

METATEORÍA JURÍDICA ANALÍTICA DEL SIGLO XXI: Teorías monistas y pluralistas en el estudio del Derecho

Nicolás López Pérez*
Universidad de Chile

Sumario: 1. Introducción. 2. Metodología de este trabajo. 3. Monistas y pluralistas en la reflexión teórico-analítica del derecho del siglo XX. A. Kelsen y la propuesta normativista. B. Ross y el realismo jurídico. C. El derecho como un producto humano: H. L. A. Hart y una teoría jurídica pluralista. 4. Valores epistémicos y teorías monistas y pluralistas: para una concepción argumentativa de la teoría analítica jurídica del siglo XXI. 5. Conclusiones. Nota bibliográfica.

1. INTRODUCCIÓN

Jules Coleman y Ori Simchen en el análisis de la palabra “Derecho” (*Law*), y evitando el desenfoque clásico respecto de otros términos no jurídicos, arguyen que ésta puede referir en el *stricto sensu* legal: al estatus de “derecho” o “no derecho” de un sistema de normas, el estatus individual de cada norma y la determinación de si una norma particular es miembro de un cierto sistema jurídico. Sobre esta base, distinguen ocho preguntas que sirven como “actuales debates en la filosofía del derecho”, a saber: ¿Qué es derecho? ¿Qué es una ley? ¿Qué es el derecho? ¿Qué es la naturaleza del derecho? ¿Qué es el significado de una ley? ¿Qué es el significado del concepto de derecho? ¿Qué es el significado de “derecho”?¹.

En la filosofía jurídica analítica el estudio del concepto de derecho es renegado, desde

The Concept of Law, al de la naturaleza del derecho, o sea, de qué es lo que se tiene que ser x para ser derecho o bien, lo que debe tener para serlo.

Ahora bien, ¿por qué preocuparnos por la filosofía del derecho? ¿De qué nos servirá tener respuestas a las interrogantes anteriores? A lo largo de la historia de la misma, 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 —en tanto, dogmática— es incuantificablemente útil para la práctica jurídica: jueces consideran en sus razonamientos la pluma de los eruditos, 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

* Departamento de Ciencias del Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Comentarios a nicolopez@ug.uchile.cl

¿qué tan “filósofos” son los dogmáticos? Sin embargo y en esta ocasión, pasando por alto la interrogante, sugiero que la respuesta de cuál es el derecho en un *caso concreto* dependerá crucialmente de la respuesta a qué es el derecho *en general*. Scott J. Shapiro expresa que los teóricos jurídicos se abocan a estas cuestiones con el fin de permitir más fluidez y claridad a la práctica². 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.

El trabajo del filósofo del derecho es el identificar el método apropiado para determinar el contenido del derecho; el abogado coloca en práctica ese método. Esto no implica necesariamente que los profesionales del derecho necesitarán normalmente a los filósofos, pero sí tener en cuenta interrogantes elementales de cara a saber en qué terreno se está operando. El derecho es mucho más de lo que un texto señala, la comprensión del positivismo jurídico si bien es la que lidera la reflexión, en la práctica parece desplazada a un rincón de culto, pero no de sacralización. Su estudio filosófico aún a esfuerzos para hacer de éste un mundo más humano.

Como en todo campo epistémico, el objeto de estudio puede ser clasificado de diferentes maneras, que importará para los métodos y propósitos que tendrá la investigación. Este trabajo sostiene que el derecho, como un asunto sujeto a reflexión, puede ser explicado como: a) un sistema lógico de caracteres o de conceptos abstractos que tiene una estructura ideal y que también goza de un bajísimo grado de falibilidad en su funcionamiento; b) una maquinaria de enunciados lingüístico-normativos que dependen de la práctica de los operadores jurídicos, aquella que es susceptible de predicción para entregar resultados apodícticos; c) o una serie de convenciones que se basa en criterios prácticos de relaciones humanas que van mutando con el paso del tiempo.

La sección II abordará estas posibilidades de reflexionar el derecho a la luz de la herramienta metafilosófica de la triple distinción, la que diferenciará los ámbitos de enfoques y estudios sobre la naturaleza del derecho. La introducción de lo anterior involucrará la dicotomía entre monismo y pluralismo asociado a las elucubraciones teóricas sobre lo jurídico. La pertenencia de ellas dependerá de la manera como examinen al derecho. La sección III se encargará del análisis de tres de las teorías que definieron a la filosofía jurídica analítica del siglo XX, a saber: la teoría pura del derecho de Hans Kelsen, la aproximación iusrealista de Alf Ross y la elucidación del concepto de derecho por H. L. A. Hart. Todo con la finalidad de dar forma a la propuesta metateórica de II y ver, en la sección IV, cómo se ordena el mapa epistémico de cara a la filosofía jurídica analítica del siglo XXI para evaluar el problema del valor o mérito epistémico de las teorías sobre el derecho. Vale decir, el cómo resolver la interrogante referida a la elección de una teoría que dé cuenta de la práctica jurídica involucrada en el análisis del filósofo, de la manera que sea más fructífera y adecuada para su ejercicio. Esto será relacionado con la posibilidad de establecer una concepción argumentativa que enriquezca el entendimiento de los debates metafilosóficos actuales en la materia, en donde propongo que son las teorías pluralistas las que “hacen progresar o avanzar” los estudios sobre la naturaleza del derecho mucho más que las monistas.

2. METODOLOGÍA DE ESTE TRABAJO

Una teoría, para efectos de esta investigación, será vista como una construcción intelectual que intenta establecer relaciones, explicaciones y definiciones sobre un conjunto de acontecimientos u observaciones³. Si subimos un nivel de abstracción de la realidad, hacia la teorización de una teoría, el refugio de una metateoría se hace presente.

Antes de ir al análisis de teorías, concretamente, una reflexión sobre la forma en que pueden ser englobadas. La triple distinción, propone que los asuntos epistémicos o sobre los cuales se puede conocer, pueden ser de tres clases: formales, empíricos y filosóficos (también llamadas humanos)⁴.

Los asuntos formales son aquellos que admiten una sola respuesta correcta obtenida a través de la utilización de un procedimiento preestablecido para dicho efecto: por ejemplo, en las sumatorias matemáticas. Los empíricos refieren a la admisión de una sola respuesta correcta arrojada por la experiencia o de cómo se puede verificar un fenómeno en cuestión; por ejemplo, está lloviendo en Madrid. Las interrogantes epistémicas que son situadas en estas dos clases poseen una respuesta correcta y única que requiere del cumplimiento de un algoritmo que todo el tiempo debe entregar la misma solución y no otra, ya que ella sería errada.

Los asuntos filosóficos (o humanos), en principio no tienen una respuesta correcta única, puesto que mantienen un rango abierto pero acotado de una multiplicidad de soluciones igualmente válidas y que no tienen pretensión de verdad absoluta. El requisito para pertenecer al margen es el mantenimiento de un trato igualitario y respetuoso entre ellas, siempre orientadas 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. Además, interrogantes en la historia, la ética, forman parte de esta clase⁵.

El derecho desde la modernidad, puede ser presentado en cualquiera de estas visiones. Así, la historia de la filosofía analítica del derecho del siglo XX despliega un abanico con los distintos modelos filosóficos que teorizan lo jurídico, o sea, que intentan responder a su naturaleza. Este trabajo hará énfasis en los ofrecidos por Hans Kelsen, Alf Ross y H. L. A. Hart, sobre la base que se proyectan en el siglo

XXI en los debates filosóficos que sostienen los herederos de estas concepciones.

El derecho, pensándolo como objeto de estudio, debe tener delimitado el concepto de lo que es o lo que se cree que es. Un concepto *per se* puede ser considerado como otorgar una noción general del objeto. El proceso de referenciación de un concepto puede admitir los siguientes objetivos: (i) buscar y explicar los usos lingüísticos; (ii) descubrir el significado de un concepto que subyace de nuestras prácticas institucionales; (iii) formular un criterio o estándar normativo el cual debe satisfacer la noción para que pueda ser aplicada. Detrás de cualquiera de estos parámetros, se oculta la forma en que concibamos el efecto 'sistemizador' que pretenda esa noción general.

