

H. L. A. HART

Post scríptum  
al concepto de derecho

PENELOPE A. BULLOCH Y JOSEPH RAZ  
*Editores*

ROLANDO TAMAYO Y SALMORÁN  
*Estudio preliminar, traducción, notas y bibliografía*

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO





POST SCRÍPTUM  
AL  
CONCEPTO DEL DERECHO

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Serie ESTUDIOS JURÍDICOS, Núm. 13

H. L. A. HART

POST SCRÍPTUM  
AL  
CONCEPTO DEL DERECHO

Editado por  
Penelope A. Bulloch  
y  
Joseph Raz

Estudio preliminar, traducción,  
notas y bibliografía de  
Rolando Tamayo y Salmorán

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

MÉXICO, 2000

*POST SCRÍPTUM AL CONCEPTO DEL DERECHO*

Editado por Penelope A. Bulloch y Joseph Raz  
Estudio preliminar, notas y bibliografía de Rolando Tamayo y Salmorán

Traducción del original en inglés de Rolando Tamayo y Salmorán

Título original: *Postscript*

© 1994 Oxford University Press

First publishing in paperback 1997.

Reprinted 1997.

D.R. © 2000, Universidad Nacional Autónoma de México  
Instituto de Investigaciones Jurídicas  
Circuito Maestro Mario de la Cueva  
Ciudad de la Investigación en Humanidades  
Ciudad Universitaria, 04510, México, D. F.  
Impreso y hecho en México  
ISBN-968-36-8507-2



## CONTENIDO

H. L. A. Hart y la teoría jurídica analítica (Estudio preliminar) . . . . .	XI
Rolando TAMAYO Y SALMORÁN	

### POST SCRIPTUM AL CONCEPTO DEL DERECHO

Nota de los editores . . . . .	3
Nota del traductor . . . . .	7
Introducción . . . . .	9
I. La naturaleza de la teoría jurídica . . . . .	11
II. La naturaleza del positivismo jurídico . . . . .	18
1. Positivismo como teoría semántica . . . . .	18
2. Positivismo como teoría interpretativa . . . . .	23
3. Positivismo suave . . . . .	26
III. La naturaleza de las reglas . . . . .	32
1. La teoría práctica de las reglas . . . . .	32
2. Reglas y principios . . . . .	37
IV. Principios y la regla de reconocimiento . . . . .	43
1. Pedigrí e interpretación . . . . .	43

V. Derecho y moral . . . . .	49
1. Derechos y deberes . . . . .	49
2. La identificación del derecho . . . . .	50
VI. Discreción judicial . . . . .	54
Bibliografía citada en esta traducción . . . . .	61
Apéndice. Bibliografía de H. L. A. Hart . . . . .	65

H. L. A. HART

Y LA TEORÍA JURÍDICA ANALÍTICA  
(Estudio Preliminar)

Rolando TAMAYO Y SALMORÁN<sup>1</sup>

SUMARIO: I. *Prælundium*. 1. *Opus vitæque (Brevis narratio)*. 2. *Ecce Homo*. II. *La analytical jurisprudence*. III. *Definición de conceptos jurídicos*. IV. *Cuestiones persistentes*. V. *Puntos de vista externo e interno*. VI. *Algo sobre el Post scriptum*. VII. *Bibliografía*.

I. PRÆLUDIUM

1. *Opus vitæque (Brevis narratio)*<sup>2</sup>

Herbert Lionel Adolphus Hart (1907-1994) o, simplemente, H.L.A. Hart, como se conoce mundialmente, fue brillante expo-

---

<sup>1</sup> Investigador de tiempo completo, Facultad de Derecho, UNAM; profesor por oposición de introducción al estudio del derecho, teoría general del estado y filosofía del derecho, en la Facultad de Derecho de la misma universidad. Coordinador general de jurisprudencia y tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (mayo 1989-febrero 1995). Director del Seminario de Filosofía del Derecho, 1991-1998; Licenciado en Derecho (1967: Facultad de Derecho, UNAM); Diplomado en Derecho Comparado (1966: *Faculté de Droit et Sciences Economiques, Université de Strasbourg*), Doctor en Derecho (1970: *Faculté de Droit et Sciences Economiques, Université de Paris*). Investigador Nacional, Sistema Nacional de Investigadores (1984 a la fecha); *Visiting Scholar, Oxford University*, (1979-1981); *Jean Monnet Fellow, Instituto Universitario Europeo, Fiesole, Florencia*. Miembro del Comité Ejecutivo de la *Internationale Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie* (Asociación Internacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Social); Presidente de la Asociación Mexicana de Filosofía del Derecho, entre otros.

<sup>2</sup> Sigo de cerca la nota biográfica de Tamayo Valenzuela, José Alberto. *La teoría jurídica analítica y el concepto de derecho de H. L. A. Hart*. México, UNAM, Facultad de Derecho, 1995 (Tesis), pp. 11-18.

nente de la *Oxford Philosophy*, corriente que llegó a ser el estilo dominante de pensar en la Inglaterra de la Postguerra. Pero, por encima de sus celebrados logros en el terreno de la filosofía general, Hart es el autor más importante del siglo XX en la filosofía jurídica de habla inglesa y, sin duda, un hombre que transforma la forma de pensar sobre el derecho en todo el mundo a finales de este siglo.

Hart estudió en *Cheltenham College* y en *Bradford Grammar School*. Posteriormente, habría de ser recibido en *New College*, en *Oxford University*, milenaria Universidad en la que habría de dedicar gran parte de su vida. El joven Hart realizó, con singular brillantez, estudios clásicos, historia antigua y filosofía. Se graduó en 1929. Hart presenta los exámenes de la Barra y es recibido como abogado en 1932. Durante los siguientes ocho años practica exitosamente la profesión como *Chancery Barrister*. Su anhelo era lograr el éxito en el ejercicio profesional. Para entonces fue invitado a *New College* como *Tutor* en filosofía; sin embargo, decidió continuar ejerciendo.<sup>3</sup>

Su participación en la Segunda Guerra Mundial es insólita. Hart, el filósofo, el abogado, ingresa al Servicio de Inteligencia Británico. De esto se comenta poco. Hart, quien no era retraído en sus conversaciones, nunca hablaba de este episodio. En este sorprendente cometido, Hart trabajó con dos connotados filósofos de Oxford, lo que no es menos sorprendente: Gilbert Ryle (1900-1976)<sup>4</sup> y Stuart Newton Hampshire (1914).<sup>5</sup> Este contacto

<sup>3</sup> Vid. Raz, Joseph. "H. L. A. Hart y el concepto de derecho", trad. de Carlos Verdugo, en Squella, Agustín (ed.), *H. L. A. Hart y el concepto de derecho*, Valparaíso, en *Revista de Ciencias Sociales*, Universidad de Valparaíso, núm. 28, enero-junio, 1986, pp. 17-32.

<sup>4</sup> Ryle es la figura líder de la *Oxford Philosophy* o del *Ordinary Language Movement*. Filósofo analítico, entiende la investigación filosófica como análisis del lenguaje cotidiano y limita la tarea de la filosofía a disipar la perplejidad filosófica que deriva de la equívocidad de la estructura del lenguaje. Su libro *The Concept of Mind*, se ha convertido en un clásico moderno. Ryle fue editor de la célebre revista *Mind* de 1949 a 1971 (Vid. "Ryle, Gilbert", en *Encyclopædia Britannica CD2000*, Chicago, Encyclopædia Britannica Inc., 1994-2000; Vattimo, Gianni. [ed.], *Enciclopedia Garzanti di filosofia*, Milán, 1985, p. 814).

<sup>5</sup> Hampshire, es un importante exponente de la filosofía analítica contemporánea. Hampshire sostiene la necesidad de recuperar un tipo de filosofía sistemática para individuar las nociones estruc-

con Ryle y Hampshire hace que Hart mantenga interés por la filosofía.<sup>6</sup>

Al fin de la Guerra, Hart regresa a Oxford; acepta ser *Fellow* y *Tutor* en filosofía en *New College*. Así, Hart deja la abogacía y emprende una brillante carrera en la vida académica.<sup>7</sup> En 1952 fue designado *Professor of Jurisprudence*. En su lección inaugural: *Definition and Theory in Jurisprudence*,<sup>8</sup> pronunciada el 30 de mayo de 1953, Hart, ya una celebridad, deviene *infamis*<sup>9</sup> a los ojos de muchos juristas y teóricos del derecho cuando revisa las viejas controversias sobre la naturaleza de los conceptos jurídicos, bajo la perspectiva de la filosofía del lenguaje contemporánea.

La tesis medular de Hart es que los juristas, antes de “construir teorías”, deben analizar el lenguaje jurídico que se usa en la práctica del derecho. No tardaron en presentarse las reacciones. No obstante, Hart insiste en que el punto de partida del estudio del derecho, sin duda, debe comenzar con un cuidadoso análisis del lenguaje de los juristas.<sup>10</sup> Esta reacción, proveniente de los iusnaturalistas, es común, se presenta siempre que se produce un claro deslinde del concepto del derecho. Esta es la reacción que enfrentó la *Teoría pura del derecho*. A este respecto el propio Hart señala: “comparto con [Kelsen] la convicción

---

turales que subyacen, necesariamente, a todo tipo de discurso (Vid. Vattimo, Giani [ed.], *Enciclopedia Garzanti di filosofía*, cit., pp. 387 y 909).

<sup>6</sup> Vid. MacCormick, Neil, *H. L. A. Hart*, Londres, Edward Arnold, 1981 (Jurists: Profiles in Legal Theory, núm. 1), p. 2; Raz, Joseph, “H. L. A. Hart y el concepto de derecho”, cit., p. 17.

<sup>7</sup> Vid. MacCormick, Neil, *H. L. A. Hart*, cit., p. 2.

<sup>8</sup> Oxford, Oxford University Press (1953), 1975. Reimpreso en Hart H. L. A., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Oxford University Press (1983), 1985, pp. 21-48 (La reimpresión tiene un breve *Proscript*. Existe versión en español de Genaro R. Carrió: “Definición y teoría en la ciencia jurídica”, en Hart, H. L. A., *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1962, pp. 93-138).

<sup>9</sup> Tamayo Valenzuela, José Alberto, *La teoría jurídica analítica y el concepto de derecho de H. L. A. Hart*, cit., p. 13.

<sup>10</sup> Vid. “Analytical Jurisprudence in the Mid-Twentieth Century: A Replay to Professor Bodenheimer”, en *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 105, 1957, p. 953; MacCormick, Neil, *H. L. A. Hart*, cit., p. 3.

de que una tarea central de la filosofía del derecho es explicar la fuerza normativa de las proposiciones jurídicas que ocurren, tanto en la literatura jurídica académica, como en el discurso de jueces y abogados".<sup>11</sup>

En 1959 Hart publica, conjuntamente con Anthony M. Honoré (mi inolvidable maestro de derecho romano en Oxford), *Causation in the Law*.<sup>12</sup> En esta obra los autores muestran con claridad el método para esclarecer términos jurídicos tomados del discurso de jueces y abogados. *Causation in the Law*, señala Niel MacCormick, consolida la postura de la *analytical jurisprudence* y la inmuniza contra cualquier ataque.<sup>13</sup>

*The Concept of Law* aparece en 1961.<sup>14</sup> En esta obra Hart ofrece un análisis de los conceptos de derecho y de orden jurídico y explica la forma en que las reglas de conducta son usadas como patrones sociales. Sostiene Hart que quien emite enunciados normativos parece expresar su apoyo y reconocimiento a cierto estándar como guía de conducta y como fundamento para criticar su desvío. *The Concept of Law*, dice Niel MacCormick, puede considerarse, conjuntamente con la inestimable obra erudita y aguda de Hans Kelsen (1881-1973), como una de las grandes obras de la filosofía del derecho del siglo XX. No obstante, la impronta analítica y la formación jurídica de Hart muestran que *The Concept of Law* es un trabajo de un jurista inglés.<sup>15</sup>

Los trabajos de Hart dan cuenta de las prácticas de la profesión jurídica. De ahí, un claro deslinde entre las normas jurídicas que reconocen los tribunales y otras reglas sociales que constituyen la moralidad positiva de la comunidad política. Hart se man-

<sup>11</sup> "Introduction", en Hart, H. L. A., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, cit., p. 18.

<sup>12</sup> Oxford, Oxford University Press (2a. ed., 1985).

<sup>13</sup> Vid. MacCormick, Neil, *H. L. A. Hart*, cit., p. 3.

<sup>14</sup> Oxford, Oxford University Press, reimpresión en 1994. Existe versión en español de Genaro R. Carrió, *El concepto de derecho*, Buenos Aires, 1962. Su última reimpresión aparece en 1995.

<sup>15</sup> Vid. MacCormick, Neil, *H. L. A. Hart*, cit., p. 3.

tiene como un jurista positivista que encuentra *the province of law* en el cotidiano operar de los órganos de aplicación del derecho. Muchos han sido los debates que ha originado la obra de Hart. *El Post scriptum al Concepto del derecho* es una respuesta póstuma de Hart a sus críticos, básicamente una respuesta al más formidable de sus críticos, a su sucesor en la cátedra de *Jurisprudence*: Ronald Dworkin.

Probablemente lo más polémico en Hart es su tesis de la separación entre el derecho y la moral, que brillantemente expone en su celebre artículo "Positivism and the Separation of Law and Morals".<sup>16</sup> Este deslinde originó una famosa polémica entre Hart y el jurista estadounidense Lon L. Fuller (1902-1978).<sup>17</sup> El profesor Fuller ataca la ausencia de argumentos morales en la descripción del derecho que hace Hart y se lamenta de su positivismo analítico.<sup>18</sup> Las tesis de este debate están expuestas en sus respectivos libros.<sup>19</sup> Este debate, como otros, habría de ser continuado por Dworkin.

Hart, igualmente, realizó trabajos brillantes sobre filosofía política y filosofía moral que se convirtieron en temas de debate de todos los foros universitarios. Hart ha caracterizado estos trabajos como trabajos de "moral crítica" (*critical morality*), tendentes a exponer principios para el uso correcto y apropiado del derecho en las sociedades civilizadas. Por otro lado, Hart no abandonó su atención al derecho penal, como se muestra, *inter alia*, en sus ensayos: "Negligence. Mens Rea and Criminal Res-

---

<sup>16</sup> En *Harvard Law Review*, vol. 71, 1957-1958, pp. 593-629. Reimpreso en Feinberg, J. y Gross, H. (eds.), *Law in Philosophical Perspective*, Los Angeles, Cal., Dickenson Publisher, 1977, pp. 46-65 y en Dworkin, Ronald M. (ed), *The Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press (1977), 1979 (Oxford Readings in Philosophy), pp. 17 y 37. Existe versión española de Genaro R. Carrió en Hart, H. L. A., *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, cit., pp. 1-64.

<sup>17</sup> Lon L. Fuller fue profesor de *Jurisprudence* en Harvard Law School. Su libro más célebre es *The Morality of Law* (New Haven, Conn., Yale University Press [1964], 1969).

<sup>18</sup> Vid. "Positivism and Fidelity to Law. A Replay to Professor Hart", en *Harvard Law Review*, vol. 71, 1957-1958, p. 630.

<sup>19</sup> La tesis de Hart quedó completamente desarrollada en el capítulo IX: *Laws and Morals*, de su libro *The Concept of Law* (cit.); la postura del profesor Fuller queda asentada en su libro arriba citado.

ponsability",<sup>20</sup> *Law, Liberty and Morality*,<sup>21</sup> *The Morality of Criminal Law*<sup>22</sup> y *Punishment and Responsibility*.<sup>23</sup>

En 1968 Hart deja la cátedra de *Jurisprudence* y los siguientes cuatro años se dedica a la vida académica como *Senior Research Fellow* en *University College*. De 1972 hasta su retiro, en 1978, fue *Principal* de *Brasenose College*. La presencia de Hart en *University College*, por fortuna, se prolongó durante el resto de su vida. Además de escribir y enseñar, Hart participó en la impresionante tarea de recuperar y editar las obras de Jeremy Bentham (1748-1832), contribuyendo en la edición de varios volúmenes que contienen la obra de este autor.<sup>24</sup> A partir de su retiro Hart se dedicó a escribir e investigar.<sup>25</sup>

Hart fue elegido miembro de la Academia Británica en 1962 y en el curso de su vida fue galardonado con muchos reconocimientos que sería largo enumerar aquí. Hart recibió el *Doctorado Honoris Causa* de nuestra Universidad, en 1979.

## 2. *Ecce homo*

Mi primer contacto con la obra de Hart fue como doctorando en la Universidad de París. El profesor Roger Pinto, profesor de filosofía del derecho, impartía un curso sobre *Langage et droit* donde se estudiaba cuidadosamente la obra de Hart. No obstante, mi interés por la *analytical jurisprudence* fue realmente despertado en los seminarios que conjuntamente organizaron los Institutos de In-

<sup>20</sup> En Guest, A. E., *Oxford Essays in Jurisprudence*, Oxford, Oxford University Press, 1961 (reimpreso en Hart, H. L. A., *Punishment and Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 1968 (1970, 1973, 1978), pp. 136-157.

<sup>21</sup> Oxford, Oxford University Press, 1962 (reimpreso por Stanford University Press, 1963).

<sup>22</sup> Jerusalem, Magnes Press, Hebrew University/Oxford, Oxford University Press, 1965.

<sup>23</sup> *Op. cit.*

<sup>24</sup> *Vid. e.g.*, el soberbio libro editado por Hart, H. L. A.: Bentham, Jeremy. "Of Laws in General, en Burns, J.H. (ed. gral.), *The Collected Works of Jeremy Bentham. Principles of Legislation*, Londres, University of London, Athlon Press, 1970.

<sup>25</sup> Raz, Joseph, "H. L. A. Hart y el concepto de derecho", *cit.*, pp. 17-18.

vestigaciones Jurídicas e Investigaciones Filosóficas de la UNAM, en los años setenta del siglo XX. A partir de esos seminarios se inició en México un conocimiento serio de la obra de Hart<sup>26</sup> y, en general, de la filosofía jurídica *oxoniense*. No fue sorprendente que pocos años más adelante, nuestra Universidad confiriera a Hart el grado de *Doctor Honoris Causa*. Sólo un jurista como Hart podía satisfacer el precedente: en 1960 la Universidad Nacional Autónoma de México había otorgado esa alta distinción a otro portentoso jurista: Hans Kelsen, de quien Hart decía “el autor más estimulante en la teoría jurídica analítica de nuestros días”.<sup>27</sup> Mi interés por el positivismo analítico se hizo mayor durante mi estancia en Oxford, cuando, por la amable gestión de Joseph Raz, disfrutaba de la invitación del Profesor Ronald Dworkin.

Hacer una semblanza de Hart es prácticamente ocioso. Quien le conoció no podrá olvidar su prodigioso talento, la pulcritud y claridad de su lenguaje, su extraordinario ingenio, su abundante erudición. Pero, igualmente será imborrable su inagotable generosidad. Cómo no recordar su recia y vigorosa figura en su cubículo o su aguda conversación en *High Table*, en *University College*. Cómo olvidar el honor de tenerlo en casa y cómo olvidar las visitas a la suya, en ocasiones en compañía del recordado Genaro Carrió, brillante jurista, traductor y amigo de Hart. Cómo no recordar su acogedora casa cerca de *Bodleian Library* o su viejo coche (casi siempre conducido por su esposa Jeniffer).

Muchos estudiosos se beneficiaron notablemente de su inteligencia. Pero, más que de su talento hubo muchos, quienes, como

---

<sup>26</sup> Particularmente importante, en ese orden de ideas, fue el seminario que impartió Ernesto Garzón Valdés.

<sup>27</sup> “Kelsen Visited”, en *University of California Law Review*, vol. 10, 1963, p. 728 (Reimpreso en Hart, H. L. A., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, cit., pp. 268-308. Existe versión española de Esquivel, Javier, *Una visita a Kelsen*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas, 1977, Cuadernos de Crítica, Núm. 4). La admiración de Hart por Kelsen se hacía siempre manifiesta cuando Kelsen surgía en la conversación. Muchas cosas profundas se aprendían de la *Teoría pura* y de la persona de Kelsen oyendo narrar a Hart sus conversaciones y vivencias con el célebre jurista austriaco.

yo, nos beneficiamos más de su paciencia y su bondad. No son muy afortunados los enunciados contrafácticos; pero, sin duda, mi estancia en Oxford, sin los Hart, hubiera sido sensiblemente menos grata.

## II. LA ANALYTICAL JURISPRUDENCE<sup>28</sup>

Con el nombre de *analytical jurisprudence* se conoce a una teoría jurídica nacida y desarrollada en Inglaterra.<sup>29</sup> Aunque en la actualidad la *analytical jurisprudence* ha recibido numerosos beneficios de la moderna filosofía analítica y, en general, del análisis del lenguaje llevado a cabo en diversas disciplinas, se mantiene ligada fuertemente a sus orígenes. La *analytical jurisprudence* es una forma de positivismo jurídico y, como tal, comparte rasgos característicos con otras formas del positivismo. El análisis del lenguaje en que el derecho se formula y las operaciones intelectuales que realizan jueces y abogados es necesariamente un estudio de derecho positivo.

Omitiendo célebres antecesores, como William of Occam (1285-c. 1348) y Thomas Hobbes (1588-1679), también notables *oxonienses*, el positivismo analítico en Inglaterra comenzó con la obra del filósofo y reformador Jeremy Bentham, continuada en los trabajos de John Austin (1790-1859), el más célebre iusfilósofo inglés del siglo XIX. Bentham y Austin analizaron las

---

<sup>28</sup> Para una más amplia explicación sobre el desarrollo de la teoría de Hart, véase: de Páramo, Juan R., *H. L. A. Hart y la teoría analítica del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984 (El derecho y la justicia); Farrell, "Obligaciones jurídicas y razones para actuar", en Squella, Agustín (ed.), *H. L. A. Hart y el concepto de derecho*, cit., pp. 271-294; Nino, Carlos, "El concepto de derecho de Hart", en *op. ul. cit.*, pp. 33-54; Robles Morchón, Gregorio, "Hart: algunos puntos críticos", en *Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Social*, CD-ROM, Buenos Aires, 1997; y en *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, *Actas del XVIII Congreso Mundial de la IVR*, vol. II, núm. 21, 1998, pp. 371-402. Alicante.

