁵ Shapiro sugiere una versión del positivismo excluyente distinta de la de Raz y su horizonte de discusión radica en una “nueva teoría práctica” del derecho.³⁰⁶

En un mundo globalizado como el actual, *The Concept of Law* debe adaptarse como la teoría general que es.³⁰⁷ La creciente expansión de esta teoría surge como una estrategia para superar sus límites explicativos, sin la necesidad de abandonar sus premisas centrales con lo que permite a la mayoría de los juristas seguir siendo positivistas sin sentirse culpables por ello.³⁰⁸

³⁰⁴ *Ibid.*, p. 171.

³⁰⁵ *Ibid.*, p. 172.

³⁰⁶ Existe un debate al respecto con Matthew H. Kramer, véase KRAMER, M. H. 2013. In Defense of Hart. En: WALUCHOW, W y SCIARAFFA, S. (eds.) *Philosophical Foundations of the Nature of Law*. Oxford, Oxford University Press, pp. 21-50.

³⁰⁷ Uno de los objetivos fundamentales de Hart –y también de su escuela- fue establecer los límites del derecho y distinguir los elementos jurídicos de los extrajurídicos. Su regla de reconocimiento se construye precisamente para identificar el derecho (CALSAMIGLIA, A. 1998. *Postpositivismo*. En: DOXA, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 21, p. 211) En la continuación del argumento: GARCÍA CALVO, M. *Positivismo jurídico y transformaciones del derecho*. En: VVAA. *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Vol. 2, Madrid, Dykinson, 2008, pp. 201-222; LACASTA ZABALZA, J. I. 2013. *Memoria colectiva, pluralismo y participación democrática*. Valencia, Tirant/Humanidades, pp. 115-128.

³⁰⁸ P IBÁ , J. 2011. *Lesk a bída právního pozitivismu*. En: P IBÁ , J. y HOLLÄNDER, P. (eds.) *Právo a dobro v ústavní demokracii: Polemické a kritické úvahy*, Sociologické aktuality, Praga, SLON-Sociologické nakladatelství, pp. 27-34. Otro alegato en favor de la afirmación en: P IBÁ , J. 2004. *Doslov*. En: HART, H. L. A. *Pojem práva*. Praga, Prostor, pp. 309 y ss.

3.2.2. El octogésimo aniversario de la “Teoría pura del Derecho” de Kelsen.

La teoría pura del derecho de Kelsen se proyecta en el siglo XXI más como una tesis de filosofía y teoría política, que como de una tesis jurídica. Hay quienes plantean, como Lars Vinx, que el proyecto kelseniano puede ser entendido como una teoría política o como una teoría científica sobre el fenómeno jurídico.³⁰⁹

La teoría pura del derecho es elástica. Hace de la coacción el elemento fundante del derecho y de la separación entre el derecho y la moral, un dogma. Según Raz, es posible resumir a Kelsen en dos premisas: (I) para afirmar que existe una conexión necesaria entre el derecho y la moral, bien presuponemos valores morales absolutos a los que la ley se ajusta necesariamente o bien se asume que todas las morales relativistas tienen algunos valores en común y que a los que la ley se ajusta; (II) no hay valores morales absolutos y no hay contenido común a todas las morales relativistas.³¹⁰

La virtud del proyecto kelseniano y el motivo por el que aún se sigue estudiando, es su presentación del derecho positivo tal como es, sin elementos exógenos. La teoría pura del derecho es una doctrina metodológica que entrega la comprensión de un orden jurídico universal, de cuáles ideas sobre el derecho

³⁰⁹ VINX, L. 2007. Hans Kelsen's Pure Theory of Law: Legality and Legitimacy. Oxford, Oxford University Press.

³¹⁰ RAZ, J. 2009b. Kelsen's Theory of the Basic Norm. En: The Authority of Law. 2a. edición. Oxford, Oxford University Press.

natural son ciertas y cómo es posible hacer distinciones entre el derecho nacional y el derecho internacional o regional. La teoría pura, independientemente de su relación negativa con los “principios” del derecho natural, se vio obligada, a estudiar los contenidos de la ley natural. No es sencillo decir que Kelsen estaba equivocado con su clasificación del derecho entre puro e impuro. Hart criticó indirectamente la tesis de la pureza del derecho. Sin perjuicio de que con la exclusión de “elementos extraños”, Kelsen deriva la regla de reconocimiento de la teoría pura. Luego, Hart considera el concepto de regla de reconocimiento como una evolución de *Grundnorm* de Kelsen, en tanto se mantienen positivistas sin titubear.³¹¹

El valor como teoría política de la tesis de Kelsen es tal cuando no la desprendemos de su obra hermana, *General Theory of Law and State* (1945) ni de los nexos que existen con el concepto de justicia desarrollados en *Was ist Gerechtigkeit?* (1953).

El valor de la teoría pura del derecho como teoría científica debe considerar que “en cuanto teoría pretende, exclusiva y únicamente, distinguir su objeto”.³¹² Si la teoría jurídica se considera a sí misma científica e independiente de otras ciencias experimentales, necesita fijar su objeto de estudio para apartar a la ciencia jurídica como disciplina autónoma. Solo la

³¹¹ KRISHNAN, A. 2009. A Concise Interpretation of Hans Kelsen's Pure Theory of Law. [en línea] <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1521569 > [consultado el 26 de enero de 2015]. Y también como referencia HART, H. L. A. 1963. Kelsen visited. En: *UCLA Law Review*, 10, pp. 709-28.

³¹² KELSEN, H. 1982. *op. cit.*, p. 15.

teoría pura será efectiva para identificar lo que cuenta como derecho. Si interpretamos el proyecto kelseniano como una visión de la ciencia jurídica experimental, se deben considerar las siguientes propiedades para el análisis. Primero, el hecho de que la teoría pura es una “ciencia normativa”, independiente de toda otra ciencia natural. Segundo, la separación de la teoría pura de la teoría de la justicia. Tercero, que ese hecho es una teoría general del derecho que describe una estructura común a todos los sistemas jurídicos.

El concepto de ciencia en Kelsen es amplio. Comprende todas las formas de investigación, incluyendo las ciencias “empíricas”, “sociales” y “humanas”, encaminadas a desenterrar las regularidades de la causalidad, lo que permite explicar y predecir eventos observables sobre la base de “regularidades”.³¹³ La teoría del derecho, en contraste, es una ciencia normativa que describe la estructura y contenido de ciertas especies de sistemas normativos.³¹⁴ Kelsen expresa que lo único que puede comprometerse en una ciencia normativa es solo lo que está orientado a presuponer la validez objetiva de las normas en análisis. Esta última, la forma de existencia de las normas, no es explicable en términos de “hechos empíricos”, he ahí la ventaja comparativa con otras tesis predictivas como la de Ross. Según Kelsen, la teoría del derecho puede que ser

³¹³ KELSEN, H. 1997. Introduction to the Problems of Legal Theory. Oxford, Oxford University Press, pp. 13-4.

³¹⁴ VINX, L. 2007. *op. cit.*, p. 30.

distinguida claramente de cualquier forma de forma de cognición empírica del derecho solo si se adecúa a su objeto de estudio, precisamente.³¹⁵

La teoría pura se enfoca únicamente en el conocimiento objetivo del derecho. La limpieza del concepto de legalidad de las evaluaciones de la “calidad moral del contenido de la ley” produce que el derecho esté inmerso en la dicotomía de ser objetivo y a la vez indeterminado, un inadmisibles por la tesis de Kelsen. La pureza de la teoría es lo que la hace científica.

A la noción de ciencia jurídica se puede aplicar la tesis de Thomas Kuhn sobre los paradigmas. Según él, la ciencia comienza con una teoría que explica primeramente un hecho o evento en la disciplina. Bajo el concepto de “ciencia normal” se forma un lapso de tiempo en que la actividad científica se ocupa de dilucidar interrogantes total o parcialmente. En la continuidad teórica, los científicos tratan de: extender el rango de aplicación de sus técnicas de investigación y además, de dar soluciones a las problemáticas existentes. Esto ocurre el proyecto kelseniano en su recepción en el mundo anglosajón por Hart y Raz, en países hispanoparlantes y en otros idiomas.³¹⁶ La teoría pura funda

³¹⁵ KELSEN, H. 1997. *op. cit.*, pp. 23-5.

³¹⁶ Véase KLETZER, C. 2010. The Role and Reception of the Work of Hans Kelsen in the United Kingdom. En: WALTER, R., JABLONER, C. y ZELENY, K. (eds.) Hans Kelsen anderswo- Hans Kelsen abroad: der Einfluss der reinen Rechtslehre auf die Rechtstheorie en verschiedenen Ländern, Teil III. Viena, Verlag.

una comprensión normativista del derecho. Es una parte insustituible de la filosofía jurídica analítica del siglo XX.³¹⁷

3.3. Nuevas concepciones, ¿revolucionar la teoría jurídica analítica?

La teoría jurídica analítica lidera los estudios iusfilosóficos en las escuelas de derecho. *The Concept of Law* encausó sus puntos de discusión. El análisis conceptual en el derecho constituye la primera palabra de la teoría jurídica analítica. Según Gerald Postema, Hart despertó a ésta de su cómodo sueño ligero.³¹⁸ Sin embargo, cuando la filosofía del derecho se mezcla con otras disciplinas, en particular, la ciencia experimental, los estudios culturales y la teoría crítica, surgen nuevas concepciones encaminadas a dar distintas explicaciones del fenómeno jurídico. Algunas se distancian del proyecto hartiano.

³¹⁷ Al respecto Schmill hace una defensa prolífica de la tesis de la teoría pura. Kelsen es el jurista del siglo xx. Consideramos que sus trabajos son una importante contribución teórica, ante la cual hay que tomar posición. Quizá la actitud más conveniente, en este sentido, sea aquella que recomienda K. R. Popper: la actitud crítica. Pero esto implica que debe entenderse la teoría pura del Derecho de modo completo y sistemático, de buena fe, sin deformarla, sin imaginarla ni darle una fisonomía que no tiene, hecha al tamaño especial del adversario. Solo con esta base será posible poner un orden racional y crítico a la rapsodia de teorías jurídicas actuales, que sin conciencia histórica postulan hipótesis específicas para resolver problemas jurídicos particulares, no conectados sistemáticamente en ningún sentido. Uno de los más grandes méritos de la teoría kelseniana es precisamente el hecho de que proporciona un punto de vista unitario y sistemático para la comprensión del derecho, el cual es un objeto muy complejo de estudio y relacionado en muchas y muy diferentes formas con otros objetos de estudio. Ciertamente nada nuevo se dice cuando se afirma que hay que entender a Kelsen y tomar posición frente a la jurisprudencia pura. Pero a esto hay que agregar la siguiente exigencia: las nuevas hipótesis jurisprudenciales que se postulan deben poder resolver los problemas tratados en la teoría pura del derecho y otros nuevos y distintos o, por lo menos, depurar y desarrollar lo que ya se ha logrado. Debe exigirse una conciencia histórica a los investigadores, porque solo de este modo puede constituirse una ciencia del derecho (2010. *op. cit.*, pp. 35-6).

³¹⁸ POSTEMA, G. 2011. *Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World. A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence* 11. Dordrecht, Springer, p. 261.

Esta sección presentará dos ejes que difieren con la teoría jurídica analítica de Hart. El primer eje, dentro de la tradición analítica de la filosofía, expondrá dos reflexiones neocientificistas sobre el derecho. Una desde el naturalismo de Quine por Leiter y otra, desde el pragmatismo norteamericano por Coleman. El segundo eje mencionará brevemente las tesis de los movimientos académicos de *Critical Legal Studies*, *Law & Economics* y *Law and Literature* y cómo éstas desbordan el margen metafilosófico que “tradiciones y concepciones en filosofía” muestra.

3.3.1. Neocientificistas y realismo jurídico

El proyecto de “naturalización” de la filosofía de Quine y los trabajos de los pragmatistas Pierce y Putnam permitieron a la concepción cientificista proyectarse más allá de la gloria que el positivismo lógico alcanzó en la primera mitad del siglo XX. Las tesis de Leiter y Coleman aplicaron a la lectura del iusrealismo norteamericano un marco filosófico, que fortaleció la teoría jurídica norteamericana, basado en la predicción del trabajo judicial y una mejor comprensión del funcionamiento de las reglas. Los iusrealistas norteamericanos eran jueces y no contaban con estudios formales suficientes en filosofía, por lo que sus trabajos estarían fundados en la práctica del derecho.

Las siguientes subsecciones examinarán el impacto de las propuestas iusfilosóficas de Leiter y Coleman en la filosofía jurídica analítica del siglo XXI.

3.3.1.1. El giro naturalista en la filosofía del derecho

De acuerdo a Quine: “la filosofía se encuentra en el extremo abstracto y teórico de la ciencia (...) La filosofía es abstracta, por ser muy general (...) La filosofía busca los contornos más generales del sistema total del mundo”.³¹⁹ En ese sentido, la filosofía es derivada de las ciencias experimentales y guarda interés en preguntas sobre sus métodos y objetivos. Vale decir, qué es una prueba, qué una teoría, qué es la inducción y qué es la confirmación; cuál es el estatus de la lógica, de la medición, del significado de la probabilidad.