La idea de ofrecer uno o varios conceptos implica dos cosas adicionales: cómo se concibe al mundo y qué ocurre con la significación que entregan las palabras por las cuales son exteriorizados y sus correlatos individuales, a ello se suma la naturaleza de las cosas a las que se aplican. El conocimiento completo del concepto consiste en el conocimiento y comprensión de todas las aristas discursivas del mismo⁶. Luego estas últimas son patrones generales que debe contener toda formulación para referir un objeto. El análisis de los conceptos queda, por tanto, constreñido a lo que es la unidad en sí y no cómo es posible elucubrarla. Luego, los conceptos requieren de condiciones mínimas para su dominio y también, para poseerlos. Con ello, el individuo se apropia del relato y lo hace propio. Los conceptos pueden componerse de cuatro partes, a saber: (a) los rasgos fundamentales de la cosa de la cual es un concepto; (b) la explicación de la comprensión involucrada en el completo dominio de un concepto; (c) la explicación de las condiciones para la posesión mínima de un concepto; (d) las capacidades requeridas para la posesión mínima de un concepto⁷. No entraré en profundizar lo anterior, solo expresaré que los conceptos, reducen el grado de complejidad en la comprensión del mundo, pues a través de su función descriptiva constituyen sistemas que

a la vez determinan estructuras que permiten darle sentido al lenguaje que usamos en distintos contextos, sea cotidiano, técnico u otro que pueda pensarse.

Los conceptos además de gestar a los sistemas, también establecen sus límites y otorgan coherencia a sus estructuras internas⁸. Sobre esto, distinguen entre lo que hay en el sistema y lo que implica para un contexto este sistema. La red mental tanto individual como colectiva que acarrea un concepto permite la auto-organización de un sistema⁹.

Hasta dónde llega el marco de aplicación o de composición de un concepto es que puede ser adscrito o sindicado como el responsable de crear un sistema.

En el caso del derecho, su concepto entraña indefectiblemente la conjunción de reglas, en la que, según gran parte de los teóricos analíticos se encuentra presente la idea de coacción¹⁰. Sin embargo, y pese a que pueden existir rasgos compartidos en la reflexión, importa el sistema que teóricamente construye el concepto que se procede a utilizar. Con ello, la madeja de términos que componen la estructura del pensamiento de un autor va a poder ser resumida en un algoritmo. Y aquél, es posible de ser clasificado dentro de la expuesta triple distinción.

Que el algoritmo decante en una fórmula lógica o en una pila de hipótesis verificables, implicará que el discurso tenga pretensiones de corrección ante anomalías dentro de la estructura que compone al sistema. Estableciendo parámetros y respuestas únicas (correctas) que en definitiva, llevarán al conocimiento. El asumir como respuesta correcta al enfoque, esta es la obligación epistémica que tiene aparejado el que un concepto se aborde como un asunto formal o empírico. La desventaja de este análisis es que extermina posibilidades de una concepción argumentativa de maneras de hablar de un objeto de estudio. Sin perjuicio de lo anterior, si el enfoque formal o empírico es *el más* apropiado para dar cuenta del objeto de

estudio, acéptese. Pero la maleabilidad de las creaciones teóricas exige la discusión.

Que el asunto sea filosófico parece ser más engorroso y cierto que en los casos anteriores, pues no se establece un margen de criterios que lleven a la misma solución. Esto dice relación con que quien postula que la naturaleza de una cosa es *necesariamente x*, parece pertenecer a otra clase de asuntos. En el estudio filosófico —en oposición a formal y empírico— de un objeto, la clave es la admisibilidad de otras reflexiones en torno al mismo con márgenes de respeto y productividad para el conocimiento de la naturaleza humana¹¹. En el caso del derecho, conocer los conceptos de otras culturas o la práctica, o más allá, tener desacuerdos en la misma comunidad, es parte de la flexibilidad que tiene el concepto y estudio del mismo, poco plausible —desde esta perspectiva— en el plano de asuntos formales o empíricos.

A fin de ordenar el argumento de este trabajo, agruparé en dos grupos a los asuntos que traza la triple distinción. Por un lado, estarán las inquietudes formales y empíricas bajo la rúbrica de “monismo”. Por otro, los quehaceres filosóficos en el entendido de “pluralismo”.

Ahora bien, cuando utilizo el término de “monismo” refiero a la unidireccionalidad del planteamiento de un autor sobre el objeto de estudio. Donde sí es visto como un asunto formal o empírico existe un trabajo solo sobre el postulado particular y no hay una extensión hacia otros campos epistémicos, con lo que se elimina el diálogo y propone una corrección frente a otros entendimientos. No obstante, es posible que se llegue a un intercambio de ideas con una tesis monista, pero solo se limitará a que ésta exprese su superioridad epistémica. Mientras que cuando utilizo la tipología de “pluralismo” expreso que hay una multiplicidad de redes que son admisibles por el postulado de un autor respecto del objeto de estudio. Por tanto, pueden existir varias respuestas a las interrogantes que surjan en el transcurso del análisis y de igual manera, ser todas beneficiosas para propósitos de lograr el conocimiento

to¹². Se permite un diálogo con otras posturas, inclusive éste le permite a cualquier tesis fortalecer su bagaje. Y con ello lograr un valor epistémico mayor para efectos de dar cuenta de la realidad, claro que no hay una imposición de una postura por sobre otra. Entonces no existe esta obligación de asumir como respuesta correcta a un enfoque en particular. Sin embargo, genera el problema de elegir una teoría, en el entendido de un rango abierto pero acotado de las mismas que permita explicar la realidad de una manera más idónea y concordada con las pretensiones del teórico¹³.

Recapitulando, la triple distinción se funde en la dicotomía entre monismo y pluralismo. Ahora bien, para reconocer a una teoría como monista o pluralista, podemos usar criterios como:

- La admisión de un número x de soluciones al problema inicial del estudio. Monistas, en general, uno. Pluralistas, indeterminado o n .
- Test de proporcionalidad en el valor epistémico de los resultados del análisis. Monistas no procederán a la diferencia, siempre sus teorías son *necesariamente* superiores. Pluralistas evalúan criterios de idoneidad, describibilidad y neutralidad.
- Existe o no la posibilidad de diálogo entre las diferentes posturas. Monistas, en principio, no, tienen obligación epistémica de asumir certeza. Pluralistas, sí.

3. MONISTAS Y PLURALISTAS EN LA REFLEXIÓN TEÓRICO-ANALÍTICA DEL DERECHO DEL SIGLO XX

Las teorías monistas, según lo que se vio en la sección precedente, colocan a su objeto de estudio como un asunto formal o un asunto

empírico. Los teóricos analíticos del derecho que incluyo en esta categoría son: Hans Kelsen con su teoría pura y Alf Ross que representa un realismo jurídico científico.

Las teorías pluralistas, por su parte conceptúan al derecho en tanto objeto de análisis como un asunto filosófico (o humano) del cual hay más de una respuesta correcta a la hora de indagar sobre su naturaleza. Sobre una teoría de esta índole, argumentaré con *The Concept of Law* de H. L. A. Hart.

En esta sección, aplicaré los criterios señalados al final de la sección precedente a los tres postulados mencionados a fin de generar un baremo válido que sea posible emplear para el análisis y clasificación de las posturas presentes en los tres primeros lustros del siglo XXI.

A. KELSEN Y LA PROPUESTA NORMATIVISTA

La *Teoría pura del derecho* de Hans Kelsen estudia al derecho “con prescindencia de otros elementos”¹⁴. La tesis se diluye en “una teoría sobre el derecho positivo en general y no de una teoría sobre un orden jurídico específico. Es una *doctrina general sobre el derecho*, y no la interpretación de normas jurídicas particulares, nacionales o internacionales (...) En cuanto teoría pretende, exclusiva y únicamente, distinguir su objeto. *Intenta dar respuesta a la pregunta de qué sea el derecho, y cómo sea*; pero no, en cambio, a la pregunta de cómo el derecho deba ser o deba ser hecho. *Es ciencia jurídica*”¹⁵; no, en cambio, política jurídica”¹⁶.

La tesis de Kelsen para decir qué es el derecho, *necesariamente* excluye del análisis lo que no tenga que ver con su naturaleza. Asimismo, busca una unidad de método al instante de dar el concepto de derecho. Lo que sea derecho va a depender de la acción, de lo fáctico y de lo que ocurra en el mundo. Con esto, Kelsen aplica el principio de verificación, la tesis reductiva, la observación, que permiten inferir el tratamiento del derecho como un asunto formal¹⁷.

El concepto de derecho en la teoría pura está asociado a la sanción ante el cumplimiento de lo que expone el enunciado deóntico de la norma, ello supone que si no es lo anterior, no puede ser derecho¹⁸. Ídem si se quiere hablar de sistema jurídico, no lo es, si no tiene una *Gründnorm* en la cúspide que lo valide. Aquí está la respuesta de lo que es el derecho y cómo es, no admite otras soluciones, *necesariamente* el derecho se identifica con la coacción y normas que se condicen con sanciones basadas en supuestos de hecho de “infracción”. Por tanto, puede ser utilizado para expresar cualquier cosa que cumpla con esos requisitos, he ahí su poder descriptivo y, sin duda, prescriptivo. La teoría pura, finalmente, busca normar las conductas, valerse del determinismo que la ciencia le provee a la libertad del individuo¹⁹. Lo que se aparte del margen que establece la teoría pura, no es derecho ni tampoco teoría del mismo. Por lo tanto, una conceptualización distinta de lo que Kelsen plantea dudosamente podría ser del orden jurídico, sí con mayor razón expresa que solo hay normas primarias, “las genuinas” y las secundarias de haberlas en el sistema, no serían jurídicas *stricto sensu*.