<sup>29</sup> La teoría jurídica analítica notablemente ha ampliado su esfera de influencia en el mundo. Especialmente importante es su desarrollo en Argentina, en Estados Unidos, después en España e Italia y, recientemente, en toda América Latina.

nociones que colman el derecho inglés y con su análisis delimitaron el objeto (*the province*) de la jurisprudencia: el derecho positivo. Se requiere un claro deslinde para describir el derecho, de ahí la necesidad de trazar una línea divisoria entre el derecho y la moral, línea que, consideraban, era oscurecida por las doctrinas del derecho natural.

El positivismo analítico ha continuado su influencia en nuevos pensadores. El análisis lógico-semántico del lenguaje del derecho y de las proposiciones que lo describen es una herramienta valiosa para la jurisprudencia y su importancia trasciende los límites de la vertiente analítica.<sup>30</sup>

Para Hart el propósito general de la jurisprudencia analítica es lograr un mejor entendimiento del derecho, para ello es indispensable realizar un cuidadoso examen del lenguaje en que el derecho se formula. Siguiendo la línea del positivismo analítico inglés, Hart aborda las nociones recurrentes del discurso jurídico. El derecho es esencialmente un fenómeno lingüístico; ser lenguaje es condición de existencia del derecho.

El intento de Hart por esclarecer la naturaleza del derecho fue, como señalé, fuertemente influenciado por la obra de Ryle, para quien el planteamiento tradicional de la filosofía era equivocado. Según Ryle la respuesta no consiste en crear teorías, sino en hacer nuevas preguntas que conduzcan a esclarecer el uso del lenguaje cotidiano. Lo que se debe preguntar es qué se quiere decir cuando se dice algo, o bien, bajo qué condiciones se puede decir algo.

Otra fuerte influencia en Hart es la obra de John Langshow Austin (1911-1960). Conocido por su análisis del pensamiento humano derivado del estudio detallado del lenguaje ordinario, John Langshow Austin creía, como Hart, que el análisis lingüístico podía proveer muchas soluciones a enigmas filosóficos.

---

<sup>30</sup> Vid. "Analytical Jurisprudence", en *Problems of the Philosophy of Law*, en *Enciclopedia Britannica* CD2000, cit.

John Langshow Austin desaprobaba el uso de la lógica, considerándola inadecuada y no suficientemente sutil para el estudio del lenguaje ordinario. El célebre profesor de Cambridge se percata que no todos los enunciados son susceptibles de ser verdaderos o falsos; tal es el caso de las expresiones “realizativas” (*performative*). Para John Langshow Austin, como para Hart, es claro que para “hacer” determinadas cosas uno tiene que “decir ciertas palabras” bajo determinadas condiciones. Esta forma de utilizar palabras es tan importante para la filosofía como lo son los enunciados descriptivos de las cosas.<sup>31</sup>

Un tratamiento similar es seguido por Ludwig Wittgenstein (1889-1951) en *Philosophical Investigations*.<sup>32</sup> Este libro representa una reacción frente a los trabajos anteriores del propio Wittgenstein, fundamentalmente de su *Tractatus*. No satisfecho con su teoría “fotográfica” del lenguaje, que expone en el *Tractatus*, Wittgenstein dirige su atención a los usos cotidianos del lenguaje. Cuando se habla un lenguaje, sostiene el “Segundo Wittgenstein”, no es para realizar una serie de reproducciones verbales de “hechos”. Cada lenguaje expresa una forma de vida: la colaboración de individuos por compartir modos de acción establecidos por convenciones entendidas comúnmente. Esta tesis es fácilmente perceptible en la obra de Hart, en su tipología de normas y en su concepto de aceptación de una norma.

Wittgenstein nos enseña que la perplejidad que un hombre siente sobre el significado de las palabras puede ser eliminada si se pregunta a sí mismo: “¿en qué ocasión, para qué propósito, decimos esto?” (piense en el saludo). ¿En qué escenario serán usadas las palabras y para qué?<sup>33</sup> El propósito del filósofo vienés

---

<sup>31</sup> Para una breve explicación de los enunciados realizativos, véase mi trabajo “Lenguaje del derecho y demiurgia jurídica (Entre actos ilocucionarios y actos mágicos)”, en Serrano Migallón, Fernando (ed.), *Estudios jurídicos en memoria de Jorge Barrera Graf*, México, Porrúa, Academia Mexicana de Legislación y Jurisprudencia, 1993, pp. 373-401; y en *Crítica jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, núm. 13, 1993, pp. 195-225.

<sup>32</sup> *Vid.* “Wittgenstein, Ludwig (Josef Johann)”, en *Encyclopædia Britannica CD2000*, *cit.*

<sup>33</sup> *Ibidem.*

es mostrar que la función y el significado de los conceptos no pertenece a un reino intangible de la mente, sino son “formas de vida humana” en las cuales se encuentran integrados. Hart se pregunta: ¿qué quieren decir los juristas, los jueces y los abogados, cuando dicen ‘derecho’, ‘deber’ o ‘facultad’?<sup>34</sup>

### III. DEFINICIÓN DE CONCEPTOS JURÍDICOS

Siguiendo la tradición del positivismo analítico de Jeremy Bentham y John Austin,<sup>35</sup> y basándose en la filosofía del lenguaje de Ryle, John Langshow Austin y Ludwig Wittgenstein,<sup>36</sup> Hart penetra al mundo de las definiciones de los conceptos jurídicos. Hart sostiene que la manera habitual de formular definiciones de conceptos jurídicos no es adecuada.<sup>37</sup> Su uso ha creado una separación entre la ciencia del derecho y el ejercicio de la profesión. Esto se debe, sostiene Hart, a que los conceptos jurídicos son “anómalos”. Cuando los juristas intentan definir estas palabras no se percatan que éstas no tienen una conexión directa con el universo observable. Estas palabras realizan, más bien, una función específica en el marco de un orden jurídico.

---

<sup>34</sup> Contaba Hart que Kelsen, asombrado de ver la importancia que el positivismo analítico concedía a la obra de Wittgenstein, airadamente preguntaba ¿por qué seguir a ese “vienés” teniendo en Gran Bretaña al más grande de los filósofos? refiriéndose a David Hume.

<sup>35</sup> Ciertamente, a esto habría que agregar el estudio crítico que Hart realiza de la obra de Kelsen (vid. “Kelsen Visited”, *cit.*, pp. 709-728); “Kelsen’s Doctrine of the Unity of Law”, en Munitz M. K. y Kiefer, H. E. (eds.). *Ethics and Social Justice*, (es el cuarto volumen de *Contemporary Philosophic Thought: The International Philosophy Year Conference at Brockport*), Albany, N.Y., State University of New York Press, 1968-1970, pp. 171-199 (reimpreso en Hart, H. L. A., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, *cit.*, pp. 309-342. Existe versión en español de Tamayo y Salmorán, Rolando, “La doctrina de Kelsen de la unidad del derecho” en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, año VII, núm. 21, 1977, pp. 105-140).

<sup>36</sup> También habría que considerar entre los filósofos a R. M. Hare, cuyo libro: *The Language of Moral* (Oxford, Oxford University Press, 1961 [1952]). Existe versión en español de Genaro R. Carrió y Eduardo Rabossi: *El lenguaje de la moral*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas, 1975) fue de enorme influencia en Hart. La cercanía del pensamiento de Hart a la filosofía del lenguaje de Hare se puede apreciar en el libro de este último: *Moral Thinking. Its Levels, Method and Point* (Oxford, Oxford University Press, 1981).

<sup>37</sup> Vid. “Definition and Theory in Jurisprudence”, en Hart, H. L. A., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, *cit.*, pp. 21-48.

Para Hart la función de estas palabras no es describir, ni representar “contrapartes del mundo sensible”. Estas palabras sólo las podemos entender dentro del discurso en donde realizan su función específica.<sup>38</sup> El método de definir, por *genus et differentiam*, habitual en la ciencia jurídica tradicional, no sirve para explicar la función de estas palabras.

La manera como podemos dilucidar conceptos jurídicos es observando cuidadosamente los enunciados en donde estos términos ocurren. Estos enunciados, señala Hart, los explicamos cuando determinamos las condiciones bajo las cuales estos enunciados son dichos. De acuerdo con Hart, esta determinación basta para comprender las funciones características de los conceptos jurídicos. Hart no pretende, en su teoría jurídica, elaborar una definición de los términos ‘norma’, ‘derecho’, ‘deber’, ‘contrato’, etcétera; busca, simplemente, establecer las condiciones que gobiernan el uso de estas palabras.

#### IV. CUESTIONES PERSISTENTES

Hart comienza *The Concept of Law* señalando que pocas preguntas han sido hechas con tanta persistencia y contestadas de formas tan distintas, e inclusive de manera tan paradójica, como la pregunta “¿Qué es el derecho?” Tres cuestiones persistentes desconciertan a quienes formulan esta pregunta: (1) ¿Cómo distinguir las normas jurídicas de las órdenes respaldadas por amenazas? (2) ¿Cuál es la relación entre el derecho y la moral? y (3) ¿Qué es una norma y cómo es que existe?<sup>39</sup>

Hart observa que la recurrencia de estos tres temas no es equivocada.

Estas [cuestiones] —afirma Hart— no fueron gratuitamente escogidas... para la discusión académica... se refieren a aspectos del derecho que, en

<sup>38</sup> *Ibid.*, p. 31

<sup>39</sup> *Op. cit.*, pp. 1-7.

todo tiempo han dado origen a equívocos, de manera que confusión y la consecuente necesidad por mayor claridad sobre estas cuestiones pueda coexistir en la mente de hombres inteligentes con un sólido dominio y conocimiento del derecho.<sup>40</sup>

Sobre el particular, Hart piensa que es posible identificar un conjunto de elementos que constituyen el común denominador de una respuesta apropiada a estas tres preguntas. Este es el propósito de *The Concept of Law*.

El libro irrumpe con el análisis de las teorías imperativas, señala sus “insuficiencias” y la “distorsión” que produce sostener la existencia de un sólo tipo de norma (como es el caso de John Austin y Hans Kelsen). Sostiene Hart que además de las normas que imponen obligaciones, existen otras normas que no pueden reducirse al modelo de órdenes generales respaldadas por amenazas, sin alterar radicalmente su naturaleza. Sin duda, uno de los aportes de Hart al entendimiento del derecho es la presencia de las “normas que confieren facultades” (*power-conferring rules*) frente a las “normas que imponen deberes” (*duty-imposing rules*).

Hart observa que la diferencia de función entre ambos tipos de normas se refleja en nuestros modos corrientes de hablar: cuando celebro un contrato, no “cumpro” la norma que me faculta; cuando no lo celebro, no la “violo” ni la “incumpro”. Si no satisfago los requerimientos de la norma que faculta, el acto es “nulo”, no es “válido”, no producirá efectos; sin embargo, a pesar de ser un acto nulo, no “infrinjo” norma alguna, mi conducta no constituye un “ilícito”.<sup>41</sup> Las normas del segundo tipo habilitan a los seres humanos a introducir nuevas normas, extinguir o modificar los efectos normativos de normas anteriores. Las normas del primer tipo imponen obligaciones; las del segundo tipo confieren capacidades (competencias), públicas o privadas.

---

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 6.

<sup>41</sup> *Vid. The Concept of Law, cit.*, pp. 27-28.

Otro singular aporte de Hart es su análisis del concepto de obediencia habitual. Hart muestra cómo y por qué fracasa.<sup>42</sup> Por ello, el profesor de Oxford, lo substituye por el concepto de “aceptación de una norma”. Esta “aceptación” se construye sobre la base de su célebre distinción entre “el punto de vista externo” y el punto de vista interno”, distinción sobre la cual reposa prácticamente toda su teoría: *se acepta una norma cuando se convierte en la razón de mi acción y en estándar de crítica en caso de desvío.*

Para Hart el derecho no es un ente singular. El derecho es un *compositum*. Este ente complejo se forma de entidades que reflejan acciones humanas. De ahí que la teoría del derecho de Hart sea necesariamente una teoría de un *orden* jurídico. El derecho se diferencia de los demás sistemas de normas sociales porque posee como rasgo característico ser institucional y sistémico. Es institucional, porque sus entidades (normas primarias y normas secundarias) se crean y se aplican por instancias sociales dotadas de autoridad; es sistémico porque depende de la interrelación de dos tipos de normas. Hart piensa que en la combinación de estos dos tipos de normas se encuentra “la clave de la ciencia de la jurisprudencia”.<sup>43</sup>

Para explicar esta interrelación, Hart utiliza un modelo de sociedad donde el único medio de control social reposa en la actitud general del grupo hacia sus pautas de comportamiento en términos de normas de obligación.<sup>44</sup>

Hart observa que en este tipo de comunidades, cuando surge alguna duda sobre cuáles son las normas del grupo o cuál es su alcance preciso, no habría procedimiento alguno para solucionarlo.

<sup>42</sup> *Ibid.*, p. 54.

<sup>43</sup> Esta expresión es utilizada por John Austin cuando cree encontrar en el concepto de mandato (*command*) la “clave de la ciencia de la jurisprudencia” (*Cfr.*, *The Province of Jurisprudence Determined*, Nueva York, Burt Franklin, 1970 [reimpresión de la edición póstuma: Londres, Dumond, 1861] p. 5).

<sup>44</sup> *Vid.* *The Concept of Law*, *cit.*, pp. 87-89.

Un procedimiento tal requeriría de la introducción de normas de un tipo diferente a las normas de obligación. A este defecto, típico de la estructura social simple, compuesto por normas primarias de obligación Hart lo llama “falta de certeza”.

Un segundo defecto en dicha estructura social es su carácter estático. En estas comunidades los únicos modos del cambio normativo son: el lento proceso mediante el cual cursos de conducta, considerados como optativos, se transforman, primero en habituales o usuales y, posteriormente, en obligatorios; y el proceso inverso de declinación: cuando las desviaciones, al principio tratadas con severidad, son, primero toleradas y, después, pasan inadvertidas. En tal comunidad no hay manera de adaptar deliberadamente las normas a las circunstancias, eliminando las antiguas e introduciendo nuevas. La posibilidad de hacer esto, comenta Hart, requiere, también, de la introducción de normas distintas a las normas primarias de obligación.

El tercer defecto es la falta de eficiencia de la presión social para hacer cumplir las normas. Comenta Hart que en este tipo de sociedades siempre habrá discusiones sobre si una norma aceptada ha sido o no violada y tales disputas continuarán indefinidamente si no existe un órgano especial encargado de determinar, en forma definitiva y con autoridad, el hecho de la violación.

Hart señala que el remedio para superar la falta de certeza del régimen de normas primarias de obligación se logra mediante la introducción de la “regla de reconocimiento”. La regla de reconocimiento especifica los criterios que debe satisfacer una norma para ser considerada norma del sistema. El remedio para la “petrificación” normativa de este régimen de normas primarias de obligación se encuentra en la introducción de las “normas de cambio”. El tercer complemento del régimen simple de normas primarias, usado para remediar la insuficiencia de la presión social difusa que aquél ejerce, consiste en normas secundarias que facultan a determinar, con autoridad, si se ha transgredido una

norma primaria. Estas son las normas de enjuiciamiento o judicación<sup>45</sup>. Estas normas, además de identificar a los individuos que pueden juzgar, definen, también, el procedimiento a seguir.<sup>46</sup>

## V. PUNTOS DE VISTA EXTERNO E INTERNO

Sostiene Hart que muchas de las oscuridades que rodean a los conceptos jurídicos surgen del hecho de que éstos implican un punto de vista interno, es decir, el punto de vista de quienes no se limitan a registrar y predecir la conducta que se conforma a las normas, sino que usan las normas como pautas para valorar su conducta y la de los demás. Con la adición de normas secundarias el campo de lo que se hace y se dice, desde el punto de vista in-

---

<sup>45</sup> En la tradición del *Common Law*, por *adjudication* se entiende: el acto de decidir o resolver una controversia jurisdiccionalmente (Cfr., Walker, David M., *Oxford Companion to Law*, cit., p. 24), i.e. el juicio o resolución de un tribunal ("The Judgement or decision of a court" [Jowitt, E., *The Dictionary of English Law*, Londres, Sweet and Maxwell, Ltd., 1954, t. I, p. 57]). Aunque en ocasiones *adjudication* ha sido traducida como 'adjudicación', la he desechado desde hace tiempo (Cfr., Raz, Joseph, *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1982, p. 19; *id.* *El concepto de sistema jurídico. Una introducción a la teoría del sistema jurídico*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1986, pp. 200 y 201, n. 76; *id.* "El problema de la naturaleza del derecho", en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n. 3, octubre de 1995, p. 140, n. 15; Mazzaresse, Tecla, "La interpretación jurídica como traducción", en *op. ul. cit.*, núm. 9, octubre de 1998, p. 94, n. 47), porque esta palabra no corresponde a lo que significa *adjudication* en inglés. La palabra correspondiente es 'judicación' (Cfr. Real Academia Española, 'judicación' en *Diccionario de la lengua española*, Madrid, 1984, t. II, p. 800 y Moliner, María, *Diccionario de uso del español*, en CD-ROM, Madrid, Edición Gredos, 1996) que desde su uso clásico significa "'acción de juzgar'... 'punto sobre el cual el juez debe pronunciarse'" (Cfr., Blánquez Fraile, Agustín, *Diccionario Latino-Español. Español-Latino*, Barcelona, Sopena, 1985, t. I, p. 857). Podría usarse "enjuiciamiento", sólo que esta expresión ha adquirido una connotación estrictamente procesal. Por lo demás, "adjudicación" significa algo completamente distinto a juzgar, significa "la apropiación... que en herencias o en particiones públicas o subastas suele hacerse de una cosa mueble o inmueble... a favor de alguno (Escriche, J., *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, París, Librería Garnier Hermanos, 1876, p. 89). En la versión española del libro de *The Concept of Law*, Genaro R. Carrió usa 'adjudicación' (Cfr., *El concepto de derecho*, cit.), igualmente lo hace así Marta Guastavino en la versión española del libro de Ronald M. Dworkin: *Taking Rights Seriously* (Cfr. *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1989 [1984], reimpresso en Madrid, Editorial Planeta-De Agostini, 1993 [Obras Maestras del pensamiento contemporáneo, núm. 40]).

<sup>46</sup> *Vid.* *The Concept of Law*, cit., pp. 90-94.

terno, se extiende, y con esta extensión aparece todo un conjunto de conceptos nuevos, cuyo análisis reclama referencia al punto de vista interno.

Estos problemas sólo pueden ser presentados con claridad dentro de una situación social más compleja que la comunidad de normas primarias de obligación. La importancia de estos conceptos sólo puede ser apreciada dentro de una comunidad en donde se usa y, consiguientemente, se acepta una regla de reconocimiento que permite la identificación de las normas del grupo. Para Hart, esta situación social compleja es la que merece ser llamada “fundamento de un orden jurídico”.<sup>47</sup>

Donde quiera que se acepta la regla de reconocimiento, tanto los particulares como los funcionarios tienen criterios autoritativos para identificar las normas primarias de obligación. La existencia de una regla de reconocimiento se manifiesta en la práctica generalizada de funcionarios y particulares al identificar normas mediante dichos criterios.

El uso de reglas de reconocimiento por funcionarios y particulares para identificar reglas del sistema es característico del punto de vista interno. Quienes las usan las aceptan (aunque no lo expresen). Esta actitud, comenta Hart, trae aparejado un vocabulario característico. Expresiones del tipo de ‘El derecho dispone que...’, ‘...son jurídicamente válidos...’ son utilizadas por quienes identifican una norma del sistema. A este tipo de expresiones Hart las denomina “enunciado interno”, porque manifiesta el punto de vista interno y es usada por quienes, aceptando la regla de reconocimiento y sin enunciar el hecho de que es aceptada, la aplican al identificar como válida alguna norma particular del sistema.

---

<sup>47</sup> *Ibid.*, p. 97.

Esta actitud de aceptación compartida de las normas la contrapone Hart con la de un observador que registra el hecho de que un grupo social acepta tales normas, sin que él, por su parte, las acepte. La expresión característica de esta actitud es *e.g.*: “En Inglaterra reconocen como derecho...cualquier disposición sancionada por la Reina en el Parlamento”. A este tipo de expresión Hart lo denomina enunciado externo.<sup>48</sup>

La regla de reconocimiento tiene la peculiaridad de que, a diferencia de las normas del sistema, no se puede predicar su validez; únicamente se puede decir que existe como una práctica compleja, pero normalmente concordante, de los tribunales, funcionarios y particulares, al identificar el derecho por referencia a ciertos criterios. Su existencia, señala Hart, es una cuestión de hecho.

La regla de reconocimiento puede ser considerada desde dos puntos de vista. Uno de ellos se expresa en el enunciado externo de hecho que afirma la existencia de la regla en la práctica efectiva del sistema. El otro, se expresa en los enunciados internos de validez formulados por quienes la usan para identificar el derecho.<sup>49</sup>

Hart señala que para la teoría que entiende al derecho como compuesto sólo de órdenes coercitivas, la condición suficiente para la existencia del sistema es que las normas del sistema sean obedecidas por el grueso de la población, con independencia de la razón que se tenga para obedecer (razones prudenciales, morales, etcétera). Para Hart tal situación es condición necesaria, pero no suficiente para la existencia del orden jurídico. Por ser el orden jurídico un sistema formado por la unión de normas primarias y secundarias, se requiere, además, dar cuenta de la relación relevante de los funcionarios del sistema con las reglas secundarias que les conciernen en cuanto funcionarios. Aquí lo

---

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 99.

<sup>49</sup> *Ibid.*, pp. 107 y 108.

importante, comenta Hart, es que exista una aceptación oficial unificada o compartida de la regla de reconocimiento que contiene los criterios de validez del sistema.