Según Quine el *continuum* entre filosofía y ciencia es na realidad. Esta posición constituye un antecedente directo de la tesis naturalista que Leiter presenta. La ciencia experimental, en ese sentido, es el tribunal supremo porque *funciona* y así también es *sentido común autoconsciente*, o sea, la versión formal y cuidadosa de nuestras herramientas ordinarias (o de sentido común) para predecir el curso futuro de la experiencia³²⁰.

En palabras de Leiter, la filosofía del derecho debería dar un giro naturalista, superando el giro lingüístico.³²¹ Esto es, rechazar como método de investigación al análisis conceptual, empleado por Hart y defendido por Raz, y en su lugar considerar al naturalismo con el fin de entregar a la experimentación

³¹⁹ MAGEE, B. 1993. Las ideas de Quine. Diálogo con W. V. Quine. En: Los hombres detrás de las ideas. México DF, FCE, p. 179.

³²⁰ QUINE, W. V. 2000. Palabra y objeto. Barcelona, Herder, p. 20; LEITER, B. 2012. Naturalismo y teoría del derecho. Madrid, Marcial Pons, p. 168.

³²¹ *Cfr.* LEITER, B. 2001. The Naturalistic Turn in Legal Philosophy. En: APA Newsletter on Philosophy and Law, vol. 00(2).

la responsabilidad de contestar a las preguntas centrales a la disciplina. En particular, Leiter argumenta que los intentos de responder por métodos *a priori* tanto las preguntas acerca de la naturaleza del derecho como aquellas acerca de la adjudicación y el razonamiento jurídico deberían ser reemplazadas por *investigaciones empíricas* acerca de qué es lo que de hecho determina las decisiones de los tribunales y qué entendimiento del concepto de derecho se ajusta mejor a esas investigaciones.³²²

“El derecho como predicción” es una premisa de investigación inicial en Leiter.³²³ Se funda en la necesidad de verificar o falsear las creencias teórico-normativas a través de la experiencia. Esto se da examinando a la realidad, no bastando la elucidación de los términos cotidianos. Las reglas son criterios de medición, “leyes positivas” en el sentido de Comte.

El naturalismo jurídico se muestra como una teoría exitosa en la filosofía analítica del derecho. Interesado en explicar la naturaleza del derecho, aislando y explicando aquellas características que hacen al derecho lo que es. En este sentido, el derecho es un asunto empírico, cuyo esquema se resume a una pregunta tiene una solución como equivalente.³²⁴ La respuesta es z y a ella se llega con un procedimiento y . Si por ejemplo, yo y Juanito seguimos el procedimiento y ante un problema v , deberíamos llegar al resultado z y si no es

³²² LEITER, B. 2012. *op. cit.*, p. 127.

³²³ *Ibid.*, p. 153.

³²⁴ En matemáticas, una función. Vale decir, un elemento del conjunto A tiene una *imagen* en el conjunto B .

así, es porque erramos en algún paso. Ahora bien, si la pregunta “qué es el derecho” es empírica, en términos de Dickson, el naturalismo jurídico sería una teoría jurídica exitosa, pues presupone las siguientes premisas:

(α) Sus proposiciones son necesariamente verdaderas;

(β) (α) explica adecuadamente la naturaleza del derecho (propiedades esenciales que un determinado grupo de fenómenos tiene que exhibir para ser considerado derecho).³²⁵

Si se aborda al derecho como predicción, una teoría del derecho naturalista se transforma o se homóloga a lo que sería una real ciencia del derecho. La comprobación del concepto del derecho y de sus usos es lo que pretendería hacer una teoría del derecho naturalizada. De todas maneras, la pertinencia del proyecto de Leiter en la tradición analítica puede discutirse.³²⁶

3.3.1.2. Pragmatismo y derecho

Si bien Coleman en *The Practice of Principle* va en la línea del pragmatismo de Peirce y Putnam, reconoce también como influencias filosóficas a Sellars, Davidson e incluso Quine. No obstante, su propósito con esta aproximación no radica en una reivindicación de las tesis de los últimos tres, sino más bien como un aprendizaje provechoso para estudios iusfilosóficos

³²⁵ DICKSON, J. 2001. *op. cit.*

³²⁶ Véase mi LÓPEZ PÉREZ, N. 2013c. El naturalismo jurídico como teoría del derecho: red filosófica y conceptual de un científicismo revisitado. *En*: Derecho y Humanidades 22: 181-224.

anteriores, bajo la etiqueta de “pragmatista”.³²⁷ Los trabajos en la teoría jurídica norteamericana contemporánea, a la fecha de publicación de su proyecto pragmatista, no hay una empresa filosófica seria y estrictamente pragmatista, en términos filosóficos.³²⁸

“Pragmatismo” es una voz mucho más familiar entre los iusrealistas norteamericanos que “naturalismo”. Leiter, al igual que Coleman, afirma que la etiqueta de “pragmatista” ha sido usada trivialmente, llevando a malos entendidos.³²⁹ En 1988, Singer retrató que:

Los realistas jurídicos querían reemplazar el formalismo con una actitud pragmática hacia el derecho en general. Esta actitud trata al derecho como algo hecho, no descubierto. Entonces el derecho es, y debe ser, basado en la experiencia humana, en la política y en la ética, más que en la lógica formal.³³⁰

Según Leiter, Singer no proporciona una caracterización estrictamente filosófica del pragmatismo. El pragmatismo posee un doble compromiso, por una parte, la empresa de teorizar y por otra, una misión epistemológica.³³¹ El

³²⁷ Por ejemplo, COLEMAN, J. 1992. *Risks and Wrongs*. Cambridge, Cambridge University Press, Cambridge; 1982. *op. cit.*

³²⁸ COLEMAN, J. 2001b. *The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*. Oxford, Oxford University Press, p. vii.

³²⁹ LEITER, B. 2012. *op. cit.*, p. 84.

³³⁰ SINGER, J. 1988. *Legal Realism Now*. *En*: California Law Review, 76, p. 474.

³³¹ LEITER, B. 2012. *op. cit.*, p. 86.

criterio pragmático ayuda a la exitosa construcción de una teoría, que pretenda mostrar adecuadamente un determinado juego de lenguaje o realidad.³³²

El pragmatismo está preocupado de la aceptabilidad de las creencias y, al mismo tiempo, sobre la discusión de las creencias que son aceptables. Existen creencias encaminadas a satisfacer ciertos requisitos epistémicos (correspondencia con la realidad, estar garantizadas bajo condiciones epistémicas ideales, aparecer en nuestra mejor reconstrucción científica del mundo, ser inferidas de algún conjunto de creencias fundamentales). Además, el pragmatismo reconoce que hay creencias que deben ser aceptadas por el criterio *a posteriori* de utilidad para particulares propósitos humanos, esto es, que funcionan en relación a un sistema práctico. El pragmatismo no niega las distinciones, definiciones, coherencia, argumentos abstractos ni las construcciones teóricas, sino que las suma a la pregunta de si son útiles para los fines humanos; en determinadas investigaciones científicas, esto se trata de una manera cerrada.³³³

Aceptar “normas epistémicas” (las que indican qué es preciso creer) requiere de criterios pragmáticos, vale decir, tenemos que aceptar las normas epistémicas que funcionan para nosotros (que nos ayudan a predecir las experiencias sensoriales, que nos permiten manipular y controlar el

³³² Un argumento desarrollado en WARNER, R. 1993. Why Pragmatism? The Puzzling Place of Pragmatism in Critical Theory. En: University of Illinois Law Review, pp. 535-63 y en HAACK, S. 1992. Pragmatism. En: DANCY, J. y SOSA, E. (eds.): A Companion to Epistemology. Oxford, Blackwell, pp. 351-7.

³³³ LEITER, B. 2012. *op. cit.*, p. 87.

medioambiente de manera exitosa). Estos criterios, en definitiva, son los únicos posibles para aceptar estas normas, luego no es posible defender nuestra elección de una norma epistémica cualquiera sobre un fundamento epistémico, pues ello formula una cadena centrípeta *ad infinitum*. Ante esto, Leiter se pregunta: “¿qué normas funcionan efectivamente para nosotros?”³³⁴ Supongamos que es de noche y estamos durmiendo en nuestras casas y de pronto, todo se mueve y un librero se cae, ¿qué hecho del mundo podría explicar este suceso? Dos hipótesis:

- (a) En la casa hay fantasmas que comenzaron a remecer la casa con el fin de asustar y con ello, derribaron el librero.
- (b) Hubo un terremoto de considerable magnitud en una zona cercana a la casa.

La ciencia experimental ha demostrado la inexistencia de seres sobrenaturales y eso constituye un sentido común autoconsciente. El pragmatismo cae en esa red argumentativa, donde la preferencia por la ciencia experimental se cubre en virtud de que es una explicación útil y práctica para los fenómenos naturales, así también, ofrece respuestas satisfactorias a los asuntos acerca del mundo. Quine decía que la ciencia constituye el paradigma del genuino conocimiento.³³⁵

³³⁴ LEITER, B. 2012. *op. cit.*, pp. 88-9.

³³⁵ QUINE, W. V. 1976. *The Ways of Paradox and Other Essays*. Cambridge (MA), Harvard University Press, p. 233.

La predicción en una teoría pragmatista existe. Leiter y Coleman creen que los iusrealistas norteamericanos tienen algo de pragmatistas. El primero sostiene que “la construcción de teorías filosófico-jurídicas está vinculada a un valor práctico, es decir, debe hacer posible predecir lo que harán los tribunales”.³³⁶ En este punto, Mackie y Dworkin discuten. Mackie defiende que lo importante es lo que los jueces hacen efectivamente, no así lo que dicen que hacen o lo que piensan que hacen.³³⁷ Dworkin, por su parte argumenta que la explicación teórica debe radicar en lo que los jueces dicen que hacen y lo que piensan que hacen.³³⁸

Coleman explica que el derecho es *una práctica normativa*.³³⁹ Una teoría que indague en la naturaleza o el concepto del derecho se posiciona en lo que sea una determinada práctica social o lo mismo, una cuestión de hecho. Luego, allí es donde se encuentra una propuesta pragmatista. Se sugiere cautela con esta primera aproximación.

Coleman estima que el análisis conceptual en la filosofía jurídica del siglo XXI tiene los dos grandes desafíos. El primero es la exigencia de una renuncia a este método en favor de una teoría jurídica naturalizada o científica.³⁴⁰ El

³³⁶ LEITER, B. 2012. *op. cit.*, p. 91.

³³⁷ MACKIE, J. L. 1983. *The Third Theory of Law*. En: COHEN, M. (ed.) *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*. Londres, Duckworth, pp. 161-70.

³³⁸ DWORKIN, R. 1977a. *op. cit.*, p. 22.

³³⁹ COLEMAN, J. 2001b. *op. cit.*, p. xviii.

³⁴⁰ Una contraposición entre un análisis conceptual y un análisis científicista del derecho, todo en las fauces de los intentos teóricos para dar cuenta de lo jurídico. Este desafío le coloca a Hart y sus sucesores, nuevamente en el camino a una reflexión científicista sobre el derecho.

análisis conceptual es incapaz de proveer una comprensión de la práctica jurídica o bien, la resolución de las discusiones metodológicas que dividen a los teóricos del derecho. El segundo, se refiere a que al análisis conceptual en su faceta de investigación filosófica sobre la naturaleza del derecho es, desde el inicio y hasta el fin, un ejercicio en teoría política sustantiva.

Coleman intenta tomar partido por una posición que no está en el extremo de una teoría naturalizada o científica y que al mismo tiempo, no toma una posición política. En ningún caso acepta al análisis conceptual como un método válido para dar cuenta del derecho. La propuesta de Coleman comienza por disipar las otras teorizaciones sobre el derecho que se hacen llamar pragmáticas jurídicamente hablando.

Un método pragmático en teoría del derecho distingue entre explicaciones teóricas y justificaciones teóricas. Ambas pueden iluminar o profundizar nuestro entendimiento; las explicaciones lo hacen contándonos qué es la naturaleza de un objeto o bien, por qué las cosas son como son; en contraste, las justificaciones buscan defender o legitimar ciertos tipos de cosas, por ejemplo, acciones, reglas, cursos de conductas, prácticas, entre otros. Las explicaciones están reguladas por normas de precisión descriptiva y/o predictiva, mientras que las justificaciones lo están por las apropiadas normas

morales.³⁴¹ Esta prevención cae en la distinción de Putnam entre valores epistémicos y valores éticos.

El pragmatismo jurídico de Coleman es un conjunto de indicadores metódicos encaminados a otorgar certezas. Este enfoque científico del derecho discute sobre los métodos y propósitos de la filosofía del derecho a partir del vacío que *The Concept of Law* dejó. El texto de Hart soslaya que los resultados de la reflexión filosófica sobre el derecho pueden clasificarse sin distorsión como enunciados analíticos o sintéticos. Pues la misión del proyecto hartiano es, en última instancia, *elucidar* las relaciones entre nuestros conceptos y nuestras distintas formas de hablar, por lo mismo nuestro concepto de derecho está relacionado con nuestros conceptos de regla y de obligación.