B. ROSS Y EL REALISMO JURÍDICO

Alf Ross en su *Om ret og retfærdighed* de 1953 (en español, “Sobre el derecho y la justicia”) presentó una idea de lo jurídico a partir del concepto de “derecho *vigente*”. Para entender a este, propuso de forma analógica cómo el derecho se parece y se muestra como una partida de ajedrez donde dos personas juegan y una observa²⁰. Por un lado, si el *observador* no sabe nada del juego, no entenderá lo que está pasando. Por otro, si conoce las reglas del juego, pero no la teoría (o bien, poco), cambia el cariz de esta observación, puesto que sólo podrá predecir comportamientos y/o movimientos. Ahora bien, para una *comprensión* cabal de la partida, se requiere conocer la teoría, esto es: (i) El movimiento de las piezas no es considerado como un simple cambio de posición de objetos en el espacio, son movidas en un

juego. Estas no se encuentran en una relación causal, la *conexión* que proviene es por medio de las reglas y la teoría del ajedrez (de *significado*); (ii) Las acciones que constituyen el juego solo pueden ser llevadas a cabo cuando se juega en forma alternada con una segunda persona. Esto es, la coparticipación (*fellowship*), igual interpretación ambos jugadores, cosa que tenga coherencia la partida²¹.

Todo esto hace que se tome al juego como un modelo simple de lo que él llama *fenómeno social*. En el esquema, se distinguen dos clases de reglas: las primarias (directivas) y que en ajedrez determinan la ubicación de las piezas y las movidas, no a las reglas de la teoría del juego. Estas últimas son enunciados hipotético-teóricos, puesto que presuponen a las primarias e indican las consecuencias de las movidas, las estrategias (condicionan la casuística). Las primeras son vividas como socialmente obligatorias por cada jugador (ligado a un método de acción más una trasgresión a las reglas provocará reacción de protesta al otro lado). Respecto de las reglas de la teoría del ajedrez, una movida torpe no provoca protesta, sí sorpresa.

Para saber qué directivas rigen el juego del ajedrez es necesaria la observación externa (acciones y regularidades) lo que no distingue las prácticas vigentes ni menos entre regularidades condicionadas por la teoría del juego. Para disuadir entre estas se requiere de reglas que los jugadores viven como *socialmente obligatorias*²². Ahora bien, una regla es vigente si los jugadores le dan adhesión efectiva, porque están —y se sienten— socialmente obligados por las directivas contenidas en ella. La vigencia, posee dos elementos: la efectividad real de la regla (observación externa) y la manera en la cual la regla es vivida como motivadora, esto es como socialmente obligatoria (interna).

Por lo tanto, las reglas requieren de experiencia (patrones de conducta) y de un contenido abstracto de esas reglas (normas del ajedrez). Esto posibilita la interpretación/comprensión fenómenos ajedrez, hace un todo coherente de significado.

La partida de ajedrez se materializa solo cuando son puestos en relación con las normas del ajedrez y viceversa. El derecho consiste, según Ross, en fenómenos jurídicos y normas jurídicas en una correlación mutua²³. Con el derecho vigente se interpretan las acciones como fenómenos jurídicos que le dan al “todo” coherencia.

La vigencia de una regla de derecho es algo fáctico (observado) y que tiene asidero en la validez metafísica en el ser de las cosas²⁴. Ciertamente, la lógica discursiva del derecho depende de la experiencia, lo que pueda darse en la realidad. Luego, el análisis de Ross posiciona a la pregunta de qué es el derecho en el campo de los asuntos empíricos con una sola respuesta: la predictibilidad del modelo se manifiesta con la labor de los jueces y los operadores jurídicos²⁵. Necesariamente toda práctica del derecho en el respecto de los realistas puede llegar a ser predicha. Y lo que sea o cómo sea el derecho epistémicamente ya tiene un valor. La coherencia de la tesis realista de Ross, en base a un binomio estímulo-respuesta, establece la obligación epistémica de la correcta solución. Tengamos claro que el análisis no se extiende a otras posturas como las de otros realistas escandinavos o los norteamericanos.

C. EL DERECHO COMO UN PRODUCTO HUMANO: H. L. A. HART Y UNA TEORÍA JURÍDICA PLURALISTA

Hart en *The Concept of Law* sugiere prestar atención a las sutilezas de nuestras formas de hablar. Luego, lo jurídico se basa en la comprensión de los conceptos con que cotidianamente se desenvuelve, esto implica “no dar un concepto de derecho”²⁶, sí otorgar herramientas para el estudio de ellos. El fenómeno jurídico para Hart, se construye a partir de usos y las prácticas lingüísticas. Una cuestión inédita hasta entonces, pues con los argumentos de los monistas, el derecho en su andar parecía asomarse como una ciencia predictiva.

Quienes se abocan a dar con seguridad un concepto de derecho es que fijan su análisis en tanto preguntar por su naturaleza o a definirlo con una unidad semántica, lo hacen desde distintos métodos y tal como se expresó anteriormente, la coexistencia de esta diversidad es que enriquece a la tradición e intentan construir una teoría con pretensión de generalidad. Desde Hart en adelante, la filosofía analítica del derecho tiene un giro, uno hermenéutico²⁷ en la explicación de su objeto de estudio, vale decir, que el derecho es un producto humano que se manifiesta a través del lenguaje y que su análisis depende de la estructura de éste. En ese sentido, la tendencia de sociología descriptiva y teoría jurídica analítica²⁸ de *The Concept of Law* es relevante tanto para la re-construcción del pensamiento de Hart como también, de cara a sus causahabientes en la literatura erudita.

Acerca de la pregunta “¿qué es el derecho?”, Hart no reconoce una *sola* respuesta correcta y válida. Eso permite que entendamos que el derecho es parte de nuestras prácticas sociales, nuestras maneras de normarnos y en definitiva, algo no exacto, no como pretenden los monistas.

Cabe inquirir acerca de la naturaleza de las conclusiones de *The Concept of Law*. La pretensión de que el análisis conceptual nos enseña no solo sobre las palabras sino también sobre las realidades a las que se refieren es un supuesto metodológico que Hart comparte con J. L. Austin. Con todo, la caracterización que Hart hace de su investigación puede parecer ambigua, pues ¿cómo pueden tales análisis conceptuales enseñarnos algo más que las maneras cómo hablamos y pensamos? La pregunta es motivada por la convicción de que existe una separación entre el lenguaje y el mundo, en virtud de la cual existen 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). Estas dos formas de conocimiento parecen en principio incompatibles en el sentido de que los métodos que

permiten obtener uno, excluyen la experiencia. Mientras que el primero pretende consistir en verdades necesarias (como que $2 + 2 = 4$, o que un soltero es un hombre no casado), el segundo parece tratarse de verdades contingentes (como que hay cuatro manzanas en la canasta, o que el autor de este texto está soltero).

Ahora bien, es prácticamente unánime entre los comentaristas el entendimiento de *The Concept of Law* como una investigación *a priori*²⁹. Esto le ha merecido la crítica según la cual tener esa cualidad, no puede entregarnos conocimiento relevante, esto es, no trivial. Sin embargo, algunos autores, como Joseph Raz, han entendido que esa es la forma de deber tomar las investigaciones acerca de la naturaleza del derecho (un ejemplo de ello es su ensayo *Authority, Law and Morality*³⁰).

El concepto de derecho es un equívoco. Hart presenta la anterior idea a través de la explicación de la vaguedad del lenguaje ordinario y el uso de términos base del derecho, —algunos— de contenido más sociológico como: obligación, aceptación, deber, coacción, conducta, comportamiento (los que se pueden resumir en el punto de vista externo y en el interno)³¹. En ese sentido, el número de soluciones es n a la pregunta de qué es el derecho. Y con los usos es que podemos desentrañar criterios de idoneidad, descriptibilidad y neutralidad para preferir una respuesta que acomode más a la explicación. Para llegar a este punto, puede existir un diálogo entre las distintas intuiciones y argumentos racionales que presenten los teóricos. Quizás ese fue uno de los propósitos de Hart en la elaboración de su tesis³². En los monistas, las intenciones explícitas fueron distintas, en el caso de Kelsen fue realizar un análisis del derecho con prescindencia de elementos que pudieran embarazar la correcta conceptualización. No así en el caso de Ross que pretendió llegar a ofrecer mecanismos para identificar al derecho en la práctica y teóricamente. En ellos, el concepto de derecho epistémicamente, es unívoco³³.

