

H. L. A. HART Y LA CRÍTICA: TRES DEBATES RELEVANTES EN LA FILOSOFÍA JURÍDICA ANALÍTICA DEL SIGLO XX

Nicolás López Pérez*

RESUMEN: *El presente texto pretende introducir a los debates más relevantes que sostuvo Hart en torno a su programa analítico. Para efectos de la historia de la tradición analítica de la filosofía del derecho, tres controversias son de importancia de cara a la continuidad argumentativa que *The Concept of Law* proyectó desde su publicación y que nos permiten entender de mejor forma las posturas que Hart adoptó con motivo de las respuestas a sus críticos en el *Postscript* en 1994. La primera versa sobre el intercambio transatlántico que Hart mantuvo con el profesor de Harvard, Lon L. Fuller a propósito de la separación conceptual del derecho y la moral y, la existencia de una moral interna en el derecho. La segunda, tiene lugar en la misma Gran Bretaña, con el jurista Patrick Devlin en relación con la imposición o no de la moral por el derecho. La tercera, quizás la disputa teórica más importante del siglo XX en la materia, tuvo lugar entre Ronald Dworkin y las tesis centrales de *The Concept of Law* y fue una verdadera trastienda de lo que acontecería en el período post-Hart y de los primeros tres lustros del siglo XXI.*

ABSTRACT: *This paper aims to introduce the most important debates that Hart said about his analytical program. For purposes of the history of the analytical jurisprudence tradition, three controversies are of importance for *The Concept of Law*'s continuity argumentative project since its publication and allow us to better understand the positions adopted on the occasion that Hart answered to his critics in the *Postscript* in 1994. The first concerns the transatlantic exchange that Hart had with the Harvard professor Lon L. Fuller about the conceptual separation of law and morality and the existence of a moral inside on the right. The second takes place in Britain itself, with the lawyer Patrick Devlin regarding the imposition or not of morality by law. The third perhaps the most important twentieth century in the field, theoretical dispute took place between Ronald Dworkin and the central thesis of *The Concept of Law* and was a real*

* Ayudante del Departamento de Ciencias del Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Correo electrónico: nicolopez@ug.uchile.cl

back room of what would happen in the post-Hart period and the first three decades of the XXI century.

PALABRAS CLAVE: H. L. A. Hart – The Concept of Law – Ronald Dworkin – Lon Fuller – Patrick Devlin – Filosofía Jurídica Analítica – Derecho y Moral.

KEYWORDS: H. L. A. Hart – The Concept of Law – Ronald Dworkin – Lon Fuller – Patrick Devlin – Analytical Jurisprudence – Law and Morals.

I. INTRODUCCIÓN: LOS CONTEMPORÁNEOS DE HART O TRES DEBATES FILOSÓFICOS

El presente texto pretende introducir a los debates más relevantes que sostuvo Hart en torno a su programa analítico. Para efectos de la historia de la tradición analítica de la filosofía del derecho, tres controversias son de importancia de cara a la continuidad argumentativa que *The Concept of Law* proyectó desde su publicación y que nos permiten entender de mejor forma las posturas que Hart adoptó con motivo de las respuestas a sus críticos en el Postscript en 1994. La primera versa sobre el intercambio transatlántico que Hart mantuvo con el profesor de Harvard, Lon L. Fuller a propósito de la separación conceptual del derecho y la moral y, la existencia de una moral interna en el derecho. La segunda, tiene lugar en la misma Gran Bretaña, con el jurista Patrick Devlin en relación con la imposición o no de la moral por el derecho. La tercera, quizás la disputa teórica más importante del siglo XX en la materia, tuvo lugar entre Ronald Dworkin y las tesis centrales de *The Concept of Law* y fue una verdadera trastienda de lo que acontecería en el período post-Hart y de los primeros tres lustros del siglo XXI.

