

## LA TITANOMAQUÍA DEL IMPERIO DEL DERECHO: NOTAS BIO-BIBLIOGRÁFICAS SOBRE H. L. A. HART Y RONALD DWORKIN

El siglo XX fue bastante particular, en lo que respecta a avances tecnológicos y reflexiones filosóficas. El derecho no estuvo indiferente a ninguno de los antes mencionados, es más, la explosión de la filosofía analítica fue culmine en los estudios eruditos del mismo. Tanto así, que tomando antecedentes “más duros” como los trabajos de John Austin y Jeremy Bentham, precursores de algo llamado “ciencia jurídica”, intentaron pensar las bases de un sistema jurídico. Estandartes de dicha tarea fueron H. L. A. Hart y Ronald Dworkin, quienes sentaron los precedentes de cómo se habría de pensar al derecho, al positivismo jurídico y a las relaciones de ambos con la filosofía moral y la filosofía política. Sobre ellos, en este año, cabe la ocasión de ofrecer una nota bio-bibliográfica que intente dar cuenta de lo anterior, pero con acento en la discusión en teoría jurídica analítica de los últimos 50 años, período en el cual *The Concept of Law* de Hart ha sido protagonista. Además, con la oportunidad del reciente fallecimiento de Dworkin en febrero pasado, resulta relevante recordar el legado de este último.

*La pesadilla y el noble sueño.-*

### 1. PRELIMINAR: ANALÍTICOS JURÍDICO-PARLANTES

Herbert Adolphus Lionel Hart nació un 18 de Julio de 1907 en el poblado de Harrogate, en el condado de Yorkshire al norte de Inglaterra, hijo de padres de origen alemán y polaco. Estudió en el New College de Oxford University, uno de los más antiguos y prestigiosos colegios de la Universidad. Allí estudió entre otras ramas de las humanidades, derecho, con un brillante desempeño. En los años 30, Hart pasó sus exámenes para ser habilitado para el ejercicio de la profesión como abogado (*bar-at-law*), de la cual destacaría su labor en el campo del derecho tributario<sup>1</sup>. Posteriormente, alrededor de 1940, desistiría del oficio, enlistándose en la MI5, una agencia de inteligencia dedicada al “contra-espionaje” en Gran Bretaña, empleo que mantendría hasta el fin de la II guerra mundial. Luego, retomaría el cultivo de las letras y las humanidades, como profesor y tutor en filosofía en el New College. Hasta que en 1952 sería electo para el puesto de *Profesor of Jurisprudence* en la misma casa de estudios. En ese mismo año, durante el verano comenzaría a trazar su trabajo más importante, *The Concept of Law* (1961), no solo en cuanto a su bagaje intelectual, sino que respecto de la tradición analítica de la filosofía del derecho. Junto a este texto, la productividad del académico sería bien prolífica, lanzando otros títulos como *Law, Liberty and Morality* (1963), *The Morality of Criminal Law* (1964), *Punishment and*

<sup>1</sup> FINNIS, John. “H. L. A. Hart: a Twentieth-Century Oxford Political Philosopher”, *Oxford Legal Studies Research Paper* No. 30 (2009), p. 1.

*Responsibility* (1968), *Essays on Bentham: Studies in Jurisprudence and Political Theory* (1982) y *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (1983).

Hart seguiría en el puesto de profesor en University College hasta su muerte, un 19 de diciembre de 1992 en Oxford. Habría pasado los últimos años de su vida, preparando respuestas a algunas críticas a *The Concept of Law*, cuyos frutos se convertirían en el *Postscript to The Concept of Law*, que aparecería póstumamente en 1994 con la segunda edición de su célebre libro, de la mano de Penelope A. Bulloch y su sucesor más íntimo en el cultivo de la teoría del derecho, Joseph Raz. La mayor parte de los dardos en ese trabajo póstumo irían dirigidos a las críticas elaboradas por su sucesor en el cargo de profesor, Ronald Dworkin.

Ronald Myles Dworkin nació un 11 de diciembre de 1931 en la ciudad de Providence, Rhode Island en Estados Unidos. Estudió en Harvard University, donde obtendría su licenciatura en derecho y paralelamente prestaría servicios jurídicos al juez Learned Hand en una de las cortes de apelaciones de los Estados Unidos. Luego sus estudios de posgrado tendrían lugar en el Magdalen College de Oxford University, donde fue Rhodes Scholar y tutelado por el académico y abogado inglés, Sir Rupert Cross. Se dice que cuando completó su período de estudios en Oxford, los examinadores quedaron sorprendidos con su labia intelectual que lo invitaron a ocupar el puesto de *Professor of Jurisprudence* en dicha casa de estudios, un cargo detentado por H. L. A. Hart a esa fecha y con quien se relacionaría intelectualmente a contar de 1969.

Dworkin, antes de emprender una considerable carrera académica, también tendría un notable paso por el ejercicio de la profesión de abogado, no solo como asesor del juez Learned Hand, sino que también, tendría un lugar de honor como asociado en el bufete de abogados Sullivan & Cromwell, uno de los más prestigiosos de Nueva York. Su ruta como operador jurídico llegaría a su fin, cuando se transforma en el profesor Wesley N. Hohfeld de teoría del derecho en Yale University. Posteriormente, su carrera como académico y docente universitario lo llevaría a tener cátedras en lugares como el University College London, la New York University (NYU), el New College of the Humanities en Londres, y a ser profesor invitado en varias casas de estudio de Estados Unidos. En su periplo académico, Dworkin escribiría una buena cantidad de libros que oscilarían en la filosofía moral, la filosofía política y la filosofía jurídica. Donde el juego entre estas tres ramas sería notable, pero donde solo la última sería una de las mayores contribuciones a la literatura erudita de la materia en el contexto de la tradición analítica de la filosofía del derecho. Con los debates que protagonizó con Hart, y uno de sus grandes aciertos, *Taking Rights Seriously* de 1977 donde la mayoría de sus tesis esenciales se encuentran.