4. VALORES EPISTÉMICOS Y TEORÍAS MONISTAS Y PLURALISTAS: PARA UNA CONCEPCIÓN ARGUMENTATIVA DE LA FILOSOFÍA ANALÍTICA JURÍDICA DEL SIGLO XXI

*“La pretensión de la teoría del Derecho es aparentemente clara: explicar lo general (o universal) del Derecho. La teoría general del Derecho no tiene como objetivo prescribir comportamientos ni exponer cómo debería ser el Derecho, sino describir el ser del Derecho o aquello que lo hace ser Derecho”*³⁴.

El estatus de todos permanece invariable. Monistas y pluralistas en un mismo grupo. Las teorías monistas solo tienen como finalidad describir/explicar a la realidad jurídica y no la discusión de planteamientos con otras teorías, sí lo incluyen las pluralistas. Se escudan en que el valor epistémico de la teoría y (monista) es mayor al de la teoría z (pluralista).

Para determinar el concepto de derecho existe una dificultad que radica en dos razones: en primer lugar, el derecho es multidimensional, en el sentido de que este puede ser estudiado desde distintos puntos de vista y al mismo tiempo, obtener muchas conclusiones que no se parecen en nada. Un completo entendimiento del derecho requiere la consideración de tres dimensiones: el derecho como reglas, el derecho como hechos y el derecho como valores³⁵. En segundo lugar, tener en cuenta la diversidad de escuelas de pensamiento y maneras en que se ha hablado y se habla sobre el derecho. Respecto de esa tridimensionalidad es que los conceptos de derecho deben partir, y me refiero con “los” a aquellos *el, un y nuestro*.

Hart postula que la teoría del derecho debe ocuparse de describir qué es el derecho y sobre ese punto, se puede reconocer el matiz entre: concepto, naturaleza, práctica e incluso, ciencia. Expresa al mismo tiempo que “el deseo de uniformidad es muy fuerte en la teoría jurídica y puesto que no es en modo alguno algo desdo-

roso debemos considerar (...) argumentos alternativos en favor de ella³⁶. Dos interesantes cuestiones: por un lado, “la objetividad” y por otro, la diversidad en la reflexión del derecho. Argumentos que se presentan entre métodos y propósitos de la filosofía del derecho. Es importante circunscribir esto, a la teoría analítica del derecho, como los demás planteamientos que suceden a Hart se sitúan en esta línea³⁷. Asimismo, esta no es primariamente una investigación lingüística (para los que utilizan el argumento de hacer lexicografía), sino que es también, un intento para dejar al descubierto los principios básicos que estructuran una parte altamente significativa de nuestro mundo³⁸.

Es la descripción del mundo, del derecho la que queda relegada a la teoría del derecho, ¿si lo hace es exitosa? ¿Por qué hablar del éxito de una teoría, acaso el modelo es: “una teoría es mejor que otra”? Paréntesis en las teorías monistas, Hart reconoce la idea de la diversidad en torno al pensar sobre lo jurídico, pero también asume que hay posturas objetivas (e incluso, reduccionistas, en este caso, los monistas). Los filósofos del derecho están comprometidos en una amplia investigación acerca de la identidad del derecho y sus implicaciones³⁹. Sin embargo, Hart reconoce la superioridad de teorías sobre las otras, pero solo limitado a las posturas reduccionistas, que igualmente podrían coexistir en tanto, en el caso de conceptos como ‘derechos’, ‘capacidad’, ‘error’, o ‘sociedades’, los filósofos se han apresurado en indagar su naturaleza, suponiendo que por medio de definiciones se podrían superar los problemas relacionados con dichos esfuerzos⁴⁰. Lo que se tiene que elucidar son las condiciones que gobiernan el uso de palabras en determinados contextos sociales, en lugar de indagar las esencias misteriosas con las que se pretende justificar la construcción de teorías apoyadas en definiciones⁴¹.

Si la teoría del derecho (y luego, algún concepto de derecho) fuere(n) objetiva(s) podrían solamente proporcionarnos el conocimiento acerca del derecho en general y no acerca de un lugar en particular, ello sería imposible⁴². Esa

objetividad es basada en convenciones, que igual podrían denotar cierto grado de indeterminación, Hage plantea para explicar esto, dos ejemplos: el de las ballenas y el de Plutón. Sobre el primero, radica una duda: ¿son peces las ballenas? La reflexión va encaminada a lo siguiente: la novena edición de una enciclopedia de clasificación del reino animal (*Systema Naturae*) dijo que las ballenas eran peces, luego su predecesora publicada dos años después, dijo que eran mamíferos y sobre ello se ha construido la convención de que son mamíferos. Acerca de la segunda, los astrónomos comenzaron a discutir luego del descubrimiento de un nuevo planeta, Eris, en 2003, que resultó entrar en una clasificación llamada de los “planetas enanos” o planetoides. Luego, Plutón, el noveno planeta del sistema solar (desde que se conoce) fue degradado a esa categoría. En ambos casos había una incerteza inicial acerca de la clasificación de los objetos y ella fue reducida no por la reunión de más información sobre estos objetos, sino que por el cambio o de-formación de la convención que definió los límites de una categoría⁴³. Su certeza se debió a una convención, luego puede surgir si ella es arbitraria o no. Un tema de práctica, algo que no nos interesa en esta ocasión, pero que Chang ha discutido a propósito de si el agua es/siempre ha sido H₂O⁴⁴.

La búsqueda del eclecticismo en los conceptos y en la construcción de discursos que trasciendan a las instituciones de la sociedad, se multiplica en el interés del conocimiento y de la descripción de lo describable, o sea, de lo que pertenezca a la práctica. A la vez siendo el derecho una cuestión práctica y normativa y una de carácter teórico, susceptible de pertenecer a una reflexión⁴⁵.

La limitación de este trabajo es a estas cuestiones metateóricas y metafisológicas del concepto de derecho, de la asignación de un valor epistémico o no. Máximo son los conceptos mismos los que tratamos de entender, y cómo pueden explicar al mundo, no como Raz se equivocaba al plantear que no son “herramientas de explicación”⁴⁶.

“El derecho es un producto que no puede ser desarrollado al margen del comportamiento y esfuerzo humano (...) el derecho no es un producto de la naturaleza (...) Su existencia depende de lo que la gente considera y quiere que sea. De ahí que no pueda identificarse, estudiarse ni entenderse sin tratarlo como el producto social que resulta ser”⁴⁷.

Sobre lo anterior, es que radica la importancia de poder hablar del derecho, o sea, su descripción que puede tener múltiples fines, desde la enseñanza del mismo hasta su mejor comprensión de cara al diseño institucional de una sociedad. Una cuestión que niega la diversidad valorativa, la existencia de múltiples conceptos y la categoría que describimos con ahínco: *el, un y nuestro* concepto del derecho. El derecho como objeto de estudio sin entrar en sus subsectores de los que son parte las ramas de la filosofía del derecho, que no son la teoría, por ejemplo: teoría de las normas, de la adjudicación. E inclusive otras disciplinas como la filosofía de la moral y la filosofía política en aspectos estructurales y/o contingentes del derecho.

La función de la teoría del derecho debe ser el dar cuenta de la realidad jurídica, o sea, suministrar herramientas y conceptos para comprender mejor el funcionamiento del derecho⁴⁸. Y parte de esto es complementado con las teorías pluralistas, en las cuales se genera el problema de elegir una teoría, cuestión ajena a las monistas, con la finalidad de ver cuál tesis es más idónea, neutral y permite una mejor descripción de la realidad en cuestión. Como no hay una única respuesta correcta, existe un paso en la valoración para escoger. Un paradigma: para estudiar al derecho en Chile, requiero de un enfoque teórico y me es más cómodo abrir el abanico de posibilidades entre teorías pluralistas, puesto que me permite abstraer el razonamiento a una nueva dicotomía: emplear y tratar como valores a las tesis en el rango abierto pero acotado. Empleo la que me es fructífera y las demás, no, aunque tienen su estatus reconocido en la palestra discursiva y

podría llegar a utilizarlas para re-explicar cómo también para fortalecer mi explicación⁴⁹.