II. HART-FULLER

Frecuentemente en las reflexiones históricas que analizan los debates que se llevan a cabo al interior de la filosofía del derecho contemporánea, la división intelectual que se plantea es a propósito de iuspositivistas e iusnaturalistas¹. En la reflexión metateórica que esta tesis propone, las consideraciones sobre las mencionadas perspectivas se unen a cada

¹ Una lectura acabada de la historia del tópico principal de esta disputa en GARZÓN VALDÉS, E. (2003): “Derecho y Moral”. En: *Derecho y Moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, Rodolfo Vásquez (ed.). Barcelona, Gedisa, pp. 19-58.

postura en particular, no siendo tan relevante separar el campo argumentativo de esa forma. Sin perjuicio de lo anterior, en el debate Hart-Fuller, es necesario sindicarlo al segundo como un seguidor de los juicios iusnaturalistas sobre el derecho. La teoría de la ley natural expresa que junto a la ley positiva existen ciertos principios o valores ideales que ella debería corresponder para ser tratada como derecho genuino. Por tanto, mientras el positivismo sostiene que para que una ley sea válida, todo lo que se requiere es que ella debe ser emitida por un legislador competente luego de seguir todo el proceso predeterminado. La teoría de la ley natural exige, además, que para ser válida debe conformarse con un principio ideal, el que puede emanar de la moral, la razón, Dios o cualquier otra fuente.

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. El preludeo o primer asalto² vino con el texto de Hart titulado *Positivism and the Separation of Law and Morals* (1958) con la inmediata respuesta de Fuller con el texto *Positivism and Fidelity to Law – A reply to Prof. Hart* (1958)³, ambos publicados en *Harvard Law Review*. Hart en ese texto anticipa la tesis de la separabilidad que sustenta una separación estricta como la kelseniana del derecho con respecto a consideraciones morales cualquiera sea su contenido. La crítica de Fuller señaló que el positivismo hartiano era 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 a un ordenamiento como susceptible de ser obedecido y al mismo tiempo, como legítimo. Un ejemplo típico que considera este debate es el de la esposa de un alemán que informó que a la Gestapo que su esposo estuvo criticando las estrategias de Hitler en el manejo de la guerra. Al cónyuge acusado se le trató de sentenciar a muerte, pero el dictamen del juez fue convertido en prestar servicio en el frente ruso. Él sobrevivió a la guerra y luego de ella, ejerció acciones legales contra su mujer. La defensa de ésta fue que su marido cometió un delito según la ley nazi de 1934. En la Alemania de la posguerra, la mujer fue declarada como responsable⁴. 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

² El término es de SILTALA, R. (1990): “Derecho, moral y leyes inmorales. En: *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 8, pp. 149-70.

³ FULLER, L. (1958): “Positivism and Fidelity to Law – A reply to Prof. Hart”. En: *Harvard Law Review*, 71, pp. 630-72.

⁴ 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.

reconocimiento)⁵. Fuller contraargumenta que el régimen nazi fue carente de todo derecho, por tanto, nada pudo ser calificado como tal.

El segundo asalto se diluyó en la disputa en dos textos claves: *The Concept of Law* en el lado de Hart y *The Morality of Law* (1964) por parte de Fuller. Respecto de la postura que manejó el británico, la remisión es a la sección precedente y sus respectivas subsecciones sobre la crítica a la tesis austriana sobre las normas y la relación entre derecho y moral.

La desconexión entre estos dos órdenes 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 tienen⁶. 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, una de carácter humana y final que se orienta por unas reglas inherentes y moralmente obligatorias que están más allá del legislador⁷. En esa misma línea, la tesis de Hart es incompleta al no asimilar la “moral interna del derecho”, es decir, la que hace posible el derecho. Ella consiste en principios de legalidad que deben ser reunidos en la creación de las leyes⁸, a saber: generalidad, promulgación-publicación (darse a conocer a las personas), prospectivas no retroactivas, claras y comprensibles, sin contradicciones, sin exigir lo que es imposible, ser cambiadas frecuentemente, congruentes entre el derecho y la acción oficial⁹. Acto seguido, el profesor de Harvard 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)”¹⁰. Según él, el derecho nazi no podría haber seguido todos los principios¹¹.

⁵ 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.

⁶ HART (1994a): p. 195.

⁷ 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.

⁸ 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: “*Historia de la Ética, vol. III*”, Victoria Camps (ed.). Barcelona: Crítica, p. 240.

⁹ FULLER (1964) p. 39.

¹⁰ FULLER (1964) p. 39.

¹¹ Para profundizar en la lectura, recomiendo ver ESCUDERO ALDAY, R. (2000): “*Positivismo y moral interna del derecho*”. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales y VEGA GÓMEZ, J. (2014): “El debate Hart-Fuller”. En: *Ensayos de Filosofía Jurídica Analítica*. Madrid: Dykinson, pp. 17-36.