Para Hart existen dos condiciones necesarias y suficientes para la existencia de un orden jurídico. Por un lado, las normas de conducta válidas, según el criterio de validez último del sistema, tienen que ser generalmente obedecidas y, por otra parte, sus reglas de reconocimiento que especifican los criterios de validez jurídica y sus normas de cambio y adjudicación, tienen que ser efectivamente aceptadas por sus funcionarios como pauta o modelo público de conducta oficial.<sup>50</sup>

MacCormick señala que la contribución más valiosa del trabajo de Hart como jurista se encuentra en la manera como llevó a cabo la descripción de las reglas sociales y la explicación de las normas jurídicas, como una especie de reglas sociales.

Hart busca explicar los actos y prácticas sociales por medio de una interpretación del significado que guardan para aquellos que toman parte en tales actos y prácticas. Se requiere, además del elemento fáctico del comportamiento, un elemento de “actitud de los miembros del grupo” cuyo comportamiento constituye un patrón de conducta. Esta actitud es la característica principal que distingue una norma de un hábito.<sup>51</sup>

Para poder ver estas diferencias se debe interpretar el significado de las proposiciones de derecho desde el punto de vista de la persona que los formula y no desde el punto de vista de un observador externo. Para MacCormick la teoría del derecho de Hart acierta al preguntar “¿Cuáles son las actitudes frente a pautas de comportamiento que, junto con regularidades de comportamiento, deben existir para afirmar que existe una norma dentro del grupo?”.

---

<sup>50</sup> Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, cit., p. 113.

<sup>51</sup> MacCormick, Neil, *H. L. A. Hart*, cit., pp. 29 y 30.

Hart, como positivista, asume la proposición que explicar una norma jurídica (o todo un orden jurídico) es una cuestión diferente a la de explicar las razones morales, o de cualquier otra índole, que uno pueda tener para obedecer o no la norma. Sin embargo, el teórico del derecho debe entender y describir el punto de vista interno de los individuos que usan las normas, con independencia de cualquier inclinación que tenga, a favor o en contra de dichas normas.

## VI. ALGO SOBRE EL *POST SCRIPTUM*

El *Post scriptum* es una respuesta de Hart a sus críticos, una respuesta póstuma. Dos eran las intenciones de Hart. La primera, responder a la crítica de Dworkin a diferentes tesis de su teoría. La segunda era mostrar qué tanto Hart debía ajustar o reformular sus tesis de manera a superar algunas “confusiones u obscuridades”, que, en principio, el propio Hart reconocía, existían en su trabajo. Como señalan los editores,<sup>52</sup> Hart pudo realizar sólo su primer propósito. Que el *Post scriptum* es una respuesta, sí. Sin embargo, es más que eso. En varios puntos Hart revisa sus tesis, las explica de nuevo con gran claridad; en ocasiones, las reformula. El *Post scriptum* va más allá de las respuestas y lanza varias críticas a su interlocutor. El *Post scriptum* no es una pieza de diplomacia académica, es un ensayo en el que se persigue el entendimiento del derecho. Los temas escogidos por Hart para este *Post scriptum* provienen del debate, pero son temas que, a la vez, plantean los temas recurrentes de la teoría del derecho. Por encima del debate el *Post scriptum* es, en realidad, una nueva respuesta de Hart a las cuestiones persistentes.

---

<sup>52</sup> Vid. nota de los editores, más adelante.

VII. BIBLIOGRAFÍA<sup>53</sup>

- AUSTIN, John, *The Province of Jurisprudence Determined*. Nueva York, Burt Franklin, 1970 (reimpresión de la edición póstuma: Londres, Dumond, 1861).
- BENTHAM, Jeremy. *Of Laws in General*, editado por Hart, H. L. A., en Burns, J. H. (ed. gral.) *The Collected Works of Jeremy Bentham. Principles of Legislation*, Londres, University of London, Athlon Press, 1970.
- BLÁNQUEZ FRAILE, Agustín., *Diccionario Latino-Español. Español-Latino*, Barcelona, Sopena, 1985.
- BOBBIO, Norberto, *Giusnaturalismo e positivismo giurídico*, Milán, Edizioni di Comunità, 1984.
- BODENHEIMER, Edgar, “Modern Analytical Jurisprudence and the Limits of its Usefulness”, en *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 104, 1955-1956.
- ENCYCLOPÆDIA BRITANNICA, “Analytical Jurisprudence”, *Problems of the Philosophy of Law*, en *Encyclopædia Britannica CD2000*, Chicago, Encyclopædia Britannica Inc., 1994-2000.
- , “Ryle, Gilbert”, en *Encyclopædia Britannica CD2000*, cit.
- , “Wittgenstein, Ludwig (Josef Johann)”, en *Encyclopædia Britannica CD2000*, cit.
- CAMPS, Victoria, *Pragmática del lenguaje y filosofía analítica*, Prólogo de Javier Muguerza, Barcelona, Península, 1976 (Historia/Ciencia/Sociedad, núm. 129).

---

<sup>53</sup> Esta bibliografía contiene únicamente las obras citadas en el *Estudio Preliminar*. La bibliografía de la traducción sigue inmediatamente al texto del *Post scriptum*. Las obras de H. L. A. Hart se relacionan en el Apéndice al final de esta obra.

- DWORKIN, Ronald M., *Los derechos en serio*, trad. Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 1989 (1984), reimpresso en Madrid, Editorial Planeta-De Agostini, 1993 (Obras Maestras del pensamiento contemporáneo, núm. 40).
- ESCRICHE, J., *Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense. Con citas del derecho, notas y adiciones por Juan Rodríguez de San Miguel*, edición y estudio introductorio de Ma. del Refugio González, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1996 (1993) (Reimpresión de la Edición de Mariano Arévalo: México, Galván, 1837).
- FARRELL, Martín D., “Obligaciones jurídicas y razones para actuar; la evolución del pensamiento de Hart”, en Squella, Agustín (ed.), *H. L. A. Hart y el concepto de derecho*, Valparaíso, Revista de Ciencias Sociales, núm. 28, enero-junio de 1986.
- FULLER, Lon L., “Positivism and Fidelity to Law. A Replay to Professor Hart”, en *Harvard Law Review*, vol. 71, 1957-1958.
- , *The Morality of Law*, 2a. ed., New Haven, Conn. 1964.
- HACKER, P. M. S. “Hart’s Philosophy of Law”, en Hacker, P. M. S. y Raz, Joseph, *Law Morality and Society Essays in Honour of H. L. A. Hart*, Oxford, Oxford University Press (1977) 1979.
- HARE, R. M., *Moral Thinking. Its Levels, Method and Point*, Oxford, Oxford University Press, 1981.
- , *The Language of Moral*, Oxford, Oxford University Press, 1961 (Existe versión en español de Genaro R. Carrió y Eduardo Rabossi, *El lenguaje de la moral*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas, 1975).
- JOWITT, E., *The Dictionary of English Law*, Londres, Sweet and Maxwell, Ltd., 1954.

MACCORMICK, Neil, *H. L. A. Hart*, Londres, Edward Arnold, 1981 (Jurists: Profiles in Legal Theory, núm. 1).

———, “Reglas Sociales”, en Squella, Agustín (ed.), *H. L. A. Hart y el concepto de derecho*, cit.

MAZZARESE, Tecla, “La interpretación jurídica como traducción”, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 9, octubre de 1998.

MOLINER, María, *Diccionario de uso del español*, en CD-ROM, Madrid, Edición Gredos, 1996.

NINO, Carlos, “El concepto de derecho de Hart”, en Squella, Agustín (ed.), *H. L. A. Hart y el concepto de derecho*, cit.

PÁRAMO ARGÜELLES, Juan Ramón, *H. L. A. Hart y la teoría analítica del derecho*, Prólogo de Gregorio Peces Barba, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984 (El derecho y la justicia, núm. 3).

RAZ, Joseph, “H. L. A. Hart y el concepto de derecho”, trad. de Carlos Verdugo, en Squella, Agustín (ed.), *H. L. A. Hart y el concepto de derecho*, cit.

———, “El problema de la naturaleza del derecho”, trad. Rolando Tamayo y Salmorán, en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 3, octubre 1995.

———, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, Oxford University Press, 1979 (Existe traducción al español de Rolando Tamayo y Salmorán: *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1982).

———, *The Concept of a Legal System*, Oxford, Oxford University Press, 1980 (Existe traducción al español de Rolando Ta-

mayo y Salmorán: *El concepto de sistema jurídico. Una introducción a la teoría del sistema jurídico*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1986.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, Madrid, 1984.

ROBLES MORCHÓN, Gregorio, "Hart: algunos puntos críticos", en *Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Social*, CD-ROM, Buenos Aires, 1997 y en *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho, Actas del XVIII Congreso Mundial de la IVR*, vol. II, núm. 21, 1998, Alicante.

RYLE, Gilbert, *The Concept of Mind*, Oxford, Oxford University Press.

STUART MILL, John, "Austin on Jurisprudence", en *Dissertations and Discussions*, vol. 4, 1874.

TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Elementos para una teoría general del derecho*. México, Themis, 1992.

———, "Jeremy Bentham. Teoría jurídica analítica y norma penal", en *Iter Criminis. Revista de Derecho y Ciencias Penales*, México, núm. 4, mayo de 2000.

———, "La teoría del derecho de Jeremy Bentham", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XVII, núm. 50, mayo-agosto de 1984.

———, "Lenguaje del derecho y demiurgia jurídica (Entre actos ilocucionarios y actos mágicos)", en Serrano Migallón, Fernando (ed.), *Estudios jurídicos en memoria de Jorge Barrera Graf*, México, Porrúa, Academia Mexicana de Legislación y Jurisprudencia, 1993; y en *Crítica jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, núm. 13, 1993.

TAMAYO VALENZUELA, José Alberto, *La teoría jurídica analítica y el Concepto de derecho de H. L. A. Hart*, México, UNAM, Facultad de Derecho, 1995, (Tesis).

VATTIMO, Giani (ed.), *Enciclopedia Garzanti di filosofia*, Milán, 1985.

WALKER, David M., *Oxford Companion to Law*, Oxford, Oxford University Press, 1980.

WITTGENSTEIN, Ludwig, *Philosophical Investigation*, trad. G. E. M., Anscombe, Oxford, Basil Blackwell (1958), reimpresión del texto inglés, 1989.



**POST SCRÍPTUM  
AL  
CONCEPTO DEL DERECHO**

## NOTA DE LOS EDITORES<sup>1</sup>

A pocos años de su publicación, *The Concept of Law*<sup>2</sup> transformó la manera en que la teoría del derecho era entendida en el mundo de habla inglesa y aún más allá. Su fuerte impacto hizo que multitud de publicaciones discutieran el libro y sus doctrinas; no sólo en el contexto de la teoría jurídica sino, también, de la filosofía política y de la filosofía moral.

Por muchos años Hart tuvo en mente añadir un capítulo a *The Concept of Law*. No quiso remendar el texto cuya influencia había sido tan grande y, conforme con su voluntad, aquí aparece publicado sin cambios, a excepción de correcciones menores. Sin embargo, Hart quería responder a las muchas discusiones del libro, defendiendo su posición contra aquellos que lo mal entendieron, refutando críticas infundadas y —de igual importancia para sus ojos— concediendo fuerza a la crítica justificada sugiriendo formas para ajustar las doctrinas del libro y superar tales cuestiones. Que el nuevo capítulo, pensado primeramente como prefacio y, finalmente, como *Post scriptum*,<sup>3</sup> estuviera inconcluso al tiempo de su muerte, fue debido, sólo en parte, a su meticuloso perfeccionismo. También se debió a las persistentes dudas sobre la sabiduría del proyecto y a la perturbadora incertidumbre sobre si pudiese hacer justicia al vigor y a la lucidez de las

---

<sup>1</sup> Esta nota aparece en las páginas VIII a X de la 2a. edición de *The Concept of Law* (Oxford, Oxford University Press, 1994), después del Prefacio de H. L. A. Hart. NT.

<sup>2</sup> Existe versión en español de Genaro Carrió: *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995 (1963) (Las notas explicativas o añadidos bibliográficos a esta traducción serán reconocidas con las letras 'NT'. En ocasiones serán encerradas por paréntesis).

<sup>3</sup> Hago uso de esta grafía (y no de *postscriptum*) por estar así recibida en español (Vid. Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, Madrid, 1984, t. II, p. 1092 y Moliner, María, *Diccionario de uso del español*, en CD-ROM, Madrid, Edición Gredos, 1996). NT.

tesis del libro, tal y como estuvieron originalmente concebidas. Como quiera que fuera, y con muchas interrupciones, Hart persistió en trabajar en el *Post scriptum* y, al tiempo de su muerte, la primera de las dos concebidas secciones estaba casi completa.

Cuando Jeniffer Hart nos pidió que miráramos los borradores y decidiéramos si había ahí algo que publicar, nuestro primer pensamiento fue no dejar que nada se publicara que a Hart no le hubiera hecho feliz. Por ello, nos encantó descubrir que, en su mayor parte la primera sección del *Post scriptum* se encontraba terminada. Para la segunda sección encontramos sólo notas manuscritas: eran muy fragmentarias e incompletas para ser publicadas. En contraste, la primera sección existía en varias versiones, habiendo sido mecanografiadas, revisadas, vueltas a mecanografiar y vueltas a revisar. Obviamente, Hart no consideraba como definitiva, ni aún la más reciente versión. Hay numerosas alteraciones en lápiz y en bolígrafo. Más aún, Hart no descartó versiones anteriores, sino que parecía haber continuado su trabajo sobre cualquier versión a la mano. Aunque esto hizo la tarea editorial más difícil, los cambios introducidos durante los dos últimos años fueron, mayormente, cambios de matiz estilístico, lo cual indicaba que él se encontraba esencialmente satisfecho con el texto, tal y como estaba.

Nuestra tarea era comparar las versiones alternativas y, ahí donde no coincidían, establecer si los segmentos del texto que aparecían sólo en una de ellas habían desaparecido porque él las había descartado o porque nunca tuvo una versión que incorporara todas las enmiendas. El texto publicado incluye todas las enmiendas que no fueron descartadas por Hart, las cuales aparecen en las versiones del texto que continuó revisando. En ocasiones el texto mismo era incoherente. Esto, muchas veces, tuvo que haber sido resultado de una mala lectura de un manuscrito por parte del mecanógrafo, cuyos errores Hart no siempre advirtió. En otras ocasiones, sin duda, fue debido a la manera natural en la cual las oraciones devienen inconsistentes en el curso de la composición, para ser corregidas en la redacción final, pero Hart no vivió para hacerlo. En estos casos tratamos de restaurar el

texto original o retomar el pensamiento de Hart, con un mínimo de intervención. Un problema especial se presentó en la sección 6 (sobre la discreción judicial). Encontramos dos versiones de su párrafo inicial; uno, en una copia que concluía en ese punto y, otra, en una copia que contenía el resto del texto. Como la versión truncada se encontraba en una copia que incorporaba muchas de sus correcciones más recientes y nunca fue descartada por él y, como era consonante con su explicación general en el *Post scriptum*, decidimos permitir que ambas versiones fueran publicadas. La versión inconclusa aparece como una nota al final del libro.<sup>4</sup>

Hart nunca tuvo las notas mecanografiadas; la mayor parte de ellas, referencias. Tenía una versión manuscrita de las notas, cuyas llamadas fueron más fácilmente halladas en la primera copia mecanografiada del texto principal. Hart, ocasionalmente, añadió, después, referencias en comentarios marginales; pero, en su mayor parte, estaban incompletas, algunas veces indicando nada más la necesidad de hallar la referencia. Timothy Endicott verificó todas las referencias; halló todas las que estaban incompletas y añadió referencias donde Hart citaba a Dworkin o lo parafraseaba sin indicar la fuente. Endicott corrigió, también, el texto cuando las citas eran incorrectas. En el curso de este trabajo que implicó mucha investigación y plenitud de recursos, Endicott igualmente sugirió varias correcciones al texto principal, las cuales, en consonancia con los lineamientos editoriales señalados anteriormente, agradecidamente incorporamos.

No hay duda en nuestras mentes que, de haberse dado la oportunidad, Hart hubiera pulido y mejorado el texto antes de publicarlo. Pero, creemos que el *Post scriptum* publicado contiene la respuesta ponderada de Hart a muchos de los argumentos de Dworkin.

P. A. B. / J. R.

<sup>4</sup> Esta nota aparece en las páginas 306 y 307 de la 2a. edición de *The Concept of Law (cit)*. En esta traducción la versión truncada se encuentra inserta, como transcripción, inmediatamente a continuación del párrafo inicial. NT.



## NOTA DEL TRADUCTOR

El lector podrá advertir claramente que el texto de Hart, como, consecuentemente no es la traducción, tan elegante y pulido como todas las obras de Hart. Como señalan Penelope A. Bulloch y Joseph Raz, editores de esta obra: “En ocasiones el texto... [es] incoherente... debido a la manera natural en la cual las oraciones devienen inconsistentes en el curso de la composición, para ser corregidas en la redacción final, pero Hart no vivió para hacerlo”. La versión en español, como es fácil de imaginar, refleja esa ausencia de elegancia y brillantez. Sin embargo, participo de la idea de los editores de que, como quiera que sea, el *Post scriptum* “contiene la respuesta ponderada de Hart a muchos de los argumentos de Dworkin”.

R. T. S.



## INTRODUCCIÓN

Este libro fue publicado, por primera vez, hace treinta y dos años. Desde entonces, la filosofía del derecho y la filosofía se han acercado de manera notable y el objeto de la teoría jurídica ha sido desarrollado ampliamente, tanto en este país,<sup>1</sup> como en Estados Unidos. Me gustaría pensar que este libro ayudó a estimular este desarrollo, aún si entre los juristas académicos y filósofos, los críticos a sus tesis fundamentales son, cuando menos, tan numerosos como los convertidos a ellas. Como quiera que esto pudiera ser, el caso es que, aunque originalmente escribí este libro teniendo en mente como lectores a estudiantes no graduados, éste ha logrado una circulación más amplia y ha generado una vasta literatura subsidiaria de comentarios críticos, tanto en el mundo de habla inglesa, como en varios países donde han aparecido traducciones del libro. Mucha de esta literatura crítica consiste en artículos en revistas jurídicas y filosóficas. Pero, además, muchos libros importantes han sido escritos en los cuales varias doctrinas de este libro han sido usadas como blanco de críticas y como punto de partida para la exposición de las teorías jurídicas de los críticos.

Aunque he hecho algunos disparos hacia los arcos de algunos de mis críticos, particularmente contra el desaparecido profesor Lon Fuller<sup>2</sup> y contra el profesor R. M. Dworkin,<sup>3</sup> no he dado,

---

<sup>1</sup> Inglaterra. NT.

<sup>2</sup> Vid. mi reseña a su libro: *The Morality of Law* (en *Harvard Law Review*, vol. 78, 1965, pp. 1281, reimpresso en mi libro: *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 1983, pp. 343-364). [[Nota: Las notas a pie de página que se encuentran entre corchetes fueron añadidas por Penelope A. Bulloch y Joseph Raz, editores de este *Postscript* y de la 2a. edición de *The Concept of Law*]] (En esta traducción los corchetes serán dobles y en negritas para distinguirlos de los corchetes que pudieran aparecer en el texto. NT).

<sup>3</sup> Vid. mi artículo: "[1776-1976:] Law in the Perspective of Philosophy" (*New York University Law Review*, vol. 51, 1976, pp. 538) (Existe versión en español de Rolando Tamayo y Salmerán [en

hasta ahora, ninguna respuesta general y completa a ninguno de ellos. He preferido observar y aprender de un muy instructivo debate en curso, en el cual algunos de los críticos han diferido de otros, tanto como han diferido de mí. Sin embargo, en este *Post scriptum* intento responder a algunas de las críticas de amplio rango planteadas por Dworkin en muchos de sus creativos artículos recogidos en su *Taking Rights Seriously*<sup>4</sup> y en su *A Matter of Principle*<sup>5</sup> y en su libro: *Law's Empire*.<sup>6</sup> En este *Post scriptum* enfoco mayormente las críticas de Dworkin porque él no sólo ha sostenido que casi todas las tesis distintivas de este libro están radicalmente equivocadas, sino que ha puesto en cuestión toda la concepción de la teoría jurídica que está implícita en este libro y lo que ésta debe hacer. Los argumentos de Dworkin contra los temas principales del libro han sido, en general, consistentes a través de los años. Sin embargo, ha habido algunos cambios importantes, tanto en la substancia de algunos argumentos como en la terminología en la que éstos se encuentran expresados. Algunas de sus críticas que fueron relevantes en sus primeros ensayos no aparecen en su obra posterior, aunque no fueron explícitamente excluidas. Estas primeras críticas, sin embargo, fueron ampliamente acuñadas y tienen mucha influencia; por tanto, he pensado apropiado tratar de responder a ellas, así como a sus críticas posteriores.

---

colaboración con Alfonso Ortíz†]: "El derecho en la perspectiva de la filosofía: 1776-1996", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XI, núm. 33, septiembre-diciembre de 1978, pp. 313-329. El título en inglés se puso tal y como aparece en la publicación original y en su posterior reimpresión NT.); "American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream" (en *Georgia Law Review*, vol. 11, núm. 5, 1977, p. 969); "Between Utility and Rights" (*Columbia Law Review*, vol. 79, 1979, pp. 828-846). Todos los artículos mencionados están reimpresos en mi libro: *Essays in jurisprudence and Philosophy* (cit., pp. 145-158, 123-144 y 198-222, respectivamente. NT.); "Legal Duty and Obligation", en mi libro: *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory* (Oxford, Oxford University Press, 1982, pp. 127-161) y "Comment" (en Gavison. R. [ed.], *Issues in Contemporary Legal Philosophy: The Influence of H. L. A. Hart*, Oxford, Oxford University Press, 1987, pp. 35).

<sup>4</sup> Londres, Gerald Duckworth & Co. Ltd., 1977 (Existe versión en español de Marta Guastavino: *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1989 [1984], reimpreso en Madrid, Editorial Planeta-Del Agostini, 1993 [Obras Maestras del pensamiento contemporáneo, 40]. NT).

<sup>5</sup> Cambridge, Mass./Londres, Harvard University Press, 1985.

<sup>6</sup> Cambridge, Mass./Londres, Harvard University Press, 1986.