Dworkin, según una investigación del *Journal of Legal Studies*, es catalogado como el segundo jurista norteamericano más citado en el siglo XX detrás de Richard Posner<sup>2</sup>.

Finalmente, el 14 de febrero del presente, fallecería a causa de una leucemia en Londres, a la edad de 81 años.

## 2. CUANDO KRONOS VE A ZEUS: “¿ES EL DERECHO UN SISTEMA DE REGLAS?”

“En derecho, como en otras cosas, podemos conocer y, con todo, 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.

(...) (L)as nociones jurídicas pueden ser elucidadas mediante métodos adecuadamente adaptados a su carácter específico. Tales métodos entrevistados por nuestros predecesores, pero solamente han sido comprendidos y desarrollados plenamente en nuestros días”<sup>3</sup>.

Uno de los *speech* más importantes en la génesis de la *analytical jurisprudence* (teoría jurídica analítica), preparatorios a lo que vendría casi una década después con *The Concept of Law*. Con este último, se ha pavimentado la reflexión sobre el derecho en forma sistemática. Sin perjuicio de anteriores intentos por conceptualizar al fenómeno normativo, incluso anteriores a la ‘Escuela analítica del derecho’ (Bentham y Austin) como Kant, Hobbes, Aquino y varios otros. No obstante, podría pensarse como imprescindible ese texto, pues sin él nada de lo que le sucedió hubiera sido posible, por ejemplo, la publicación del artículo de Dworkin *Is Law a System of Rules?* en 1967<sup>4</sup> y los trabajos de los discípulos de Hart como Finnis, Raz y otros. Es quizás esta obra la que marca los puntos que se comenzarían a discutir en lo que respecta a la ontología del derecho en tanto hay preocupación de una teoría analítica sobre los métodos y propósitos en la tradición.

El momento en que Dworkin se batiría con la tesis sobre el derecho de Hart estaría marcado por el mencionado trabajo, que luego seguiría aumentando con la publicación de

<sup>2</sup> Véase SHAPIRO, Fred. “The Most-Cited Legal Scholars”, *Journal of Legal Studies* 29(1) (2000): 409-26.

<sup>3</sup> Extracto del discurso inaugural del año académico en 1953, con motivo del inicio de su cátedra como *Professor of Jurisprudence*. Fuente: HART, H. L. A. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford, Reino Unido: Clarendon Press, 1983, p. 21. Visto en ORREGO SÁNCHEZ, Cristóbal. *H. L. A. Hart. Abogado del positivismo jurídico*. Pamplona, España: EUNSA, 1997, pp. 1-2.

<sup>4</sup> Luego incluido en *Taking Rights Seriously* de 1977, publicado por Harvard University Press, como *The Model of Rules*.

*Social Rules and Legal Theory* (1972) en *Yale Law Journal* 81<sup>5</sup> y de los demás capítulos que irían incluidos en *Taking Rights Seriously* como papers y/o conferencias en distintos lugares. El debate Hart-Dworkin estaría cobrando vida, en virtud de las críticas de Dworkin que luego verían una contestación póstuma, pese al artículo de Hart de 1977: *American Jurisprudence Through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream*, publicado en *Georgia Law Review* 5. En él, identifica dos visiones de la teoría del derecho norteamericana: la “pesadilla” de la completa indeterminación y de la imparable discreción judicial<sup>6</sup> y el “noble sueño” de un cerrado sistema jurídico determinístico caracterizado por la restricción judicial<sup>7</sup>. Aunque, *stricto sensu*, no es pensado como una réplica a los postulados de Dworkin<sup>8</sup>.

El encuentro de Hart con Dworkin, posibilitaría, en definitiva, la discusión de la fijación de “tres tesis sobre el positivismo jurídico” por parte del británico. A priori, con *The Concept of Law*, más precisamente con el trazado de lo que implicaría “derecho” o “sistema jurídico”, habrían al final del túnel, tres tesis: (I) la separación conceptual del derecho y la moral<sup>9</sup>; (II) la tesis de las fuentes sociales del derecho; (III) la tesis de la discrecionalidad judicial. La labor contraepistémica de Dworkin sería la refutación de cada una de las tesis propuestas por Hart<sup>10</sup>.

La irrupción de Dworkin en la manera de re-pensar el positivismo jurídico, sería uno de los grandes resultados al final de este debate, que sigue vivo gracias a los sucesores intelectuales de ambos académicos.

<sup>5</sup> También reeditado en *Taking Rights Seriously* como *The Model of Rules II*.

<sup>6</sup> “La pesadilla es cuando esa imagen del juez (como aplicando la ley existente) es una ilusión”. HART, H. L. A. “American Jurisprudence Through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream”, *Georgia Law Review* 5 (1977): 972.

<sup>7</sup> 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.

<sup>8</sup> *Cfr.* SHAPIRO, Scott J. “The ‘Hart-Dworkin’ Debate: A Short Guide for the Perplexed”. En: RIPSTEIN, Arthur (ed.) *Ronald Dworkin*. Cambridge, Reino Unido: Cambridge University Press, 2007, pp. 22-55. Hay versión en español en: MELERO DE LA TORRE, Mariano C. (ed.). *Dworkin y sus críticos. El debate sobre el imperio de la ley*. Valencia, España: Tirant Lo Branch, 2012.