El debate no termina ahí, sino que falta el tercer asalto, donde Hart en una recensión al libro de Fuller argumenta que éste confunde moralidad y efectividad del derecho, además nunca da una explicación de lo que las reglas son. Solo se limita a establecer criterios de “aceptabilidad” –y quizás justicia- de las leyes que deben ser tomadas por tales, pero claro si se basa en la idea de una *moral de aspiración* y no de deber¹².

III. HART-DEVLIN

Patrick Devlin en su texto *The Enforcement of Morals* (1965)¹³ 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 no sería más que la de aplicar un principio moral. No obstante, en un sistema y en la práctica jurídica existen, además, acciones inmorales que no están tipificadas como delito, no habría inmoralidad que fuera perdonada por la ley, por ejemplo, en el caso del derecho civil con un contrato que adolezca de objeto ilícito. La restricción de 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 reglas¹⁴.

El moralismo legal de Devlin se refugia en la premisa de que la cohesión social depende del conjunto de creencias morales compartidas por los miembros de una comunidad¹⁵. 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, además de la política; o más bien (...) yo diría que la estructura de toda sociedad se compone de una política y de una moral”¹⁶.

De igual forma, 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 es clave para mitigar los males

¹² La réplica EN HART, H. L. A. (1965): “Review of The Morality of Law”. En: *Harvard Law Review*, 78, pp. 1281-96.

¹³ DEVLIN, P. (1965): “*The Enforcement of Morals*”. Oxford: Oxford University Press.

¹⁴ DEVLIN, P. (1965): p. 6 y ss.

¹⁵ Véase MALEM, J. (2003): “La imposición de la moral por el derecho. La disputa Devlin-Hart”. En: “*Derecho y Moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*”, Rodolfo Vásquez (ed.). Barcelona: Gedisa, p. 62.

¹⁶ DEVLIN, P. 1965. *op. cit.*, p. 9.

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 unidos¹⁷. La estaticidad de la moral es clave en la tesis, puesto que, de cambiar, la misma sociedad sufriría una metamorfosis.

Hart discrepa con las tesis de Devlin e inclusive, señala que son 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, 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, Devlin no ofrece prueba alguna de por qué se ha de influir en las personas para que se comporten moralmente mediante la imposición un mal (algo que podría lograrse con medios menos lesivos). En cuarto, el autor confunde los términos de sociedad y moral, por lo que infringir cualquier orden vulnera al otro inmediatamente¹⁸. Esta premisa es inconsistente lógicamente, porque un concepto no imbrica necesariamente al otro¹⁹.

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 es pertinente señalar que la desintegración de determinadas sociedades es éticamente correcta²⁰. Pese a lo anterior, la tesis del jurista no sobrevive por su carencia de aplicación práctica. Además, contemporáneamente se ha dicho que el derecho permite una cuota de inmoralidad²¹. 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 acción²².

¹⁷ 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.

¹⁸ MALEM (2003): pp. 69-70.

¹⁹ HART, H. L. A. (1967): "Social Solidarity and the Enforcement of Morality, En: *University of Chicago Law Review*, 35(1), p. 3.

²⁰ HART, H. L. A. (1962): "*Law, Liberty and Morality*". Oxford: Oxford University Press, p. 19.

²¹ GREEN, Leslie (2008): "Positivism and the Inseparability of Law and Morals", En: *New York University Law Review*, 83, pp. 1044-54.

²² Desarrollé esta idea en un ensayo sobre los absolutos morales y el derecho. Cfr. LÓPEZ PÉREZ, N. (2013): "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”²³.

IV. HART-DWORKIN

La publicación del artículo *The Model of Rules* (1967)²⁴ de Ronald Dworkin fue la que marcó a *The Concept of Law*, con lo que se fijaron los puntos que se comenzarían a discutir relacionados con los métodos y propósitos en la tradición analítica de la filosofía del derecho. 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 *Social Rules and Legal Theory* (1972) en *Yale Law Journal* 81²⁵ 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 imparables discreción judicial²⁶ y el “noble sueño” de un cerrado sistema jurídico

²³ HART (1994a): p. 206.