La primera y más larga sección de este *Post scriptum* se refiere a los argumentos de Dworkin. Pero, en la segunda sección me refiero a los de otros críticos que sostienen que en la exposición de alguna de mis tesis, hay no sólo obscuridades e imprecisiones, sino, en ciertos aspectos, realmente, incoherencia y contradicción.<sup>7</sup> Aquí, tengo que admitir que en las más de las ocasiones que tuve cuidado de considerar, mis críticos han estado en lo correcto y aprovecho la oportunidad en este *Post scriptum* para aclarar lo que es oscuro y revisar lo que originalmente escribí, ahí donde es incoherente y contradictorio.

## I. LA NATURALEZA DE LA TEORÍA JURÍDICA

Mi objetivo en este libro fue proporcionar una teoría de lo que es el derecho, teoría que es, a la vez, general y descriptiva. Es *general*<sup>8</sup> en el sentido que no está vinculada con ningún orden jurídico o cultura jurídica particulares, sino que busca dar una descripción explicativa y esclarecedora del derecho como institución social y política compleja, gobernada por normas<sup>9</sup> (en este sentido, de aspecto ‘normativo’).<sup>10</sup> Esta institución, no obstante muchas variaciones en diferentes culturas y en diferente tiempo, ha tomado la misma forma y estructura, aunque la han rodeado muchos malentendidos y mitos obscurecedores que requieren ser explicitados. El punto de partida de esta tarea esclarecedora es el amplio conoci-

---

<sup>7</sup> [[Hart no completó la segunda de las dos secciones mencionadas aquí. *Vid. supra*: Nota de los Editores]].

<sup>8</sup> Las cursivas aparecen en el original. Toda las modalidades en la tipografía se mantienen tal y como aparecen en el original. NT.

<sup>9</sup> En el original: *rules*. Tanto en Hart, como en Dworkin y, en general en la literatura jurídica de habla inglesa, el uso de *rule*, en inglés, equivale, *mutatis mutandi*, al uso de ‘norma’ en la literatura jurídica de tradición romano germánica (*i.e.* continental europea). Sin embargo, básicamente usaré ‘regla’ toda vez que, desde la traducción de Genaro Carrió, muchas expresiones de la teoría de H. L. A. Hart que se han hecho familiares entre nosotros, conservan la voz ‘regla’ (*e.g.* ‘regla de cambio’, ‘regla primaria de obligación’, ‘reglas secundarias’, ‘regla de reconocimiento’, *et sit cetera*). Por otro lado, la polémica Dworkin-Hart perdería mucho sentido si la expresión ‘regla’ no apareciera. En ocasiones usare ‘norma’. NT.

<sup>10</sup> Las medias comillas aparecen en el original. Toda los signos que acompañan a las palabras se mantienen tal y como aparecen en el original, salvo otra indicación. NT.

miento común de las características distintivas de un orden jurídico<sup>11</sup> nacional, el cual<sup>12</sup> atribuyo a cualquier hombre culto. Mi explicación es *descriptiva* en que es moralmente neutral y no tiene ningún propósito justificativo: no busca justificar o recomendar en fundamentos morales, o en otros, las formas o estructuras que aparecen en mi descripción general del derecho, aunque un claro entendimiento de éstos, pienso, es un preliminar importante para cualquier crítica moral útil del derecho.

Como medio para llevar a cabo esta empresa *descriptiva*, mi libro hace uso repetido de varios conceptos, tales como: *reglas que imponen obligaciones, reglas que confieren facultades, reglas de reconocimiento, reglas de cambio, aceptación de reglas, puntos de vista externo e interno, enunciados internos y externos y validez jurídica*. Estos conceptos centran su atención en elementos, en términos de los cuales, se puede analizar de forma iluminante la variedad de instituciones y prácticas jurídicas, y pueden darse respuestas a las cuestiones referentes a la naturaleza general del derecho, que la reflexión sobre estas cuestiones y prácticas ha generado. Estas incluyen cuestiones tales como: ¿Qué son las reglas? ¿Cómo difieren las reglas de los meros hábitos o regularidades del comportamiento? ¿Existen tipos radicalmente diferentes de reglas jurídicas? ¿Cómo pueden ser relacionadas las reglas? ¿Cómo es que las reglas forman un orden? ¿Cómo se relacionan las reglas jurídicas y la autoridad que tienen, con las amenazas, por un lado, y con los requerimientos morales, por el otro?<sup>13</sup>

La teoría jurídica concebida de esta manera, como descriptiva y general, es una empresa radicalmente diferente a la concepción que Dworkin tiene de la teoría jurídica (o jurisprudencia,<sup>14</sup> como

<sup>11</sup> Uso 'orden jurídico', en vez de 'sistema jurídico', por ser más acorde con los usos de nuestra tradición jurídica. NT.

<sup>12</sup> Vid. *The Concept of Law*, p. 3 (Vid. *El concepto de derecho*, cit., pp. 3 y 4. NT).

<sup>13</sup> Vid. Hart, H. L. A., "Comment", en Gavison, R., *Issues in Contemporary Legal Philosophy: The Influence of H. L. A. Hart*, c. 1, p. 35.

<sup>14</sup> Dentro de la tradición jurídica inglesa *jurisprudence* es empleada fundamentalmente como 'ciencia del derecho' en el sentido clásico de *jurisprudentia*; de ahí que se distinga entre general ju-

frecuentemente la denomina), en parte, evaluativa<sup>15</sup> y justificativa y “dirigida a una cultura jurídica particular”,<sup>16</sup> la cual es, usualmente, la del propio teórico y, en el caso de Dworkin, ésta es la del derecho angloamericano.<sup>17</sup> La tarea central de esta teoría jurídica, así concebida, es denominada por Dworkin ‘interpretativa’<sup>18</sup> y es parcialmente evaluativa, toda vez que consiste en la identificación de los principios que “se adaptan” o “acordan” mejor con el derecho establecido<sup>19</sup> y con las prácticas de un orden jurídico y, a la vez, proporcionan su mejor justificación moral, mostrando el derecho en su “mejor luz.”<sup>20</sup> Para Dworkin los principios así identificados son, no sólo parte de una teoría del derecho, sino son, también, parte implícita del derecho mismo. De ahí que para él “la jurisprudencia es la parte general de la judicación,<sup>21</sup> prólogo silencioso de cualquier resolución en derecho”.<sup>22</sup> En su primer trabajo, tales principios eran designados simplemente como “la más correcta teoría del derecho”,<sup>23</sup> pero, en su última obra, *Law’s Empire*, caracteriza a estos principios, y a las proposiciones particulares que se siguen de ellos, como derecho “en sentido interpretativo”. Las prácticas jurídicas establecidas o paradigmas del derecho que tal teoría *interpretativa* tiene que interpretar, son denominados por Dworkin “*preinterpretativos*”,<sup>24</sup> y un teórico,

---

*risprudence* y *particular jurisprudence*. Sin embargo, en ocasiones se usa como sinónimo de *legal theory* (Vid. Walker, David, *Oxford Companion to Law*, Oxford, Oxford University Press, 1980, p. 678. NT).

<sup>15</sup> *Sit venia verba*. En el sentido de ‘evaluar’, ‘determinar o estimar valor, peso, alcance’. NT.

<sup>16</sup> *Law’s Empire*, cit., p. 102.

<sup>17</sup> *Sic*. NT.

<sup>18</sup> *Ibid.*, cap. III (Dworkin usa consistentemente *interpretive*. En inglés, *interpretive* es sinónimo de *interpretative*; que equivale al español: ‘interpretativo (a)’, por ello lo uso y no introduzco el neologismo ‘interpretivo (a)’. NT.).

<sup>19</sup> En el original *settled law*. Con esta expresión los juristas de la tradición del *Common Law* se refieren a aquel derecho que ha sido claramente resuelto por los tribunales en fallos reiterados, en contraste con el *unsettled law*, que es aún una cuestión abierta, aún incierta, sobre la cual los tribunales no han fallado o no existe un criterio claro.

<sup>20</sup> *Law’s Empire*, cit., p. 90.

<sup>21</sup> Vid. nota 45 del estudio preliminar que prefacciona esta traducción. NT.

<sup>22</sup> *Law’s Empire*, cit., p. 90.

<sup>23</sup> *Taking Rights Seriously*, cit., p. 66 (En la versión española dice: “la más lógica y mejor fundada teoría del derecho” [?!], Cfr., *Los derechos en serio*, cit., p. 124. NT.).

<sup>24</sup> *Law’s Empire*, cit., pp. 65-66.

piensa Dworkin, no tiene ninguna dificultad ni ninguna tarea teórica que realizar para identificar tales datos preinterpretativos, toda vez que éstos están establecidos como cuestión de consenso general por los juristas de los órdenes jurídicos particulares.<sup>25</sup>

No es obvio por qué debe haber o, verdaderamente, por qué podría haber, algún conflicto significativo entre empresas tan diferentes como la mía y la concepción de Dworkin de teoría jurídica. Mucho del trabajo de Dworkin, incluyendo *Law's Empire*, está dedicado a la elaboración de los méritos comparativos de tres diferentes explicaciones de la manera en que el derecho (“decisiones políticas pasadas”)<sup>26</sup> justifica la coacción y, así, produce tres diferentes formas de teoría jurídica que él llama ‘convencionalismo’, ‘pragmatismo jurídico’ y ‘derecho como integridad’.<sup>27</sup> Todo lo que escribe sobre estos tres tipos de teorías es de gran interés e importancia como contribución a una jurisprudencia evaluativa/justificativa y no me concierne discutir su elaboración de estas ideas *interpretativas*,<sup>28</sup> salvo en cuanto sostiene que la teoría jurídica positivista, como la presentada en este libro, puede ser iluminadamente replanteada como una teoría *interpretativa*. Esta última afirmación es, a mi parecer, equivocada y más adelante doy mis razones para objetar cualquier versión *interpretativa* de mi teoría.

Sin embargo, en sus libros, Dworkin parece desechar la teoría jurídica general y descriptiva por errónea o, simplemente por inútil, por decir lo mejor. “Las teorías del derecho útiles”, dice, son “interpretativas de un estadio particular de una práctica his-

---

<sup>25</sup> Sin embargo, Dworkin advierte que la identificación de tal derecho preinterpretativo puede, también, implicar interpretación (*Vid. Law's Empire, cit.*, p. 66).

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. 93.

<sup>27</sup> *Ibid.*, p. 94.

<sup>28</sup> Pero, nótese que algunos críticos, e.g., Michael Moore en su artículo “The Interpretive Turn in Modern Theory: A Turn for the Worse?” (en *Stanford Law Review*, vol. 41, 1989, pp. 947-948), aunque acepta que la práctica jurídica es interpretativa en el sentido de Dworkin, niega que la teoría jurídica pueda ser interpretativa.

tórica en desarrollo”<sup>29</sup> y, anteriormente, había escrito que “la tajante distinción entre descripción y evaluación” ha debilitado la teoría jurídica”.<sup>30</sup>

Encuentro difícil seguir las razones precisas de Dworkin para rechazar la teoría jurídica (o ‘jurisprudencia’, como frecuentemente la llama) descriptiva.<sup>31</sup> Su objeción central parece ser que la teoría jurídica tiene que tomar en cuenta una perspectiva interna del derecho, la cual consiste en el punto de vista de un participante<sup>32</sup> dentro de un orden jurídico y ninguna explicación adecuada de esta perspectiva interna puede ser proporcionada por una teoría descriptiva cuyo punto de vista no es el de un participante, sino la de un observador externo.<sup>33</sup> Sin embargo, no hay nada en el proyecto de una jurisprudencia descriptiva como la ejemplificada en mi libro, que impida a un observador externo, no participante, describir las formas en las cuales los participantes ven el derecho desde ese punto de vista interno. Por ello, expliqué en este libro con alguna extensión, que los participantes manifiestan su punto de vista interno al aceptar el derecho en tanto este les proporciona guías a su conducta y estándares de crítica. Por supuesto, un teórico jurídico descriptivo, como tal, no comparte la aceptación del derecho de los participante; pero, puede, y debe, describir tal aceptación; tal y como efectivamente me lo propuse en este libro. Es verdad que para este propósito el teórico jurídico descriptivo tiene que *entender* qué es adoptar el punto de vista interno y en ese limitado sentido tiene que ser capaz de ponerse en el lugar de un participante; pero esto no es aceptar el dere-

---

<sup>29</sup> *Law's Empire*, *cit.*, p. 102. Más adelante señala: “Las teorías generales del derecho, para nosotros, son interpretaciones generales de nuestra propia práctica judicial” (*Ibid.*, p. 410).

<sup>30</sup> *A Matter of Principle*, *cit.*, pp. *cit.*, p. 148. En otro lugar Dworkin señala: “las teorías del derecho no pueden sensatamente ser entendidas como... explicaciones neutrales de la práctica social” (“A Replay by Ronald Dworkin”, en Cohen, Marshall [ed.], *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, 1983, p. 254).

<sup>31</sup> Los paréntesis los introduje para la traducción; en el original la frase está entre comas. NT.

<sup>32</sup> He traducido *insider* por ‘participante’, en el sentido de ‘alguien dentro’; opuesto a *outsider*: ‘alguien fuera’, ‘externo’. NT.

<sup>33</sup> *Vid. Law's Empire*, *cit.*, pp. 13-14.

cho o compartir o respaldar el punto de vista interno del participante o entregar, de cualquier otra manera, su sitio descriptivo.

Dworkin en su crítica a la jurisprudencia descriptiva parece excluir esta obvia posibilidad que tiene un observador externo que toma en cuenta, de esta manera descriptiva, un punto de vista interno del participante, puesto que, como he dicho, Dworkin identifica a la jurisprudencia como “la parte general de la judicación” y esto es tratar a la propia jurisprudencia o teoría jurídica, como parte de un orden jurídico, visto desde la perspectiva interna de sus participantes judiciales.<sup>34</sup> Sin embargo, el teórico jurídico descriptivo puede entender y describir la perspectiva interna del derecho que tiene el participante sin adoptarlo o compartirlo. Aún si (como Neil MacCormick<sup>35</sup> y otros críticos han sostenido) la perspectiva interna del participante, hecha manifiesta en la aceptación del derecho el cual proporciona guías a la conducta y estándares de crítica, incluye necesariamente la creencia de que hay razones *morales* para conformarse con los requerimientos del derecho y justificación *moral* para el uso que hace de la coacción.<sup>36</sup> Esto sería, también, algo que una jurisprudencia descriptiva moralmente neutral tiene que registrar, pero no respaldar o compartir.

En respuesta a mi argumento de que las cuestiones parcialmente evaluativas que Dworkin llama ‘interpretativas’ no son las únicas cuestiones apropiadas de la jurisprudencia y de la teoría jurídica y que ahí hay un lugar importante para la jurisprudencia general y descriptiva, Dworkin ha concedido que así es y ha explicado que sus observaciones, tales como “[la] jurisprudencia es la parte general de la judicación” necesita [de una] cualifica-

---

<sup>34</sup> Con la expresión *judicial participants* Hart se refiere a los tribunales, a los órganos que realizan la judicación. NT.

<sup>35</sup> *Vid. Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1997 (1978) pp. 63-64 y 139-140.

<sup>36</sup> He preferido ‘coacción’ a ‘coerción’, y ‘coactivo’ a ‘coercitivo’, toda vez que tanto ‘coacción’, como ‘coactivo’ son más comunes en la teoría del derecho de habla española.

ción puesto que ésta, como ahora sostiene, es “sólo verdad para la jurisprudencia [que se ocupa de] la cuestión de sentido”.<sup>37</sup> Esta es una corrección importante y bienvenida de lo que parecía ser la afirmación extravagante y, como el propio Dworkin la llamó, verdaderamente ‘imperialista’, de que la única forma apropiada de teoría jurídica era interpretativa y evaluativa.

No obstante, encuentro aún muy perplejas las implicaciones de las palabras cautelosas con las que Dworkin acompaña el retiro de su afirmación aparentemente imperialista: “sin embargo es importante subrayar cómo esta cuestión [de sentido]<sup>38</sup> se introduce<sup>39</sup> en [todos] los problemas que las teorías generales, como la de Hart, han principalmente abordado.”<sup>40</sup> La relevancia de esta cautela no es clara. Los problemas que he abordado<sup>41</sup> incluyen problemas tales como la relación del derecho con las amenazas coactivas, por un lado, y con los requerimientos morales, por el otro. La razón de la cautela de Dworkin parece ser que al abordar tales cuestiones, aún los teóricos jurídicos descriptivos tendrán que enfrentar problemas sobre el sentido o significado de las proposiciones de derecho, las cuales únicamente pueden ser respondidas satisfactoriamente por una teoría jurídica interpretativa y parcialmente evaluativa. Si esto fuera realmente el caso, entonces, para determinar el sentido de cualquier proposición de derecho dada, aún el teórico jurídico descriptivo tendría que preguntar y contestar la cuestión interpretativa y evaluativa: ‘¿Qué sentido debe asignarse a esta proposición si éste debe seguirse de los principios que mejor se adaptan al derecho establecido y que mejor lo justifican?’ Pero, aun si fuera verdad que el teórico jurídico general y descriptivo, buscando una respuesta al tipo de cuestiones que he mencionado, tiene que determinar el sentido de las proposiciones de derecho en muchos

---

<sup>37</sup> Dworkin, R. M., “Legal Theory and the Problem of Sense”, en Gavison, R. (ed.), *Issues in Contemporary Legal Philosophy: The Influence of H. L. A. Hart*, cit., p. 19.

<sup>38</sup> Los corchetes se encuentran en el original. NT.

<sup>39</sup> En inglés *pervasive*, en el sentido de ‘introducirse’, ‘extenderse’, ‘impregnar’. NT.

<sup>40</sup> Dworkin, Ronald M. “Legal Theory and the Problem of Sense”, cit., p. 19.

<sup>41</sup> *Vid. supra*, p. 42.

órdenes jurídicos diferentes, parece no haber ninguna razón para aceptar la idea de que ésta *tenga que ser* determinada preguntándose por la cuestión interpretativa y evaluativa de Dworkin. Aún más, aunque los jueces y abogados de todos los órdenes jurídicos de los cuales el teórico jurídico general y descriptivo tiene que dar cuenta, hayan resuelto, de hecho, cuestiones de significado en esta forma interpretativa y parcialmente evaluativa, esto sería algo para que el teórico descriptivo general lo recoja como un hecho sobre el cual fundamentar sus conclusiones descriptivas generales, en cuanto al significado de tal proposición de derecho. Sería, por supuesto, un serio error suponer que, como estas conclusiones fueron fundamentadas de esta manera, tengan que ser interpretativas y evaluativas y que el teórico al proponerlas tenga que cambiar la tarea de descripción a la interpretación y evaluación. La descripción puede mantenerse descripción, aun cuando lo que se describa sea una evaluación.

## II. LA NATURALEZA DEL POSITIVISMO JURÍDICO

### 1. *Positivismismo como teoría semántica*

Mi libro es considerado por Dworkin como un trabajo representativo de positivismo jurídico moderno que se distingue de sus versiones anteriores, tales como las de [Jeremy] Bentham (1748-1832) y [John] Austin (1790-1859),<sup>42</sup> principalmente por su rechazo a sus teorías imperativas del derecho y a sus concepciones de que todo el derecho emana de una persona o cuerpo legislativo soberano, jurídicamente ilimitado. En mi versión del positivismo jurídico Dworkin encuentra un elevado número de errores diferentes, aunque relacionados. El más fundamental de estos errores es la idea de que la verdad de las proposiciones de derecho, tales

---

<sup>42</sup> Para una breve explicación sobre el positivismo de Bentham y de Austin, véase mi artículo: "La teoría del derecho de Jeremías Bentham", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XVII, núm. 50, mayo-julio de 1984, pp. 235-244; y el capítulo III: La teoría del derecho de John Austin y el Apéndice al capítulo III, en mi libro: *Elementos para una teoría general del derecho*, México, Themis, 1998, pp. 17-44. NT.

como aquellas que describen derechos y deberes jurídicos, depende únicamente de cuestiones de meros hechos históricos, incluyendo hechos sobre las creencias de los individuos y las actitudes sociales.<sup>43</sup> Los hechos, de los que depende la verdad de las proposiciones de derecho, constituye lo que Dworkin llama ‘fundamentos del derecho’<sup>44</sup> y el positivista, según él, erróneamente los toma para ser fijados por reglas lingüísticas, compartidas por jueces y abogados, las cuales gobiernan el uso y, de esta manera, el significado de la palabra ‘derecho’, tanto cuando ésta aparece en enunciados de lo que ‘el derecho’ es, en un orden jurídico particular, en una cuestión concreta, y en un enunciado sobre lo que es ‘derecho’ (*i.e.* derecho en general).<sup>45</sup> Desde este punto de vista positivista del derecho se seguiría que los únicos desacuerdos que puede haber sobre cuestiones del derecho son aquellos que se refieren a la existencia o no existencia de tales hechos históricos; no puede haber ningún desacuerdo o controversia teórica en cuanto a lo que constituye los “fundamentos” del derecho.

Dworkin dedica muchas páginas iluminantes de su crítica al positivismo jurídico para mostrar que los desacuerdos teóricos sobre lo que constituye los fundamentos del derecho son, contrariamente a la posición positivista, un rasgo relevante de la práctica jurídica angloamericana.<sup>46</sup> Contra la idea de que éstos son incontrovertiblemente fijados por reglas lingüísticas compartidas por abogados y jueces, Dworkin sostiene que son esencialmente controvertibles, puesto que entre ellos no sólo hay hechos históricos sino, muy frecuentemente, juicios morales y juicios de valor controvertibles.

Dworkin ofrece dos explicaciones muy diferentes de cómo es que los positivistas, como yo, hemos llegado a adoptar esta concepción radicalmente errónea. Según la primera de estas explicaciones, los

---

<sup>43</sup> *Law's Empire*, *cit.*, pp. 6 y ss.

<sup>44</sup> *Law's Empire*, *cit.*, p. 4

<sup>45</sup> *Law's Empire*, *cit.*, pp. 31 y ss.