<sup>9</sup> Véase HART, H. L. A. “Positivism and the Separation of Law and Morals”, *Harvard Law Review* 71 (1958): 593-629.

<sup>10</sup> ESCUDERO ALDAY, Rafael. *Los Calificativos del Positivismo Jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral*. Madrid, España: Civitas, 2004.

El resultado de *The Concept of Law* fue proveer herramientas metodológicas al debate en teoría jurídica. El método propuesto por H. L. A. Hart no tenía un símil en la materia, pero sí era parte de lo que Wittgenstein llama parecido de familia, como por ejemplo con *The Concept of Mind* de Gilbert Ryle. No fue un ensayo fundante, pues la filosofía jurídica anglosajona tenía sus albores en la denominada “escuela analítica” que se asoma con los trabajos de los juristas Jeremy Bentham (*Of Laws in General* de 1782<sup>11</sup>) y John Austin (*The province of Jurisprudence Determinated* de 1832). Será con la publicación de este último que se atisba el hito que conceptúa al derecho como la satisfacción de un deseo a partir de una obediencia debida temiendo una sanción en caso de contravención<sup>12</sup> o como lo expresa Hart en la fórmula: “órdenes respaldadas por amenazas”<sup>13</sup>. Y luego se extiende por una especie de analogía al positivismo lógico en su versión jurídica: el normativismo de Hans Kelsen con su *Reine Rechtslehre* de 1934 (re-editada en 1960) que intentó crear un concepto de derecho exento de la influencia de cualquier otra disciplina que pudiera embarazar su idóneo análisis. No obstante lo anterior, sería la obra de 1961 la que evolucionó de la mano con la filosofía del lenguaje (ordinario) que la cobijaba. De esto se sacó provecho en el devenir de la teoría jurídica, los planteamientos que sucedieron este libro, intentarían apropiarse del bagaje intelectual que este poseía. En el caso de Raz de la escuela del lenguaje de Oxford en Strawson y J. L. Austin que informaban la teorización de Hart, tras lo cual produce alrededor de 1996, un cisma metodológico entre concepto y naturaleza del derecho, dos términos distintos. Cuestión que había atisbado tímidamente antes por 1986, Ronald Dworkin en su *Law's Empire*.

La visión del derecho de Hart, entonces se constituye en una aplicación al caso del derecho de la concepción cotidianista en la tradición analítica en filosofía y por oposición al modelo de Austin ya mencionado. La concepción cotidianista rechazó la intuición básica de su rival, la concepción científicista. Según esta última, la evaluación filosófica de la modernidad arrojaba por conclusión 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 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/oraciones para hacer distintas cosas. Describir es *una* de las cosas que el lenguaje permite hacer. Pero no es la única. También permite

<sup>11</sup> Cfr. BENTHAM, Jeremy. *Of Laws in General*. Londres, Reino Unido: The Athlone Press, 1970.

<sup>12</sup> AUSTIN, John. “Determinación del objeto de estudio de la teoría del derecho”, *Derecho y Humanidades* Vol. 1 N°2 (1992): 103-20.

<sup>13</sup> HART, H. L. A. *El Concepto de Derecho*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot, 1977, p. 25.

dar órdenes, formular peticiones, realizar preguntas, bromear, ironizar... esos usos solo comparten, cuando lo comparten, un parecido de familia wittgensteniano; 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)<sup>14</sup>. Al efecto, cabe la pregunta sobre el inicio de *El Concepto de Derecho* en lo que respecta a métodos y propósitos de la filosofía del derecho, esto es, que el mismo es un ensayo de sociología descriptiva y teoría jurídica analítica, o sea, dos entendimientos.

*The Concept of Law* marca una tendencia inédita en el trabajo de la filosofía jurídica al autodenominarse como un ensayo en *sociología descriptiva* y de *teoría (jurídica) analítica*<sup>15</sup>. Esto tiene un doble origen, por un lado, en la idea de la metafísica descriptiva, aquella que describe la estructura de nuestro pensamiento acerca del mundo, que permite esclarecer los conceptos con los que hacemos referencia a los objetos, una cuestión ya no meramente ontológica de decir lo que es (ello es tarea de los revisionistas). Volviendo un momento a Strawson, los conceptos cambian en toda óptica, desde el especialista hasta el pensar ordinario<sup>16</sup>. Siguiendo lo anterior, lo descriptivo es lo que ostenta aclaraciones en sus funciones intrínsecas y busca impetrar el buen entendimiento de las cosas sin valoraciones, puesto que escapa de la idea axiomática de cuantificar a los objetos del mundo. 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<sup>17</sup>. La idea de lo descriptivo no caracteriza al derecho, pero sí al hecho de hacer una teoría, de la propiedad misma del ejercicio intelectual de teorizar en torno a un aspecto puntual del caso. El hecho de que sea “sociología”, biográficamente ha sido difícil precisar ese ligamen dentro de la obra de Hart, sin embargo, es posible sindicar esa noción a la fijación por las conductas que tenía este jurista. Sobre estas, se estructura el derecho en tanto son prácticas sociales y por tanto, lingüísticas cotidianas. Si se podía(n) “hacer cosas con palabras”, por qué no se podía “regular con palabras”. Una premisa de batalla 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 del análisis conceptual que a partir del ímpetu filosófico nace en la tradición analítica. Pereira Fredes señala que análisis se refiere a “descomponer algo en sus partes constituyentes”<sup>18</sup>, cuestión que es complementada por el brocardo principal de *A plea for*

<sup>14</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigaciones Filosóficas*. México DF: UNAM, 1988, §66-§71.