La posición de Coleman se ubica como una “teoría práctica del derecho”. Los iusrealistas norteamericanos, que comparten algunos rasgos con Coleman, no gozan de un bagaje filosófico que sustente sus tesis más allá de una explicación de la puesta en marcha del derecho. Este antecedente muestra que el pragmatismo de Coleman tiene otra ramificación, no solo circunscrita a la filosofía estadounidense de mano de los primeros pragmatistas, sino también, el realismo jurídico norteamericano.

El pragmatismo jurídico se inserta en la discusión contemporánea como una postura perteneciente al análisis científicista del derecho, pues se valen de

³⁴¹ COLEMAN, J. 2001b. *op. cit.*, p. 3.

medios rigurosos y de las ciencias naturales para reflexionar sobre lo jurídico. El pragmatismo y el naturalismo jurídico no nacieron directamente al alero de *The Concept of Law*. Su raíz común está en el texto del juez Holmes, sin perjuicio de la cercanía de Leiter con la filosofía de Nietzsche. Las investigaciones de Leiter y Coleman pretenden completar una genealogía de la *teoría del derecho norteamericana*. El iusrealismo norteamericano se diferencia de su par escandinavo en sus problemas y métodos.

Según Leiter, “para los iusrealistas, los casos son predecibles, en la medida que lo son, no porque las razones jurídicas están determinadas, sino porque una investigación sociocientífica puede identificar aquellos factores no jurídicos que realmente determinan el curso de la decisión”.³⁴² Moore argumenta que “según la reconstrucción de Leiter, los realistas jurídicos tenían sólidas bases naturalistas y pragmatistas para convertir la teoría jurídica en una ciencia social acerca del comportamiento judicial”.³⁴³ Aunque como no eran doctos en filosofía ni tampoco tenían comprensión de las discusiones, por ejemplo el debate “Quine-Putnam” les era difícil de seguir. Greenberg, agrega que el refuerzo entregado por Leiter a los realistas, a partir de la propuesta de naturalización de la filosofía del derecho, no es más que la evidencia del fracaso del proyecto iusrealista en la explicación del derecho.³⁴⁴ Para Leiter, la

³⁴² LEITER, B. 2012. *op. cit.*, p. 139.

³⁴³ MOORE, M. 2000. *op. cit.*, p. 33.

³⁴⁴ GREENBERG, M. 2011. Naturalism in Epistemology and the Philosophy of Law, Parts I and II. *En: Law and Philosophy*, 30, pp. 419–76.

“cientifización” del enfoque iusrealista no es más que el tratamiento de la cuestión del derecho como una cuestión empírica a ser estudiada científicamente.³⁴⁵

La teoría del derecho norteamericana evitó el proyecto normativista de Kelsen, es más, como el régimen jurídico propio es distinto del explicado por este último, no se consideró como un claro antecedente filosófico³⁴⁶. Los trabajos de los iusrealistas escandinavos se consideraron tangencialmente por los teóricos jurídicos norteamericanos de la primera mitad del siglo XX. Finalmente, ¿qué decir de los iusrealistas genoveses, una corriente que se ha asomado fuertemente en los últimos años como otra “teoría analítica del derecho”?³⁴⁷

3.3.2. Desbordar lo analítico: ¿una ruptura metafilosófica?

Las teorías críticas del derecho han crecido alrededor del sistemático descontento con los modelos jurídicos occidentales (*common law* y *civil law*). La mayoría de estas tesis elaboraron y usaron formas de análisis y crítica desarrolladas primero por los realistas jurídicos norteamericanos. Esta subsección examinará tres bloques de trabajo iusfilosófico: *Law & Economics* o

³⁴⁵ LEITER, B. 2012. *op. cit.*, p. 168.

³⁴⁶ TAMANAHA, B. Z. 2008. Understanding Legal Realism. En: Texas Law Review, 87(4), pp. 731-86

³⁴⁷ *Cfr.* LEITER, B. 2014. Legal Realisms, Old and New. En: Valparaiso University Law Review, 47(4), pp. 949-63; FERRER, J. y RATTI, G. B. (eds.). 2011. El Realismo Jurídico Genovés. Madrid, Marcial Pons.

más conocido en habla hispana como “análisis económico del derecho”, el movimiento de *Critical Legal Studies* y el área de *Law and Literature*.

El *Law & Economics* es una disciplina que aplica principios y técnicas habituales del análisis económico al estudio de temas jurídicos. Responde a una cuestión positiva y una normativa. La primera se refiere al impacto de las normas legales en el comportamiento de los agentes económicos (individuos, empresas y Estado) en términos de sus decisiones de bienestar. La segunda dice relación con cuáles son las ventajas de determinadas normas legales en proporción a su bienestar social. Para dar cuenta de las hipótesis de estudio, utiliza el análisis microeconómico considerando que los agentes económicos toman sus decisiones de forma racional, comparando beneficios y costes dada la información de la que disponen, limitados por sus restricciones.³⁴⁸

Su origen se remonta a la filosofía de Bentham y J. S. Mill, quienes extendieron el uso del concepto de utilidad. Sin embargo, su origen más próximo está en los artículos: “The Problem of Social Cost” (1960) de Ronald Coase, “Crime and Punishment: An Economic Approach” (1968) cuya autoría pertenece a Gary Becker y “Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral” (1972) escrito por Guido Calabresi y Douglas Melamed³⁴⁹. Los primeros tópicos analizados fueron: la regulación de la

³⁴⁸ QUEROL ARAGÓN, N. de y LÓPEZ PÉREZ, N. 2014. *Análisis Económico del Derecho*. Madrid, Dykinson, p. 16.

³⁴⁹ COASE, R. 1960. The Problem of Social Cost. En: *Journal of Law and Economics*, 3, pp. 1-44; BECKER, G. 1968. Crime and Punishment: An Economic Approach. En: *Journal of Political*

competencia, el derecho penal y gran parte del derecho civil. Con el texto de Coase, si las transacciones pueden realizarse sin ningún coste y los derechos de apropiación están claramente establecidos, sea cual sea la asignación inicial de esos derechos, las partes llegarán a un acuerdo en el que se internalice la externalidad y se obtenga la mayor eficiencia. Es decir, el Teorema de Coase defiende que cuando hay una negociación exitosa, el uso de los recursos (acuerdo) es eficiente cualquiera que sea la asignación inicial legal, por lo que no es necesaria la intervención del gobierno. Para todo se necesita estructurar la ley de modo que se eliminen los impedimentos para los acuerdos privados.

No obstante a que Coase es el antecedente directo, Posner es quien desarrollará en profundidad el *Law & Economics* como enfoque jurídico-económico. En su obra *Economic Analysis of Law* (1973), trabaja tópicos como derecho común (derecho de propiedad, derecho de contratos y remedios contractuales, derecho de familia, responsabilidad, derecho penal, Estado de Derecho), regulación pública del mercado (monopolio, libre competencia, la regulación de la relación laboral, utilidad pública y regulación de la carrera funcionaria y la elección entre regulaciones), el derecho bancario y los mercados financieros (corporaciones, mercados financieros) el derecho y la distribución de los ingresos y el bienestar (justicia, impuestos, seguros y derecho sucesorio), el proceso legal (solución de controversias, adjudicación,

Economy, 76, pp. 169 y ss.; CALABRESI, G. y MELAMED, A. D. 1972. Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral. En: Harvard Law Review, 85(6), pp. 1089-1128.

proceso civil y penal, evidencia, teoría de la prueba, el proceso administrativo) y el constitucionalismo y el sistema federal.³⁵⁰

La hoja de ruta del *Law & Economics* estará definida por el epítome de Posner, seguido por futuras generaciones de juristas.³⁵¹ Con el tiempo, el *Law & Economics* comienza a admitir derivaciones conceptuales, por ejemplo la teoría de la elección pública resulta de una aplicación de este enfoque a la conducta de quienes operan al interior del ordenamiento jurídico (*officials*), lo que incluye legisladores y jueces. *Behavioural Law & Economics* es una variación propuesta por Cass R. Sunstein que interroga los supuestos fundantes de la relación entre derecho y economía. Su énfasis está en la racionalidad humana al tiempo que intenta reconstruir el modelo económico basado en la predicción de la conducta humana.

El movimiento de los *Critical Legal Studies* (CLS), por otra parte, surge en la década de los años sesenta del siglo XX en torno a una asociación académica llamada *Law and Society*. Su origen intelectual es el iusrealismo norteamericano, las luchas ideológicas al interior de los Estados Unidos, el marxismo crítico y el estructuralismo y posestructuralismo en la teoría literaria. Examina, fundamentalmente, al derecho como refuerzo de las jerarquías y su

³⁵⁰ POSNER, R. 1973. *Economic Analysis of Law*. Boston, Little Brown and Company.

³⁵¹ En este esquema, piénsese en la ordenación por Escuelas de *Law & Economics*: *New Haven School* (Yale), la escuela ortodoxa de Chicago, el neo-institucionalismo y la escuela de Harvard con Steven Shavell. Véase QUEROL ARAGÓN, N. de y LÓPEZ PÉREZ, N. 2014. *op. cit.*, pp. 21-4 y PARISI, F. 2004. Positive, Normative and Functional Schools in Law and Economics. *En*: *European Journal of Law and Economics*, 18, pp. 259-72.

dominio sobre grupos de una sociedad. Sintetizando sus argumentos en el eslogan “derecho es política” (*law is politics*).³⁵² Este movimiento implica una determinada visión de la sociedad que se asocia a una práctica política de izquierda. Roberto Mangabeira Unger en su conjugación de los CLS propone que éste emerge de la tradición de izquierda en el pensamiento jurídico moderno ocupándose de la crítica del formalismo y el objetivismo.³⁵³ Su foco está repartido en polos argumentativos como: la estructura interna del derecho; la enseñanza tradicional impartida por las universidades norteamericanas en sociología jurídica, el positivismo y las concepciones científicas, apolíticas, objetivas y neutrales del derecho; y la doctrina y pedagogía jurídica por su función legitimadora de la sociedad capitalista. El objetivo de los CLS es transformar con ánimo progresista a la sociedad.³⁵⁴ La noción de “crítica” de los

³⁵² Según Unger, “el dar cuenta del derecho como una expresión de la voluntad política puede o no incorporar un compromiso con la democracia. La legislación democrática es una simple variante de la idea general de que el derecho es un instrumento de la voluntad política. Hobbes y Carl Schmitt, Kelsen y Hart, se mantienen en este respecto, todos en el mismo lado. Acorde con esta perspectiva, el derecho lo que sea que el soberano, si está democráticamente legitimado o no, quiera que sea. La posesión del poder soberano es en primer lugar, un hecho, confirmado por la práctica de la obediencia habitual y reforzado por el poder para sancionar la desobediencia. El derecho es la promulgación de la voluntad del soberano, que a la vez no está supuesta para ser simplemente una selectiva intervención del príncipe, adaptándose a circunstancias y propósitos políticos, las que por lo demás conforman un estable cuerpo del derecho, legitimado por la costumbre, la tradición o la divina autoridad. Eso es, en este entendimiento, la sola fuente de derecho. Lo que sea que falle en el existente cuerpo del derecho, resultará de la activa y explícita decisión del soberano. Sin embargo, depende para su fuerza de sus designios y de no ser turbado” (UNGER, R. M. s.a. *The Universal History of Legal Thought*. [en línea] <<http://robertounger.com/english/pdfs/UHLT.pdf>> [consultado el 27 de enero de 2015])

³⁵³ UNGER, R. M. 1983. *The Critical Legal Studies Movement*. Cambridge (MA), Harvard University Press, p. 1.

³⁵⁴ MESA, D. A. 2002. Fisuras en el pensamiento jurídico contemporáneo. El movimiento ‘Critical Legal Studies’. *En*: *Criterio Jurídico*, 2, p. 138.

CLS se acerca a la Escuela de Frankfurt, caracterizada por su permanente autorreflexión, la crítica tanto epistemológica como política al positivismo y cientificismo en las ciencias sociales y la defensa en cambio de una filosofía social crítica y especulativa. Los CLS también atacan el status quo político, social, cultural e inclusive intelectual norteamericano para promover un orden social más igualitario. Sus tesis despliegan una crítica interna del derecho positivo que recae sobre las ideas de coherencia y predictibilidad y su pretensión de fundar una aplicación e interpretación neutral del derecho.