<sup>46</sup> *Sic. NT.*

positivistas creen que si los fundamentos del derecho no fueran incontrovertiblemente fijados por reglas, sino que fueran un asunto controvertible que permite desacuerdos teóricos, entonces la palabra ‘derecho’ *significaría* diferentes cosas para diferentes personas<sup>47</sup> y al usarla estarían simplemente hablándose a sí mismos, sin comunicarse la misma cosa. Esta creencia, así imputada al positivista, es, según Dworkin, completamente equivocada, y la llama “mal semántico”,<sup>48</sup> porque descansa en una teoría sobre el significado de la palabra ‘derecho’. De esta manera en *Law’s Empire* Dworkin se propone eliminar este “mal semántico”.

Aunque en el primer capítulo de *Law’s Empire* estoy clasificado, con Austin, como un teórico semántico, que derivo del significado de la palabra ‘derecho’ una teoría positivista de meros hechos, padeciendo del mal semántico; sin embargo, nada en mi libro, o en ningún otro lugar en que yo haya escrito, respalda tal explicación de mi teoría. Mi doctrina de que los órdenes jurídicos nacionales evolucionados contienen una regla de reconocimiento que especifica los criterios para la identificación de las normas que los tribunales tienen que aplicar puede estar equivocada, pero yo, en ningún lugar fundamento esta doctrina en la equivocada idea de que es parte del significado de la palabra ‘derecho’ que deba haber tal regla de reconocimiento en todos los órdenes jurídicos, o en la aún más equivocada idea, de que si los criterios para la identificación de los fundamentos del derecho no estuvieran incontrovertiblemente fijados, ‘derecho’ *significaría* diferentes cosas para diferente personas.

Verdaderamente, este último argumento que se me imputa confunde el *significado* de un concepto con los criterios para su *aplicación* y, lejos de aceptar esto, expresamente llamé la aten-

---

<sup>47</sup> En el original *people*. He preferido ‘personas’ porque ‘gente’ es un nombre colectivo que se rige en singular. NT.

<sup>48</sup> *Law’s Empire*, *cit.*, pp. 45 (En el original *semantic sting*, en el sentido del padecimiento que proviene de la punción, picadura o mordida que da un insecto con aguijón, o el pinchazo de una púa, *i.e.*, ‘picadura’. NT.).

ción,<sup>49</sup> al explicar el concepto de justicia, sobre el hecho de que los criterios para la aplicación de un concepto con significado constante puede variar y ser controvertible. En efecto, para hacer esto claro tracé la misma distinción entre un concepto y diferentes concepciones de un concepto, distinción que figura relevantemente en el trabajo posterior de Dworkin.<sup>50</sup>

Por último, Dworkin insiste, también, en que la afirmación del positivista de que su teoría del derecho no es una teoría semántica, sino una explicación descriptiva de los rasgos distintivos del derecho en general, como fenómeno social complejo, presenta un contraste con la teoría semántica que es vacía y equívoca. Su argumento<sup>51</sup> es que, como uno de los rasgos disíntivos del derecho como fenómeno social es que los abogados debaten la verdad de las proposiciones de derecho y lo ‘explican’ con referencia al significado de tales proposiciones, tal teoría descriptiva del derecho tiene que ser, después de todo, semántica.<sup>52</sup> Este argumento, me parece, confunde el significado de ‘derecho’ con el significado de las proposiciones de derecho. Una teoría semántica del derecho, dice Dworkin que es una teoría en que el verdadero significado de la palabra ‘derecho’ hace que el derecho dependa de ciertos criterios específicos. Pero, las proposiciones de derecho son típicamente enunciados no de lo que ‘derecho’ es, sino de lo que el *derecho* es, *i.e* de lo que el derecho de algún orden [jurídico] permite, requiere o faculta a las personas hacer. De esta manera, aun si el significado de tales proposiciones de derecho fuera determinado por definiciones o por sus condiciones de verdad, esto no conduce a la conclusión

---

<sup>49</sup> Vid. *The Concept of Law*, cit., p. 160. (Vid. *El concepto de derecho*, cit., pp. 199-200. NT.).

<sup>50</sup> Sobre esta distinción, véase Rawls, John, *A Theory of Justice*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1971, pp. 5-6 y 10 (Existe versión en español de María Dolores González: *Teoría de la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1995 [1979]. NT.) [[Al distinguir el concepto de justicia de otras concepciones de justicia, Rawls sostiene: “Aquí sigo la opinión de H. L. A. Hart en *El concepto de derecho*” (Oxford, Oxford University Press, pp. 155-159. Vid. *A Theory of Justice*, cit., p. 5. n. 1)] (Vid. *Teoría de la justicia*, cit., p. 19, n. 1 y *El concepto del derecho*, cit., pp.193-199. NT.).

<sup>51</sup> *Law's Empire*, cit., pp. 418-419, n. 29.

<sup>52</sup> Vid. *Law's Empire*, cit., pp. 31-33.

de que el verdadero significado de la palabra ‘derecho’ haga que el derecho dependa de ciertos criterios específicos. Esto solamente sería el caso, si los criterios proporcionados por una regla de reconocimiento de un orden [jurídico] y la necesidad de tal regla derivara del significado de ‘derecho’. Pero no existe huella de tal doctrina en mi trabajo.<sup>53</sup>

Existe otro aspecto en el cual Dworkin mal interpreta mi forma de positivismo jurídico. Él trata mi doctrina de la regla de reconocimiento como requiriendo que los criterios que ella proporciona para la identificación del derecho deban consistir únicamente en hechos históricos y, de esta manera, como ejemplo del “positivismo de meros hechos”.<sup>54</sup> Pero, aunque mis principales ejemplos de los criterios proporcionados por la regla de reconocimiento son cuestiones a las que Dworkin ha llamado ‘pedigrí’,<sup>55</sup> y se refieran sólo a la manera en la cual las normas son adoptadas o creadas por las instituciones jurídicas y no a su contenido, expresamente sostengo tanto en este libro<sup>56</sup> y en mi artículo anterior sobre “Positivismo y la separación de derecho y moral”,<sup>57</sup> que en algunos sistemas de derecho, como en el de Estados Unidos, el último criterio de validez jurídico podría explícitamente incorporar, además del pedigrí, principios de justicia o valores morales sustantivos y éstos podrían constituir el contenido de límites jurídicos constitucionales. Al imputarme un positivismo de “meros hechos” en *Law's Empire*, Dworkin ignora este aspecto de mi teoría. De esta forma, la versión ‘semántica’ de positivismo de meros hechos, el cual me atribuye no es, en

---

<sup>53</sup> Vid. *The Concept of Law*, cit., p. 209, donde yo repudio una doctrina así (Vid. *El concepto del derecho*, cit., pp. 257-259. NT.).

<sup>54</sup> [[Esta frase es de Hart y no aparece en *Law's Empire*]].

<sup>55</sup> *Taking Rights Seriously*, cit., p.17 (Vid. *Los derechos en serio*, p. 65. NT.).

<sup>56</sup> Vid. *The Concept of Law*, cit., p. 72 y *El concepto de derecho*, cit., pp. 89 y 90. NT.

<sup>57</sup> En *Harvard Law Review*, vol. 71, 1958, p. 598 (reimpreso en Feinberg, J, y Gross, H. [eds.], *Law in the Perspective of Society*, Los Angeles, Dickenson Publishers, 1977, pp. 46-65. NT.), reimpreso en mi *Essays on Jurisprudence and Philosophy*, cit., pp. 49-87 (Vid. especialmente, pp. 54 y 55) (Existe versión en español de Genaro R. Carrió: “El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral”, en Hart, H. L. A., *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, Buenos Aires, De Palma, 1962, pp. 1-64. NT.).

absoluto, mía; como tampoco es mía, ninguna forma de positivismo de meros hechos.

## 2. *Positivismo como teoría interpretativa*

La segunda explicación de Dworkin del positivismo de meros hechos no trata al positivismo como teoría semántica o basada en consideraciones lingüísticas, sino intenta reconstruirlo como una forma de teoría interpretativa dworkiniana llamada por él ‘convencionalismo’. De acuerdo con ésta teoría (la cual Dworkin, en última instancia, rechaza como defectuosa) el positivista, a guisa de un teórico interpretativo comprometido en mostrar el derecho en su mejor luz, presenta los criterios del derecho como consistiendo en meros hechos, incontrovertiblemente fijados, no por el vocabulario del derecho, como en la versión semántica, sino por una convicción compartida por jueces y abogados. Esto arroja una luz favorable al derecho porque muestra que éste asegura algo de gran valor para los súbditos del derecho, a saber: que las ocasiones para la [aplicación de la] coacción jurídica se hacen depender de meros hechos asequibles a todos, de tal manera que todos tendrán una clara advertencia antes de que la coacción sea aplicada. A esto Dworkin lo llama “el ideal de expectativas protegidas”;<sup>58</sup> sin embargo, para él, sus méritos, al final, no superan sus varios defectos.

Pero, esta explicación interpretativista<sup>59</sup> del positivismo como convencionalismo no puede ser representada como una versión o reconstrucción plausibles de mi teoría del derecho. Esto es así por dos razones. Primera, como he señalado, mi teoría no es una teoría del positivismo de meros hechos, puesto que entre los criterios [para determinar] el derecho admite valores, no ‘meros’ hechos. Pero, en segundo lugar, y más importante, mientras la teoría interpretativa de Dworkin, en todas sus formas, descansa en la presunción de que el objetivo o el propósito del derecho y

<sup>58</sup> *Law's Empire*, cit., p. 117.

<sup>59</sup> *Sit venia verba*. NT.

de la práctica jurídica consiste en justificar la coacción, ciertamente no es, ni nunca ha sido, mi opinión de que el derecho tenga esto como objetivo o propósito. Como otras formas del positivismo, mi teoría no pretende identificar el objetivo o propósito del derecho y de las prácticas jurídicas como tales; de esta manera no existe nada en mi teoría para soportar el punto de vista de Dworkin, el cual, ciertamente no comparto, de que el propósito del derecho sea justificar el uso de la coacción. De hecho, pienso que es completamente vano buscar algún propósito más específico al cual el derecho, en cuanto tal, sirva, más allá de proveer guías a la conducta humana y estándares de crítica a tal conducta. Esto, por supuesto, no sirve para distinguir las normas jurídicas<sup>60</sup> de otras reglas o principios con el mismo propósito general; los rasgos distintivos del derecho son proveer mediante reglas secundarias a la identificación, cambio y ejecución de sus estándares y la pretensión general de prioridad sobre otros estándares.<sup>61</sup>

Sin embargo, aun si mi teoría estuviera completamente comprometida con un positivismo de meros hechos en la forma del convencionalismo, el cual protege las expectativas garantizando que un conocimiento previo de las ocasiones para la [aplicación de la] coacción jurídica será siempre accesible, esto únicamente mostraría que yo considero esto como un mérito moral particular que el derecho tiene, no que todo el propósito del derecho, como tal, sea proveer a ello. Como las ocasiones para la coacción jurídica son, mayormente, casos donde la función primaria del derecho al guiar la conducta de sus súbditos ha sido violada, la coacción jurídica, aunque, por supuesto un asunto importante, es una función secundaria. Su justificación no puede ser sensatamente tomada como constituyendo el objeto o propósito del derecho en cuanto tal.

Las razones de Dworkin para reconstruir mi teoría jurídica como una teoría convencionalista interpretativa que sostiene que

---

<sup>60</sup> En el original *laws*, en el sentido de *legal rule*, unidad básica de los órdenes jurídicos. NT.

<sup>61</sup> En el original es punto y seguido. NT.

la coacción jurídica sólo se justifica “cuando se conforma con los entendimientos convencionales”,<sup>62</sup> descansa en mi explicación de los *Elementos del derecho*.<sup>63</sup> Ahí presento las reglas secundarias de reconocimiento, cambio y judicación como remedios para [superar] los defectos de un régimen imaginario simple, constituido únicamente por reglas primarias de obligaciónúm. Estos defectos son la *incertidumbre* en cuanto a la identidad de las reglas, su carácter *estático* y el derroche de *ineficacia* de la presión social difusa, único [recurso] mediante el cual son aplicadas las reglas. Pero, al presentar estas reglas secundarias como remedios para [superar] tales defectos, en ningún lado sostengo que la coacción jurídica se *justifique* únicamente cuando se conforma con tales reglas; menos aún, que proveer tal justificación sea el objeto o propósito del derecho en general. Realmente, la única referencia que hago a la coacción en mi descripción de las reglas secundarias es el derroche de *ineficacia* al dejar la aplicación de las reglas a la presión social difusa, en vez de sanciones organizadas, administradas por tribunales. Pero, obviamente, un remedio para la ineficacia no es una justificación.

Por supuesto, es verdad que la introducción de una regla secundaria de reconocimiento al régimen de reglas primarias de obligación, al permitir frecuentemente a los individuos identificar con anticipación las ocasiones de [aplicación de la] coacción, ayudará a justificar su uso, en el sentido de que excluirá una objeción moral a su utilización. Pero, la certeza y el conocimiento previo de los requerimientos del derecho que la regla de reconocimiento acarrea no son importantes únicamente cuando se trata de la coacción: es igualmente crucial para el uso inteligente de facultades jurídicas (*e.g.* otorgar testamentos o celebrar contratos) y, generalmente, para la planeación inteligente de la vida privada y pública. La justificación de la coacción a la cual la regla de reconocimiento contribuye no puede ser representada, por tanto, como su objeto o propósito general, menos aún puede

---

<sup>62</sup> *Law's Empire*, cit., p. 429, n. 3.

<sup>63</sup> *Vid. The Concept of Law*, cit., pp. 91-99 (*Id. El concepto de derecho*, cit., pp. 113-123. NT.).

ser representada como el objeto o el propósito general del derecho como un todo. Nada en mi teoría sugiere que se pueda.

### 3. *Positivismos suave*

Dworkin, al atribuirme una doctrina de ‘positivismo de meros hechos’ ha manejado erróneamente mi teoría no sólo requiriendo (como ésta lo hace) que la existencia y la autoridad de la regla de reconocimiento deba depender del hecho de su aceptación por los tribunales, sino, también, como requiriendo (cosa que ésta no hace) que los criterios de validez jurídica que la regla proporciona deban consistir exclusivamente del tipo específico de meros hechos que él llama asuntos de ‘pedigrí’ y que se refieren a la manera y forma de la adopción o creación del derecho. Esto es doblemente erróneo. Primeramente, porque ignora mi aceptación explícita de que la regla de reconocimiento puede incorporar como criterios de validez jurídica la conformidad con principios morales o valores sustantivos; por lo que mi doctrina es lo que se ha denominado “positivismo suave” y no, en la versión que Dworkin tiene de ella, positivismo de ‘meros hechos’. En segundo lugar, no hay nada en mi libro que sugiera que los criterios de ‘meros hechos’ proporcionados por la regla de conocimiento tengan que ser únicamente cuestiones de pedigrí; por el contrario, pueden ser límites sustantivos al contenido de la legislación como las Enmiendas Dieciséis o Diecinueve de la Constitución de Estados con respecto al establecimiento de la religión o restricciones al derecho de voto.

Sin embargo, esta respuesta no enfrenta la crítica más fundamental de Dworkin. Dworkin, al responder a otros teóricos los cuales han adoptado, también, alguna forma de positivismo suave,<sup>64</sup> ha hecho importantes críticas a este [tipo de positivismo] que, si son válidas, se aplicarían a mi teoría y esto requiere de una respuesta aquí.

---

<sup>64</sup> *Vid.* sus réplicas a E. P. Soper y a J. L. Coleman en “A Replay by Ronald Dworkin”, *cit.*, pp. 247, 252 y ss.

La crítica más fundamental de Dworkin es que existe una inconsistencia profunda entre el positivismo suave, el cual permite que la identificación del derecho dependa de cuestiones controvertibles, de conformidad con juicios morales u otros juicios de valor, y la visión positivista general del derecho como esencialmente interesada en proporcionar estándares de conducta confiables y públicos que puedan ser identificados, con certeza, como cuestiones de meros hechos, sin depender de argumentos morales controvertibles.<sup>65</sup> Para establecer tal inconsistencia entre el positivismo suave y el resto de mi teoría, Dworkin cita mi explicación de la regla de reconocimiento como poniendo remedio, entre otros defectos, a la incertidumbre del régimen pre-jurídico imaginario de normas primarias de obligación de tipo consuetudinario.

Esta crítica al positivismo suave me parece exagerar, tanto el grado de certeza que un positivista consistente tiene que atribuir a un cuerpo de estándares jurídicos y la incertidumbre que resultaría si los criterios de validez jurídica incluyeran la conformidad con principios o valores morales específicos. Por supuesto, es verdad que una importante función de la regla de reconocimiento es promover la certeza con la cual el derecho tiene que ser determinado. Esto no lo lograría hacer si las pruebas que introdujera para [la determinación] del derecho no sólo originara cuestiones controvertibles en algunos casos, sino las originara en todos o en la mayoría de los casos. Sin embargo, la exclusión de toda incertidumbre a cualquier costo para otros valores no es un fin que haya siempre contemplado para la regla de reconocimiento. Esto es hecho claro, o así lo había esperado, tanto por mi afirmación explícita en este libro de que la regla de reconocimiento, por sí misma, así como las reglas de derecho particulares identificadas con referencia a ella, pueden tener una ‘penumbra’ de incertidumbre debatible.<sup>66</sup> Existe también mi ar-

---

<sup>65</sup> “A Replay by Ronald Dworkin”, *cit.*, p. 248.

<sup>66</sup> [[*Vid. The Concept of Law, cit.*, pp. 123, 147-154]] (*Vid. El concepto de derecho, cit.*, pp. 152-153 y 182-191. NT.).

gumento general de que, aún si las normas pudieran ser redactadas de manera que pudieran resolver, de antemano, todas las cuestiones posibles que surgieran sobre su significado, adoptar tales normas chocaría frecuentemente con otros fines que el derecho debe acariciar.<sup>67</sup> Un margen de incertidumbre debe ser tolerado y, realmente, bienvenido en el caso de muchas reglas jurídicas, de forma que una resolución judicial informada pueda ser tomada cuando la composición de un caso imprevisto es conocido y los problemas en cuestión en esta decisión pueden ser identificados y, así, racionalmente resueltos. Únicamente si la función de provisión de certeza de la regla de reconocimiento es tratada como suprema y dominante, la forma del positivismo suave, que incluye, entre los criterios del derecho, conformidad con principios o valores morales que pueden ser controvertibles, podría ser considerado inconsistente. Aquí, la cuestión subyacente se refiere al grado o extensión de incertidumbre que un orden jurídico puede tolerar si hay que hacer algún avance significativo sobre un régimen descentralizado de reglas consuetudinarias estableciendo guías de conducta generalmente confiables y determinadas, identificables de antemano.

La segunda crítica de Dworkin sobre la consistencia de mi versión del positivismo suave origina cuestiones diferentes y más complejas, referidas a la determinación y completitud del derecho. Mi tesis, señalada en este libro, es que las reglas y los principios jurídicos identificados en términos generales por los criterios proporcionados por la regla de reconocimiento, habitualmente tienen lo que llamo frecuentemente 'textura abierta'. De tal forma, que, cuando la cuestión es saber si una regla dada se aplica a un caso particular, el derecho no puede dar una respuesta en ningún sentido y, así, se muestra parcialmente indeterminado. Estos casos no son meramente 'casos difíciles', controvertibles en el sentido de que juristas razonables e informados puedan estar en desacuerdo sobre qué respuesta es jurí-

---

<sup>67</sup> [[*Vid. The Concept of Law, cit.*, p. 128]] (*Vid. El concepto de derecho, cit.*, pp. 159-160. NT.).

dicamente correcta, sino que el derecho, en tales casos, es fundamentalmente *incompleto*: no proporciona ninguna respuesta a la cuestión planteada. Estos casos son jurídicamente no regulados y para pronunciar una resolución los tribunales tienen que ejercer la restringida función jurídico creadora que llamo: 'discreción judicial'.<sup>68</sup> Dworkin rechaza la idea de que el derecho pueda ser incompleto de esta forma y que deje lagunas que tengan que ser llenadas mediante el ejercicio de tal discreción judicial jurídico creadora. Esta idea, piensa Dworkin, es una inferencia errónea del hecho de que una proposición de derecho que afirme la existencia de un derecho o un deber jurídico puede ser controvertible y ser, así, un asunto sobre el cual hombres razonables e informados pueden estar en desacuerdo, y cuando ellos efectivamente están en desacuerdo, con frecuencia, no hay ninguna manera de demostrar concluyentemente si es verdadera o falsa. Tal inferencia es errónea porque, cuando una proposición de derecho es controvertible de esta manera, puede haber aún, como quiera que sea, "hechos del caso",<sup>69</sup> en virtud de los cuales es verdadera o falsa, porque aunque su verdad o falsedad no pueda ser demostrada, los argumentos de que ésta sea verdadera, pueden ser evaluados como mejores que los argumentos de que sea falsa, y viceversa. Esta distinción entre el derecho que es controvertible y el derecho que es incompleto o indeterminado es una cuestión de importancia considerable para la teoría interpretativa de Dworkin, puesto que, de conformidad con tal teoría, una proposición de derecho es verdadera sólo si, en conjunción con otras premisas, ésta se sigue de principios que, a la vez, se adaptan mejor a la historia institucional del orden jurídico y proporcionan, además, la mejor justificación moral para ella. Como para Dworkin la verdad de cualquier proposición de derecho depende, en última instancia, de la verdad de un juicio moral que mejor lo justifica y, toda vez que, para él, los juicios morales son esencialmente controvertibles, entonces lo son así todas las proposiciones de derecho.

---

<sup>68</sup> He añadido el adjetivo 'judicial' toda vez que esta expresión corresponde más a nuestra tradición jurídica. NT.

<sup>69</sup> En el sentido de *facts of the matter*. NT.

Para Dworkin la idea de un criterio de validez jurídica cuya aplicación implique un juicio moral controvertible no presenta ninguna dificultad teórica; desde su punto de vista, puede incluso haber una prueba genuina para el derecho preexistente, porque su carácter controvertible es perfectamente compatible con que haya hechos (en muchos casos, hechos morales) en virtud de los cuales sea verdadero.