<sup>15</sup> HART, *op. cit.* (n.13), p. xi

<sup>16</sup> STRAWSON, P. F. *Individuals: An Essay in Descriptive Metaphysics*. Londres, Reino Unido: Routledge, 1959, p. 10

<sup>17</sup> BIX, Brian. *Teoría del derecho: Ambición y límites*. Madrid, España: Marcial Pons, 2006, p. 18.

<sup>18</sup> PEREIRA FREDES, Esteban. “La teoría del derecho como posibilidad. Reflexiones sobre la naturaleza y el concepto de derecho”, *Revista de Estudios de la Justicia*, 14 (2012), p. 85.

*excuses*, este es, “el lenguaje ordinario no es la última palabra, (sino que) la primera”<sup>19</sup>. No obstante, el mismo Hart ha reconocido que si bien en el comienzo de este libro tenía la cualidad de ser un ensayo de sociología descriptiva, solo provee las herramientas para ir hacia esta “nueva” disciplina. Ello quiere decir que de la sola lectura de la *mágnus opus* hartiana, un individuo puede distinguir entre situaciones, por ejemplo: decir por qué las personas habitualmente siguen a otras; por qué aceptan una determinada orden; por qué hay razones para la acción; por qué opera de una forma definida el sistema; y otras<sup>20</sup>.

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 se va a reflexionar en torno al fenómeno normativo 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 objeto en 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<sup>21</sup>.

Luego, la teoría analítica del derecho heredera de los planteamientos hartianos tuvo por finalidad descubrir o explicar la naturaleza del derecho. Siguiendo con el parámetro dejado por la obra de 1961, se potencia el interés por ir hacia esa idea transversal que – como primera respuesta- subyace a cualquier concepto 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. Al final del día, es señalar que cómo nos regimos depende de las diversas prácticas sociales. 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<sup>22</sup>.

Nicola Lacey, biógrafa de Hart, por su parte explica el como el autor entiende a la sociología descriptiva. En su *A Life of H. L. A. Hart: The Nightmare and the Noble Dream*, retrata a un Herbert que en sus diálogos con Finnis (uno de sus primeros discípulos)

<sup>19</sup> AUSTIN, J. L. “Un alegato en pro de las excusas”. En del mismo, *Ensayos Filosóficos*. Madrid, España: Alianza, 1989, p. 177.

<sup>20</sup> SUGARMAN, David y HART, H. L. A. “Hart Interviewed: H. L. A. Hart in Conversation with David Sugarman”, *Journal of Law and Society*, Vol. 32, No. 2 (2005), pp. 289-92; véase también MACCORMICK, Neil. *H. L. A. Hart*. Madrid, España: Marcial Pons, 2010, p. 81.

<sup>21</sup> SUGARMAN y HART, *op. cit.* (n.20), pp. 273-75.

<sup>22</sup> SOPER, Phillip. “Legal Theory and the Obligation of a Judge. The Hart/Dworkin dispute”, *Michigan Law Review*, 75 (1977), p. 499.

muestra sus nociones sociológicas. Lacey expone que la interpretación es más bien weberiana<sup>23</sup> por el hallazgo en su biblioteca de un ejemplar de “Economía y Sociedad” bastante glosado y con pequeñas notas. 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 (los que se pueden resumir en el punto de vista externo y en el interno).

### 3 EL EMBATE DEL *POSTSCRIPT* Y LA FILOSOFÍA JURÍDICA ANALÍTICA DEL SIGLO XXI

La metodología hartiana posibilita la refutación de tesis normativistas, un alejamiento de la tendencia del realismo jurídico sea escandinavo o norteamericano<sup>24</sup> (establecer hipótesis para medir y experimentar sobre el fenómeno jurídico). La entrada de Dworkin en el mundo de la teoría y la filosofía jurídica, marca un antes y un después en la disputa sobre métodos y propósitos de una filosofía del derecho, algunos artículos que llaman de sobremanera la atención de la colectividad académica y una confrontación con alguien a quien ya estaba acostumbrado a estas, bien lo sabían Lon L. Fuller y Patrick Devlin. Como causas de este llamado debate Hart-Dworkin síndico que la primera piedra fue el modelo de las reglas propuesto por Hart en *The Concept of Law*, esto es, el derecho como una unión de reglas primarias y secundarias, junto a eso los debates que se daban en los sesenta entre escuelas norteamericanas y anglosajonas. Sobre ese punto, en particular es la sucinta explicación de cuál era el paradigma en la teoría del derecho, esto es derecho y coacción.

Estructuralmente, ante la arremetida de Dworkin en sus dos principales libros sobre teoría jurídica (*Taking Rights Seriously* y *Law's Empire*), Hart comienza la elaboración de un escrito en donde hace una retrospectiva de la crítica y comentarios que su *Concept of Law* ha recibido y contesta los puntos más controvertidos. Es posible notar que la mayoría de las tesis van enunciadas en dirección a Dworkin, pero es posible pensar que se le respondía a Fuller. Sin perjuicio de lo anterior, sería el fallecido profesor de NYU quien fue el que provocó una disputa conceptual en la cual surgen los calificativos a la escuela

---

<sup>23</sup> LACEY, Nicola. *A Life of H. L. A. Hart: The Nightmare and the Noble Dream*. Oxford, Reino Unido: Oxford University Press, 2004, Capítulo III.