La coherencia del derecho según los CLS se ve socavada por la crítica de la indeterminación. El lenguaje jurídico tiene ese carácter, a causa de la indefinición del contexto social al que refiere.³⁵⁵ La indeterminación de la sociedad frustra los esfuerzos instrumentalistas para explicar o prescribir normas jurídicas sobre la base de servir a ciertos intereses. Y ella está supeditada a la naturaleza política del derecho en todo su funcionamiento, vale decir, en todo actuar o que esté relacionado con los operadores jurídicos. Duncan Kennedy hace hincapié en la necesidad de una teoría política que resalte la fuerza de las reglas jurídicas, que, al mismo tiempo, las haga armónicas con la justicia. Al interior del sistema jurídico existiría una pugna constante entre razonamiento jurídico y discusión política. En la práctica del

³⁵⁵ KENNEDY, D. 1973. Legal Formality. En: Journal of Legal Studies, 2, p. 351.

derecho se reproducen algunas las discusiones políticas presentes en el debate público de una sociedad.³⁵⁶

Según Bix, el movimiento de los CLS se ha desvanecido a causa de una serie de presiones. Dentro de estas, se cuentan: la férrea oposición al interior de la academia jurídica que rechaza los CLS por ser demasiado radicales y nihilistas, que tendrían por consecuencia una inapropiada educación profesional.

En definitiva, los CLS añaden al derecho componentes que estaban alejados tanto de la tradición analítica de la filosofía del derecho, como: la teoría crítica, la política, la ideología, el materialismo histórico, el posestructuralismo y el diseño institucional de la sociedad. No obstante, Binder le confiere el carácter de teoría jurídica analítica a las tesis de los CLS, en virtud de su argumentación crítica del lenguaje jurídico como indeterminado.³⁵⁷ Esto no es más que un alegato en contra del formalismo representado por los iusrealistas estadounidenses más duros. Sin embargo, para estar dentro del esquema de la tradición analítica de la filosofía del derecho no es suficiente tener un rasgo argumentativo en común. Por ello, vale más hablar de un “desborde” de la misma tradición. Unger, fundador del movimiento, expresa que los CLS son una

³⁵⁶ KENNEDY, D. 2010. Izquierda y Derecho. Buenos Aires, Siglo XXI, Capítulos 1 y 2.

³⁵⁷ BINDER, G. 2010. Critical Legal Studies. En: PATTERSON, D. A companion to Philosophy of Law and Legal Theory. Oxford, Wiley-Blackwell, pp. 267-9.

teoría social.³⁵⁸ Los CLS, más que determinar qué mecanismos sociopolíticos son idóneos para erradicar la incerteza en el derecho, buscan el equilibrio en las relaciones sociales prefijadas por las estructuras de poder. Los CLS no son análisis conceptual.

Law and Literature o análisis literario del derecho es aún otro movimiento que cubre una variedad de investigaciones relacionadas con un aspecto específico de la literatura y del lenguaje en general, partiendo por: ¿en qué términos se destaca la literatura? Los diversos componentes de la respuesta provienen de preguntas como: ¿qué puede aprender un abogado de la literatura? En ello se inspiró J. B. White en su libro *The Legal Imagination* (1973) cuando presentó al derecho como un lenguaje que propone una cierta forma para el mundo y como una “competencia” cultural en el sentido de las actividades que los abogados desarrollan.³⁵⁹ La literatura permite comprender el canon occidental de la escritura y así también, estudiar al lenguaje y la cultura, en un sentido amplio. Sobre este punto existe una pretendida diversidad que surge desde un punto de vista metodológico donde precisamente derecho y literatura se oponen.

La premisa inicial de este movimiento consiste en que leyendo literatura nos forzamos a retroceder a las palabras técnicas del derecho. En esta línea, el derecho como un fenómeno cultural es objeto de investigaciones. Trabajos de

³⁵⁸ Véase UNGER, R. M. 1976. *Law in Modern Society: Towards a Criticism of Social Theory*. Nueva York, Free Press.

³⁵⁹ WHITE, J. B. 1973. *The Legal Imagination*. Boston, Little, Brown & Co.

ficción pueden ilustrar un punto de vista jurídico desde otras perspectivas y por tanto, mejoran nuestro entendimiento del derecho, del sistema jurídico y de nuestras propias representaciones del mismo como abogados. Este marco del derecho en la literatura intenta hacer sentido de la posibilidad de derivar la atención de los operadores jurídicos a la interdisciplinariedad a la que podría estar sujeto el guión de la producción y aplicación de las normas jurídicas y del derecho en general.

En 1925, el juez estadounidense Benjamin N. Cardozo publicó “Law and Literature”, texto que ofreció una comprensión hermenéutica del lenguaje y el estilo literario en términos benéficos para los operadores del derecho en su escritura, con énfasis en el lenguaje legal. En décadas posteriores se daría un debate entre Dworkin y Fish a propósito de la validez del concepto de novela en serie (*chain novel*) para una teoría de la adjudicación.

Actualmente, la relación entre el derecho y la literatura tiene un valor instrumental encaminado a buscar la retórica de ciertas opiniones jurisprudenciales.³⁶⁰ Como narrativa, recurriendo a textos como El Proceso o El Castillo de Franz Kafka, por ejemplo. Esa instrumentación que se le da a la literatura por parte del derecho es útil para argumentos teóricos en el plano de la interpretación jurídica en la que una tesis dworkiniana (presentada en sus textos de 1977 y 1986) puede ser de provecho para dar cuenta de la realidad de

³⁶⁰ POSNER, R. 1988. Law and Literature: A Misunderstood Relation. Cambridge (MA), Harvard University Press.

la práctica judicial estadounidense. Martha Nussbaum en defensa de una comprensión literaria del derecho, con el análisis del clásico de Charles Dickens, *Hard Times* (1854), muestra cómo es posible que una novela retrate aspectos de la sociedad de tal manera que nos doten de la capacidad de interrogarnos por su diseño institucional.³⁶¹ *Law and Literature* hoy tiene un punto de apoyo institucional en las escuelas de derecho estadounidenses se ofrece en forma de cursos y de seminarios.

³⁶¹ NUSSBAUM, M. 1995. *Poetic Justice: The Literary Imagination and Public Life*. Boston, Beacon Press.

CONCLUSIÓN

Všechny d ležité d je reálného sv ta –krásné i obludné–
mají totiž vždycky svou p edehru ve sfé e slov.³⁶²

Václav Havel, “Slovo o slovu” (1989)

Llama la atención del análisis filosófico la relación entre lo que aconteció (el pasado) y la interpretación autorizada por un operador histórico. La historia es una forma especial de pensamiento que averigua *res gestae*, es decir, actos de seres humanos que han sido realizados en el pasado. Procede, entre otros caminos, interpretando testimonios en orden al auto-conocimiento humano. Según R. G. Collingwood, es sumamente importante que el ser humano se conozca a sí mismo, entendiendo por ese conocerse a sí mismo, no puramente conocimiento de las peculiaridades personales, es decir, de aquello que lo diferencia de otros, sino conocimiento de su naturaleza.³⁶³ Conocerse a sí mismo significa: conocer lo que uno puede hacer. El valor de la historia, por consiguiente, consiste en que nos enseña lo que la humanidad ha hecho y, en ese sentido, su actualidad.

Si la atención de la historia recae sobre la filosofía del derecho, o sea, lo que podríamos pensar como un estudio abstracto del fenómeno jurídico

³⁶² En español: “todos los acontecimientos importantes –alegres o tristes- del mundo real tienen siempre su prelude en la esfera de la palabra” (Traducción mía, sin perjuicio de que hay una en: HAVEL, V. 1992. La palabra, las palabras y el poder. En: Derecho y Humanidades, 1, pp. 183-93. Del texto original HAVEL, V. 1989. Slovo o slovu. [en línea] <http://vaclavhavel.cz/showtrans.php?cat=clanky&val=78_clanky.html&typ=HTML> [Consultado el 16 de enero de 2015]

³⁶³ COLLINGWOOD, R. G. 1952. Idea de la Historia. México DF, FCE, p. 22

aborda: las propuestas sistemáticamente elaboradas de reforma de la sociedad; el análisis y definición de nociones generales que se dicen comunes a todos los ordenamientos jurídicos, su carácter de fenómeno social; y finalmente, el descubrimiento, interpretación y formulación de las reglas jurídicas.

Con la filosofía del derecho, entendemos que hay una reflexión previa, la que la filosofía hace con el derecho. Esta tesis se ocupó de teorizar más allá de esto, o sea, metateorizar. Para teorizar lo teórico es necesario un nuevo nivel de reflexión, el que es entregado por la labor de la historia. Por tanto, se alcanza una construcción intelectual que intenta establecer relaciones, explicaciones y definiciones sobre un conjunto de acontecimientos u observaciones debajo de otra construcción intelectual.

En la historia de la filosofía del derecho hay, en definitiva, una reflexión histórica sobre el avance de la iusfilosofía. Sin embargo, hablar en términos generales de esto, resulta complicado. El trabajo precedente se ubica en la tradición analítica de la filosofía del derecho. Para llegar al entendimiento de “tradición analítica” se analizó la distinción entre “tradiciones y concepciones en filosofía” propuesta por Orellana Benado, luego se indagó sobre la filosofía analítica para así entrar en la iusfilosofía del siglo XX y de los tres primeros lustros del XXI.

La historia no tiene un destino predefinido, sino más bien tiene una evolución abierta y compleja. Los sucesos de la historia son el producto de una

red de interacciones. En el pensamiento jurídico que emerge de la filosofía analítica se han generado los insumos metodológicos para formular una discusión en torno a la reflexión del derecho que continúa inclusive, luego de la muerte de Hart. *The Concept of Law* desde 1961 ha acrecentado la atención filosófica sobre el derecho. Esta obra marca los puntos que constituirán el futuro de la filosofía jurídica analítica, lo que se multiplica luego del debate Hart-Dworkin.³⁶⁴ El proyecto hartiano hizo proliferar la discusión de asuntos como: relaciones entre derecho y moral; vaguedad en el derecho (el problema con la textura abierta); el análisis lingüístico en el derecho; el análisis conceptual; la descripción contra la valoración; la misma disputa sobre la naturaleza de la obra de Hart; “el concepto de derecho”. Para la genealogía de las discusiones en la tradición analítica de la filosofía del derecho importa la propuesta de los

³⁶⁴ Literatura actual afirma que existe una: “imposibilidad de comparar ambas teorías (...) ello con base en dos argumentos. En primer lugar, podría afirmarse que ambas teorías son inconmensurables en la medida que la teoría hartiana es más general, en el sentido de que se ocupa de las condiciones de existencia de los sistemas jurídicos, a diferencia de Dworkin, quien se ocupa de la adjudicación o toma de decisiones judiciales. En segundo lugar, podría defenderse que no se puede afirmar que una teoría es mejor que la otra puesto que la teoría de Hart es más general en otro sentido, dado que Dworkin se centra exclusivamente en destacar los rasgos centrales del sistema norteamericano y sistemas similares” (RAMÍREZ LUDUEÑA, L. 2014. Comentario “La Teoría del Derecho de Herbert Hart”. Seis comentarios críticos. En: FIGUEROA RUBIO, S. (ed.) Hart en la teoría del derecho contemporánea. A 50 años de El concepto de derecho. Santiago de Chile, Ediciones UDP, p. 119). Otros como Genaro R. Carrió afirman que Dworkin entendió mal a Hart (CARRIÓ, G. R. 1965. *op. cit.*). Dworkin, sin embargo, no puede ser considerado como alguien que no aportó a la teoría jurídica analítica, solo su contribución no puede ser comparada a la de Hart. En la búsqueda de la verdad y los riesgos que trae la formulación de una teoría general, implican el hecho de recibir todo tipo de críticas que se acomoden al margen de respeto que promueva el mejor entendimiento del derecho en la sociedad y por los operadores jurídicos. En ese sentido, ESCUDERO, R. 2004. *op. cit.* reconoce el aspecto positivo de la presencia de Dworkin en la filosofía jurídica analítica del siglo XX y XXI.

descriptivistas sobre el proyecto hartiano. Las discusiones filosóficamente más relevantes del proyecto de Hart tuvieron lugar con Dworkin y con Raz.