La mixtura de objetividad con la indeterminación, parte de lo que vendría a ser el punto de cierre del argumento epistémico de una teoría monista, previo paso por el reconocimiento de una convención al interior de la teoría del derecho pueden dar cuenta de lo que es realmente el valor epistémico de un concepto de derecho y así también, de lo que debe ser. Lo que está en armonía con esta idea hartiana de la utilidad para la teoría del derecho de planteamientos que puedan dar explicación o bien, describir, la realidad de una manera satisfactoria. La idea es saber de qué se está hablando. Cuando se habla de *el* concepto, ¿es una cuestión con pretensiones de universalidad? Me inclinaría por decir que no es más que una descripción de lo que el derecho significa para una sociedad y lo que podría entregar un entendimiento puro y formal del concepto de naturaleza del derecho, de cara a decir lo que en general es el derecho. Cuando se habla de un concepto de derecho, es una cuestión mucho más local, en la que podría haber un acuerdo de manera concertada, una objetividad moderada, por ejemplo, describir el derecho en España. Dice relación con una objetividad más cercana, pero a la vez que denota indeterminación. Sin embargo, este punto debe colocar acento en el contexto en que se está describiendo, ya que también podría describir el derecho babilónico, así como el romano. Cuando se habla de nuestro concepto es el que comparte una determinada colectividad, que no necesariamente es en la que estoy arraigado, puede ser una cuestión más próxima al concepto de nación o el que comparto con individuos que considero de mi óptica, puede ser similar a un concepto, pero no es lo mismo, pues la inferencia temporal que se utiliza es distinta, con un concepto puedo referirme al de cualquier tiempo. El concepto de derecho también puede tener matices y su discusión prestarse para muchos equívocos, la teoría del derecho entonces, es parcialmente objetiva y parcialmente indeterminada, así como lo son

los estudios que se abocan al concepto de naturaleza humana⁵⁰.

“No parece que pueda ponerse en duda que el trabajo de los teóricos del Derecho moldea el concepto de Derecho, no sólo el de sus respectivas sociedades sino también de otras —en distinto espacio y lugar—, ni que las conclusiones de la teoría del Derecho pueden extenderse a cualquier sociedad; (...) *en el sentido de que (...) la investigación sobre la naturaleza del Derecho junto con la comparación de los conceptos o la extrapolación del nuestro puede realizarse en cualquier tiempo y sociedad*”⁵¹.

Para continuar la reflexión de Jiménez-Cano que me es útil para favorecer una teoría pluralista del derecho, introduzco la siguiente afirmación del sociólogo jamaicano, Stuart Hall:

“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 discursos, prácticas y posiciones diferentes, a menudo cruzados y antagónicos. Están sujetas a una historización radical y en un constante proceso de cambio”⁵².

Una visión pluralista del derecho al pensar en el concepto, como Hart ya lo hizo, estaría en favor de una argumentación historiográfica para indagar la elucidación del uso del vocablo, ello en principio nos dejaría con una amplia gama de conceptos posibles sobre lo que es el derecho. No quedaríamos sujetos a la dicotomía planteada por Raz entre concepto local y concepto universal. A la postre, dicha distinción es vacía, para efectos de seguir construyendo diálogo con la teoría jurídica analítica. Si vamos a re-pensar las prácticas teórico-jurídicas de este siglo en el mapa erudito que ya trazado, es necesario apoyarse en entendimientos que permitan caminar hacia adelante y no otorguen certezas absolutas (o pretensiones de) que entrapen los posteriores debates. Claro que ese es el punto enriquecedor de confrontar los análisis científicistas y conceptuales en la

tradicción analítica de la filosofía, sin perjuicio de la creciente construcción geopolítica que cada comunidad deseará aplicar en su concepto de derecho que puede ser graficado en *el, un y nuestro* concepto⁵³. El convencionalismo en la teoría jurídica está atento a lo que pueda acontecer en una superación del análisis conceptual para entrar con mayor fuerza a la palestra discursiva⁵⁴. Aunque es un tema que está bajo la esfera de la metateoría pretendida por este trabajo, una discusión a propósito del concepto mismo y no de lo que se da tras bambalinas, o sea, en la metafilosofía analítica del derecho. Eso nos motiva a culminar que en el campo del derecho parece no haber respuestas correctas si se quiere seguir el debate⁵⁵, y que la adaptabilidad del derecho está ligada con lo dúctil de sí mismo tanto en un campo teórico como en uno práctico⁵⁶. La idea no es desechar las teorías monistas, sino que aprender de sus postulados, incorporándolos a la palestra discursiva, considerando su valor epistémico —importante en algunos casos, como el de Kelsen y el de Raz— es parte de la modernización y racionalización del pensar jurídico, cuestión que da pie para rellenar conceptos como “filosofía del derecho contemporánea” y seguir en la senda de una fructífera, respetuosa y jovial discusión sobre “qué es el derecho”, en donde ideamos un rango abierto pero acotado de teorías en donde cabrían monistas y pluralistas para culminar en una concepción argumentativa que permite entender mejor a las teorías de este siglo⁵⁷. Parte de la nueva camada de teorías monistas está realizando el aprendizaje⁵⁸.

Para posibles objeciones, esta investigación se ocupa de revisar al derecho como *objeto de estudio*, no entrar en profundidad con sus demás discusiones. Si uno pensara en los planteamientos sobre la relación derecho y moral en la mayoría de los autores analíticos del siglo XX y buena parte de los que van en tres lustros del siglo XXI, estimo que podría ser aplicada la tipología entre monistas y pluralistas. Siendo de la primera categoría los que postulan la tesis de la separabilidad o la de la inseparabilidad⁵⁹. Serían pluralistas los que exponen una relación

contingente entre derecho y moral, Hart por ejemplo. Sin embargo, para hacer una perfecta aplicación de la propuesta de esta investigación a ese campo y otros ajenos al derecho como objeto de estudio teórico, sería necesario hacer otras precisiones. En la literatura existen otras ideas metateóricas que pueden dar cuenta de discusiones como la anterior. En la filosofía del derecho de Brian Bix es posible encontrar dos tipologías: una sobre los métodos de la teoría del derecho y otra acerca de los propósitos. En los métodos, la clasificación de los modelos teóricos está pensada en teorías descriptivas, evaluativas o valorativas y prescriptivas⁶⁰. Julie Dickson en un estudio pormenorizado de la evaluación en teoría del derecho involucra la siguiente interrogante: ¿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?⁶¹. El análisis de Dickson es *ex post* al que esta investigación presenta, puesto que ya se está empleando la teoría y no se encuentra en el estado de relacionarla con el objeto de estudio y cómo se va a abordar este mismo, es *rigurosamente metateórica*. Es más, pienso que Dickson soslaya esta discusión. Para ella, la teoría del derecho trata de ayudarnos a entendernos a nosotros mismos y nuestro mundo social en términos del derecho, y un teórico exitoso del derecho debe hacer juicios 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 y están sujetos al derecho⁶². Si bien es correcto, no hacer la prevención que este trabajo se puede aplicar a un puñado de tesis, lo que no implica necesariamente a una corriente de pensamiento o a todo el bagaje de un autor, podría aplicarse por ejemplo al realismo jurídico que si adopta una epistemología empirista pertenecería al conjunto monista, pero si validamos su escepticismo con la posibilidad de ofrecer un concepto universal de derecho, nos resulta pluralista. Siempre teniendo presente su per-

tenencia al mapa erudito de la teoría jurídica analítica. El logro de esta investigación descansa en las posibilidades contempladas a la hora de elegir una teoría para explicar idóneamente un sistema en cuestión. Respecto de los propósitos de la teoría del derecho, la escisión es fiel al debate Hart-Dworkin desglosándose en teorías generales y teorías particulares⁶³. Ciertamente que una teoría sea lo uno o lo otro no necesariamente involucra un compromiso con el monismo o el pluralismo. Una teoría particular podría ser pluralista, de igual manera una general e incluso puede ocurrir a la inversa.

5. CONCLUSIONES

El propósito de este trabajo a propósito de la concepción y las discusiones que se dan constantemente en filosofía acerca de la pregunta “qué es el derecho”, intentó construir una metateoría jurídica, basándose en una genealogía de la historia de la filosofía analítica del siglo XX, reconociendo a través de la triple distinción que el derecho *como objeto de estudio* puede situarse entre asuntos formales, asuntos empíricos y asuntos filosóficos o humanos. Estas diferentes posturas pueden existir y así también, construirse a propósito de la reflexión sobre el derecho o lo que su definición puede implicar para el mundo globalizado.

El mapa queda delineado de otra manera, entre teorías monistas y teorías pluralistas en un orden de reflexión superior, lo que también equivaldría a pensar a análisis cientificistas y análisis conceptuales, cuestión que se encuentra en un segundo orden de reflexiones, ya parte de la metodología jurídica en la tradición analítica.