<sup>24</sup> Hincapié en la distinción entre los filósofos escandinavos (Olivecrona, Ross, Hagerstrom, Lundstedt) y los abogados y jueces, en general operadores jurídicos norteamericanos (Llewelyn, Pound, Holmes, Frank, Arnold, Cohen, Posner). Referencias mayores en LEITER, Brian. *Naturalismo y teoría del derecho*. Madrid, España: Marcial Pons, 2012, primeros capítulos; HIERRO, Liborio. *El realismo jurídico escandinavo. Una teoría empirista del derecho*. Valencia, España: Iustel, 2008; LEITER, Brian. “Legal Realisms, Old and New”, *Valparaiso University Law Review*, 48 (2013): por aparecer.

del positivismo jurídico<sup>25</sup>. El texto de Hart sería publicado luego de su fallecimiento en 1992, en 1994 de la mano de una reedición de *The Concept of Law*. Ahora bien, respecto de los puntos del debate, Hart reconoce los siguientes<sup>26</sup>:

- i. Naturaleza de la teoría jurídica: La idea de Hart para elucubrar una teoría del derecho es exponer que esta compartía dos caracteres, a saber: general y descriptiva. La idea de lo descriptivo en Hart refiere a la imparcialidad en el sentido moral y que tampoco se aboque a una justificación. Pues, de la sola lectura del texto de Hart, un individuo puede distinguir entre situaciones, por ejemplo: decir porqué las personas habitualmente siguen a otras; por qué aceptan una determinada orden; por qué hay razones para la acción; por qué opera de una forma definida el sistema; y otras<sup>27</sup>.
- ii. Naturaleza del positivismo jurídico: El tema de las concesiones que Hart realizó es lo que se habla en la literatura erudita, pues en este punto reconoce a su teoría como una de *soft positivism* o que también en la jerga iusfilosófica se sindicaba como tesis incorporacionista<sup>28</sup>. Luego, la gran concesión hartiana, con la idea del positivismo suave/blando (*soft*) que admite que hay relaciones entre derecho y moral, pero solo de carácter contingente, algo que puede subsistir como positivismo, pues no bota las tres tesis básicas a que se refiere. No obstante, la cuestión –y que luego será material de las discusiones posteriores que vienen con los discípulos de Hart y que a más de 50 años de la publicación de *The Concept of Law* se asoman- es, en definitiva, si la moral puede entrar en juego a la hora de determinar la existencia y el contenido del derecho<sup>29</sup>.
- iii. Naturaleza de las reglas: La conformación del derecho, si se remitía únicamente a la unión de reglas primarias y secundarias, según Hart. En la otra vereda a la integración de los estándares extrajurídicos útiles –e imprescindibles- para resolver todos los casos, estos son, los principios<sup>30</sup>. Esto provocó también, el reconocimiento de una teoría de la adjudicación, que se ocupa de la aplicación del derecho. La tesis de Hart para nada se quiere referir a la *aplicación* del derecho,

<sup>25</sup> ESCUDERO ALDAY, *op. cit.* (n.10).

<sup>26</sup> Para una lectura completa, se sugiere ver HART, H. L. A. “Post-Scriptum”, *Estudios Públicos* 65 (1997): 228-57.

<sup>27</sup> SUGARMAN y HART, *op. cit.* (n.20)

<sup>28</sup> COLEMAN, Jules. “Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis”. En: COLEMAN, Jules (ed.), *Hart’s Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law*. Oxford, Reino Unido: Oxford University Press, 2001, pp. 99-148.

<sup>29</sup> ESCUDERO ALDAY, *op. cit.* (n.10), p. 70

<sup>30</sup> DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona, España: Ariel, 1984, pp. 61-101.

sino que limitarse a describirlo en el contexto de la sociedad, es así que se recurre a la idea de *sociología descriptiva*.

- iv. Los principios y la regla de reconocimiento: Hart señala tajantemente para cortar la crítica dworkineana que la incongruencia de afirmar que un sistema legal se compone a la vez de reglas de “todo o nada” y de principios no concluyentes se puede remediar si aceptamos que la distinción es una cuestión de grado.
- v. Derecho y moral: Un positivismo normativo (o ético) como expresa Waldron es parte de esta lógica discursiva que se presenta entre la arremetida de Dworkin que le niega a Hart que su teoría tenga aparejada la existencia de un contenido moral que valide al derecho y a la vez, de la concesión de Hart que va más allá de esta idea del *contenido mínimo*<sup>31</sup>. Sin embargo, es importante recalcar que no es una negación de todo lo que ha planteado el oxoniense, pues en algún minuto debe salvar sus planteamientos como una empresa fructífera que se proyecta en el campo de la literatura erudita en filosofía jurídica como la gran obra del siglo XX.
- vi. La discreción judicial: El punto a la deriva de la teoría jurídica, a mi parecer, puesto que este ya se va a una cuestión de índole más práctica, como es, la teoría de la adjudicación. La idea de los intersticios del derecho<sup>32</sup> pasa la aplanadora diciendo que la labor de los jueces en *hard cases* queda limitada solamente a cubrir espacios/huecos que no están expresamente contemplados en el derecho, sin que pueda configurarse por su parte una normativa de carácter general, propia del poder legislativo.