El proyecto hartiano se considera una teoría general del derecho, aunque los naturalistas como Leiter insistan en que es la restringida aplicación de su propuesta iusfilosófica. En el origen de la tradición analítica de la filosofía del derecho había una teoría general, que fue objeto de críticas desde Dworkin en adelante. Esto provocó el surgimiento de otros métodos para crear teorías del derecho con distintos objetivos. La ampliación del espectro teórico en el siglo XXI muestra la existencia de un rango abierto pero acotado de teorías del derecho y no de una sola teoría general. La reconstrucción de las discusiones solo puede darse si se entiende que la tradición analítica en filosofía es un giro lingüístico. Desde ahí que sea provechoso comprender que hay una vertiente jurídica en dicha manera de hacer filosofía, que posteriormente da origen a otros debates, que en tanto, se piensa como un asunto humano goza de una multiplicidad de respuestas que son por igual válidas.³⁶⁵

La presente tesis además de reordenar las discusiones de la tradición analítica de la filosofía del derecho en los siglos XX y XXI se ocupó de reconocer retrospectivamente los dominios epistémicos que otorgan las prácticas literarias, lo que según Orellana Benado sería “el continuo florecimiento de una diversidad de respuestas respecto de cuáles son las

³⁶⁵ Un alegato en favor de la pregunta ¿hay una sola respuesta correcta? en PRIEL, D. 2013. *One Right Answer?: The Meta Edition*. En: WALUCHOW, W y SCIARAFFA, S. (eds.) *Philosophical Foundations of the Nature of Law*. Oxford, Oxford University Press, pp. 322-50.

mejores maneras de leer en el presente los textos heredados por las distintas tradiciones filosóficas”.³⁶⁶

¿Por qué preocuparnos por la filosofía del derecho? A lo largo de su historia se ha sostenido su “irrelevancia”, puesto que los abogados son personas pragmáticas tanto por temperamento como por necesidad. En el sistema chileno, si bien la doctrina y la jurisprudencia no son fuentes del derecho, su función dogmática es incuantificablemente útil para la práctica jurídica: los jueces consideran en sus razonamientos los textos eruditos, también los abogados en sus defensas o ataques, los fiscales en la confección de una acusación, el legislador en su rol de conectar al derecho con la sociedad. La lista sigue, para ello cabe inquirir en ¿cuán “filósofos” son los dogmáticos? En esta ocasión, no se discutirá esta interrogante. Se sugiere que la respuesta a la pregunta acerca de “cuál sea el derecho en un *caso concreto*” dependerá crucialmente de la respuesta a qué sea el derecho *en general*. Shapiro expresa que los teóricos jurídicos se abocan a estas cuestiones con el fin de permitir más fluidez y claridad a la práctica.³⁶⁷ Sencillamente, debe existir conocimiento sobre qué hechos determinan en última instancia la existencia y el contenido de los sistemas jurídicos, con lo cual se sabe qué es derecho y qué no es.

³⁶⁶ ORELLANA BENADO, M. E. 2010b. *op. cit.*, p. 74.

³⁶⁷ SHAPIRO, S. J. 2012. ¿Qué es el derecho (y por qué debería importarnos)? En: FERRER, J., MORESO, J. J. y PAPAYANNIS, D. M. (eds.). Neutralidad y teoría del derecho. Madrid, Marcial Pons, pp. 283-311. Se sugiere también ver ATIENZA, M. 2013. Para qué la filosofía del derecho. En: Derecho y Humanidades 22: 15-19.

El trabajo del filósofo del derecho es el identificar el método apropiado para determinar el contenido del derecho. El abogado, por su parte, coloca en práctica ese método. Los profesionales del derecho no necesitarán siempre a los filósofos, pero sí deberán considerarlos para saber acerca de qué terreno se habla. El derecho es mucho más de lo que un texto señala. En la práctica, la comprensión del positivismo jurídico, que lidera la reflexión jurídica, es desplazada a un rincón de culto. El estudio filosófico del derecho aún a esfuerzos para hacer de éste, un mundo más humano.

En el espectro filosófico del derecho hay una multiplicidad de respuestas y la búsqueda de la verdad constituye el objetivo de toda teoría, sin que se apodere del campo argumentativo la idea de “superioridad epistémica”. La posesión de la verdad es un estado frágil, que puede verse amenazado con facilidad. Los modelos filosóficos que expliquen adecuadamente una realidad jurídica son los que funcionan y de ellos, hay un rango abierto pero acotado.

Los filósofos del derecho están comprometidos en una amplia investigación acerca de la identidad del derecho y sus implicaciones. La coexistencia de diferentes teorías y enfoques sobre el derecho, permite avanzar a los estudios en la materia. Y mejor aún, la selección de la teoría adecuada dependerá de criterios como, por ejemplo, si describe, evalúa o prescribe la realidad de forma más idónea, pesando su valor epistémico por la sola tesis y no por un “conocimiento por comparación”.

Toda pregunta jurídica tiene dos facetas: una formal y la otra, valorativa. Esta última debe considerar los conocimientos que se puedan extraer de otras disciplinas. Si hay ignorancia de una de estas facetas, la falta de claridad se hace latente en nuestra reflexión sobre el derecho. Siguiendo a Clifford L. Pannam, la filosofía analítica del derecho degeneraría en un escolasticismo estéril y las teorías valorativas se encontrarían sin un fundamento sólido en la propia disciplina sobre la que pretenden versar.³⁶⁸ Ahora bien, parafraseando a J. L. Austin una de sus fuentes, si bien la obra de Hart no es la última palabra en la filosofía analítica del derecho, podría ser estimada como la primera.

³⁶⁸ PANNAM, C. L. 2008. El profesor Hart y la Filosofía analítica del Derecho. En: Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho, 6(12), p. 97. Scott Hershovitz recientemente ha planteado la cuestión del fin de la teoría jurídica (*jurisprudence*), abordando postulados la declaran con el término del debate Hart-Dworkin (según esta tesis, el año 2004 con el texto de este último). Sin embargo sus conclusiones lo llevan a interrogarse por un “nuevo fin” y a qué la reflexión sobre el derecho debe seguir, bien preocupándose acerca de las consecuencias morales de las prácticas jurídicas, tarea que entrapa *ad infinitum* al diseño de la teoría entre el iuspositivismo y sus rivales. Véase HERSHOVITZ, S. 2015. The End of Jurisprudence. En: Yale Law Journal, 124, por aparecer (visible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2515494)

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, R. 2007. Acerca de dos yuxtaposiciones: Concepto y naturaleza, derecho y filosofía. Algunos comentarios sobre “¿Puede haber una teoría del derecho?” de Joseph Raz. En: RAZ, J. et al. Una Discusión sobre la Teoría del Derecho. Madrid, Marcial Pons, pp. 87-98.
- ANTONOV, M. 2014. Algunas reflexiones sobre la unidad del Derecho y los sistemas normativos. En: VVAA. Simposio Internacional de Filosofía del Derecho “Racionalidad en el Derecho”. Buenos Aires, Facultad de Derecho – Universidad de Buenos Aires, pp. 21-34.
- AQUINO, T. de. 1993. Suma de Teología I-IIe. 2da. Edición. Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos.
- ATIENZA, M. 2013. Para qué la filosofía del derecho. En: Derecho y Humanidades 22: 15-9.
- ATIENZA, M. 2006. Entrevista a Neil MacCormick. En: DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 29: pp. 479-89.
- AUSTIN, J. 1873. Lectures on Jurisprudence: Or The Philosophy of Positive Law. Londres, John Murray.
- AUSTIN, J. L. 1989. Un alegato en pro de las excusas. En: Ensayos Filosóficos. Madrid, Alianza, pp. 169-92.
- AYER, A. J. 1971. Lenguaje, verdad y lógica. Madrid, Martínez Roca S. A.
- BAILLIE, J. 2003. Contemporary Analytic Philosophy. Nueva Jersey, Pearson.
- BAYÓN, J. C. 2012. ¿Cómo se determina el objeto de la jurisprudencia? En: FERRER, J., MORESO, J. J. y PAPAYANNIS, D. M. (eds.). Neutralidad y teoría del derecho. Madrid, Marcial Pons, pp. 17-40.
- BAYON, J. C. 2002. Derecho, convencionalismo y controversia. En: NAVARRO, P. E. y REDONDO, M. C. (eds.) La relevancia del derecho: Ensayos de filosofía jurídica, moral y política. Barcelona, Gedisa, pp. 57-92.
- BECKER, G. 1968. Crime and Punishment: An Economic Approach. En: Journal of Political Economy, 76: 169-
- BENTHAM, J. 1970. An Introduction to the Principles of Morals and Legislation, editado por H. L. A. Hart y J. H. Burns. Londres, Atholone Press.
- BERLIN, I. 2002. La decadencia de las ideas utópicas de Occidente. En: El fuste torcido de la humanidad. Capítulos de historia de las ideas. Barcelona, Península, pp. 67-107.
- BERLIN, I. 2000. Primer ataque a la Ilustración. En: Las raíces del romanticismo. Madrid, Taurus, pp. 43-71.
- BILETZSKI, A. y MATAR, A. (eds.). 1998. The story of analytic philosophy. Nueva York, Routledge.
- BINDER, G. 2010. Critical Legal Studies. En: PATTERSON, D. A companion to Philosophy of Law and Legal Theory. Oxford, Wiley-Blackwell, pp. 267-78.

- BIX, B. 2012. Ideales, prácticas y conceptos en la teoría del derecho. En: FERRER, J., MORESO, J. J. y PAPAYANNIS, D. M. (eds.). Neutralidad y teoría del derecho. Madrid, Marcial Pons, pp. 343-60.
- BIX, B. 2007. Joseph Raz and Conceptual Analysis. En: APA Newsletter on Philosophy and Law, 6(2).
- BIX, B. 2006. Teoría del Derecho: ambición y límites. Madrid, Marcial Pons.
- BIX, B. (ed.) 2006b. Philosophy of Law. Critical Concepts in Philosophy. Vol. 1. Nueva York, Routledge.
- BIX, B. 2003. Raz on necessity. En: Law and Philosophy, 22: 537-59.
- BIX, B. 2001. John Austin [en línea] The Stanford Encyclopedia of Philosophy, edición primavera 2014. <<http://plato.stanford.edu/archives/spr2014/entries/austin-john/>> [consultado el 12 de enero de 2015].
- BOBBIO, N. 1993. El positivismo jurídico. Madrid, Debate.
- BOBBIO, N. 1990. Contribución a la teoría del derecho. Madrid, Debate.
- BULLOCH, P. A. y RAZ, J. 1994. Editors' Note. En: HART, H. L. A. The Concept of Law. 2da. Edición. Oxford, Clarendon Press, pp. vii-x.
- BULYGIN, E. 2014. Mi visión de la racionalidad en el derecho. En: VVAA. Simposio Internacional de Filosofía del Derecho "Racionalidad en el Derecho". Buenos Aires, Facultad de Derecho – Universidad de Buenos Aires, pp. 299-304.
- BULYGIN, E. 2007. Raz y la teoría del derecho. Comentarios sobre "¿Puede haber una teoría del derecho?" de Joseph Raz. En: RAZ, J. et al. Una Discusión sobre la Teoría del Derecho. Madrid, Marcial Pons, pp. 99-110.
- BULYGIN, E. 2006. El positivismo jurídico. México DF, Fontamara.
- BURGE-HENDRIX, B. 2008. Epistemic Uncertainty and Legal Theory. Aldershot, Ashgate.
- CALABRESI, G. y MELAMED, A. D. 1972. Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral. En: Harvard Law Review, 85(6): 1089-1128.
- CALSAMIGLIA, A. 1998. Postpositivismo. En: DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 21: 209-20.
- CARCOVA, C. M. 2014. Racionalidad formal o racionalidad hermenéutica para el derecho de las sociedades complejas. En: VVAA. Simposio Internacional de Filosofía del Derecho "Racionalidad en el Derecho". Buenos Aires, Facultad de Derecho – Universidad de Buenos Aires, pp. 311-27.
- CARRIÓ, G. R. 1965. Notas sobre derecho y lenguaje. Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
- CHIASSONI, P. 2013. The Model of Ordinary Analysis. En: DUARTE D'ALMEIDA, L., EDWARDS, J. y DOLCETTI, A. (eds.) Reading H. L. A. Hart's 'The Concept of Law'. Oxford, Hart Publishing, pp. 247-68.

- CHIASSONI, P. 2005. L'utopia della ragione analítica. Orìgini, oggetti e metodi della filosofia del diritto positivo. Torino, Giappichelli.
- CIRCULO DE VIENA. 2002. La Concepción Científica del mundo: El Círculo de Viena. En: REDES, Revista de Estudios sobre la Ciencia y la Tecnología, 9(18): 103-50.
- COASE, R. 1960. The Problem of Social Cost. En: Journal of Law and Economics, 3, pp. 1-44.
- COLEMAN, J. 2012. La arquitectura de la filosofía del derecho. En: FERRER, J., MORESO, J. J. y PAPAYANNIS, D. M. (eds.). Neutralidad y teoría del derecho. Madrid, Marcial Pons, pp. 93-178.
- COLEMAN, J. 2002. Methodology. En: COLEMAN, J., SHAPIRO, S. J. y HIMMA, K. E. (eds.). The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law. Oxford, Oxford University Press, pp. 311-51.
- COLEMAN, J. 2001a. Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis. En: COLEMAN, J. (ed.) Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law. Oxford, Oxford University Press, pp. 99-148.
- COLEMAN, J. 2001b. The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory. Oxford, Oxford University Press.
- COLEMAN, J. 1982. Negative and Positive Positivism. En: Journal of Legal Studies, 11: 139-64.
- COLEMAN, J. L. y SIMCHEN, O. 2003. Law. En: Legal Theory, 9: 1-41.
- COLLINGWOOD, R. G. 1952. Idea de la Historia. México DF, FCE.
- COMANDUCCI, P. 2010. Hacia una Teoría Analítica del Derecho. Ensayos escogidos. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- COMTE, A. 1984. Curso de filosofía positiva (lecciones 1 y 2)/Discurso sobre el espíritu positivo. Buenos Aires, Orbis.
- COSSIO, C. 1948. Panorama de la teoría egológica del derecho. En: Revista Trimestral de Cultura Moderna, Bogotá: 67-94.
- CRITCHLEY, S. 2001. Continental Philosophy. A Very Short Introduction. Oxford, Oxford University Press.
- D'AGOSTINI, F. 2000. Analíticos y continentales. Guía de la filosofía de los últimos treinta años. Madrid, Cátedra.
- DEVLIN, P. 1965. *The Enforcement of Morals*. Oxford, Oxford University Press.
- DICKSON, J. 2004. Methodology in Jurisprudence: A Critical Survey. En: Legal Theory, 10: 117-56.
- DICKSON, J. 2001. Evaluation and Legal Theory. Oxford, Hart Publishing.
- DOLCETTI, A. y RATTI, G. B. 2012. Los desacuerdos jurídicos y la "doble naturaleza" del derecho. En: LUQUE SÁNCHEZ, P. y RATTI, G. B. (eds.). Acordes y desacuerdos. Cómo y por qué los juristas discrepan. Madrid, Marcial Pons, pp. 179-202.