Pero, el positivismo suave, el cual permite que un criterio de validez jurídica pueda ser, en parte, una prueba, sufre, como sostiene Dworkin, de una segunda inconsistencia, además de la que ya se ha hablado anteriormente.<sup>70</sup> Porque éste no es únicamente inconsistente con la “visión” positivista del derecho como identificable con certeza, sino inconsistente, también, con el deseo, que Dworkin atribuye a los positivistas, de hacer que “el nivel objetivo de las proposiciones de derecho”<sup>71</sup> sea independiente de cualquier compromiso con cualquier teoría filosófica controvertible del *status* de los juicios morales, puesto que una prueba moral puede ser una prueba para el derecho preexistente sólo si existen hechos morales objetivos en virtud de los cuales los juicios morales sean verdaderos. Pero, que haya tales hechos morales objetivos es una teoría filosófica controvertible; si no hay tales hechos, un juez, a quien se le dice aplicar una prueba moral, únicamente puede tratar esto como un llamado para que ejerza la discreción judicial jurídico creadora, de conformidad con su mejor entendimiento de la moralidad y sus requerimientos y sujeto a cualquier límite que le sea impuesto por el orden jurídico.

Sigo pensando que la teoría jurídica debe evitar compromisos con teorías filosóficas controvertibles sobre el *status* general de los juicios morales y debe dejar abierto, como hago en este libro,<sup>72</sup> la cuestión general de saber si éstos tienen lo que Dworkin llama ‘nivel objetivo’. Puesto que cualquiera que sea la respuesta a esta

---

<sup>70</sup> *Vid. supra*, pp. 57-59.

<sup>71</sup> “A Replay by Ronald Dworkin”, *cit.*, p. 250.

<sup>72</sup> *Vid. The Concept of Law, cit.* p. 168 y *El concepto de derecho, cit.*, pp. 208 y 209. NT.

cuestión filosófica, el deber del juez será el mismo, a saber: hacer el mejor juicio moral que pueda sobre cualquiera cuestión moral que tenga que resolver. No importará, para cualquier propósito práctico, si al decidir así los casos el juez se encuentra *creando* derecho de conformidad con la moralidad (sujeto a cualquier límite que esté impuesto por el derecho) o, alternativamente, guiado por su juicio moral como si un derecho previamente existente hubiera sido revelado por una prueba moral para [la determinación] del derecho. Por supuesto, si la cuestión del nivel objetivo de los juicios morales es dejada abierta por la teoría jurídica, como sostengo que debe ser, entonces el positivismo suave no puede ser simplemente caracterizado como la teoría en la cual los principios o valores morales pueden estar entre los criterios de validez jurídica, puesto que, si es una cuestión abierta saber si los principios y valores morales tienen nivel objetivo, también tiene que ser una cuestión abierta saber si las provisiones del 'positivismo suave' tendentes a incluir la conformidad con estos principios y valores entre las pruebas para [la determinación] del derecho existente, pueden tener tal efecto o, por el contrario, pueden únicamente constituir direcciones para los tribunales para *crear* derecho de conformidad con la moralidad.

Cabe observar que algunos teóricos, especialmente Raz, sostienen que cualquiera que pudiera ser el *status* de los juicios morales, siempre que el derecho requiera de los tribunales aplicar estándares morales para determinar el derecho, otorga con ello a los tribunales discreción judicial y los guía para usarla de conformidad con su mejor juicio moral al crear lo que es derecho nuevo; con ello no se convierte a la moralidad en derecho pre-existente.<sup>73</sup>

---

<sup>73</sup> *Id.* Raz, Joseph, "Dworkin: A New Link in the Chain", en *California Law Review*, vol. 74, 1986, pp. 1110, 1115 y 1116.

### III. LA NATURALEZA DE LAS REGLAS

#### 1. *La teoría práctica de las reglas*

En varios puntos en este libro llamé la atención sobre la distinción entre enunciados internos de derecho y enunciados externos de derecho, así como entre aspectos internos y externos del derecho.

Para explicar estas distinciones y su importancia, comencé por examinar,<sup>74</sup> no el altamente complejo caso de un orden jurídico que contiene tanto reglas legisladas, como de tipo consuetudinario, sino el caso, más simple (al cual se aplican las mismas distinciones entre interno y externo) de reglas de tipo consuetudinario de cualquier grupo social, grande o pequeño, y a éstas las llamo 'reglas sociales'. La explicación que he dado a éstas ha llegado a conocerse como la 'teoría práctica' de las reglas en virtud de que trata las reglas sociales de un grupo como constituidas por una forma de práctica social que comprende, tanto patrones de conducta regularmente seguidos por la mayoría de los miembros del grupo, como una distintiva actitud normativa hacia esos patrones de conducta, a la cual he llamado 'aceptación'. Ésta [última] consiste en la disposición continua de los individuos de considerar tales patrones de conducta como guías de su propia conducta futura y como estándares de crítica los cuales pueden legitimar reclamos y varias formas de presión para [exigir] conformidad [hacia ellas]. El punto de vista externo para las reglas sociales es el de un observador de éstas prácticas y el punto de vista interno es el de un participante en tal práctica quien acepta las reglas como guías de conducta y como estándares de crítica.

Mi teoría práctica de las reglas sociales ha sido extensamente criticada por Dworkin, quien, como ya he mencionado, hace una distinción similar, pero, de hecho, de muchas maneras, muy diferente, entre una descripción externa de las reglas sociales de una comunidad hecha por un sociólogo y el punto de vista interno de

---

<sup>74</sup> Vid. *The Concept of Law*, cit., pp. 56 y 57 (Vid. *El concepto de derecho*, pp. 70-72. NT.).

un participante que recurre a las reglas con el propósito de evaluar y criticar su propia conducta y la de otros.<sup>75</sup> Algo de la crítica de Dworkin a mi explicación original de reglas sociales es ciertamente correcto e importante para el entendimiento del derecho y, en lo que sigue aquí, señalo las numerosas modificaciones a mi explicación original, las cuales considero ahora necesarias.

i. Mi explicación, como ha sostenido Dworkin, es defectuosa al ignorar la diferencia importante entre un consenso por *convención*, manifiesto dentro de un grupo de reglas convencionales, y un consenso por *convicción* independiente, manifiesto en las prácticas concurrentes dentro de un grupo. Las reglas son prácticas sociales convencionales si la conformidad general de un grupo hacia ellas es parte de las razones que los individuos miembros tienen para su aceptación; por el contrario, las prácticas meramente concurrentes, tales como la moralidad compartida de un grupo, están constituidas, no por convención, sino por el hecho de que los miembros de un grupo han generalmente actuado por las mismas, pero independientes, razones para comportarse de ciertas formas específicas.

ii. Mi explicación de reglas sociales, como de nuevo Dworkin ha correctamente sostenido, es aplicable únicamente a las reglas que son convencionales en el sentido que ahora he explicado. Esto estrecha considerablemente el horizonte de mi teoría práctica y no la considero, ahora, una correcta explicación de la moralidad, sea individual o social. Sin embargo, la teoría se mantiene como una explicación fidedigna de las reglas sociales convencionales, las cuales comprenden, además de costumbres sociales ordinarias (que pueden ser o pueden no ser reconocidas como teniendo fuerza jurídica), ciertas reglas jurídicas importantes, incluyendo la regla de reconocimiento, la cual es, en efecto, una forma de regla consuetudinaria judicial que existe únicamente si ésta es aceptada y practicada en las operaciones de identificación y de aplicación jurídicas de los tribunales. Las re-

---

<sup>75</sup> [[*Vid. Law's Empire, cit.*, pp. 13 y 14]]

glas jurídicas legisladas, en contraste, aunque son identificables como reglas jurídicas válidas por los criterios proporcionados por la regla de reconocimiento, pueden existir como reglas jurídicas desde el momento de su promulgación, antes de que haya surgido cualquier ocasión para su aplicación, y la teoría práctica no les es aplicable.

La crítica central de Dworkin a la teoría práctica de las reglas es que ésta erróneamente considera a una regla social como constituida por su práctica social y, de esta forma, Dworkin trata el enunciado de que tal regla existe meramente como un enunciado del hecho sociológico externo de que las condiciones prácticas para la existencia de la regla han sido satisfechas.<sup>76</sup> Tal descripción, así sostiene Dworkin, no puede explicar el carácter *normativo* que posee ni siquiera la regla convencional más simple, puesto que estas reglas establecen *deberes y razones para la acción* a los cuales se alude cuando tales reglas son citadas, como comúnmente los son, al criticar la conducta y al respaldar los reclamos para la acción. La provisión de razones y el establecimiento de deberes son rasgos [característicos] de las reglas constituyen su carácter normativo distintivo y [esto] muestra que su existencia no puede consistir meramente en un estado de cosas fáctico como son las prácticas y actitudes que, de acuerdo con la teoría práctica, constituyen la existencia de una regla social.<sup>77</sup>

De acuerdo con Dworkin, una regla normativa con estos rasgos distintivos únicamente existe si hay “un cierto estado normativo” de cosas.<sup>78</sup> Encuentro estas palabras transcritas, tentadoramente obscuras: a partir de la explicación del ejemplo de la regla de los feligreses asistentes a la iglesia (los varones tienen que descubrirse en la iglesia).<sup>79</sup> Dworkin, al parecer, entiende

<sup>76</sup> [[*Vid. Taking Rights Seriously, cit.*, pp. 48-58]] (*Vid. Los derechos en serio, cit.*, pp. 104-118. NT.).

<sup>77</sup> En el original es punto y seguido. NT.

<sup>78</sup> *Taking Rights Seriously, cit.*, p. 51 (*Vid. Los derechos en serio, cit.*, pp. 107-109. NT).

<sup>79</sup> [[*Taking Rights Seriously, cit.*, pp. 50-58. *Vid. este libro pp. 124-125*]] (*Vid. Los derechos en serio, cit.*, pp. 106-118 y *El concepto de derecho, cit.*, pp. 155-157, respectivamente. NT.).

por un estado normativo de cosas la existencia de buenos fundamentos o justificaciones morales para hacer lo que la regla requiere. De esta forma, afirma, que mientras la mera práctica regular de los feligreses de quitarse los sombreros en la iglesia no puede constituir la regla, puede ayudar a justificarla, creando formas de infringir y generando expectativas que sean buenos fundamentos para que una regla requiera quitarse los sombreros en la iglesia. Si esto es lo que Dworkin entiende por un estado normativo de cosas, necesario para garantizar la afirmación de que una regla normativa [existe], su explicación de las condiciones de existencia de una regla social, me parece, son demasiado fuertes. Puesto que parece requerir no sólo que el participante que recurre a las reglas como estableciéndole deberes o proveyéndole razones para la acción, tiene que creer que hay buenos fundamentos o justificaciones morales para conformarse a las reglas, sino que tiene que haber, efectivamente, estos buenos fundamentos. Evidentemente, una sociedad puede tener reglas aceptadas por sus miembros que son moralmente perversas, reglas tales como prohibir a las personas de cierto color usar servicios públicos, como parques o balnearios en las playas. Verdaderamente, aun la más débil condición de que para la existencia de una regla social tenga que ser el caso que los participantes tengan únicamente que *creer* en que hay buenos fundamentos morales para conformarse a ella es muy fuerte como condición general para la existencia de reglas sociales, puesto que algunas reglas pueden ser aceptadas simplemente por deferencia a la tradición o por el deseo de identificarse con los otros o en la creencia de que la sociedad conoce mejor qué es lo que le conviene a los individuos. Estas aptitudes pueden coexistir con una más o menos vívida conciencia de que las reglas son moralmente objetables. Por supuesto, una regla convencional puede ser moralmente correcta y justificada y creerse que lo es. Pero, cuando surge la cuestión de por qué lo han hecho así los que han aceptado las reglas convencionales como guías para su comportamiento o como estándares de crítica, no veo ninguna razón para seleccionar, de entre las muchas respuestas que dar,<sup>80</sup> la creencia en la

---

<sup>80</sup> Vid. *The Concept of Law*, cit., pp. 114 y 116 (Vid. *El concepto de derecho*, cit., pp. 141-142 y 144-145. NT.).

justificación moral de las reglas como la única respuesta posible o adecuada.

Finalmente, Dworkin sostiene que la teoría práctica de las reglas, aun si se restringe sólo a las reglas convencionales, tiene que ser abandonada porque no puede acomodar la idea de que el alcance de una regla convencional puede ser controvertible y, por tanto, sujeta a desacuerdo.<sup>81</sup> Dworkin no niega que haya algunas reglas incontrovertibles constituidas por práctica regular y aceptación, pero sostiene que las reglas así constituidas incluyen únicamente casos relativamente sin importancia, tales como las reglas de ciertos juegos. Pero, en este libro una regla tan importante y tan poco controvertible como la regla de reconocimiento básica de un orden jurídico es tratada como una regla constituida por la práctica uniforme de los tribunales al aceptarla como guía de sus operaciones de aplicación y ejecución del derecho. Contra esto, Dworkin objeta que en los casos difíciles hay desacuerdos teóricos frecuentes entre jueces sobre qué es el derecho en ciertos temas y esto muestra que la apariencia de incontrovertibilidad<sup>82</sup> y aceptación general es una ilusión.<sup>83</sup>

Por supuesto, la frecuencia e importancia de tales desacuerdos no puede negarse, pero recurrir a su existencia y usarlos como argumento contra la aplicabilidad de la teoría práctica a la regla de reconocimiento, descansa en un malentendido sobre la función de la regla. Este malentendido supone que la regla es hecha para determinar, por completo, el resultado jurídico en casos particulares, de forma que cualquier cuestión jurídica que surja en cualquier caso podría ser resuelto recurriendo meramente a los criterios o pruebas proporcionados por la regla de reconocimiento. Pero esto es un error: la función de la regla de reconocimiento es determinar únicamente las condiciones generales que las resoluciones jurídicas correctas tienen que satisfacer en los órdenes jurídicos modernos.

---

<sup>81</sup> [*Taking Rights Seriously*, cit., pp. 58]] (*Vid. Los derechos en serio*, cit., pp. 116-118. NT.).

<sup>82</sup> *Sit venia verba*. NT.

<sup>83</sup> En el original es punto y seguido. NT.

La regla hace esto con mayor frecuencia, proporcionando criterios de validez a los cuáles Dworkin llama cuestiones de pedigrí y que se refieren, no al contenido del derecho, sino a la manera y forma en las cuales las normas son creadas o adoptadas. Pero, como he dicho,<sup>84</sup> además de tales cuestiones de pedigrí, la regla de reconocimiento puede proporcionar pruebas referidas no sólo al contenido fáctico de las normas sino a su conformidad con valores o principios morales sustantivos. Por supuesto, en casos particulares los jueces pueden estar en desacuerdo en cuanto a saber si tales pruebas son satisfechas o no y una prueba moral [incorporada] en la regla de reconocimiento no resolverá al desacuerdo. Los jueces pueden estar de acuerdo sobre la relevancia de tales pruebas como algo decidido por la práctica judicial establecida, aun cuando puedan estar en desacuerdo en cuanto a qué requieren las pruebas en los casos particulares. Vista de este modo, la teoría práctica de las reglas es completamente aplicable a la regla de reconocimiento.

## 2. *Reglas y principios*

Por mucho, la más conocida crítica de Dworkin a este libro es de que éste erróneamente presenta al derecho como constituido únicamente por reglas de 'todo o nada' e ignora un tipo diferente de estándar jurídico, a saber: los principios jurídicos, los cuales juegan una parte distintiva e importante en el razonamiento y en la judicación jurídica. Algunos críticos que han encontrado este defecto en mi trabajo lo han concebido como una falta más o menos aislada que puedo reparar incluyendo simplemente principios jurídicos, conjuntamente con reglas jurídicas, como componentes de un orden jurídico y han pensado que lo podría hacer sin abandonar o modificar seriamente algunos de los temas principales de este libro. Pero Dworkin, quien fue el primero en impulsar esta línea de crítica, ha insistido en que los principios jurídicos únicamente podrían ser incluidos en mi teoría del derecho a costa de abandonar sus doctrinas centrales. Si yo tuviera que admitir que el

---

<sup>84</sup> *Vid. supra*, p. 56.

derecho contiene, en parte, principios, no podría, según él, mantener consistentemente, como lo he hecho, que el derecho de un orden [jurídico] sea identificado por criterios proporcionados por la regla de reconocimiento aceptada en la práctica de los tribunales o que los tribunales ejerzan un genuino, aunque intersticial,<sup>85</sup> poder de creación del derecho o discreción judicial en aquellos casos donde el derecho existente explícito no puede dar una solución o que no hay ninguna conexión importante, necesaria o conceptual, entre el derecho y la moral. Estas doctrinas no son sólo centrales para mi teoría del derecho, sino son frecuentemente consideradas como constituyendo el núcleo del positivismo jurídico moderno, de manera que su abandono sería un asunto de alguna importancia.

En esta sección de mi respuesta considero varios aspectos de la crítica de que he ignorado los principios jurídicos e intento mostrar que cualquier cosa que sea válida en esta crítica puede acomodarse en mi teoría, tomada en su totalidad, sin ninguna consecuencia seria para ella. Pero, ciertamente deseo confesar, ahora, que dije muy poco en mi libro sobre el tópico de la judicación y la argumentación jurídica, en particular, sobre los argumentos de lo que mis críticos llaman principios jurídicos. Estoy de acuerdo en que es un defecto de mi libro que los principios sean tocados sólo de pasada.

Pero, ¿qué es eso de que se me acuse por ignorar? ¿Qué son principios jurídicos y cómo difieren de las reglas jurídicas? Tal y como usan los autores, 'principios' incluye frecuentemente un vasto caudal de consideraciones teóricas y prácticas de las cuales sólo algunas son relevantes para las cuestiones que Dworkin quiere plantear. Aun si la expresión 'principio' se usara limitándose a estándares de conducta incluyendo la conducta de los tribu-

---

<sup>85</sup> *Sit venia verba*. Del latín, *interstitium* 'grieta', 'hendiduras', 'resquicio'. En el sentido que opera sólo en las hendiduras o los resquicios que deja el derecho explícitamente establecido. En el original aparece el adjetivo *intersticial*.

nales al decidir casos, hay diferentes maneras de trazar un contraste entre reglas y tales principios. Sin embargo, pienso que todos los críticos que me han acusado de ignorar los principios estarían de acuerdo de que hay, al menos, dos rasgos que los distinguen de las reglas. El primero es una cuestión de grado: los principios son, en relación con las reglas, amplios, generales o no específicos, en el sentido de que frecuentemente lo que puede ser considerado como una variedad de reglas distintas, puede ser exhibido como las ejemplificaciones o las instancias de un principio particular. El segundo rasgo es que los principios, en virtud de que se refieren, más o menos explícitamente, a algún propósito, fin, título o valor, son considerados, desde algún punto de vista, deseables de mantenerse o de adherirse a ellos y, de esta forma, no son sólo considerados como proporcionando una explicación o razón de las reglas que los ejemplifican, sino como contribuyendo a su justificación.

Además de estos dos rasgos relativamente incontrovertibles de amplitud y carácter deseable, desde cierto punto de vista, los cuales dan cuenta del papel explicativo y justificativo de los principios con respecto de las reglas, existe un tercer rasgo distintivo que, pienso, es cuestión de grado mientras que Dworkin, quien lo considera crucial, no lo cree así. Las reglas, según él, funcionan en el razonamiento de los que las aplican de “manera de todo o nada”, en el sentido de que si una regla es válida y aplicable totalmente a un caso dado, entonces ‘obliga’,<sup>86</sup> *i.e.* determina concluyentemente el resultado o desenlace jurídico.<sup>87</sup> Entre los ejemplos que proporciona Dworkin de reglas jurídicas están las que prescriben un máximo de velocidad de 60 millas por hora en una autopista o las leyes que regulan el otorgamiento, prueba y eficacia de testamentos, tales como la regla legislada de que un testamento es inválido a menos que esté firmado por dos testigos. Los principios jurídicos, según Dworkin, difieren de

---

<sup>86</sup> En el original, ‘*necessitates*’. En el sentido de ‘compeler’, ‘vincular’, ‘ser ineludible’. NT.

<sup>87</sup> [[*Taking Rights Seriously*, cit., pp. 24]] (*Vid. Los derechos en serio*, cit., pp. 74 y 75. En la versión española la expresión: *all or nothing fashion* es traducida por ‘a la manera de disyuntiva’ [!]. Cfr., *ibidem*. NT.).

estas reglas de todo o nada en virtud de que cuando éstas son aplicables no ‘imponen’<sup>88</sup> una resolución, sino señalan hacia, o cuentan en favor de, una [resolución], o bien, establecen una razón que puede ser superada, pero que los tribunales toman en cuenta para inclinarse en una u otra dirección. Para abreviar: llamaré a este rasgo de los principios su carácter ‘no concluyente’.<sup>89</sup>

Algunos ejemplos dados por Dworkin de estos principios no concluyentes son relativamente específicos tales como “los tribunales tienen que examinar atentamente los convenios de compraventa [de automóviles] para ver si los consumidores y los intereses del público han sido tratados justamente”;<sup>90</sup> otros tienen un horizonte más amplio, tales como “ningún hombre puede beneficiarse de su propio dolo”;<sup>91</sup> y, de hecho, muchas de las más importantes restricciones constitucionales a los poderes del Congreso de Estados Unidos y a la legislación estatal, tales como las disposiciones de la Primera, Quinta y Decimocuarta Enmiendas de la Constitución de Estados Unidos, funcionan como principios no concluyentes.<sup>92</sup> Los principios jurídicos, según Dworkin, difieren de las reglas porque los principios tienen una dimensión de *peso*;<sup>93</sup> no de validez y, por tanto, sucede que un principio en conflicto con otro principio de mayor peso, puede ser superado y no lograr fundamentar una decisión; no obstante, sobrevivirá intacto para ser usado en otros casos donde pueda vencer a algún otro principio, de menor peso, en conflicto. Las reglas, por otro lado, son válidas o inválidas, pero no tienen esta dimensión de peso. De esta manera, si [las reglas], tal y como son formuladas *ab initio*, entran en conflicto, únicamente una de ellas, según Dworkin, puede ser válida y la regla que pier-

<sup>88</sup> En el original, ‘necessitates’. NT.

<sup>89</sup> En el original es punto y seguido. NT.