²⁴ Publicado en un comienzo en *University of Chicago Law Review*, 35, pp. 14-46. Reimpreso en: 1968. Is Law a System of Rules? En: *Essays in Legal Philosophy*, R. S. Summers (ed.). Oxford: Blackwell. Luego compendiado en: (1978a). “The Model of Rules”, En: *Taking Rights Seriously*. Cambridge (MA): Harvard University Press, pp. 14-45.

²⁵ También reeditado en: (1978b). “The Model of Rules II”, En: *Taking Rights Seriously*. Cambridge (MA): Harvard University Press, pp. 46-80.

²⁶ “La pesadilla es 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.

determinístico caracterizado por la restricción judicial²⁷. Aunque, *stricto sensu*, no es pensado como una réplica a los postulados de Dworkin²⁸.

El encuentro de Hart con Dworkin, posibilitaría, en definitiva, la discusión de la fijación de tres tesis sobre el positivismo jurídico contemporáneo 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: (1) la separación conceptual del derecho y la moral²⁹; (2) la tesis de las fuentes sociales del derecho; (3) la tesis de la discrecionalidad judicial. La labor contraepistémica de Dworkin sería la refutación de cada una de las tesis propuestas por Hart³⁰.

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.

En los debates filosóficos es necesario capturar su esencia. Sin embargo, ello puede ser un negocio difícil por tres razones. Primero, como en cualquier debate, los participantes no pueden 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 es cierta. Segundo, la caracterización es difícil, ya que, a diferencia de debates formales, no son por lo general alrededor de un solo tema. En filosofía, en última instancia, todo está conectado con todo lo demás y por tanto, las controversias relacionadas tienden a variar mucho. Tercero, los debates filosóficos son difíciles de representar, ya que suelen ser blancos móviles. Los filósofos son extraordinariamente ágiles defensores y tienden a cambiar sus posiciones para dar cabida a las objeciones de sus adversarios. Cualquier descripción debe tener un intento de captar esta fluidez a través del manejo del debate como una entidad en evolución que con el tiempo se adapta a las presiones racionales procedentes de dentro y fuera.

²⁷ 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.

²⁸ Cfr. SHAPIRO, Scott (2007): “The ‘Hart-Dworkin’ Debate: A Short Guide for the Perplexed”. En: *Ronald Dworkin*, Arthur Ripstein (ed.). Cambridge: Cambridge University Press, pp. 22-55. Hay versión en español en: 2011. “El debate Hart-Dworkin: Una breve guía para perplejos”, En: *Dworkin y sus críticos. El debate sobre el imperio de la ley*, M. C. Melero de la Torre (ed.). Valencia: Tirant Lo Branch.

²⁹ Véase HART, H. L. A. (1958): “Positivism and the Separation of Law and Morals”. En: *Harvard Law Review*, 71(4): 593-629.

³⁰ ESCUDERO ALDAY, R. (2004): “Los Calificativos del Positivismo Jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral”. Madrid: Civitas.

El debate Hart-Dworkin puede ser elucidado en cinco etapas³¹. La primera se diluye en las principales tesis del positivismo hartiano (1), (2) y (3). La segunda se aboca a todas las críticas de Dworkin que encontraron su consolidación con *Taking Rights Seriously*, lugar en el que se reúne el grueso de la mitad de la tesis sobre el derecho, fundamentalmente con el problema de los principios y la discrecionalidad. La tercera, aborda la otra mitad, que comprende la idea de los desacuerdos teóricos y empíricos en la práctica jurídica y, además, la crítica sobre las teorías semánticas. La cuarta se enfoca en las respuestas ofrecidas póstumamente por Hart con el *Postscript* en la segunda edición de *The Concept of Law* en 1994. La quinta, y que según algunos juristas no pertenece al debate³², versa sobre las tesis del texto *Hart's Postscript and the Character of Political Philosophy* (2004)³³ en donde Dworkin reflexiona sobre el opúsculo post-mortem de Hart y ofrece “argumentos de clausura” al debate con la versión del positivismo del británico.

Esta subsección desarrollará brevemente las etapas segunda y tercera, las otras dos corresponderán al punto II.5 y III.1 de esta tesis, respectivamente³⁴.