Respecto del tercer punto, -como también afirma Scott Shapiro<sup>33</sup>- es el punto central del debate. Si bien, hay una multiplicidad de puntos en convergencia, este subyace a los demás, porque trata de apuntar hacia una teoría del derecho para elucubrar un sistema jurídico y como son las reglas las que hacen al mismo, la discusión por su forma y fondo es lo más relevante. Es un debate que se dice concluido y con un vencedor, Hart. Sin embargo, otros dicen lo contrario, tanto partidarios de Dworkin como detractores de este. Ahora bien, la injerencia en la filosofía política en torno al modelo de las reglas es clave, así es señalado por Dworkin en su respuesta a Hart<sup>34</sup>.

---

<sup>31</sup> WALDRON, Jeremy. “Positivismo normativo (o ético)”. En: ORELLANA BENADO, M. E. *Causas perdidas. Ensayos de filosofía jurídica, política y moral*, M. E. Orellana Benado (comp.). Santiago, Chile: Catalonia, 2010, pp. 125-44

<sup>32</sup> RÓDENAS, Ángeles. *Los Intersticios del derecho*. Madrid; España Marcial Pons, 2012.

<sup>33</sup> SHAPIRO, *op. cit.* (n.8)

<sup>34</sup> DWORKIN, Ronald. “El post scriptum de Hart y el carácter de la filosofía política”. En: ORELLANA BENADO, M. E. *Causas perdidas. Ensayos de filosofía jurídica, política y moral*, M. E. Orellana Benado (comp.).

No obstante, el debate aún no ha concluido, pues hoy en día los académicos especializados en teoría jurídica a lo largo de las escuelas de derecho en el mundo siguen discutiendo en torno a estas ideas, incluso el surgimiento de cuestiones que van más allá del debate entre estos colosos. Son interesantes de analizar, las siguientes: a) el problema metodológico en teoría del derecho<sup>35</sup>; b) el análisis del lenguaje del derecho; c) la objetividad en el derecho.

La centralidad en el debate de la naturaleza de las reglas que Ronald Dworkin le ha criticado a Hart y que este respondió mediante el *Postscript* como ya se vio, tiene aparejados todos los otros tópicos que se interrelacionan entre sí. Sin embargo, los ejes de discusión seleccionados desembocan al final en este punto, como veremos en lo sucesivo.

Sobre el problema metodológico en teoría del derecho, la literatura post-Hart radicada en autores como Jules Coleman, Brian Leiter, Ronald Dworkin, Joseph Raz, Andrei Marmor, Michael Moore, Matthew Kramer, John Finnis, Scott Shapiro, Brian Bix, Leslie Green, Jeremy Waldron, entre otros, se refieren a las posturas que explican la naturaleza del derecho y de las reglas. Sobre ello, la principal esquina donde todos convergen es el positivismo jurídico, lo que implicará que este apartado se centre en la naturaleza de esta escuela y luego, sobre las cuestiones metodológicas, en general, sobre el derecho. Ahora bien, sobre la teoría en general, la publicación del *postscript* y la disputa del mentado debate Hart-Dworkin, no ha concluido las clásicas discusiones como: 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, lo que si hará este apartado es describir sucintamente el estado del arte de esto, con los sucesores de Hart y de Dworkin.

Respecto de la problemática sobre el lenguaje del derecho, la práctica y la teoría del derecho para existir, necesitan del lenguaje y así, la principal obra de la filosofía analítica del derecho, *The Concept of Law* nació al alero de la filosofía del lenguaje que inundaba Oxford desde la década de los '50. Es más dentro del esclarecimiento del concepto de derecho, las influencias de filósofos como J. L. Austin y P. F. Strawson son bien notorias. La transversalidad del lenguaje, para Hart llega desde la definición del derecho hasta su concepto. Por lo mismo, tres ejes de discusión que quedan luego de su deceso son: en primer lugar, la *textura abierta*, la indeterminación jurídica y la vaguedad del derecho. Segundo, en la teoría, el aguijón semántico, la lexicografía y el análisis conceptual. Finalmente, el formalismo y los lenguajes ideales.

Si se alude a la objetividad del derecho, cabe decir lo siguiente: Las personas necesitan certezas, otorgarla es una de las principales funciones de la religión y del derecho en una

---

Santiago, Chile: Catalonia, 2010, pp. 23-56.

<sup>35</sup> LEITER, *Naturalismo y teoría...*, *op. cit.*, pp. 209-43; También PERRY, Stephen. "Hart's Methodological Positivism". En: COLEMAN, Jules (ed.). *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law*. Oxford, Reino Unido: Oxford University Press, 2001, pp. 311-54.

sociedad. Ambos cumplen esta función de forma práctica como epistémica<sup>36</sup>. En lo práctico, los seres humanos deben organizar sus vidas y hacer al mundo no un caos para todos. En lo epistémico, las certezas religiosas y jurídicas aportan la estructura que permite a las personas comprender el lugar que tienen en el mundo. El hablar de objetividad en el derecho surge por esta necesidad de dar certezas a las personas (algo que explotó desde el descubrimiento de América con la ciencia moderna), lo que también permite “justificar” lo jurídico (se dice, verificable o científico<sup>37</sup>).

#### 4. DE CAUSAHABIENTES Y EL CARÁCTER DE LAS DISCUSIONES TEÓRICAS PARA NUESTROS TIEMPOS

La reconstrucción del argumento de las discusiones solo se da si se entiende qué es la tradición analítica en filosofía, aquel giro lingüístico, vale decir que todos los problemas del mundo no son metafísicos ni epistemológicos, sino que son problemas del lenguaje y que en una etapa más trabajada, de la mano de la concepción cotidianista pasó a la teoría de Hart para interpretar el estudio de los *usos sociales* de las reglas del fenómeno jurídico desde un cariz de las prácticas humanas. Y desde ahí, comprender que hay una vertiente jurídica en dicha manera de hacer filosofía, que posteriormente da origen a otros debates (y algunos metadebates) en los que se controvierte la idea del derecho, que en tanto, se piensa como un asunto filosófico (o humano) goza de una multiplicidad de respuestas posibles de ser igualmente validas.