Luego es tarea de la teoría jurídica el superar estadios de incertidumbre conceptual como “progreso de los estudios en la materia”, “teoría exitosa” o “superioridad epistémica”. Parte de estos vacíos terminológicos viene a clausurar la reflexión de este trabajo, en donde, idealmente, las teorías que pertenezcan al espectro de

las monistas, solo incrementarán parámetros y estandarizarán los criterios para dar cuenta de lo jurídico. Vale decir, la teoría jurídica cae en una estática implacable que admitiría solo soluciones correctas y por tanto, el derecho se reduciría a un algoritmo para ser verificado en una operación lógica o bien, con el curso de los hechos. Se vuelve a esa dicotomía leibniziana de “verdades necesarias y verdades contingentes”, entonces lo nuevo que puede aparecer en la teoría jurídica solo es centrípeto a ese esquema y no puede re-pensarse. Máxime que queda supeditado a consensos que obedecen a directrices de orden político, como la gran parte de las decisiones de la ciencia.

El espectro pluralista, en virtud de su tendencia a la admisión de más de un concepto, lo que no necesariamente lleva a equívocos e imprecisiones conceptuales, permite la integración de una triada terminológica sobre lo que implica el ser y proceder de “concepto de derecho”. Es decir, se traza un mapa entre *un, nuestro y el* concepto, la supervivencia de una teoría monista que enfraque los tres en uno, no resulta fructífera para dar cuenta de “conceptos locales”, según Raz, y de “conceptos universales”. Respecto de estos últimos, las teorías monistas, bien saben, pero desdeñan la existencia o surgimiento de una respuesta diferente. Sobre ese esquema, para Kelsen no parecería válido subsistir junto a Hart, en el campo conceptual, no ocurriría eso en caso contrario. En teoría jurídica, preguntando por la ontología del derecho, esta idea de valor epistémico cobra relevancia si se piensa en la multiplicidad de conceptos que pueden existir, inclusive precisando en cada pronombre o artículo que tenga aparejado un concepto de derecho. Así también, en la relación derecho-moral, la idea de valor ético o moral, es de suma importancia. La internalización de la distinción de Putnam es un punto a considerar para la buena ventura de la tesis de este trabajo, sin lo cual, resulta difícil comprenderla a cabalidad.

El estudio filosófico del derecho aún a esfuerzos para hacer de éste, un mundo más humano. Es claro que en el espectro filosófico del

derecho hay una multiplicidad de respuestas y que la búsqueda de la verdad debe ser el objetivo de toda elucubración teórica, sin que se apodere del campo argumentativo la idea de “superioridad epistémica”. La posesión de la verdad “es un estado de suyo frágil —y, por ende, digno y necesitado de defensa— mientras que ni la aproximación ni el alejamiento de la verdad son procesos irreversibles. Y esto rige para todo tipo de verdad (...) (Por lo tanto) si un genio maligno, como el imaginado por Descartes, destruyera mañana todo registro de las verdades astronómicas que han sido descubiertas en el curso de la historia, perderíamos acceso incluso a verdades elementales, a las cuales, en este momento, millones de seres humanos tienen acceso, como, por ejemplo, que la Tierra es parte de un sistema heliocéntrico. Nada tiene de peculiar entonces que ocurra lo mismo con el acceso a los valores...”⁶⁴, las verdades referidas al modo en qué se piensa al derecho.

La coexistencia de diferentes teorías y enfoques sobre el derecho es quizás, lo que permite avanzar a los estudios en la materia. Y mejor aún, la selección de la teoría adecuada deberá depender de criterios como, por ejemplo, si describe/evalúa/prescribe la realidad de forma más idónea, pesando su valor epistémico por la sola tesis y no por un “conocimiento por comparación”⁶⁵.

Hart en la especulación filosófica habría afirmado que toda pregunta jurídica tiene dos facetas: una formal y la otra, valorativa y que debe considerar los conocimientos que se puedan extraer de otras disciplinas. Si hay ignorancia de una de estas caretas, la falta de claridad se hará latente en nuestra reflexión sobre el derecho.

Siguiendo a C. 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 versar⁶⁶. Ahora bien, parafraseando a una de sus influencias, la obra de Hart no es la última palabra de la filosofía analítica del derecho, sino que podría ser la primera.

NOTAS

1. J. L. COLEMAN y O. SIMCHEN, O., “Law”, *Legal Theory*, 9, 2003, p. 5. Recordemos sí que el vocablo “actuales” se remite exclusivamente al contexto en el que se presenta. Sin embargo, afirmo que la actualidad denunciada por Coleman y Simchen hace doce años, parece ser la misma hoy.
2. S. J. SHAPIRO, “¿Qué es el derecho (y por qué debería importarnos)?”, J. FERRER, J. J. MORESO y D. M. PAYANNIS (eds.). *Neutralidad y teoría del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 283-311. Sugiero también, ver la excelente apertura del Dr. Manuel Atienza en la edición 22 de la Revista Derecho y Humanidades (cfr. M. ATIENZA, “Para qué la filosofía del derecho”, *Derecho y Humanidades*, 22, 2013, en prensa).
3. R. de SANTIAGO, “Acerca del concepto de ciencia y de teoría”, *Curriculum. Revista de teoría, investigación y práctica educativa*, 1-2, 1991, p. 126. Citado en R. M. JIMÉNEZ CANO, *Una metateoría del positivismo jurídico*, Madrid, Marcial Pons, 2008, 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.
4. Véase I. BERLIN, “La decadencia de las ideas utópicas de Occidente”. DEL MISMO, *El fuste torcido de la humanidad. Capítulos de historia de las ideas*. Barcelona, Península, 2002, 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: “Primer ataque a la Ilustración”, DEL MISMO, *Las raíces del romanticismo*, Madrid, Taurus, 2000, pp. 43-71. También véase M. E. ORELLANA BENADO, *Prójimos Lejanos*, Santiago de Chile, Ediciones UDP, 2011, pp. 30-32.
5. La tipología de filosóficos (o humanos) de estos asuntos epistémicos puede ser bien pensada como “valorativo” en oposición a “evaluativo” en el caso de las cuestiones formales o empíricas.
6. J. RAZ, “¿Puede haber una teoría del derecho?”, RAZ et al. *Una Discusión sobre la Teoría del Derecho*. Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 47-86.
7. B. BIX, “Raz on necessity”, *Law and Philosophy*, 22, 2003, pp. 537-59.
8. Argumento de A. PHILIPPOPOULOS-MIHALOPOULOS, *Niklas Luhmann: Law, Justice, Society*, Oxford, Routledge, 2010.
9. E. BULYGIN, “Raz y la teoría del derecho. Comentarios sobre “¿Puede haber una teoría del derecho?” de Joseph Raz”, J. RAZ, et al. *Una Discusión sobre la Teoría del Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 99-110.
10. N. BOBBIO, *El positivismo jurídico*, Madrid, Debate, 1993.
11. Véase J. KEKES, *The Morality of Pluralism*, Princeton, Princeton University Press, 1996.
12. ORELLANA BENADO, *Prójimos Lejanos... op. cit.*, pp. 40-78.
13. Cfr. J. WALDRON, “Jurisprudence for Hedgehogs”, *N.Y. Univ. Sch. of Law, Working Paper* No. 13-45, 2013. Disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2290309.
14. Lo que refiere a un estudio sistematizado, metódico, que no tenía un símil, pero sí, antecedentes posibles de encontrar en trabajos como los de John Austin, Jeremy Bentham, Friedrich von Savigny, François Géný, Rudolf von Ihering, entre otros. Para ello, véase L. M. LLOREDO ALIX, *Rudolf von Ihering y el paradigma positivista. Fundamentos ideológicos y filosóficos de su pensamiento jurídico*, Madrid, Dykinson, 2012. I. TUREGANO MANSILLA, *Derecho y Moral en John Austin*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2001 y M. MORINEAU, “Un acercamiento a Savigny”, *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, 16, 2004, pp. 187-200. En subsidio el texto de M. A. CIURO CALDANI, *Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1994.
15. Interesante sobre este punto, R. J. VERNENGO, *Teoría general del derecho y ciencia jurídica*, México DF, Sobre-tiro de Dianoia, 1977.
16. H. KELSEN, *Teoría pura del derecho*, México DF, UNAM, 1982, p. 15.
17. A. STROLL, *La filosofía analítica del siglo XX*, Madrid, Siglo XXI, 2002, “El sistema de soleras”.