Dworkin postula en *The Model of Rules* que las tesis (1), (2) y (3) no pueden dar cuenta de los principios. Esto, con evidencia empírica en casos jurisprudenciales³⁵ como *Riggs v. Palmer* y *Henningsen v. Bloomfield Motors*. El primero refiere a una situación de un nieto que asesina a su abuelo para poder acceder a la herencia, un caso no regulado por el derecho sucesorio del Estado. Para resolver el caso, el tribunal debate entre la aplicación estricta de la ley (otorgar la herencia al nieto) o la búsqueda de la justicia e intereses superiores (beneficia a otros familiares y castiga el asesinato). El argumento que usó la magistratura para dirimir se basó en el principio: “nadie puede aprovecharse de su

³¹ 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): “Una metateoría del positivismo jurídico”. Madrid: Marcial Pons, p.171)

³² LEITER, B. (2005): “The End of Empire: Dworkin and Jurisprudence in the 21st Century”, En: *Rutgers Law Journal*, 36, pp. 161-81.

³³ 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 Rizzo: (2010): “El postscriptum de Hart y el carácter de la filosofía política”. En: *Causas Perdidas. Ensayos de filosofía jurídica, política y moral*, M. E. Orellana Benado (comp.). Santiago de Chile: Catalonia, pp. 25-58.

³⁴ En la tipología de SHAPIRO (2007), los dos actos del debate.

³⁵ Véase (1978c): “Hard Cases”, En: *Taking Rights Seriously*. Cambridge (MA): Harvard University Press, pp. 81-130 y (1978d): “Constitutional Cases”. En: *Ibidem*, pp. 131-149.

propio dolo”. El segundo retrata la situación de un comprador que obvió una supuesta cláusula de limitación de responsabilidad en la compraventa de un vehículo; la empresa se remitía exclusivamente a la reparación de partes defectuosas, no al daño producido por partes defectuosas. Luego el tribunal falló en favor del demandante, arguyendo fundamentalmente que los tribunales deben examinar minuciosamente los acuerdos de compra para ver si los intereses del consumidor y del público han sido equitativamente tratados³⁶. Los jueces en estos casos, se han apoyado en la utilización de principios, o sea, estándares extrajurídicos que apoyan a la legislación en la práctica para no lograr una desproporción en la aplicación del derecho³⁷. Según Dworkin, es de lo que la tesis del pedigrí (i) carece. El contenido de los principios, entonces es esencialmente una cuestión de moralidad, algo que (2) niega, o sea, una relación necesaria entre derecho y moral.³⁸

Superadas las tesis de *Taking Rights Seriously*, Dworkin embiste a los postulados hartianos en su libro de 1986, *Law's Empire*, 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.

Dworkin expone que el derecho es un fenómeno social que tiene una especial estructura, puesto que la práctica jurídica es argumentativa³⁹. 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 norteamericano, es necesario fijarnos en los conceptos de

³⁶ Véase FABRA ZAMORA, J. L. (2008): “Una visita al debate Hart-Dworkin”, En: *Cartapacio de Derecho*, 15, pp. 1-11.

³⁷ “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: *Derecho y Moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, Rodolfo Vásquez (ed.). Barcelona: Gedisa, p. 100)

³⁸ 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: *Causas Perdidas. Ensayos de filosofía jurídica, política y moral*, M. E. Orellana Benado (comp.). Santiago de Chile: Catalonia, pp. 59-79.

³⁹ DWORKIN, R. (1998): “*Law's Empire*”, Oxford: Hart Publishing, p. 13.

proposiciones de derecho (*propositions of law*) y bases de derecho (*grounds of law*)⁴⁰. 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 solo funcionarán hasta 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 ha aprobado la normativa.

Con esto, Dworkin distingue entre dos tipos de desacuerdos: los empíricos y los teóricos. Los primeros existen cuando hay discrepancias acerca de si han tenido lugar las bases del derecho. Por ejemplo, habría desacuerdo si la ordenanza se hubiera aprobado o no por el Concejo Municipal por el quórum que establecen los estatutos correspondientes.

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

Así, la tesis de Dworkin afirma explícitamente que el derecho no es una práctica basada en determinados hechos sociales, sino que una práctica argumentativa⁴¹. 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 verdad⁴².

A propósito de la interpretación, *Law's Empire* sugiere otro nivel de análisis: 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 otros más como conceptos interpretativos. En la práctica jurídica es posible ver toda esta gama de clases de términos, sin embargo, Dworkin critica que los positivistas

⁴⁰ DWORKIN, R. (1998): p. 4.