Para tener adjudicada una teoría del derecho es necesaria una seriedad epistémica, comprometida con un aparataje intelectual que por un lado, implique la intención de quien lo quiera hacer y por otro, la noción de realmente poder dar cuenta de qué es lo que es el derecho. En propósitos y consideraciones de este trabajo, pienso que Dworkin no cumple esa condición y por tanto, se desestima para el argumento. No obstante, este autor si elabora insumos metodológicos para una discusión, así como también puede hablarse de una disputa con Hart acerca de variados aspectos que atañan a la filosofía del derecho (no la teoría).

La introducción del debate “Hart-Dworkin” en la filosofía del derecho contemporánea nos permite ver la existencia de una escisión en el positivismo jurídico como manera de dar cuenta del derecho o bien, ser una tesis explicativa del fenómeno legal. La significación de ese debate, en primer lugar, debemos decir que es una cuestión creada para explicar el distanciamiento de las tesis que quieren conceptualizar o reflexionar sobre el derecho, que han leído a la obra central de la tradición analítica en filosofía jurídica, *The Concept of Law*. Y fue Dworkin, quien estudió

---

<sup>36</sup> VAN HOECKE, Mark (2013): “Objectivity in Law and Jurisprudence”. En: HUSA, Jaakko y VAN HOECKE, Mark (eds.). *Objectivity in Law and Legal Reasoning*. Oxford, Reino Unido: Hart Publishing, 2013, p. 3.

<sup>37</sup> GROSSWALD CURRAN, Vivian. *Comparative Law: An Introduction*. Durham, Estados Unidos: Carolina Academic Press, 2002, p. 3.

en Oxford, inclusive cercanamente a Hart, con la proposición de una pregunta: ¿es el derecho un sistema de reglas? Con posterioridad a la resolución de esa inquietud, surgieron muchas más críticas y el estudio de la filosofía del derecho, proliferó en Estados Unidos, así también como en Gran Bretaña y en el continente. Desde golpes transatlánticos, la gran réplica de Hart llegaría con el *Postscript*, un anexo donde el autor de *The Concept of Law* responde a sus críticos con creces, y principalmente se enfoca en Dworkin. Es quizás ese texto, junto a la segunda edición del libro, que marca un antes y un después en la teoría jurídica. Los seis grupos de puntos en que Hart divide sus argumentos son transversales al desarrollo posterior, de la filosofía analítica jurídica con proyección al siglo XXI. Y es sin perjuicio de que filósofos como Finnis, Raz, venían trabajando con anterioridad al *Postscript*, es que los demás, ya mencionados en el anterior acápite, comienzan gran parte de su argumentación en torno al pensamiento de Hart. Y es innegable para cualquier genealogía de las discusiones en la teoría analítica del derecho, el punto de partida. Así como también, para la filosofía analítica jurídica del siglo XXI, es el *Postscript*. A 20 años de este texto y a 52 de *The Concept of Law* (y 50 de la traducción al español de este texto). La reconstrucción de las discusiones a las que dio lugar, puede evidenciar la influencia de dos textos que sin duda que seguirán proliferando en la discusión erudita. Incluso lo es más, con las problematizaciones que Leslie Green lanzó en el prólogo y estudio preliminar de la tercera edición de *The Concept of Law*, publicada por Clarendon Law el 2012<sup>38</sup>. Denotar que hoy hay una discusión clara en tres ejes, como el problema metodológico en teoría del derecho (dejado por el positivismo metodológico de Hart, y luego con su respuesta, en el reconocimiento de más de un positivismo y luego, con los problemas clásicos de la teoría en general), el lenguaje del derecho (la indeterminación contra la determinación del derecho, las críticas dworkineanas sobre el *semantic sting* que varios de sus sucesores han tomado y finalmente, el formalismo y los lenguajes ideales, que se acoplan a las teorías de corte más científico)<sup>39</sup>, finalmente, la objetividad del derecho (en sus distintas vertientes, que proporciona múltiples argumentos para estar tanto pro como en contra de esto), es sumamente importante de cara a la historia de la filosofía del derecho, mantener una reconstrucción de las discusiones eruditas es un punto de partida de cualquier investigación, hoy.

##### 5. OBITUARIO: MEDIO SIGLO DE *THE CONCEPT OF LAW* Y LA PARTIDA DEL ZORRO

Justicia para puercoespines. Teoría del derecho para zorros. Lo primero se refiere al título (en español) del último libro en vida de Ronald Dworkin, lanzado el 2011. Lo segundo, a un artículo de Leslie Green de 2012 donde hace un análisis de una crítica hecha al

<sup>38</sup> GREEN, Leslie. "Introduction". En: HART, H. L. A. *The Concept of Law*. Oxford, Reino Unido: Clarendon Law, 2012.

<sup>39</sup> Estado actual de la cuestión, es resumido por SOAMES, Scott y MARMOR, Andrei (eds.). *Philosophical Foundations of Language in the Law*. Oxford, Reino Unido: Oxford University Press, 2011.

concepto de derecho de Hart por parte de A. W. B. Simpson<sup>40</sup>.