18. Un alegato sobre esto en el excelente texto de Squella (A. SQUELLA, ¿Qué es el derecho?: Una descripción del fenómeno jurídico, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2007).
19. En este punto, se sigue el argumento en L. VINX, *Hans Kelsen's Pure Theory of Law. Legality and Legitimacy*, Oxford, Oxford University Press, 2007 y J. RAZ, *The Authority of Law*, Oxford, Clarendon Press, 2009, Capítulo 7: "Kelsen's Theory of The Basic Norm".
20. *Cfr.* J. BJARUP, "The Philosophy of Scandinavian Legal Realism", *Ratio Juris* 18(1), 2005, pp. 1-15.
21. A. ROSS, *Sobre el Derecho y la Justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 1963, pp. 34-52.
22. *Ibid.*, p. 40.
23. ROSS, *op. cit.*, p. 36; L. HIERRO, *El realismo jurídico escandinavo: Una teoría empirista del derecho*, Valencia, Instel, 2008.
24. M. S. GREEN, "Legal Realism as Theory of Law", *William & Mary Law* 46(6), 2005, pp. 1985-999.
25. Argumento complete en B. LEITER, "Legal Realisms, Old and New", *Valparaiso Law Review* 47, 2014, pp. 949-63.
26. H. L. A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1994, Capítulo VIII.
27. B. BIX, *Teoría del derecho: Ambición y límites*, Madrid, Marcial Pons, 2006.
28. HART, *The Concept... op. cit.*, p. vi.
29. Por ejemplo, P. SOPER, *A Theory of Law*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1984; N. LACEY, *A Life of H. L. A. Hart: The Nightmare and the Noble Dream*, Oxford, Oxford University Press, 2004; L. GREEN, "Introduction to the Concept of Law", H. L. A. HART, *The Concept of Law*, Tercera edición, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. xv-lv.
30. J. RAZ, *La Ética en el ámbito de lo público*, Barcelona, Gedisa, 2001, pp. 227-57.
31. L. DUARTE D'ALMEIDA, J. EDWARDS y A. DOLCETTI, "Hart's Readers". DE LOS MISMOS (eds.) *Reading H. L. A. Hart's 'The Concept of Law'*, Oxford, Hart Publishing, 2013, pp. 1-14.
32. H. L. A. HART, "Answers to Eight Questions", L. DUARTE D'ALMEIDA, J. EDWARDS y A. DOLCETTI, (eds.) *Reading H. L. A. Hart's 'The Concept of Law'*, Oxford, Hart Publishing, 2013, pp. 279-98.
33. N. STOLJAR, "What Do We Want Law to Be? Philosophical Analysis and the Concept of Law)", WALUCHOW Y SCIARAFFA, *Philosophical Foundations of the Nature of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 230-56.
34. R. M. JIMÉNEZ-CANO, "¿Puede ser general la teoría general del derecho?", *Revista de Estudios Jurídicos* 12, 2012, p. 5.
35. Véase la discusión en G. PAVLAKOS, *Our Knowledge of the Law. Objectivity and Practice in Legal Theory*, Oxford, Hart Publishing, 2007.
36. HART, *The Concept... op. cit.*, p. 41.
37. Véase J. R. DE PÁRAMO, *H. L. A. Hart y la teoría analítica del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, primeros capítulos.
38. S. J. SHAPIRO, *Legality*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 2011, p. 23.
39. *Ibid.*, p. 24.
40. J. A. TAMAYO VALENZUELA, "La teoría del derecho de H. L. A. Hart", *Revista de la Facultad de Derecho (UNAM)*, 237, 2001, p. 220.

41. H. L. A. HART, "Definición y teoría de la ciencia jurídica", DEL MISMO, *Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis*, Buenos Aires, Ediciones De Palma, 1962, pp. 93-138.
42. J. HAGE, "Can Legal Theory Be Objective?", HUSA y VAN HOECKE, *Objectivity in Law and Legal Reasoning*, Oxford, Hart Publishing, 2013, p. 24.
43. *Ibid.*, p. 26
44. H. CHANG, *Is Water H2O?: Evidence, Realism and Pluralism*, Dordrecht, Springer, 2012.
45. J. COLEMAN, *The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2001.
46. J. RAZ, "Teoría y conceptos. Réplica a Alexy y Bulygin", RAZ *et al*, *Una discusión sobre la teoría del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 120.
47. R. ESCUDERO, "De la constitucionalización a la indeterminación. Retos y desafíos del positivismo jurídico", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44, 2010, p. 410; A. MARMOR, "Legal Positivism: Still Descriptive and Morally Neutral", *Oxford Journal of Legal Studies*, 26(4), 2006, pp. 701-4.
48. ESCUDERO, *De la constitucionalización... op. cit.*, p. 397; R. M. JIMÉNEZ-CANO, *Una metateoría del positivismo jurídico*, Madrid, Marcial Pons, 2008, pp. 63-83.
49. El argumento nace en: "Nos incumbe dirimir qué bien podemos vivir como valores siempre y también, cuáles maneras de actuar ajenas bien podemos siempre tratar como valores. A cada prójimo lejano le corresponde determinar cuáles prácticas es su deber seguir siempre con reverencia y también cuáles es su deber respetar (porque son legítimas y vividas como valores por otros) de maneras peculiares a su forma de vivir o identidad humana. En suma, cuáles maneras de actuar debemos vivir como valores y cuáles debemos tratar como valores. Más allá de ese rango abierto pero acotado están las maneras de actuar que bien podemos nunca ni vivir como valores ni tratar como valores; es decir, las prácticas reales y concretas que es nuestro deber combatir, tanto en el ámbito propio como en los ámbitos ajenos". (M. E. ORELLANA BENADO, "Negociación moral", DEL MISMO (comp.), *Causas perdidas. Ensayos de filosofía jurídica, política y moral*, Santiago de Chile, Catalonia, 2010, p. 269).
50. ORELLANA BENADO, *Negociación moral... op. cit.*
51. JIMÉNEZ-CANO, *¿Puede ser general... op. cit.*, p. 21. Énfasis añadido.
52. S. HALL, "Introducción: ¿quién necesita 'identidad'?", HALL y DUGRAY (comp.) *Cuestiones de identidad cultural*, Buenos Aires, Amorrortu editores, 2003, p. 17.
53. Para profundizar en los términos, sugiero ver N. LÓPEZ PÉREZ, "Desacuerdos, análisis y conceptos: Reflexiones metateóricas para la teoría del derecho del siglo XXI", *Revista de Estudios Jurídicos*, 14.
54. Véase A. MARMOR, *The Language of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014; J. M. VILAJOSANA, *El derecho en acción. La dimensión social de las normas jurídicas*, Madrid, Marcial Pons, 2010.
55. D. PRIEL, "Is There One Right Answer to the Question of the Nature of Law", WALUCHOW Y SCIARAFFA, *Philosophical Foundations of the Nature of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 322-50.
56. G. ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 2011.
57. Discusiones precedentes a esta idea en: M. GARCÍA CALVO, "Positivism jurídico y transformaciones del derecho", VVAA, *Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Vol. 2, Madrid, Dykinson, 2008, pp. 201-222; A. M. HESPANHA, *La Gracia del derecho: economía de la cultura en la edad moderna*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993; J. I. LACASTA ZABALZA, *Memoria colectiva, pluralismo y participación democrática*, Valencia, Tirant/Humanidades, 2013, pp. 115-128.
58. Véase A. W. B. SIMPSON, *Reflections on The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011.
59. L. GREEN, "Positivism and the Inseparability of Law and Morals", *New York University Law Review*, 83(4), 2008, pp. 1035-58.

60. BIX, *Teoría del derecho... op. cit.*, pp. 18 y ss.
61. J. DICKSON, *Evaluation and Legal Theory*, Oxford, Hart Publishing, 2001, p. 37.
62. *Ibid.*, pp. 125-6.
63. S. J. SHAPIRO, “The ‘Hart-Dworkin’ Debate: A Short Guide for the Perplexed”, A. RIPSTEIN (ed.) *Ronald Dworkin*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, pp. 22-55.
64. ORELLANA BENADO, *Prójimos Lejanos... op. cit.*, p. 66.
65. Véase B. BURGE-HENDRIX, *Epistemic Uncertainty and Legal Theory*, Aldershot, Ashgate, 2008.
66. C. L. PANNAM, “El profesor Hart y la Filosofía analítica del Derecho”, *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, 6(12), 2008, 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 respondiendo al *Postscript*). 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 S. HERSHOVITZ, “The End of Jurisprudence”, *Yale Law Journal*, 124, 2015, por aparecer (visible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2515494).