⁴¹ Véase LUQUE SÁNCHEZ, P. (2012): "Los desacuerdos jurídicos. Un mapa conceptual". En: *Acordes y desacuerdos. Cómo y por qué los juristas discrepan*, Pau Luque Sánchez y Giovanni Battista Ratti (eds.). Madrid: Marcial Pons, p. 31. También véase DOLCETTI, A. y RATTI, G. B. (2012): "Los desacuerdos jurídicos y la "doble naturaleza" del derecho". En: *Acordes y desacuerdos. Cómo y por qué los juristas discrepan*, Pau Luque Sánchez y Giovanni Battista Ratti (eds.). Madrid: Marcial Pons, pp. 179-202.

⁴² DWORKIN, R. (2013): "*Justice for Hedgehogs*". Cambridge (MA): The Belknap Press of Harvard University Press, pp. 157-88.

jurídicos en sus teorías señalan que todos los conceptos son criteriológicos, o sea, dependen de sus criterios de uso en forma exclusiva. Ellos, padecen del efecto del *aguijón semántico*, lo que implica que un análisis adecuado de, por ejemplo, el concepto de derecho consistiría en esclarecer los criterios que comparten los abogados sobre qué afirmaciones acerca del derecho son verdaderas⁴³.

Las críticas de Dworkin, luego permitieron proyectar lo que constituye la vigencia de la *magnum opus* hartiana en el siglo XXI.

V. CONCLUSIONES

Estos tres debates que Hart sostuvo desde finales de los años 50 hasta por dos décadas después, permitieron adelantar el principal tópico que mantiene a la filosofía jurídica analítica. Vale decir, la relación del derecho y la moral. Ambos subsistemas que pertenecen a la realidad se encuentran en conexiones constantes, pero al mismo tiempo, contingentes. Esto produce que varios de los conceptos de cada uno de los conjuntos puedan ser azarosamente congruentes y disonantes.

Lo anterior se asocia al postulado de la teoría del derecho sobre el positivismo jurídico como teoría⁴⁴. El positivismo jurídico en una etapa inicial estuvo determinado por el rechazo de la moral como criterio de validez del derecho. Sin embargo, con el paso de los años, críticas de adherentes al positivismo, pero al mismo tiempo, confiados en que la moral incidía en la descripción de un sistema constituyendo evaluaciones del mismo, la aceptación del peso de la moral influyó las maneras de precisar las reglas de un sistema jurídico. No ocurrió con las versiones del iusnaturalismo, puesto que este se sitúa contradictoriamente al positivismo. Pero sí con voces atenuadas de la misma escuela de pensamiento, como el caso de Dworkin.

El norteamericano generó una especie de revolución de la identidad del positivismo jurídico. Sus críticas se proyectaron una imagen nociva para los pilares de la tesis de Hart. Si el derecho es la unión de reglas primarias y secundarias, en la rigidez del mismo sistema no se permite un control de realidad de la práctica jurídica, por lo que la producción de situaciones inicuas para los seres humanos es posible. El derecho no fue ideado para ser lesivo a sus creadores, es más, debería facilitar la vida en sociedad. La

⁴³ PEROT, P. M. y RODRÍGUEZ, J. L. (2012): "Desacuerdos acerca del derecho". En: *Acordes y desacuerdos. Cómo y por qué los juristas discrepan*, Pau Luque Sánchez y Giovanni Battista Ratti (eds.). Madrid: Marcial Pons, p. 159. Dworkin clarificaría y profundizaría este entendimiento en su texto: (2006): "*Justice in Robes*". Cambridge (MA): Harvard University Press.

⁴⁴ Más en JIMENEZ CANO (2008).

moral es un subsistema de la realidad que salvaguarda las conductas de los seres humanos en atención a la distribución de fuerzas en la sociedad. O sea, permite regular, en último término, al derecho. La idea de los principios de Dworkin resulta quizás, superior a los argumentos de la moral interna del derecho y la tesis de Devlin. Un sistema jurídico carente de principios, sea como enunciados extrajurídicos (estrictamente) o enunciados que informan e integran el mismo puede llevar a situaciones de dudosa bonanza para los seres humanos, como, por ejemplo, un derecho racista que se obedece, nietos que asesinan a sus padres para quedarse con su herencia y eso se permita, mandatos para matar a personas según su estirpe. La moral permite corregir esas circunstancias, dejando lo que se cree “debe ser” o bien, se supone justo. Luego la idea de justicia se introduce en el positivismo jurídico y en la forma de determinar el derecho, y permanece haciendo mutar el contenido de la teoría.