<sup>90</sup> *Taking Rights Seriously*, cit., pp. 24, tomado de *Henningsen vs. Bloomfield Motors, Inc.*, 32 Nj 358, 161 A. 2d 69 (1960) 387, 161 A. 2d at 85 (*Vid. Los derechos en serio*, cit., pp. 74-75. NT.).

<sup>91</sup> *Taking Rights Seriously*, cit., pp. 25-26. *Vid. Los derechos en serio*, cit., pp. 75-77. NT.

<sup>92</sup> [Dworkin explica si la Primera Enmienda es una regla o un principio en *Taking Rights Seriously*, cit., pp. 27]] (*Vid. Los derechos en serio*, cit., pp. 78 y 79. NT.).

<sup>93</sup> [[*Taking Rights Seriously*, cit., p. 26]] (*Vid. Los derechos en serio*, cit., pp. 77 y 78. NT.).

de frente a la otra tiene que ser reformulada de forma a hacerla consistente con su competidora y, por tanto, inaplicable para el caso dado.<sup>94</sup>

No veo ninguna razón para aceptar este contraste tajante entre los principios jurídicos y las reglas jurídicas ni la tesis de que si una regla válida es aplicable a un caso dado tiene siempre que determinar, contrariamente a los principios, el resultado del caso. No existe ninguna razón del porqué un orden jurídico no deba reconocer que una regla válida determina un resultado en casos a los cuáles ésta se aplica, excepto donde otra regla, considerada más importante, es también aplicable al mismo caso. De esta manera, una regla que es vencida al competir contra una regla más importante en un caso dado puede sobrevivir, como un principio, para determinar el resultado en otro caso donde esta regla sea considerada más importante que [cualquier] otra en conflicto.<sup>95</sup>

De esta forma, el derecho para Dworkin comprende tanto reglas de todo o nada y principios no concluyentes y piensa que la diferencia entre ellos no es una cuestión de grado. Sin embargo, no pienso que la posición de Dworkin pueda ser coherente. Sus primeros ejemplos implican que las reglas pueden entrar en conflicto con principios y que un principio puede, algunas veces, vencer a una regla y en otros casos ser vencido. Entre los casos que cita incluye el de *Riggs vs. Palmer*,<sup>96</sup> en el cual el principio de que a nadie le está permitido beneficiarse de su propio dolo fue sostenido, no obstante el lenguaje claro de reglas legisladas que gobiernan los efectos de un testamento, para impedir a un homicida heredar en virtud del testamento de su víctima. Este es un ejemplo de un principio que vence a una regla en conflicto, pero la existencia de este conflicto ciertamente muestra que las

---

<sup>94</sup> *Taking Rights Seriously*, cit., pp. 24-27 (Vid. *Los derechos en serio*, cit., pp. 74-79. NT.).

<sup>95</sup> Raz y Waluchow han subrayado este punto importante sobre el cual no pude llamar la atención (Vid. Raz, Joseph, "Legal Principles and the Limits of the Law", en *Yale Law Journal*, vol. 81, 1972, pp. 832-834 y Waluchow, W. J., "Herculean Positivism", en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 5, 1985, pp. 189-192.

<sup>96</sup> 54 115 núm.Y. 506, 22 núm.E: 188 (1889); *Taking Rights Seriously*, cit., p. 23; Vid. también: *Laws's Empire*, cit., pp. 15 y ss. (Vid. *Los derechos en serio*, cit., pp. 73 y 74. NT.).

reglas no tienen un carácter de todo o nada, toda vez que son susceptibles de entrar en conflicto con los principios, los cuales pueden vencerlas. Aún si describimos tales casos (como Dworkin en un tiempo sugirió) no como conflictos entre reglas y principios, sino [como] un conflicto entre el principio que explica y justifica la regla bajo consideración y algún otro principio, el contraste tajante entre reglas de todo y nada y principios no concluyentes desaparece; porque en este punto de vista, una regla no determina el resultado en un caso al cual es aplicable de conformidad con sus términos, si su principio justificador es vencido por otro. Lo mismo es verdad (como Dworkin también sugiere) si pensamos en un principio que provee una razón para una nueva interpretación de alguna regla jurídica claramente formulada.<sup>97</sup>

Esta incoherencia [que resulta] al sostener que un orden jurídico se compone tanto de reglas de todo o nada y principios no concluyentes, puede superarse si admitimos que esta distinción es una cuestión de grado. Ciertamente, un contraste razonable puede establecerse entre reglas casi concluyentes, en que la satisfacción de sus condiciones de aplicación es suficiente para determinar el resultado jurídico, excepto en pocas ocasiones (donde sus términos pueden entrar en conflicto con otra regla considerada de mayor importancia) y generalmente con un principio no concluyente, el cual, meramente, señala hacia una resolución, pero, con frecuencia, puede no lograr determinarla.

Ciertamente, pienso que los argumentos de estos principios no concluyentes son un rasgo importante de la judicación y del razonamiento jurídico y que deben ser señalados con una apropiada terminología. Mucho crédito es debido a Dworkin por haber mostrado e ilustrado su importancia y su papel en el razonamiento jurídico y sin duda, fue un error serio de mi parte no haber enfatizado su fuerza no concluyente. Sin embargo, con el uso que hago de la palabra 'regla' no pretendo sostener que los

---

<sup>97</sup> [[Para la explicación de Dworkin, *Vid. Taking Rights Seriously, cit.*, pp. 22-28 y *Laws' Empire, cit.*, pp. 5-20]] (*Vid. Los derechos en serio, cit.*, pp. 72-80. NT.).

órdenes jurídicos comprenden únicamente ‘reglas’ de todo o nada o reglas casi concluyentes. No sólo llamé la atención<sup>98</sup> hacia lo que llamo (posiblemente de forma no muy feliz) ‘estándares jurídicos variables’, los cuáles especifican factores que deben tomarse en cuenta y sopesarse contra otros, sino intenté<sup>99</sup> explicar por qué ciertas áreas de conducta son susceptibles de regulación no por tales estándares variables como ‘el debido cuidado’, sino, más bien, por reglas casi concluyentes que prohíben o requieren las mismas acciones específicas en todos los casos, aunque raros. Así es por lo que tenemos reglas contra el homicidio y el robo y no meramente principios que requieren el debido respeto por la vida humana y la propiedad.

#### IV. PRINCIPIOS Y LA REGLA DE RECONOCIMIENTO

##### 1. *Pedigrí e interpretación*

Dworkin ha sostenido que los principios jurídicos no pueden ser identificados por medio de los criterios proporcionados por una regla de reconocimiento hecha manifiesta en la práctica de los tribunales y que, como los principios son elementos esenciales del derecho, la doctrina de una regla de reconocimiento tiene que ser abandonada. Según Dworkin, los principios jurídicos únicamente pueden ser identificados mediante interpretación constructiva como miembros del único conjunto de principios que mejor se adapta y mejor justifica la historia institucional completa del derecho establecido,<sup>100</sup> de un orden jurídico. Por supuesto, ningún tribunal, inglés o estadounidense, jamás, ha explícitamente adoptado tal criterio sistemático totalizador para identificar el derecho y Dworkin concede que ningún juez humano real, distinto a su juez ideal mítico, ‘Hércules’, podría realizar el logro de construir una interpretación del derecho de su país de forma inmediata. No obstante, en su opi-

<sup>98</sup> *Vid. The Concept of Law, cit.*, pp. 130-133 (*Vid. El concepto de derecho, cit.*, pp. 162-166. NT.).

<sup>99</sup> *Vid. The Concept of Law, cit.*, pp. 133-134 (*Vid. El concepto de derecho, cit.*, pp. 166-168. NT.).

<sup>100</sup> En el original: *settled Law. Vid. supra*: n. 23. NT.

nión, son entendidos mejor los tribunales, tratando de ‘imitar a Hércules’ en un limitado aspecto y, viendo sus juicios en este modo, piensa Dworkin, sirve, para llevar luz a “la estructura oculta”.<sup>101</sup>

El más famoso ejemplo, familiar para los juristas ingleses, de la identificación por una forma limitada de interpretación constructiva es la formulación de Lord Atkin en el caso *Donoghue vs. Stevenson*<sup>102</sup> de un ‘principio vecino’ no formulado previamente como subrayando las varias reglas separadas que establecen un deber de cuidado en diferentes situaciones.

No encuentro plausible la idea de que en tales ejercicios limitados de interpretación constructiva los jueces sean mejor entendidos tratando de imitar el planteamiento sistemático, amplio y totalizador de Hércules. Pero mi presente crítica es que esa preocupación por la interpretación constructiva ha conducido a Dworkin a ignorar el hecho de que muchos principios jurídicos deben su *status* no a su contenido, que sirve como interpretación del derecho establecido, sino a lo que él llama su pedigrí, esto es, la manera de su creación o adopción por una fuente autoritativa reconocida. De hecho, esta preocupación, pienso, ha llevado a Dworkin a un doble error: primero, a la creencia de que los principios jurídicos no pueden ser identificados por su pedigrí y, en segundo lugar, a la creencia de que una regla de reconocimiento puede únicamente proveer criterios de pedigrí. Ambas creencias están equivocadas; la primera porque no existe nada en el carácter no concluyente de los principios, ni en otros de sus rasgos para impedir su identificación mediante criterios de pedigrí. Puesto que, claramente, una disposición en una constitución escrita o una enmienda constitucional o una ley pueden ser consideradas como operando en la forma no concluyente, característica de los principios, proveyendo razones para una decisión que puede ser superada en casos donde alguna otra regla o principio presentan razones más fuertes para una decisión alternativa.<sup>103</sup>

<sup>101</sup> *Law's Empire*, cit., p. 265.

<sup>102</sup> [1932] A.C. 562.

<sup>103</sup> En el original es punto y seguido. NT.

Dworkin mismo consideraba que la Primera Enmienda de la Constitución de Estados Unidos, que dispone que el Congreso no coartará la libertad de expresión, debe interpretarse de esta manera.<sup>104</sup> Asimismo, algunos principios jurídicos, incluyendo algunos principios básicos del *Common Law*, tales como el que nadie puede beneficiarse de su propio dolo, son identificados como derecho por la prueba de ‘pedigrí’, que han sido consistentemente invocados por los tribunales en series de casos diferentes proporcionando razones para la decisión, los cuáles tienen que ser tomados en cuenta, aunque susceptibles de ser superados en otros casos por razones que señalan en otra dirección. Frente a tales ejemplos de principios jurídicos identificados por criterios de pedigrí, ningún argumento general de que la inclusión de principios como parte del derecho implique el abandono de la doctrina de una regla de reconocimiento podría tener éxito. De hecho, como muestro más adelante, su inclusión no es únicamente consistente, sino que, realmente, requiere la aceptación de tal doctrina.

Si se concede, como ciertamente tiene que concederse, que hay al menos algunos principios jurídicos que pueden ser ‘capturados’ o identificados como derecho por criterios de pedigrí proporcionados por una regla de reconocimiento, entonces la crítica de Dworkin tiene que ser reducida a una más modesta afirmación de que hay muchos principios jurídicos que no pueden ser capturados así, porque son muy numerosos, muy efímeros o muy susceptibles al cambio o modificación o no tienen ningún rasgo que permita su identificación como principio de derecho con referencia a alguna otra prueba que la de pertenecer a ese esquema coherente de principios que se adapta mejor a la historia institucional y a las prácticas de un orden [jurídico] y las justifica mejor. A primera vista, esta prueba interpretativista parece no ser una alternativa [frente] al criterio proporcionado por una regla

---

<sup>104</sup> [[*Vid. Taking Rights Seriously, cit.*, p. 27]] (*Vid. Los derechos en serio, cit.*, pp. 78 y 79. NT.).

de reconocimiento, sino, como algunos críticos han sostenido,<sup>105</sup> sólo una forma ‘positivista suave’ compleja de tal criterio que identifica principios por su contenido, no por su pedigrí. Es verdad que una regla de reconocimiento que contenga tal criterio interpretativo no podría, por las razones señaladas anteriormente,<sup>106</sup> asegurar el grado de certeza en la identificación del derecho, el cual, según Dworkin, un positivista desearía. No obstante, mostrar que el criterio de la prueba interpretativa era parte de un patrón convencional de reconocimiento del derecho seguiría siendo una buena explicación teórica de su *status* jurídico. De esta manera, no hay, ciertamente, ninguna incompatibilidad, como Dworkin sostiene, entre la admisión de principios como parte del derecho y la doctrina de una regla de reconocimiento.

El argumento de los dos últimos párrafos es suficiente para mostrar que, contrariamente a la concepción de Dworkin, la aceptación de principios como parte del derecho es consistente con la doctrina de la regla de reconocimiento, aún si la prueba interpretativa de Dworkin fuera, como él sostiene, el único criterio apropiado para identificarlos. Pero, de hecho, una más fuerte conclusión se encuentra garantizada, a saber: que una regla de reconocimiento es necesaria si los principios jurídicos tienen que ser identificados por tal criterio. Esto es así porque el punto de partida para la identificación de cualquier principio jurídico, dado a la luz por la prueba interpretativa de Dworkin, es alguna área específica del derecho establecido en el cual tal principio encaja y ayuda a justificar. El uso de tal criterio, por tanto, presupone la identificación del derecho establecido<sup>107</sup> y, para que eso sea posible, es necesario una regla de reconocimiento que especifique las fuentes del derecho y las relaciones de superioridad y subordinación que existen entre ellas. En la terminología de

---

<sup>105</sup> Vid. e.g.: Soper, E. P., “Legal Theory and the Obligation of a Judge”, en Cohen, Marshall [ed.], *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, cit., p. 16; Coleman, J., “Negative and Positive Positivism”, en *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, cit., p. 28 y Lyons, D., “Principles, Positivism and Legal Theory”, en *Yale Law Journal*, vol. 87, 1977, p. 415.

<sup>106</sup> Vid. *supra*: pp. 57 y ss.

<sup>107</sup> En el original *Settled Law*. Vid. *supra*, n. 19. NT.

*Law's Empire*, las reglas y prácticas jurídicas, las cuales constituyen el punto de partida de una tarea interpretativa para identificar principios subyacentes o implícitos, constituyen 'derecho preinterpretativo' y mucho de lo que Dworkin dice sobre este derecho, parece respaldar la idea de que para su identificación es necesario algo muy parecido a una regla de reconocimiento que identifique las fuentes autoritativas del derecho, tal y como está descrita en este libro.<sup>108</sup>

La diferencia principal entre mi tesis y la de Dworkin aquí es que mientras yo adscribo el acuerdo general que se da entre los jueces como criterio para la identificación de las fuentes del derecho a su aceptación compartida de *reglas* que proveen tal criterio, Dworkin prefiere hablar, no de reglas, sino de 'consenso',<sup>109</sup> 'paradigmas'<sup>110</sup> y 'presunciones'<sup>111</sup> que comparten los miembros de la misma comunidad interpretativa. Por supuesto, como Dworkin ha hecho claro, existe una distinción importante entre un consenso de convicciones independientes, en que la concurrencia de los otros no es parte de la razón que cada una de las partes del consenso tiene para concurrir, y un consenso de convicción donde sí es parte. Ciertamente, la regla de reconocimiento es tratada en mi libro como reposando en una forma convencional de consenso judicial. Que efectivamente ésta descansa así, parece muy claro, al menos en el derecho inglés y en el derecho estadounidense porque, ciertamente, la razón de un juez inglés para tratar a la legislación del Parlamento (o la razón de un juez estadounidense para tratar la Constitución) como una fuente de derecho que tiene supremacía sobre todas las otras fuentes, incluye el hecho de que sus colegas de la judicatura concurren en ésto como sus predecesores lo hicieron. En realidad, Dworkin mismo habla de la doctrina de la supremacía legislativa como un hecho brutal de la historia jurídica que limita el papel que pue-

---

<sup>108</sup> En el original es punto y seguido. NT.

<sup>109</sup> [[*Law's Empire*, cit., pp. 65-66 y 91-92]].

<sup>110</sup> [[*Law's Empire*, cit., pp. 72 y 73]].

<sup>111</sup> [[*Law's Empire*, cit., pp. 47 y 67]].

de jugar la convicción del juez<sup>112</sup> y afirma que “la actitud interpretativa no puede sobrevivir salvo que los miembros de la misma comunidad interpretativa compartan, al menos gruesamente, los mismos presupuestos” sobre “lo que cuenta como parte de la práctica”.<sup>113</sup> Concluyo, por tanto, que cualquier diferencia que pueda quedar entre reglas y las ‘presunciones’ y ‘consensos’ y ‘paradigmas’ de las que habla Dworkin, su explicación sobre la identificación judicial de las fuentes del derecho es substancialmente la misma que la mía.

Sin embargo, grandes diferencias teóricas subsisten entre mi concepción y la de Dworkin. Puesto que Dworkin, ciertamente rechazaría que [se] trate su prueba interpretativa de principios jurídicos, meramente como la forma específica que toma, en algunos órdenes jurídicos, una regla de reconocimiento convencional cuya existencia y autoridad depende de su aceptación por los tribunales. Esto, en su opinión, falsearía completamente y disminuiría el proyecto de una interpretación ‘constructiva’ concebida para mostrar el derecho en su mejor luz moral que, en la concepción de Dworkin, está implicado en la identificación del derecho, puesto que este estilo de interpretación no está concebido por él como un método de reconocimiento del derecho requerido por una mera regla convencional aceptada por jueces y abogados de órdenes jurídicos particulares. Por el contrario, Dworkin la presenta como un rasgo central de mucho conocimiento y práctica sociales sobre el derecho y mostrando “una conexión profunda entre todas las formas de interpretación”, incluyendo la interpretación tal y como es entendida en la crítica literaria e, incluso, en las ciencias naturales.<sup>114</sup>

Sin embargo, aún si este criterio interpretativo no es meramente un patrón de reconocimiento del derecho, requerido por una regla convencional y tiene afinidades y conexiones con la interpreta-

<sup>112</sup> [*Law's Empire, cit.*, p. 401].

<sup>113</sup> *Law's Empire, cit.*, p. 67.

<sup>114</sup> *Law's Empire, cit.*, p. 53 (En el original es punto y seguido. NT.).

ción tal y como es entendida en otras disciplinas, el hecho queda de que, si hay cualquier orden jurídico en el cual el criterio interpretativo total es efectivamente usado para identificar principios jurídicos, podría estar perfectamente bien que en tales órdenes dicho criterio fuera proporcionado por una regla de reconocimiento convencional. Pero, como no hay ningún orden jurídico real en el cual este criterio totalizador completo sea usado, sino únicamente sistemas como el derecho inglés y el derecho estadounidense, donde ejercicios más modestos de interpretación constructiva son emprendidos en casos como *Donoghue vs. Stevenson* para identificar principios jurídicos latentes, la única cuestión a considerar es si tales ejercicios tienen que ser entendidos como la aplicación de un criterio proporcionado por una regla de reconocimiento convencional o de otra forma y, si este es el caso, cuál sería su *status* jurídico.

## V. DERECHO Y MORAL

### 1. *Derechos y deberes*

Sostengo en este libro que aunque hay muchas diferentes conexiones contingentes entre derecho y moral,<sup>115</sup> no hay ninguna conexión conceptual necesaria entre el contenido del derecho y la moral; y, por tanto, disposiciones perversas pueden ser válidas como reglas o principios jurídicos. Un aspecto de esta forma de separación del derecho y la moral es que puede haber derechos y obligaciones jurídicas que no tengan ninguna justificación o fuerza moral en absoluto. Dworkin ha rechazado esta idea a favor de la tesis (derivada, en última instancia, de su propia teoría interpretativa del derecho) de que tiene que haber, al menos, fundamentos morales *prima-facie* para afirmar la existencia de derechos y obligaciones jurídicas. De esta manera, Dworkin considera la idea de que “los derechos”<sup>116</sup> tienen que ser entendidos como especies

---

<sup>115</sup> En el original *morality*. NT.

<sup>116</sup> En el original *legal rights*. NT.

de derechos morales” como un elemento “crucial”<sup>117</sup> en su teoría jurídica y dice que la doctrina positivista opuesta pertenece al “mundo peculiar del esencialismo jurídico”<sup>118</sup> en el que, simplemente, nos es dado conocer, preanalíticamente, que puede haber derechos y obligaciones jurídicas sin ningún fundamento o fuerza moral.<sup>119</sup>

Pienso que, para comprender el tipo de contribución que una jurisprudencia descriptiva general puede hacer al entendimiento del derecho, es muy importante ver que, cualquiera que sea el mérito de la teoría interpretativa general de Dworkin, su crítica a la doctrina [que sostiene] que los derechos y las obligaciones jurídicas puedan estar desprovistos de fuerza o justificación moral, es errónea. Esto es así, por las siguientes razones. Los derechos y las obligaciones jurídicas constituyen el punto en el cual el derecho protege, con sus medios coactivos, respectivamente, la libertad individual y la restringe, o confiere a los individuos, o les niega, la facultad de hacer uso, por ellos mismos, de la maquinaria coactiva del derecho. De esta manera, si las normas son moralmente buenas o malas, justas o injustas, los derechos y las obligaciones demandan atención como puntos focales en las operaciones del derecho, los cuales son de importancia suprema para los seres humanos, con independencia del mérito moral de las normas. Por tanto, es falso que enunciados de derechos y obligaciones jurídicas puedan tener sentido en el mundo real únicamente si hay algún fundamento moral para afirmar su existencia.

## 2. *La identificación del derecho*

La diferencia más fundamental [que existe] entre la teoría jurídica desarrollada en este libro y la teoría de Dworkin en relación con las conexiones entre derecho y moral se refiere a la identi-

---

<sup>117</sup> “A Replay by Ronald Dworkin”, *cit.*, p. 260.

<sup>118</sup> *Ibid.*, p. 259.