NOTA BIBLIOGRÁFICA:

- ATIENZA, M. “Para qué la filosofía del derecho”, *Derecho y Humanidades*, 22, 2013, en prensa.
- BERLÍN, I. “La decadencia de las ideas utópicas de Occidente”. Del mismo, *El fuste torcido de la humanidad. Capítulos de historia de las ideas*. Barcelona, Península, 2002, pp. 67-107.
- BERLÍN, I. “Primer ataque a la Ilustración”, Del mismo, *Las raíces del romanticismo*, Madrid, Taurus, 2000, pp. 43-71.
- BIX, B. *Teoría del derecho: Ambición y límites*, Madrid, Marcial Pons, 2006.
- BIX, B. “Razon necessity”, *Law and Philosophy*, 22, 2003, pp. 537-59.
- Bjarup, J. “The Philosophy of Scandinavian Legal Realism”, *Ratio Juris* 18(1), 2005, pp. 1-15.
- BOBBIO, N. *El positivismo jurídico*, Madrid, Debate, 1993.
- BULYGIN, E. “Raz y la teoría del derecho. Comentarios sobre “¿Puede haber una teoría del derecho?” de Joseph Raz”, J. RAZ, et al. *Una Discusión sobre la Teoría del Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 99-110.
- BURGE-HENDRIX, B. *Epistemic Uncertainty and Legal Theory*, Aldershot, Ashgate, 2008.
- Chang, *Is Water H2O?: Evidence, Realism and Pluralism*, Dordrecht, Springer, 2012.
- CIURO CALDANI, M.A. *Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1994.
- COLEMAN, J. L. *The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2001.
- COLEMAN, J.L. y O. SIMCHEN, O., “Law”, *Legal Theory*, 9, 2003.
- DE PÁRAMO, J.R. *H. L. A. Hart y la teoría analítica del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984.
- DICKSON, J. *Evaluation and Legal Theory*, Oxford, Hart Publishing, 2001.
- DUARTE D’ALMEIDA, L. J. Edwards y A. DOLCETTI, “Hart’s Readers”. DE LOS MISMOS (eds.) *Reading H. L. A. Hart’s ‘The Concept of Law’*, Oxford, Hart Publishing, 2013, pp. 1-14.
- ESCUADERO, R. “De la constitucionalización a la indeterminación. Retos y desafíos del positivismo jurídico”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44, 2010.
- GARCÍA CALVO, “Positivismo jurídico y transformaciones del derecho”, VVAA, Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba, Vol. 2, Madrid, Dykinson, 2008, pp. 201-222.
- GREEN, L. “Introduction to the Concept of Law”, H. L. A. HART, *The Concept of Law*, Tercera edición, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. xv-iv.
- GREEN, L. “Positivism and the Inseparability of Law and Morals”, *New York University Law Review*, 83(4), 2008, pp. 1035-58.
- GREEN, M.S. “Legal Realism as Theory of Law”, *William & Mary Law* 46(6), 2005, pp. 1985-999.

- HAGE, J. "Can Legal Theory Be Objective?", Husa Y Van Hoecke, *Objectivity in Law and Legal Reasoning*, Oxford, Hart Publishing, 2013.
- HALL, S. "Introducción: ¿quién necesita 'identidad'?", HALL y DUGRAY (comp.) *Cuestiones de identidad cultural*, Buenos Aires, Amorrortu editores, 2003.
- HART, H.L.A.. "Answers to Eight Questions", L. DUARTE D'ALMEIDA, J. EDWARDS y A. DOLCETTI, (eds.) *Reading H. L. A. Hart's 'The Concept of Law'*, Oxford, Hart Publishing, 2013, pp. 279-98.
- HART, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1994.
- HART, "Definición y teoría de la ciencia jurídica", DEL MISMO, *Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis*, Buenos Aires, Ediciones De Palma, 1962, pp. 93-138.
- HERSHOVITZ, S. "The End of Jurisprudence", *Yale Law Journal*, 124, 2015, por aparecer (visible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2515494)
- HESPANHA, A. M. *La Gracia del derecho: economía de la cultura en la edad moderna*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- HIERRO, L. *El realismo jurídico escandinavo: Una teoría empirista del derecho*, Valencia, Iustel, 2008.
- JIMÉNEZ-CANO, R. "¿Puede ser general la teoría general del derecho?", *Revista de Estudios Jurídicos* 12, 2012.
- JIMÉNEZ CANO, R. *Una metateoría del positivismo jurídico*, Madrid, Marcial Pons, 2008.
- KEKES, J. *The Morality of Pluralism*, Princeton, Princeton University Press, 1996.
- KELSEN, H. *Teoría pura del derecho*, México DF, UNAM, 1982.
- LACASTA ZABALZA, J.I. *Memoria colectiva, pluralismo y participación democrática*, Valencia, Tirant/Humanidades, 2013.
- LACEY, N. *A Life of H. L. A. Hart: The Nightmare and the Noble Dream*, Oxford, Oxford University Press, 2004.
- LEITTER, B. "Legal Realisms, Old and New", *Valparaiso Law Review* 47, 2014, pp. 949-63.
- LLOREDO ALIX, L.M. *Rudolf von Jhering y el paradigma positivista. Fundamentos ideológicos y filosóficos de su pensamiento jurídico*, Madrid, Dykinson, 2012.
- LÓPEZ PÉREZ, N. "Desacuerdos, análisis y conceptos: Reflexiones metateóricas para la teoría del derecho del siglo XXI", *Revista de Estudios Jurídicos*, 14.
- MARMOR, A. *The Language of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014.
- MARMOR, A. "Legal Positivism: Still Descriptive and Morally Neutral", *Oxford Journal of Legal Studies*, 26(4), 2006, pp. 701-4.
- MORINEAU, M. "Un acercamiento a Savigny", *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, 16, 2004, pp. 187-200.
- ORELLANA BENADO, M. E. *Prójimos Lejanos*, Santiago de Chile, Ediciones UDP, 2011.
- ORELLANA BENADO, M. E. "Negociación moral", DEL MISMO (comp.), *Causas perdidas. Ensayos de filosofía jurídica, política y moral*, Santiago de Chile, Catalonia, 2010.
- PANNAM, C.L. "El profesor Hart y la Filosofía analítica del Derecho", *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, 6(12), 2008.
- PAVLAKOS, G. *Our Knowledge of the Law. Objectivity and Practice in Legal Theory*, Oxford, Hart Publishing, 2007.
- Philippopoulos-Mihalopoulos, A. *Niklas Luhmann: Law, Justice, Society*, Oxford, Routledge, 2010.
- PRIEL, D. "Is There One Right Answer to the Question of the Nature of Law", waluchow y sciaraffa, *Philosophical Foundations of the Nature of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 322-50.
- RAZ, J. *The Authority of Law*, Oxford, Clarendon Press, 2009.
- RAZ, J. "¿Puede haber una teoría del derecho?", RAZ et al. *Una Discusión sobre la Teoría del Derecho*. Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 47-86.
- RAZ, J. "Teoría y conceptos. Réplica a Alexy y Bulygin", RAZ et al, *Una discusión sobre la teoría del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2007.
- RAZ, J. *La Ética en el ámbito de lo público*, Barcelona, Gedisa, 2001, pp. 227-57.
- ROSS, A. *Sobre el Derecho y la Justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 1963.
- SANTIAGO, R. De "Acerca del concepto de ciencia y de teoría", *Curriculum. Revista de teoría, investigación y práctica educativa*, 1-2, 1991.
- SHAPIRO, S.J. "¿Qué es el derecho (y por qué debería importarnos)?", J. FERRER, J. MORESO, J.J. Y D. M. PAPAYANNIS (eds.). *Neutralidad y teoría del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 283-311.
- SHAPIRO, S.J. *Legality*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 2011.
- SHAPIRO, S.J. "The 'Hart-Dworkin' Debate: A Short Guide for the Perplexed", A. RIPSTEIN (ed.) *Ronald Dworkin*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, pp. 22-55.
- SIMPSON, A.W.B. *Reflections on The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- SOPER, P. *A Theory of Law*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1984.

- SQUELLA A. ¿Qué es el derecho?: Una descripción del fenómeno jurídico, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2007.
- STOLJAR, N. “What Do We Want Law to Be? Philosophical Analysis and the Concept of Law”), WALUCHOW Y SCIARAFFA, *Philosophical Foundations of the Nature of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 230-56.
- STROLL, A. *La filosofía analítica del siglo XX*, Madrid, Siglo XXI, 2002.
- TAMAYO VALENZUELA, J.A. “La teoría del derecho de H. L. A. Hart”, *Revista de la Facultad de Derecho (UNAM)*, 237, 2001.
- TUREGANO MANSILLA, I. *Derecho y Moral en John Austin*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2001.
- VERNENGO, R. *Teoría general del derecho y ciencia jurídica*, México DF, Sobretiro de Diana, 1977.
- VILAJOSANA, J.M. *El derecho en acción. La dimensión social de las normas jurídicas*, Madrid, Marcial Pons, 2010.
- L. VINX, *Hans Kelsen's Pure Theory of Law. Legality and Legitimacy*, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- WALDRON, J. “Jurisprudence for Hedgehogs”, *N.Y. Univ. Sch. of Law, Working Paper* No. 13-45, 2013. Disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2290309
- ZAGREBELSKY, G. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 2011.