El positivismo jurídico como teoría ve cambiar con frecuencia algunos de los postulados que la desglosan. Como manifestación científico-jurídica sufre las revoluciones en sentido kuhniano, o sea, la ciencia comienza con una teoría que explica primigeniamente un hecho o evento en la disciplina. Kuhn introduce el concepto de “ciencia normal”, un lapso de tiempo en que la actividad científica se ocupa de dilucidar las interrogantes concretas y otras parciales. En el continuo de su andar, los científicos tratan de: extender el rango de aplicación de sus técnicas de investigación y, además, de dar soluciones a las problemáticas existentes. Estos períodos de trabajo se caracterizan por la notoriedad de un sello al momento, que rutiniza y confirma la teoría empleada para dar cuenta del fenómeno fáctico, lo que Kuhn expresa como “paradigma dominante” (1962). Y esto va avanzando hasta el infinito en la historia, en donde aparece una teoría que pretende explicar de mejor manera el suceso, o bien, que complementa a la anterior, siendo la historia de la ciencia, un conjunto de sucesiones explicativas en el tiempo que van perfeccionando su valor epistémico.

Revisar los debates que la primera recepción de *The Concept of Law*, es fructífero no solo para un análisis genealógico de la tradición analítica de la filosofía del derecho en el siglo XX, sino que también para dilucidar la extensión de la respuesta de Hart a sus críticos con el *Postscript* en 1994. Texto clave para la comprensión del destino y estado del arte de la materia en los últimos años.

BIBLIOGRAFÍA

- ___DEVLIN, P. (1965): “*The Enforcement of Morals*”. Oxford: Oxford University Press.
- ___DOLCETTI, A. y RATTI, G. B. (2012): “Los desacuerdos jurídicos y la “doble naturaleza” del derecho”. En: *Acordes y desacuerdos. Cómo y por qué los juristas discrepan*, Pau Luque Sánchez y Giovanni Battista Ratti (eds.). Madrid: Marcial Pons, pp. 179-202.
- ___DWORKIN, R. (2013): “*Justice for Hedgehogs*”. Cambridge (MA): The Belknap Press of Harvard University Press.
- ___(2006): “*Justice in Robes*”. Cambridge (MA): Harvard University Press.
- ___(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 Ruffo: (2010): “El postscriptum de Hart y el carácter de la filosofía política”. En: *Causas Perdidas. Ensayos de filosofía jurídica, política y moral*, M. E. Orellana Benado (comp.). Santiago de Chile: Catalonia, pp. 25-58.
- ___(1998): “*Law's Empire*”. Oxford: Hart Publishing.
- ___(1967): “Is the Law a System of Rules?” En: *University of Chicago Law Review*, 35, pp. 14-46. Reimpreso en: (1968): “Is Law a System of Rules?” En: “*Essays in Legal Philosophy*”, R. S. Summers (ed.). Oxford: Blackwell. Luego compendiado en: (1978a): “The Model of Rules”. En: “*Taking Rights Seriously*”. Cambridge (MA): Harvard University Press, pp. 14-45.
- ___(1978b): “The Model of Rules II”. En: “*Taking Rights Seriously*”. Cambridge (MA): Harvard University Press, pp. 46-80.
- ___(1978c): “Hard Cases”. En: *Taking Rights Seriously*. Cambridge (MA): Harvard University Press, pp. 81-130
- ___(1978d): “Constitutional Cases”. En: *Taking Rights Seriously*. Cambridge (MA): Harvard University Press, pp. 131-149.
- ___ESCUADERO ALDAY, R. (2004): “*Los Calificativos del Positivismo Jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral*”. Madrid: Civitas.
- ___(2000): “*Positivismo y moral interna del derecho*”. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales
- FULLER, L. (1964): “*The Morality of Law*”. New Haven: Yale University Press.
- ___FABRA ZAMORA, J. L. (2008): “Una visita al debate Hart-Dworkin”. En: *Cartapacio de Derecho*, 15, pp. 1-11.