- DUARTE D'ALMEIDA, L., EDWARDS, J. y DOLCETTI, A. 2013. Hart's Readers. En: (eds.) Reading H. L. A. Hart's 'The Concept of Law'. Oxford, Hart Publishing, pp. 1-14.
- DUMMETT, M. 1993. Origins of Analytic Philosophy. Londres, Duckworth.
- DUMMETT, M. 1978. Truth and Other Enigmas. Londres, Duckworth.
- DWORKIN, R. 2013. Justice for Hedgehogs. Cambridge (MA), The Belknap Press of Harvard University Press.
- DWORKIN, R. 2006. Justice in Robes. Cambridge (MA), Harvard University Press.
- DWORKIN, R. 2004. Hart's Postscript and the Character of Political Philosophy. En: Oxford Journal of Legal Studies, 24(1): 1-37. Hay traducción al español de Ernesto Rizzo: 2010. El postscriptum de Hart y el carácter de la filosofía política. En: ORELLANA BENADO, M. E. (comp.). Causas Perdidas. Ensayos de filosofía jurídica, política y moral. Santiago de Chile, Catalonia, pp. 25-58.
- DWORKIN, R. 1998. Law's Empire. Oxford, Hart Publishing.
- DWORKIN, R. 1978. Taking Rights Seriously. Cambridge (MA), Harvard University Press.
- ENDICOTT, T. A. O. 2013. The Generality of Law. En: DUARTE D'ALMEIDA, L., EDWARDS, J. y DOLCETTI, A. (eds.) Reading H. L. A. Hart's 'The Concept of Law'. Oxford, Hart Publishing, pp. 15-36.
- ENDICOTT, T. A. O. 2003. Vagueness in Law. Oxford, Oxford University Press.
- ENDICOTT, T. A. O. 2001. Herbert Hart and the Semantic Sting. En: COLEMAN, J. (ed.) Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law. Oxford, Oxford University Press, pp. 39-58.
- ESCUADERO ALDAY, R. 2010. De la constitucionalización a la indeterminación. Retos y desafíos del positivismo jurídico. En: Anales de la Cátedra Francisco Suárez, 44: 395-415.
- ESCUADERO ALDAY, R. 2007. Arguments against Inclusive Legal Positivism. En: MORESO, J. J. (ed.). Legal Theory / Teoría del Derecho, Proceedings of the 22nd IVR World Congress Granada 2005, vol. I, Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie. Beiheft, pp. 43-52.
- ESCUADERO ALDAY, R. 2004. Los Calificativos del Positivismo Jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral. Madrid, Civitas.
- ETCHEBERRY, J. B. 2009. Objetividad y determinación del derecho. Un diálogo con los herederos de Hart. Granada, Comares.
- FABRA ZAMORA, J. L. 2008. Una visita al debate Hart-Dworkin. En: Cartapacio de Derecho, 15: 1-11.
- FERRATER MORA, J. 1979. Diccionario de Filosofía. 6ª ed. Barcelona, Ariel
- FERRER BELTRÁN, J. 2014. Prólogo. En: FIGUEROA RUBIO, S. (ed.) Hart en la teoría del derecho contemporánea. A 50 años de El concepto de derecho. Santiago de Chile, Ediciones UDP, pp. 11-15.

- FERRER, J., MORESO, J. J. y PAPAYANNIS, D. M. (eds.). 2012. Neutralidad y teoría del derecho. Madrid, Marcial Pons.
- FERRER, J. y RATTI, G. B. (eds.). 2011. El Realismo Jurídico Genovés. Madrid, Marcial Pons.
- FINNIS, J. 2013. Ruptura, transformación y continuidad en la Tradición de la razón y la justicia. Charla Magistral, Inauguración año académico. Santiago de Chile, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile.
- FINNIS, J. 2011. Natural Law and Natural Rights. 2da. Edición. Oxford, Oxford University Press.
- FINNIS, J. 2009. H. L. A. Hart: a Twentieth-Century Oxford Political Philosopher. En: Oxford Legal Studies Research Paper No. 30, p. 1.
- FINNIS, J. 2008. On Hart's Ways: Law as Reason and as Fact. En: KRAMER, M. H., GRANT, C., COLBURN, B. y HATZISTAVROU, A. (eds.). The Legacy of H. L. A. Hart. Oxford, Oxford University Press, pp. 3-28.
- FINNIS, J. 2007. Natural Law Theories. [en línea] The Stanford Encyclopedia of Philosophy, edición primavera 2014. <<http://plato.stanford.edu/entries/natural-law-theories/>> [consultado el 19 de enero de 2015]
- FLOYD, J. y SHIEH, S. 2001. Future Pasts. The Analytic Tradition in Twentieth-Century Philosophy. Oxford, Oxford University Press.
- FREGE, G. 1973. Estudios sobre semántica. Barcelona, Ariel.
- FREGE, G. 1972. Conceptografía. Los Fundamentos de la Aritmética. México DF, UNAM.
- FOUCAULT, M. 1978. Nietzsche, la genealogía, la historia. En: La microfísica del poder. Barcelona, Ediciones de La Piqueta
- FULLER, L. 1964. The Morality of Law. New Haven, Yale University Press. Hay traducción en español por Francisco Navarro: 1967. La moral del derecho. México DF, Editorial Trillas.
- FULLER, L. 1958. Positivism and Fidelity to Law – A reply to Prof. Hart. En: Harvard Law Review, 71: 630-72.
- GARCÍA AMADO, J. A. 1991. Nazismo, derecho y filosofía del derecho. En: Anuario de Filosofía del Derecho, VIII: 341-64.
- GARCÍA CALVO, M. Positivismo jurídico y transformaciones del derecho. En: VVAA. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba, Vol. 2, Madrid, Dykinson, 2008, pp. 201-22.
- GARDNER, J. 2001. Legal Positivism: 5 1/2 Myths. En: The American Journal of Jurisprudence, 46(1): 199-227.
- GEERTZ, C. 2002. Reflexiones antropológicas sobre temas filosóficos. Barcelona, Paidós.

- GEORGE, R. P. 1990. Social Cohesion and the Legal Enforcement of Morals: A Reconsideration of the Hart-Devlin Debate. En: The American Journal of Jurisprudence, 35(1): 15-46.
- GLOCK, H. 2008. What is Analytic Philosophy? Cambridge, Cambridge University Press
- GÖDEL, K. 1981. "Sobre proposiciones formalmente indecidibles de Principia Mathematica y sistemas relacionados". En: Obras Completas (edición de Jesús Mosterín). Madrid, Alianza.
- GONZÁLEZ VICÉN, F. 1979. La Filosofía del Derecho como concepto histórico. En: Estudios de Filosofía del Derecho. Santa Cruz de Tenerife, Universidad de la Laguna: 207-57.
- GREEN, L. 2013. The Morality in Law. En: DUARTE D'ALMEIDA, L., EDWARDS, J. y DOLCETTI, A. (eds.) Reading H. L. A. Hart's 'The Concept of Law'. Oxford, Hart Publishing, pp. 177-208
- GREEN, L. 2012. Introduction to the Concept of Law. En: HART, H. L. A. The Concept of Law. 3a. edición. Oxford, Oxford University Press: xv-iv.
- GREEN, L. 2008. Positivism and the Inseparability of Law and Morals. En: New York University Law Review, 83(4): 1035-58. Hay traducción al español de Ernesto Rizzo: 2010. El positivismo y la inseparabilidad del derecho y la moral. En: ORELLANA BENADO, M. E. (comp.). Causas Perdidas. Ensayos de filosofía jurídica, política y moral. Santiago de Chile, Catalonia, pp. 213-31.
- GREEN, L. 1996. The Concept of Law Revisited. En: Michigan Law Review, 94(6), p. 1687. Hay traducción al español de Ernesto Rizzo: 2014. Reconsiderando El concepto de derecho. En: FIGUEROA RUBIO, S. (ed.) Hart en la teoría del derecho contemporánea. A 50 años de El concepto de derecho. Santiago de Chile, Ediciones UDP, pp. 19-60.
- GREENBERG, M. 2011. Naturalism in Epistemology and the Philosophy of Law, Parts I and II. En: Law and Philosophy, 30: 419-76.
- GUASTINI, R. 2014. Reyelendo a Hart, En: FIGUEROA RUBIO, S. (ed.) Hart en la teoría del derecho contemporánea. A 50 años de El concepto de derecho. Santiago de Chile, Ediciones UDP, pp. 61-76.
- HAACK, S. 1992. Pragmatism. En: DANCY, J. y SOSA, E. (eds.): A Companion to Epistemology. Oxford, Blackwell, pp. 351-7.
- HAGE, J. 2013. Can Legal Theory Be Objective? En: HUSA, J. y VAN HOECKE, M. (eds.) Objectivity in Law and Legal Reasoning. Oxford, Hart Publishing, pp. 23-44.
- HALL, S. 2003. Introducción: ¿quién necesita 'identidad'? En: HALL, S. y DUGRAY, P. (comp.) Cuestiones de identidad cultural. Buenos Aires, Amorrortu editores, pp. 13-39.
- HALL, J. 1974. Filosofía Analítica y Teoría del Derecho. En: Boletín Mexicano de Derecho Comparado, 21: 83-103.

- HART, H. L. A. 2013. Answers to Eight Questions. En: DUARTE D'ALMEIDA, L., EDWARDS, J. y DOLCETTI, A. (eds.) Reading H. L. A. Hart's 'The Concept of Law'. Oxford, Hart Publishing, pp. 279-98.
- HART, H. L. A. 1994a. The Concept of Law. 2da. Edición. Oxford, Clarendon Press.
- HART, H. L. A. 1994b. Postscript. En: The Concept of Law. Oxford, Clarendon Press, pp. 238-76.
- HART, H. L. A. 1983. Essays in Jurisprudence and Philosophy. Oxford, Oxford University Press.
- HART, H. L. A. 1977. American Jurisprudence Through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream. En: Georgia Law Review 5: 969-89.
- HART, H. L. A. 1967. Social Solidarity and the Enforcement of Morality. En: University of Chicago Law Review, 35(1): 1-13.
- HART, H. L. A. 1965. Review of The Morality of Law. En: Harvard Law Review, 78: 1281-96.
- HART, H. L. A. 1963. Kelsen visited. En: UCLA Law Review, 10: 709-28.
- HART, H. L. A. 1962. Law, Liberty and Morality. Oxford, Oxford University Press.
- HART, H. L. A. 1958. Positivism and the Separation of Law and Morals. En: Harvard Law Review, 71(4): 593-629.
- HART, H. L. A. 1957. Analytical Jurisprudence in Mid-Twentieth Century: A Reply to Professor Bodenheimer. En: University of Pennsylvania Law Review, 105: 953-75.
- HART, H. L. A. 1955a. Theory and Definition in Jurisprudence. En: Proceedings of the Aristotelian Society. Supplementary Volumes, 29: 244 y ss.
- HART, H. L. A. 1955b. Are there any natural rights? En: The Philosophical Review, 64: 175-91.
- HART, H. L. A. 1953a. Definition and Theory in Jurisprudence. Oxford, Oxford University Press. Reimpreso y comentado luego en 1983a. Essays in Jurisprudence and Philosophy. Oxford, Oxford University Press, pp. 21-48.
- HART, H. L. A. 1953b. Philosophy of Law and Jurisprudence in Britain (1945-1952). En: The American Journal of Comparative Law, 2(3): 355-64.
- HART, H. L. A. y HONORÉ, T. 1959. Causation in the Law. Oxford, Clarendon Press.
- HAVEL, V. 1989. Slovo o slovu. [en línea] <http://vaclavhavel.cz/showtrans.php?cat=clanky&val=78_clanky.html&typ=HTML> [Consultado el 16 de enero de 2015]
- HERSHOVITZ, S. 2015. The End of Jurisprudence. En: Yale Law Journal, 124, por aparecer (visible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2515494)