El Arquíloco dijo alguna vez: “muchas cosas sabe el zorro, el puercoespín solo sabe una cosa grande”. Conocemos esta frase a partir del trabajo de Isaiah Berlin, quien intentó describir a los pensadores de su época (o creadores de ideas), a aquellos que tienen una sola idea y entienden otras cosas en términos de la misma y a aquellos que tienen muchas ideas independientes y que incluso, pueden conflictuar entre sí. El trazado fue, a propósito de los monistas y los pluralistas, respectivamente<sup>41</sup>.

El texto de Dworkin, pretende situar a la dignidad humana en el centro de su sistema moral, para los jueces y para los demás. Entonces, en el juego de la filosofía moral, la filosofía jurídica y la filosofía política de Dworkin, la cuestión funciona como un mecanismo centrípeto que permite unir todos los trabajos de él. Un nexo, que casi, en las postrimerías de su vida y carrera académica, resulta útil para la sistematicidad de su pensamiento. La idea de los puercoespines, va enfocada a los operadores jurídicos, quienes deberían adoptar como un mínimo irreductible en la vida en común. Basta con que sepan aquello bien para elucubrar una sociedad. Es parte, de lo último que recoge el legado del zorro Dworkin. Que puede ser tal, en virtud de su facilidad pasmosa para oscilar entre las tres diferentes ramas de la filosofía práctica que he mencionado. Su legado, se extiende, inclusive, no solo por ser considerado como el segundo jurista norteamericano más citado del siglo XX, sino que también a sus ideas sobre la conexión entre derecho y moral. Ahora bien, resulta mezquino reducir a una sola, la contribución que Dworkin realizó a la literatura erudita. Para efectos de lo leído anteriormente en este volumen, el aporte de este filósofo se ve inmiscuido en cada trabajo y que incluso, motivó en parte el surgimiento de esta iniciativa y las crecientes ganas de discutir sobre filosofía del derecho. Sin duda, que el fallecimiento de Dworkin deja algunas inquietudes que él mismo no alcanzó a responder, además de temas controvertidos que varios de sus causahabientes y nacientes figuras académicas, tendrán en la palestra de la entente de filosofía jurídica, moral y política.

El zorro que dejó finalmente, un manual para puercoespines. Eso dejaba que hablar, pero seguramente otras instancias de discusión podrán crear reflexiones en torno a ese tema.

52 años de *The Concept of Law*, 50 desde la excelente traducción del argentino Genaro R. Carrió. El legado de Hart para la filosofía jurídica analítica es considerable, motivando el

---

<sup>40</sup> Mayor referencia: DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge (MA), Estados Unidos: Harvard University Press, 2011; GREEN, Leslie. “Jurisprudence for Foxes”, *University of Oxford Legal Research Paper Series* 22 (2012).

<sup>41</sup> Cfr. BERLIN, Isaiah. *The hedgehog and the fox: An essay on Tolstoy's view of history*. Londres, Reino Unido: Wiedenfeld and Nicolson, 1953.

resto de las discusiones posteriores, en particular, las que sostuvo con Ronald Dworkin. Sindicado en alguna ocasión, como un puercoespín, por exponer un aparataje conceptual simple para lo que es el derecho, quitándole la complejidad que el fenómeno posee<sup>42</sup>. Sin embargo, pese a lo discutible que puede ser la tesis que lo ha situado como puercoespín, el más de medio siglo del trabajo de Hart es el punto relevante de esta instancia y si de el autor del Concepto, se puede decir que es un puercoespín o un zorro, solo resta expresar que la tesis de Hart permite que nuestras prácticas sociales describan lo que es el derecho, entonces, en definitiva, si se dice: el derecho son nuestras prácticas sociales, ellas son cambiantes en cada rincón del planeta. El argumento central es: la tesis de Hart ofrece el reconocimiento de una diversidad valorativa, respecto del mismo concepto que entrega, al intentar elucidar el “uso”. Dentro de la idea lógica de Wittgenstein en las Investigaciones: “no preguntes por el significado, pregunta por el uso”. Premisa que también mantuvieron Strawson y J. L. Austin, luego Hart en lo que respecta al derecho. Una cosa que no practican las demás tesis mencionadas, aunque en el caso de Raz es discutible<sup>43</sup>. La idea de Hart, no pretende avasallar como una respuesta única correcta y válida a la pregunta de qué es el derecho, máxime su investigación busca elucidar el uso de la palabra, he ahí la respuesta para admitir una diversidad valorativa en torno al concepto, que puede darle vida a otros conceptos en una misma red semántica. No obstante, es la pretensión de ser la respuesta correcta de las otras que impide su coexistencia, el calificativo de pluralista (en tanto zorro, para Berlin) le queda bien en el sentido de que permite la presencia de varias y de que exista libertad de elegir, sin embargo, el marco de ellas, debe ser forjado por cada teoría sin pretensiones universales. Ahora bien, con Hart queda planteada la discusión de si su calificación como positivista jurídico hace buen juego con esta indicación como parte del conjunto de las teorías pluralistas.

Seguramente que su amigo Berlin, le habría dicho a “la mente más inteligente” que haya visto, que era un zorro.

Nicolás López Pérez

Ayudante del Departamento de Ciencias del Derecho, Universidad de Chile

<sup>42</sup> Véase SIMPSON, A. W. B. *Reflections on The Concept of Law*. Oxford, Reino Unido: Oxford University Press, 2011.

<sup>43</sup> Discusión en LÓPEZ PÉREZ, Nicolás. “La teoría del derecho de Joseph Raz: ¿un esencialismo científico insuficiente?”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 16 (2013): 175-95.