- ___ FULLER, L. (1958): “Positivism and Fidelity to Law – A reply to Prof. Hart”. En: *Harvard Law Review*, 71, pp. 630-72.
- ___ GARCÍA AMADO, J. A. (1991): “Nazismo, derecho y filosofía del derecho”. En: *Anuario de Filosofía del Derecho*, VIII, pp. 341-64.
- ___ GARZÓN VALDÉS, E. (2003): “Derecho y Moral”. En: *Derecho y Moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, Rodolfo Vásquez (ed.). Barcelona, Gedisa, pp. 19-58.
- ___ 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).
- ___ GREEN, Leslie (2008): “Positivism and the Inseparability of Law and Morals”. En: *New York University Law Review*, 83, pp. 1044-54.
- ___ HART, H. L. A. (1983): “*Essays in Jurisprudence*”. Oxford: Oxford University Press
- ___ (1977): “American Jurisprudence Through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream”. En: *Georgia Law Review* 5, p. 972.
- ___ (1967): “Social Solidarity and the Enforcement of Morality. En: *University of Chicago Law Review*, 35(1).
- ___ (1965): “Review of The Morality of Law”. En: *Harvard Law Review*, 78, pp. 1281-96.
- ___ (1962): “*Law, Liberty and Morality*”. Oxford: Oxford University Press
- ___ (1958): “Positivism and the Separation of Law and Morals”. En: *Harvard Law Review*, 71(4): 593-629.
- ___ JIMENEZ CANO, R. M. (2008): “*Una metateoría del positivismo jurídico*”. Madrid: Marcial Pons.
- ___ LAPORTA, F. (2007): “Ética y Derecho en el pensamiento contemporáneo”. En: “*Historia de la Ética, vol. III*”, Victoria Camps (ed.). Barcelona: Crítica.
- ___ LEITER, B. (2005): “The End of Empire: Dworkin and Jurisprudence in the 21st Century”. En: *Rutgers Law Journal*, 36, pp. 161-81.
- ___ LÓPEZ PÉREZ, N. (2013): “Uso y abuso de los absolutos morales en el derecho”. En: *Revista de Estudios Ius Novum*, 6.
- ___ LUQUE SÁNCHEZ, P. (2012): “Los desacuerdos jurídicos. Un mapa conceptual”. En: *Acordes y desacuerdos. Cómo y por qué los juristas discrepan*, Pau Luque Sánchez y Giovanni Battista Ratti (eds.). Madrid: Marcial Pons.

- ___ MALEM, J. (2003): “La imposición de la moral por el derecho. La disputa Devlin-Hart”. En: “*Derecho y Moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*”, Rodolfo Vásquez (ed.). Barcelona: Gedisa.
- ___ PARDO ÁLVAREZ, D. (2010): “Descripción y valoración. Notas sobre el debate metodológico en filosofía del derecho”. En: *Causas Perdidas. Ensayos de filosofía jurídica, política y moral*, M. E. Orellana Benado (comp.). Santiago de Chile: Catalonia, pp. 59-79.
- ___ PEROT, P. M. y RODRÍGUEZ, J. L. (2012): “Desacuerdos acerca del derecho”. En: *Acordes y desacuerdos. Cómo y por qué los juristas discrepan*, Pau Luque Sánchez y Giovanni Battista Ratti (eds.). Madrid: Marcial Pons.
- ___ RADBRUCH, G. (1962): “*Arbitrariedad legal y derecho suprallegal*”. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- ___ SALMERÓN, F. (2003): “Sobre moral y derecho. Apuntes para la historia de la controversia Hart-Dworkin”. En: *Derecho y Moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, Rodolfo Vásquez (ed.). Barcelona: Gedisa.
- ___ SHAPIRO, Scott (2007): “The ‘Hart-Dworkin’ Debate: A Short Guide for the Perplexed”. En: *Ronald Dworkin*, Arthur Ripstein (ed.). Cambridge: Cambridge University Press, pp. 22-55. Hay versión en español en: (2011): “El debate Hart-Dworkin: Una breve guía para perplejos”. En: *Dworkin y sus críticos. El debate sobre el imperio de la ley*, M. C. Melero de la Torre (ed.). Valencia: Tirant Lo Branch.
- ___ SILTALA, R. (1990): “Derecho, moral y leyes inmorales. En: *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 8, pp. 149-70.
- ___ VEGA GÓMEZ, J. (2014): “El debate Hart-Fuller”. En: *Ensayos de Filosofía Jurídica Analítica*. Madrid: Dykinson, pp. 17-36.