- HERVADA, J. 1996. Historia de la Ciencia del Derecho Natural. Pamplona, Eunsa.
- HILBERT, D. 1918. Axiomatic Thoughts. En: EWALD, W. B. 1996. From Kant to Hilbert: A Source Book in the Foundations of Mathematics. Oxford, Oxford University Press, pp. 1115 y ss.
- HIMMA, K. E. 2004. Do Philosophy and Sociology Mix? A Non-Essentialist Socio-Legal Positivist Analysis of the Concept of Law. En: Oxford Journal of Legal Studies 24(4): 717-38.
- JIMENEZ CANO, R. M. 2012. ¿Puede ser *general* la teoría general del derecho? En: Revista de Estudios Jurídicos – Segunda época, 12.
- JIMENEZ CANO, R. M. 2008. Una metateoría del positivismo jurídico. Madrid, Marcial Pons.
- KAMMERHÖFFER, J. 2007. Hans Kelsen as the Epitome of Legal Modernism. [en línea] <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1566432> [consultado el 14 de enero de 2015]
- KANT, I. 2006. Crítica de la razón pura. México DF, Taurus.
- KANT, I. 1989. Metafísica de las Costumbres. Madrid, Tecnos.
- KAUFMANN, A. 1992. Panorámica histórica de los problemas de la filosofía del derecho. En: KAUFMANN, A. y HASSEMER, W. (eds.). El pensamiento jurídico contemporáneo. Madrid, Debate, pp. 47-142.
- KELSEN, H. 1997. Introduction to the Problems of Legal Theory. Oxford, Oxford University Press.
- KELSEN, H. 1982. Teoría Pura del Derecho. México DF, UNAM.
- KELSEN, H. 1965. Teoría general del Estado. México DF, Editora Nacional.
- KELSEN, H. 1960. Teoría pura del Derecho. Introducción a la ciencia del derecho. Buenos Aires, Eudeba.
- KENNEDY, D. 2010. Izquierda y Derecho. Buenos Aires, Siglo XXI.
- KENNEDY, D. 1997. A Critique of Adjudication (fin de siècle). Cambridge (MA), Harvard University Press.
- KENNEDY, D. 1973. Legal Formality. En: Journal of Legal Studies, 2: 351-98.
- KLETZER, C. 2010. The Role and Reception of the Work of Hans Kelsen in the United Kingdom. En: WALTER, R., JABLONER, C. y ZELENY, K. (eds.) Hans Kelsen anderswo- Hans Kelsen abroad: der Einfluss der reinen Rechtslehre auf die Rechtstheorie en verschiedenen Ländern, Teil III. Viena, Verlag, pp. 133-67.
- KNOP, K. 2010. The Hart-Fuller Debate's Silence on Human Rights. En: CANE, P. (ed.) The Hart-Fuller Debate in the Twenty-First Century. Oxford, Hart Publishing, pp. 61-78.
- KRAMER, M. H. 2013. In Defense of Hart. En: WALUCHOW, W y SCIARAFFA, S. (eds.) Philosophical Foundations of the Nature of Law. Oxford, Oxford University Press, pp. 22-50.

- KRAMER, M. H. 2000. How Moral Principles Can Enter into the Law. En: Legal Theory, 6: 83-108.
- KRISHNAN, A. 2009. A Concise Interpretation of Hans Kelsen's Pure Theory of Law. [en línea] <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1521569> [consultado el 26 de enero de 2015].
- LACASTA ZABALZA, J. I. 2013. Memoria colectiva, pluralismo y participación democrática. Valencia, Tirant/Humanidades.
- LACEY, N. 2010. Out of the 'Witches' Cauldron'? Reinterpreting the Context and Reassessing the Significance of the Hart-Fuller Debate. En: CANE, P. (ed.) The Hart-Fuller Debate in the Twenty-First Century. Oxford, Hart Publishing, pp. 1-42.
- LACEY, N. 2004. A Life of H. L. A. Hart: The Nightmare and the Noble Dream. Oxford, Oxford University Press.
- LAPORTA, F. 2007. Ética y Derecho en el pensamiento contemporáneo. En: CAMPS, V. (ed.). Historia de la Ética, vol. III. Barcelona, Crítica, pp. 221-95.
- LAZEROWITZ, M. 1970. A Note on Metaphilosophy. Metaphilosophy, I(1): 91.
- LEGARRE, S. 2013. Apuntes para una biografía intelectual de John Finnis. En: ETCHEBERRY, J. B. (ed.). Ley, moral y razón. Estudios sobre el pensamiento de John M. Finnis a propósito de la segunda edición de Ley natural y derechos naturales. México DF, UNAM, pp. 233-47.
- LEITER, B. 2014. Legal Realisms, Old and New. En: Valparaiso University Law Review, 47(4): 949-63
- LEITER, B. 2012. Naturalismo y teoría del derecho. Madrid, Marcial Pons.
- LEITER, B. 2005. The End of Empire: Dworkin and Jurisprudence in the 21st Century. En: Rutgers Law Journal, 36: 161-81.
- LEITER, B. 2001. The Naturalistic Turn in Legal Philosophy. En: APA Newsletter on Philosophy and Law, vol. 00(2).
- LLOREDO ALIX, L. 2013. La Filosofía del Derecho en tiempos de crisis: en torno al estatus epistemológico de la Filosofía jurídica. Revista Telemática de Filosofía del Derecho, 16: 109-33.
- LÓPEZ PÉREZ, N. 2014. Desacuerdos, análisis y conceptos: Reflexiones metateóricas para la teoría del derecho del siglo XXI. En: Revista de Estudios Jurídicos, 14 (segunda época).
- LÓPEZ PÉREZ, N. 2013a. Uso y abuso de los absolutos morales en el derecho. En: Revista de Estudios lus Novum, 6: 267-88.
- LÓPEZ PÉREZ, N. 2013b. La teoría del derecho de Joseph Raz: ¿un esencialismo cientificista insuficiente? En: Revista Telemática de Filosofía del Derecho, 16: 175-95.

- LÓPEZ PÉREZ, N. 2013c. El naturalismo jurídico como teoría del derecho: red filosófica y conceptual de un cientificismo revisitado. *En: Derecho y Humanidades* 22: 181-224.
- LUQUE SÁNCHEZ, P. 2012. Los desacuerdos jurídicos. Un mapa conceptual. *En: LUQUE SÁNCHEZ, P. y RATTI, G. B. (eds.). Acordes y desacuerdos. Cómo y por qué los juristas discrepan.* Madrid, Marcial Pons, pp. 23-60.
- MACCORMICK, N. 2010. H. L. A. Hart. Madrid, Marcial Pons.
- MACCORMICK, N. 1994. *Legal Reasoning and Legal Theory.* 2da. Edición. Oxford, Clarendon Press.
- MACKIE, J. L. 1983. The Third Theory of Law. *En: COHEN, M. (ed.) Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence.* Londres, Duckworth, pp. 161-70.
- MAGEE, B. 1993. Las ideas de Quine. Diálogo con W. V. Quine. *En: Los hombres detrás de las ideas.* México DF, FCE, pp. 177-89.
- MALEM, J. 2003. La imposición de la moral por el derecho. La disputa Devlin-Hart. *En: VÁSQUEZ, R. (ed.). Derecho y Moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo.* Barcelona, Gedisa, pp. 59-79.
- MAZUREK, P. 1992. Teoría analítica del derecho. *En: KAUFMANN, A. y HASSEMER, W. (eds.) El pensamiento jurídico contemporáneo.* Madrid, Debate, pp. 275-86.
- MARMOR, A. 2013. Farewell to Conceptual Analysis (in Jurisprudence). *En: WALUCHOW, W y SCIARAFFA, S. (eds.) Philosophical Foundations of the Nature of Law.* Oxford, Oxford University Press, pp. 209-29.
- MARMOR, A. 2001. *Positive Law and Objective Values.* Oxford, Clarendon Press.
- MESA, D. A. 2002. Fisuras en el pensamiento jurídico contemporáneo. El movimiento 'Critical Legal Studies'. *En: Criterio Jurídico*, 2: 129-60.
- MÉTALL, R. A. 1976. Hans Kelsen. Vida y obra. México DF, UNAM.
- MILL, J. S. 1984. Austin's Lectures on Jurisprudence. *En: The Collected Works of John Stuart Mill*, vol. 21. Toronto, University of Toronto Press.
- MILLALEO HERNÁNDEZ, S. 2014. El punto de vista interno de Hart (y Peter Winch): giros, comunidades y pluralidades. *En: FIGUEROA RUBIO, S. (ed.) Hart en la teoría del derecho contemporánea. A 50 años de El concepto de derecho.* Santiago de Chile, Ediciones UDP, pp. 143-80.
- MOORE, M. 2000. *Educating Oneself in Public: Critical Essays in Jurisprudence.* Oxford, Oxford University Press.
- MORESO, J. J. 2004. El positivismo jurídico y la aplicación del derecho. *En: DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 27: 45-62.
- MOYA, C. 2004. La evolución de la filosofía analítica. *En: MUGUERZA, J. y CERESO, P. (ed.) La filosofía hoy.* Barcelona, Crítica, pp. 11-26.
- MUGUERZA, J. 1970. Adiós a Bertrand Russell. *Cuadernos para el diálogo*, 77: 37-9.

- MUÑOZ CARCAMO, A. 2013. La sociología descriptiva de Hart: un análisis conceptual del derecho. En: Derecho y Humanidades, 22: 161-80.
- MURPHY, L. 2001. The Political Question of the Concept of Law. En: COLEMAN, J. (ed.) Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law. Oxford, Oxford University Press, pp. 371-409.
- NIEMI, M. I. 2013. Objective Legal Reasoning—Objectivity Without Objects. En: HUSA, J. y VAN HOECKE, M. (eds.) Objectivity in Law and Legal Reasoning. Oxford, Hart Publishing, pp. 69-84.
- NUSSBAUM, M. 1995. Poetic Justice: The Literary Imagination and Public Life. Boston, Beacon Press.
- ORELLANA BENADO, M. E. 2011. Prójimos Lejanos. Ensayos de filosofía en la tradición analítica con una introducción de sir P. F. Strawson. Santiago de Chile, Ediciones UDP.
- ORELLANA BENADO, M. E. 2010a. Negociación Moral. En: (comp.) Causas Perdidas. Ensayos de filosofía jurídica, política y moral. Santiago de Chile, Catalonia, pp. 263-82.
- ORELLANA BENADO, M. E. 2010b. Tradiciones y concepciones en filosofía. En: NUDLER, O. (ed.) Filosofía de la Filosofía. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, 31. Madrid, Trotta, pp. 49-78.
- ORREGO SÁNCHEZ, C. 2005. Analítica del derecho justo. La crisis del positivismo jurídico y la crítica del derecho natural. México DF, UNAM.
- ORREGO SÁNCHEZ, C. 1997. H. L. A. Hart. Abogado del positivismo jurídico. Pamplona, EUNSA.
- PANNAM, C. L. 2008. El profesor Hart y la Filosofía analítica del Derecho. En: Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho, 6(12): 67-98.
- PÁRAMO ARGÜELLES, J. R. de. 1984. H. L. A. Hart y la teoría analítica del derecho. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- PARDO ÁLVAREZ, D. 2010. Descripción y valoración. Notas sobre el debate metodológico en filosofía del derecho. En: ORELLANA BENADO, M. E. (comp.). Causas Perdidas. Ensayos de filosofía jurídica, política y moral. Santiago de Chile, Catalonia, pp. 59-80.
- PARISI, F. 2004. Positive, Normative and Functional Schools in Law and Economics. En: European Journal of Law and Economics, 18: 259-72.
- PECES-BARBA, G. 1983. Introducción a la Filosofía del Derecho. Madrid, Debate.
- PECES-BARBA, G., FERNÁNDEZ, E. y DE ASÍS, R. 2000. Curso de teoría del derecho. Madrid, Marcial Pons.
- PÉREZ LLEDO, J. A. 1996. El movimiento Critical Legal Studies. Madrid, Tecnos.
- PÉREZ SOTO, C. 2007. Positivismos. Consideraciones en torno a la Filosofía del Derecho. Manuscrito inédito.

- PERRY, S. 2001. Hart's Methodological Positivism. En: COLEMAN, J. (ed.) Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law. Oxford: Oxford University Press, pp. 311-54.
- POSNER, R. 1988. Law and Literature: A Misunderstood Relation. Cambridge (MA), Harvard University Press.
- POSNER, R. 1973. Economic Analysis of Law. Boston, Little Brown and Company.
- POSTEMA, G. 2011. Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World. A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence 11. Dordrecht, Springer.
- PRIEL, D. 2013. One Right Answer?: The Meta Edition. En: WALUCHOW, W y SCIARAFFA, S. (eds.) Philosophical Foundations of the Nature of Law. Oxford, Oxford University Press, pp. 322-50.
- P IBÁ , J. 2011. Lesk a bída právního pozitivismu. En: P IBÁ , J. y HOLLÄNDER, P. (eds.) Právo a dobro v ústavní demokracii: Polemické a kritické úvahy, Sociologicke aktuality, Praga, SLON-Sociologicke nakladatelstvi, pp. 27-34.
- P IBÁ , J. 2004. Doslov. En: HART, H. L. A. Pojem práva. Praga, Prostor, pp. 309 y ss.
- PUTNAM, H. 2001. El desplome de la dicotomía hecho-valor y otros ensayos. Barcelona, Paidós.
- QUEROL ARAGÓN, N. de y LÓPEZ PÉREZ, N. 2014. Análisis Económico del Derecho. Madrid, Dykinson.
- QUINE, W. V. 2002. Desde un punto de vista lógico. Barcelona, Paidós.
- QUINE, W. V. 2000. Palabra y objeto. Barcelona, Herder.
- QUINE, W. V. 1976. The Ways of Paradox and Other Essays. Cambridge (MA), Harvard University Press.
- QUINTANA BRAVO, F. 2014. Comentario sobre "Dos críticas metodológicas a la teoría de Hart". En: FIGUEROA RUBIO, S. (ed.) Hart en la teoría del derecho contemporánea. A 50 años de El concepto de derecho. Santiago de Chile, Ediciones UDP, pp. 138-40.
- QUINTERO, D. 2014. Vigencia y honestidad de la teoría hartiana del derecho. En: FIGUEROA RUBIO, S. (ed.) Hart en la teoría del derecho contemporánea. A 50 años de El concepto de derecho. Santiago de Chile, Ediciones UDP, pp. 103-11.
- RAATZSCH, R. 2008. Filosofía de la filosofía. Xalapa, Universidad Veracruzana.
- RADBRUCH, G. 1962. Arbitrariedad legal y derecho supralegal. Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
- RAMÍREZ LUDUEÑA, L. 2014. Comentario "La Teoría del Derecho de Herbert Hart". Seis comentarios críticos. En: FIGUEROA RUBIO, S. (ed.) Hart en

- la teoría del derecho contemporánea. A 50 años de El concepto de derecho. Santiago de Chile, Ediciones UDP, pp. 112-20.
- RAWLS, J. 1980. Kantian Constructivism in Moral Theory. En: Journal of Philosophy, 77: 515-72
- RAZ, J. 2009a. Between Authority and Interpretation. Oxford, Oxford University Press.
- RAZ, J. 2009b. Kelsen's Theory of the Basic Norm. En: The Authority of Law. 2a. edición. Oxford, Oxford University Press.
- RAZ, J. 2007a. ¿Puede haber una teoría del derecho? En: et al. Una Discusión sobre la Teoría del Derecho. Madrid, Marcial Pons, pp. 47-86.
- RAZ, J. 2007b. Teoría y conceptos. Réplica a Alexy y Bulygin" En: et al. Una Discusión sobre la Teoría del Derecho. Madrid, Marcial Pons, pp. 111-20.
- RAZ, J. 2001. Autoridad, derecho y moral. En: La Ética en el ámbito de lo público. Barcelona, Gedisa, pp. 227-57.
- RAZ, J. 1990. Practical Reason and Norms. 2da. Edición. Princeton, Princeton University Press.
- RAZ, J. 1979. The Authority of Law. Oxford, Clarendon Press.
- RAZ, J. 1970. The Concept of a Legal System. An introduction to the Theory of Legal System. Oxford, Clarendon Press.
- REDONDO, M. C. 2014. Dos críticas metodológicas a la teoría de Hart. En: FIGUEROA RUBIO, S. (ed.) Hart en la teoría del derecho contemporánea. A 50 años de El concepto de derecho. Santiago de Chile, Ediciones UDP, pp. 121-37.
- RODENAS, A. 2012. Los Intersticios del derecho. Madrid, Marcial Pons.
- RODRÍGUEZ-BLANCO, V. 2007. Peter Winch and H.L.A. Hart: Two Concepts of the Internal Point of View. En: Canadian Journal of Law and Jurisprudence, 20(2): 453-74
- RORTY, R. 1998. El giro lingüístico. Barcelona, Paidós.
- RORTY, R. 1990. La historiografía de la filosofía: Cuatro géneros. En: La Filosofía de la Historia. Barcelona, Paidós, pp. 69-98.
- RUIZ MANERO, J. 1991. Entrevista con Joseph Raz. En: DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 9: 321-44.
- RUSSELL, B. A. W. 1999. Análisis filosófico. Barcelona: Paidós.
- RUSSELL, B. A. W. 1973a. Sobre el denotar. En: MORO SIMPSON, T. (comp.) Semántica Filosófica: Problemas y Discusiones. Buenos Aires, Siglo XXI, pp. 29-48.
- RUSSELL, B. A. W. 1973b. "Sobre la teoría de Strawson acerca del referir". En: MORO SIMPSON, T. (comp.) Semántica Filosófica: Problemas y Discusiones. Buenos Aires, Siglo XXI, pp. 87-93.
- SANTIAGO, R. de. 1991. Acerca del concepto de ciencia y de teoría. En: Curriculum. Revista de teoría, investigación y práctica educativa, 1-2: 121-31.

- SALMERÓN, F. 2003. Sobre moral y derecho. Apuntes para la historia de la controversia Hart-Dworkin. En: VÁSQUEZ, R. (ed.). Derecho y Moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo. Barcelona, Gedisa, pp. 80-114.
- SARLO, O. 2010. La gira sudamericana de Hans Kelsen en 1949. El 'frente sur' de la teoría pura. En: Ambiente Jurídico, 12: 400-25.
- SCHAUER, F. 2012. Necesidad, importancia y naturaleza del derecho. En: FERRER, J., MORESO, J. J. y PAPAYANNIS, D. M. (eds.). Neutralidad y teoría del derecho. Madrid, Marcial Pons, pp. 41-60.
- SCHAUER, F. 1988. Formalism. En: Yale Law Journal, 97: 509-48.
- SCHLICK, M. 2003. The Foundation of Knowledge. En: BAILLIE, J. Contemporary Analytic Philosophy. Nueva Jersey, Pearson, pp. 141-54.
- SCHMILL, U. 2010. Hans Kelsen. Aportaciones teóricas de la Teoría Pura del Derecho. En: DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 33: 17-36.
- SCHMILL, U. 2007. La norma fundante básica y el origen conceptual de la normatividad. En: Análisi e diritto: 91-122.
- SCRUTON, R. 1999. Filosofía Moderna. Una introducción sinóptica. Santiago de Chile, CuatroVientos.
- SEARLE, J. 1995. The Construction of Social Reality. Londres, Penguin.
- SHAPIRO, S. J. 2012. ¿Qué es el derecho (y por qué debería importarnos)? En: FERRER, J., MORESO, J. J. y PAPAYANNIS, D. M. (eds.). 2012. Neutralidad y teoría del derecho. Madrid, Marcial Pons, pp. 279-312.
- SHAPIRO, S. J. 2011. Legality. Cambridge (MA), Harvard University Press.
- SHAPIRO, S. J. 2006. What is the Internal Point of View? En: Fordham Law Review, 75: 1157-70.
- SHAPIRO, S. J. 2001. On Hart's Way Out. En: COLEMAN, J. (ed.) Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law. Oxford, Oxford University Press, pp. 149-92.
- SHAPIRO, S. J. 2000. Law, Morality and the Guidance of Conduct. En: Legal Theory, 6: 127-70.
- SIMPSON, A. W. B. 2011. Reflections on The Concept of Law. Oxford, Oxford University Press.
- SINGER, J. 1988. Legal Realism Now. En: California Law Review, 76: 467-544.
- SKORUPSKI, J. 1997. Why did language matter to analytic philosophy? En: GLOCK, H. (ed.) The Rise of the Analytic Philosophy. Oxford, Blackwell, pp. 77-91.
- SKORUPSKI, J. 1993. English-Language Philosophy 1750 to 1945. Oxford, Oxford University Press.
- SOPER, P. 1998. Two Puzzles from the Postscript. En: Legal Theory, 4: 359-80.
- SOPER, P. 1993. Una teoría del derecho. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales

- SOPER, P. 1977. Legal Theory and the Obligation of a Judge. The Hart/Dworkin dispute. En: Michigan Law Review, 75(3): 473-519.
- SQUELLA, A. 2014. El concepto de derecho puesto en un determinado contexto. En: FIGUEROA RUBIO, S. (ed.) Hart en la teoría del derecho contemporánea. A 50 años de El concepto de derecho. Santiago de Chile, Ediciones UDP, pp. 79-93.
- STAVROPOULOS, N. 2008. Objectivity. En: GOLDING, M. P. y EDMUNDSON, W. A. (eds.). The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory. Oxford, Blackwell, pp. 315-23.
- STAVROPOULOS, N. 2001. Hart's Semantics. En: COLEMAN, J. (ed.) Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law. Oxford, Oxford University Press, pp. 59-98.
- STOLJAR, N. 2013. What Do We Want Law to Be? Philosophical Analysis and the Concept of Law. En: WALUCHOW, W y SCIARAFFA, S. (eds.) Philosophical Foundations of the Nature of Law. Oxford, Oxford University Press, pp. 230-56.
- STRAWSON, P. F. 1997. La filosofía analítica. Dos analogías. En: Análisis y metafísica. Una introducción a la filosofía. Barcelona, Paidós, pp. 43-60.
- STRAWSON, P. F. 1983. Sobre el referir. En: Ensayos Lógico-lingüísticos. Madrid, Tecnos, pp. 11-39.
- STRAWSON, P. F. 1959. Individuals. An Essay in Descriptive Metaphysics. Londres, Routledge.
- STRAWSON, P. F. 1958. Construcción y análisis. En: AYER, A. J. et al. La revolución en filosofía. Madrid, Revista de Occidente, pp. 117-33.
- STROLL, A. 2002. La filosofía analítica del siglo XX. Madrid, Siglo XXI.
- SUCAR, G. 2008. Concepciones del derecho y de la verdad jurídica. Madrid, Marcial Pons.
- SUGARMAN, D. y HART, H. L. A. 2005. Hart Interviewed: H. L. A. Hart in Conversation with David Sugarman. En: Journal of Law and Society, 22(32): 267-93.
- TAMANAH, B. Z. 2008. Understanding Legal Realism. En: Texas Law Review, 87(4): 731-86
- TAMANAH, B. Z. 2007. The Contemporary Relevance of Legal Positivism. En: Australian Journal of Legal Philosophy 32(1): 1-38.
- TAMANAH, B. Z. 2000. Conceptual Analysis, Continental Social Theory, and CLS: A Response to Bix, Rubin and Livingston. En: Rutgers Law Journal, 32: 281-306.
- TAMANAH, B. Z. 1995. An Analytical Map of Social Scientific Approaches to the Concept of Law. En: Oxford Journal of Legal Studies, 15(4): 501-35.
- TAMAYO Y SALMORÁN, R. 2000. Estudio preliminar. En: HART, H. L. A. Post Scriptum al Concepto de Derecho. México DF, UNAM, pp.

- TWINNING, W. L. 2005. Teoría general del Derecho. En: Anales de la Cátedra Francisco Suárez: 597-688.
- UEBEL, T. 2006. Vienna Circle. [en línea] The Stanford Encyclopedia of Philosophy, edición primavera 2014. <<http://plato.stanford.edu/archives/spr2014/entries/vienna-circle>> [consulta 09 enero 2014]
- UNGER, R. M. 1983. The Critical Legal Studies Movement. Cambridge (MA), Harvard University Press.
- UNGER, R. M. 1976. Law in Modern Society: Towards a Criticism of Social Theory. Nueva York, Free Press.
- UNGER, R. M. s.a. The Universal History of Legal Thought. [en línea] <<http://robertounger.com/english/pdfs/UHLT.pdf>> [consultado el 27 de enero de 2015]
- VINX, L. 2007. Hans Kelsen's Pure Theory of Law: Legality and Legitimacy. Oxford, Oxford University Press.
- WALDRON, J. 2001. Normative (or Ethical) Positivism. En: COLEMAN, J. (ed.) Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law. Oxford, Oxford University Press, pp. 411-33. Hay traducción al español por Pablo Solari G. en: 2010. Positivismo normativo (o ético). En: ORELLANA BENADO, M. E. (comp.) Causas Perdidas. Ensayos de filosofía jurídica, política y moral. Santiago de Chile: Catalonia, pp. 125-44.
- WALUCHOW, W. J. 1994. Inclusive Legal Positivism. Oxford: Oxford University Press.
- WARNER, R. 1993. Why Pragmatism? The Puzzling Place of Pragmatism in Critical Theory. En: University of Illinois Law Review: 535-63.
- WHITE, J. B. 1973. The Legal Imagination. Boston, Little, Brown & Co.
- WINCH, P. 1990. The Idea of a Social Science and its Relation to Philosophy. 2a. edición. Londres, Routledge.
- WITTGENSTEIN, L. 2001. Tractatus Logico-Philosophicus. Madrid, Tecnos.
- WITTGENSTEIN, L. 1988. Investigaciones filosóficas. México DF, UNAM.
- WITTGENSTEIN, L. 1976. Los cuadernos azul y marrón. Madrid, Tecnos.