<sup>119</sup> En el original es punto y seguido. NT.

cación del derecho. De acuerdo con mi teoría, la existencia y contenido del derecho puede ser identificado por referencia a las fuentes sociales del derecho (e.g., legislación, resoluciones judiciales, costumbre social), sin recurrir a la moral, excepto donde el derecho, así identificado, haya incorporado criterios morales para la identificación del derecho. En la teoría interpretativa de Dworkin, por el otro lado, cada proposición de derecho que establece lo que es el derecho en alguna cuestión, necesariamente implica un juicio moral, puesto que, de acuerdo con su teoría interpretativa totalizadora, las proposiciones de derecho son verdaderas únicamente si, [conjuntamente] con otras premisas, se siguen del conjunto de principios los cuáles, a la vez, se adaptan mejor al derecho establecido, identificado por referencia a fuentes sociales del derecho y proveen su mejor justificación moral. La teoría interpretativa comprensiva y totalizadora tiene, consecuentemente, una función doble: sirve para identificar el derecho y para proveer su justificación moral.

Tal era la teoría de Dworkin, brevemente resumida, antes de haber introducido, en *Law's Empire*, la distinción entre derecho 'interpretativo' y 'preinterpretativo'. Considerada como una alternativa [frente] a la teoría del positivista [que sostiene] que la existencia y contenido del derecho puede ser identificado sin referencia a la moralidad, la teoría de Dworkin, tal y como originalmente se encontraba, era vulnerable a la siguiente crítica. Ahí donde el derecho, identificado por referencia a sus fuentes sociales, es moralmente perverso, los principios que proporcionan la mejor 'justificación' para tal derecho sólo podrían ser los menos perversos de los principios que se adaptan mejor a tal derecho. Pero tales principios menos perversos no pueden tener ninguna fuerza justificativa y no pueden constituir ningún límite o constreñimiento moral sobre lo que pueda valer como derecho y, puesto que no pueden dejar de adaptarse a algún orden jurídico, tan perverso como pudiera ser, la teoría que pretende identificar el derecho con referencia a ellos no se distingue de la teoría positivista [que sostiene] que el derecho puede ser identificado sin ninguna referencia a la moralidad. Principios que son moralmente correctos por los

estándares de lo que Dworkin ha llamado ‘moralidad subyacente’,<sup>120</sup> y no meramente los principios moralmente más correctos que se adaptan al derecho, pueden, efectivamente, proveer límites o constreñimientos morales sobre lo que puede valer como derecho. No disiento en ninguna forma de esta proposición, pero es completamente compatible con mi argumento de que el derecho puede ser identificado sin referencia a la moral.

Al introducir su última distinción entre derecho interpretativo y preinterpretativo, Dworkin concede que puede haber órdenes jurídicos tan malos que no sería posible encontrar ninguna interpretación de sus normas que fuera moralmente aceptable. Cuando esto es así, explica Dworkin, podemos recurrir a lo que denomina ‘escepticismo interno’<sup>121</sup> y negar que tales órdenes [jurídicos] sean derecho. Pero, como nuestros recursos para describir tales situaciones son altamente flexibles, no estamos obligados a llegar a tal conclusión, cuando, por el contrario, podemos sostener que los órdenes jurídicos, tan malvados como pudieran ser, son derecho en sentido preinterpretativo.<sup>122</sup> De esta manera, no estamos constreñidos a decir, aun de las peores de las normas nazis, que no son derecho sólo porque pueden diferir, por su contenido moral perverso, de las normas de los regímenes moralmente aceptables, mientras que comparten, con ellas, muchos rasgos distintivos del derecho (e.g. formas de creación del derecho, formas de judicación y ejecución). Puede haber suficientes razones en muchos contextos y para muchos propósitos de hacer a un lado la diferencia moral y decir con el positivista que tales órdenes malvados son derecho. A esto Dworkin únicamente agregaría, como si fuera un anexo en que manifiesta su adhesión general a su punto de vista interpretativo, de que tales órdenes malvados son derecho únicamente en sentido preinterpretativo.

---

<sup>120</sup> En el original: *background morality*. NT [Taking Rights Seriously, cit., pp. 112 y 128, también: p. 93] (Vid. *Los derechos en serie*, cit., pp. 184-185 y 205-206, también: pp. 161 y 162. NT.)

<sup>121</sup> *Law's Empire*, cit., pp. 78 y 79.

<sup>122</sup> [[*Law's Empire*, cit., p. 103]].

Encuentro que este recurso a la flexibilidad de nuestro lenguaje y la introducción en este punto de la distinción entre derecho interpretativo y preinterpretativo, más bien fortalece que debilita el caso del positivista. Porque esta [distinción] hace poco menos que transmitir el mensaje de que mientras que el positivista insiste en que para una jurisprudencia descriptiva el derecho puede ser identificado sin referencia a la moralidad, las cosas son de otra manera para una jurisprudencia interpretativa justificativa, según la cual la identificación del derecho implica siempre un juicio moral sobre lo que justifica mejor el derecho establecido. Este mensaje, por supuesto, no proporciona ninguna razón para que el positivista abandone su empresa descriptiva, ni lo pretende; pero, incluso este mensaje tiene que ser cualificado, puesto que el derecho puede ser tan malvado que surja el 'escepticismo interno', en cuyo caso la interpretación del derecho no implica ningún juicio moral y la interpretación como Dworkin la entiende tiene que ser abandonada.<sup>123</sup>

Otra modificación de Dworkin a su teoría interpretativa tiene un importante comportamiento en su explicación de los derechos subjetivos. En su teoría totalizadora tal y como originalmente está expuesta, la identificación del derecho y su justificación son tratadas, ambas, como siguiéndose del único conjunto de principios que se adaptan mejor a todo el derecho establecido de un orden y mejor lo justifican. Tales principios, por tanto, tienen, como he dicho, una doble función. Pero como el derecho establecido de un orden [jurídico] puede ser tan malvado que ninguna interpretación justificativa de su derecho en general sea posible. Dworkin ha observado que estas dos funciones pueden llegar a separarse, dejando únicamente principios del derecho identificados sin referencia a ninguna moral. Pero tal derecho [*i.e.*, orden jurídico] no puede establecer ningún derecho [subjetivo] que tengan fuerza moral *prima-facie* la cual, Dworkin afirma que todos los derechos [subjetivos] tienen. Sin embargo, como Dworkin ha posteriormente reconocido, aún donde el orden

---

<sup>123</sup> [[*Law's Empire*, *cit.*, p. 105]].

jurídico es tan malvado que ninguna moral o interpretación justificativa del derecho como un todo es posible, puede haber aún situaciones donde se pueda propiamente decir que los individuos tienen derechos con, al menos, fuerza moral *prima-facie*.<sup>124</sup> Esto sería así, ahí donde el orden [jurídico] contiene normas (e.g. aquellas relacionadas con la formación y ejecución de contratos) que pueden no estar afectadas por la maldad general del orden [jurídico] y que los individuos puedan haber confiado en tales normas al planear sus vidas o al disponer de su propiedad. Para proveer a tales situaciones Dworkin cualifica su idea original de que los derechos y las obligaciones jurídicas con fuerza moral *prima-facie* tienen que derivar de una teoría interpretativa general del derecho y reconoce tales situaciones como constituyendo, con independencia de su teoría general, 'razones especiales' para otorgar a los individuos derechos con alguna fuerza moral.

## VI. DISCRECIÓN JUDICIAL

El conflicto directo más tajante entre la teoría jurídica de este libro y la teoría de Dworkin surge de mi afirmación de que en cualquier orden jurídico habrá siempre ciertos casos jurídicamente no regulados en los cuales, en algún punto, el derecho no da ninguna solución en ningún sentido y el derecho es, consecuentemente, parcialmente indeterminado o incompleto. Si en tales casos el juez tiene que pronunciar una resolución y no, como Bentham alguna vez sostenía, declararse incompetente o referir los asuntos no regulados por el derecho existente a la legislatura para que decida, el juez tiene que ejercer su *discreción* y *crear* derecho para el caso, en vez de aplicar meramente el derecho preexistente ya establecido. De esta manera, en tales casos jurídicamente imprevistos o no regulados el juez crea nuevo derecho y [también] aplica el derecho establecido el cual confiere y constriñe sus poderes de creación del derecho.

---

<sup>124</sup> [[*Law's Empire*, cit., pp. 105 y 106]].

<sup>125</sup>A través de la larga secuencia de sus escritos sobre judicación, Dworkin ha inalterablemente mantenido su negativa de que los tribunales tengan discreción judicial en el sentido de un [tenor] poder de creación jurídica para decidir casos que han quedado no completamente regulados por el derecho existente. En efecto, ha sostenido que, aparte de algunas excepciones triviales, no existen tales casos, puesto que, como ha famosamente sostenido, existe siempre una “respuesta correcta” a cualquier cuestión significativa sobre lo que es el derecho en cualquier cuestión jurídica que surja en cualquier caso.<sup>126</sup>

Pero, no obstante esta apariencia de una doctrina sin cambios, la introducción posterior de Dworkin de ideas interpretativas en su teoría del derecho y su afirmación de que toda proposición de derecho es ‘interpretativa’ en el sentido especial que él ha dado a tal expresión, ha llevado (como señala Raz, quien fue el primero en hacer esto claro)<sup>127</sup> la substancia de esta posición muy cerca de la mía, al reconocer que los tribunales, de hecho, tienen y, frecuentemente ejercen, una discreción judicial jurídico creadora. Antes de la introducción de ideas interpretativas en su teoría, parecía que había una gran diferencia entre nuestras respectivas explicaciones sobre la judicación, porque el anterior rechazo de Dworkin de la discreción judicial en sentido fuerte y su insistencia en que hay siempre una respuesta correcta estaban asociados a la idea de que el papel del juez al resolver los casos era el de *inferir*<sup>128</sup> y *aplicar el derecho existente*. Pero esta concepción anterior que, por supuesto, entraba en conflicto tajantemente con mi argumento de que los tribunales al decidir frecuentemente ejercen una discreción judicial jurídico creadora, no aparece en absoluto en...<sup>129</sup>

Esta visión del derecho, en parte indeterminado o incompleto, con jueces llenando lagunas mediante el ejercicio de una limitada discreción judicial jurídico creadora, es rechazada por Dworkin como una explicación errónea, tanto del derecho como del razonamiento judicial. En efecto, Dworkin sostiene que lo

<sup>125</sup> [[Un inicio alternativo a esta sección es incluido aquí, en la medida en que no fue descartado]] (Vid. *supra*: Nota de los Editores, n. 4. NT.).

<sup>126</sup> [[Vid. Dworkin, Ronald, “No Right Answer?”, en Hacker, P. M. S. y Raz, Joseph (eds.), *Law Morality and Society. Essays in Honour of H. L. A. Hart*, Oxford, Oxford University Press, 1977, pp. 58-84; reimpresso como “Is There Really No Right Answer in Hard Cases?”, en Dworkin, Ronald, *A Matter of Principle*, *cit.*, cap. 5]].

<sup>127</sup> [[Vid. Raz, Joseph, “Dworkin: A New Link in the Chain”, en *California Law Review*, vol. 74, 1986, pp. 1110, 1115 y 1116]].

<sup>128</sup> En el original: *discern*, ‘discernir’. NT.

<sup>129</sup> [[El texto del comienzo alternativo de la Sección 6 termina en este punto]].

incompleto no es el derecho, sino la visión positivista del mismo, y de que esto es así emerge de su propia explicación 'interpretativa' del derecho que incluye, además del derecho *explícito* establecido, identificado por referencia a sus fuentes sociales, principios jurídicos implícitos que son los principios que se adaptan o acordan mejor al derecho explícito y proporcionan, también, la mejor justificación moral para tal derecho. En esta visión interpretativa, el derecho nunca es incompleto o indeterminado, de modo que el juez nunca tiene ocasión de salirse del derecho y ejercitar un poder jurídico creador para pronunciar una resolución. Por tanto, es, a estos principios implícitos, con sus dimensiones morales, a los que los tribunales deben recurrir en los casos difíciles, cuando las fuentes sociales del derecho no logran proporcionar una solución en alguna cuestión de derecho.

Es importante observar que el poder jurídico creador que adscribo a los jueces para regular casos dejados parcialmente no regulados por el derecho es diferente del [que dispone] una legislatura: no sólo porque los poderes del juez están sometidos a muchas restricciones que *estrechan* sus *opciones*, restricciones de las cuáles una legislatura podría estar completamente libre, sino porque, toda vez que los poderes del juez son ejercidos únicamente para casos particulares que surgen, no puede usarlos para introducir reformas de gran escala o nuevos códigos. De esta manera, sus poderes son intericiales y sujetos a muchas limitaciones sustantivas. Como quiera que sea, habrá cuestiones donde el derecho existente no pueda proporcionar ninguna solución correcta y para resolver casos donde esto es así, el juez tiene que ejercer su poder jurídico creador. Sin embargo, el juez no tiene que hacerlo arbitrariamente: esto es, siempre debe tener alguna razón general que justifique su resolución y debe actuar como un legislador consciente lo haría al resolver de conformidad con sus propias creencias y valores. Pero, si el juez satisface estas condiciones, está facultado para seguir estándares o razones para pronunciar una resolución que no están dados por el derecho y pueden diferir de estándares o razones seguidos por otros jueces frente a casos difíciles similares.

En contra de mi explicación de que los tribunales ejercen un poder discrecional limitado para resolver casos dejados no completamente regulados por el derecho, Dworkin dirige tres principales críticas. La primera es que esta explicación es una descripción falsa del proceso judicial y de lo que hacen los jueces en “casos difíciles”.<sup>130</sup> Para mostrarlo Dworkin recurre al lenguaje usado por los jueces y abogados al describir la tarea del juez y a la fenomenología del pronunciamiento de resoluciones judiciales. Los jueces, se dice, al resolver casos y los abogados al presionarlos para que decidan en su favor, no hablan del juez como ‘que crea’ derecho, ni siquiera en casos novedosos. Aun en el más difícil de estos casos, el juez frecuentemente no traiciona ninguna concepción existente, como el positivista sugiere, de dos estadios completamente diferentes en el proceso de decisión: uno, en el cuál el juez primeramente encuentra que el derecho existente no proporciona una solución en ningún sentido; y, la otra, en la cual el juez se aleja del derecho existente para crear derecho *de novo* y *ex post facto* para las partes, de conformidad con su idea de lo que es mejor. Por el contrario, los abogados se dirigen al juez como si estuviera siempre ocupado en descubrir y aplicar el derecho existente y el juez habla como si el derecho fuera un sistema de derechos sin lagunas en el cual una solución para cada caso espera ser descubierta, no inventada.

No hay ninguna duda de que la retórica, familiar del proceso judicial, alienta la idea de que en un sistema jurídico evolucionado no existen casos jurídicamente no regulados. Pero, ¿qué tan serio debe ser considerado esto? Existe, por supuesto, una larga tradición europea y una doctrina de la división de poderes la cual dramatiza la distinción entre legislador y juez e insiste en que el juez, cuando el derecho existente es claro, siempre es la mera ‘boca’ del derecho que él [el juez] no hace o moldea. Sin embargo, es muy importante distinguir el lenguaje ritual usado por

---

<sup>130</sup> [[*Taking Rights Seriously*, cit., p. 81; *Cfr.*, *Law's Empire*, cit., pp. 37-39]] (*Íd.* *Los derechos en serio*, cit., pp. 37-39. NT.).

jueces y abogados al decidir casos en tribunales, de los argumentos generales más profundos sobre el proceso judicial. Jueces de la estatura de Oliver Wendell Holmes y [Benjamín] Cardozo, en Estados Unidos, o Lord Macmillan, Lord Radcliffe o Lord Reid, en Inglaterra, y una multitud de otros juristas, tanto académicos como practicantes, han insistido en que existen casos que son dejados no completamente regulados por el derecho y donde los jueces tienen una inevitable, aunque 'intersticial', tarea jurídico creadora, y que, en lo que al derecho concierne, muchos casos podrían ser resueltos en cualquier sentido.

Una consideración principal ayuda a explicar la resistencia a la afirmación de que los jueces algunas ocasiones crean y aplican derecho y también dilucida los rasgos fundamentales que distinguen la creación jurídica judicial de la [creación jurídica de una] legislatura. Es la importancia, característicamente atribuida por los tribunales a proceder por analogía, cuando deciden casos no regulados, de forma a asegurar que el nuevo derecho que crean, aunque es *nuevo derecho*, se encuentra de acuerdo con los principios o razones básicas reconocidas como ya arraigadas en el derecho existente. Es verdad que cuando las leyes o precedentes particulares se muestran indeterminados o cuando el derecho explícito calla, los jueces no arrojan sus libros de derecho y empiezan a legislar sin ninguna guía del derecho. Muy frecuentemente, al decidir tales casos, los jueces citan algún principio general o algún objetivo o propósito general, con el que alguna área considerablemente relevante del derecho existente puede ser entendida, como ejemplificando o anunciando una solución determinada, y en qué cuestiones, para el caso difícil que surge. Esto realmente constituye el verdadero núcleo de una 'interpretación constructiva', la cual es un rasgo tan característico de la teoría de la judicación de Dworkin. Pero aunque este procedimiento ciertamente pospone el momento de la creación jurídica judicial, no lo elimina; puesto que en cualquier caso difícil principios diferentes que respaldan analogías en conflicto pueden presentarse también y un juez frecuentemente tendrá que escoger entre ellos confiando, como [lo haría] un legislador consciente,

en su sentido de lo que es mejor y no en ningún orden ya establecido de prioridades prescritas por el derecho. Sólo si para todos estos casos hubiera siempre que encontrar en el derecho existente un único conjunto de principios de orden superior que asignaran pesos relativos o prioridades a tales principios competitivos de orden inferior, la importancia de la creación jurídica judicial no sería meramente diferida, sino eliminada.

Otra crítica de Dworkin a mi explicación de la discreción judicial la condena no por ser descriptivamente falsa, sino por respaldar una forma de creación jurídica que es antidemocrática e injusta.<sup>131</sup> Los jueces en una democracia no son habitualmente electos, de ahí que se afirme que únicamente los representantes electos del pueblo deben tener poderes de creación jurídica. Hay muchas respuestas a esta crítica. Que a los jueces se les invista con poderes de creación jurídica para conocer de disputas que el derecho no regula, puede ser considerado como un precio necesario que pagar, para evitar la inconveniencia de [recurrir a] métodos alternativos para regularlos, tales como referirlos a la legislatura, y el precio puede ser visto pequeño si los jueces son restringidos en el ejercicio de estos poderes y no pueden confeccionar códigos o amplias reformas, sino únicamente reglas para substanciar las cuestiones específicas planteadas por los casos particulares. En segundo lugar, la delegación de poderes legislativos limitados al ejecutivo es un rasgo familiar de las democracias modernas y tal delegación a la judicatura parece no constituir una mayor amenaza a la democracia. En ambas formas de delegación una legislatura electa normalmente tendrá control residual y puede abrogar o enmendar cualquier norma subordinada que encuentre inaceptable. Es verdad que cuando los poderes de una legislatura se encuentran limitados por una constitución escrita y los tribunales tienen amplias facultades de control de la constitucionalidad,<sup>132</sup> una legislatura *democrática*

---

<sup>131</sup> [[*Taking Rights Seriously*, cit., pp. 84-85]] (*Vid. Los derechos en serio*, cit., pp. 149-151. NT.)

<sup>132</sup> En el sentido de *judicial review*. NT.

mente electa puede verse imposibilitada para modificar nada de la legislación judicial. Por tanto, el último control democrático puede ser asegurado únicamente a través de la engorrosa maquinaria de la reforma constitucional. Este es el precio que se tiene que pagar por imponer límites jurídicos al gobierno.

Dworkin hace además la acusación de que la creación judicial del derecho es injusta y la condena como una forma de creación jurídica retroactiva o *ex post facto* la cual, es cierto, comúnmente es considerada injusta. Pero, la razón para considerar injusta la creación jurídica retroactiva es porque frustra las expectativas justificadas de aquellos que, al actuar, han confiado en la presunción de que las consecuencias jurídicas de sus actos serían determinadas por el estado conocido del derecho establecido en el tiempo de sus actos. Esta objeción, sin embargo, aún si tiene fuerza contra un cambio o desestimación retroactiva de un derecho claramente establecido, parece completamente irrelevante en casos difíciles, puesto que éstos son casos que el derecho ha dejado regulados de forma incompleta y no hay ningún estado conocido de un derecho claramente establecido, como para justificar expectativas.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA EN ESTA TRADUCCIÓN

- COHEN, Marshall [ed.], *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, 1983.
- COLEMAN, J., “Negative and Positive Positivism”, en *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, *op. ul. cit.*
- DWORKIN, Ronald M., *A Matter of Principle*, Cambridge, Mass., Londres, Harvard University Press, 1985.
- , “A Replay by Ronald Dworkin”, en Cohen, Marshall (ed.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, *cit.*
- , *Law’s Empire*, Cambridge, Mass., Londres, Harvard University Press, 1986.
- , “Legal Theory and the Problem of Sense”, en Gavison, R. (ed.), *Issues in Contemporary Legal Philosophy: The Influence of H. L. A. Hart*, Oxford, Oxford University Press, 1987.
- , “No Right Answer?”, en Hacker, P. M. S. y Raz, Joseph (eds.), *Law Morality and Society. Essays in Honour of H. L. A. Hart*, Oxford, Oxford University Press, 1977, reimpresso como “Is There Really No Right Answer in Hard Cases?”, en Dworkin, Ronald, *A Matter of Principle*, *cit.*, cap. 5.
- , *Taking Rights Seriously*, Londres, Gerald Duckworth & Co. Ltd., 1977. Existe versión en español de Marta Guastavino: *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1989 (1984), reimpresso en

Madrid, Editorial Planeta-De Agostini, 1993 (Obras Maestras del pensamiento contemporáneo, núm. 40).

FEINBERG, J, y Gross, H. (eds.), *Law in the Perspective of Society*, Los Angeles, Dickenson Publishers, 1977

HACKER, P. M. S. y Raz, Joseph (eds.), *Law Morality and Society. Essays in Honour of H. L. A. Hart*, Oxford, Oxford University Press, 1977.

HART, H. L. A., “American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream”, en *Georgia Law Review*, vol. 11, núm. 5, 1977 (Reimpreso en: Hart, H. L. A., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 1983.

—, “Between Utility and Rights”, en *Columbia Law Review*, vol. 79, 1979 (Reimpreso en *op. ul. cit.*).

—, “Comment”, en Gavison, R. [ed.], *Issues in Contemporary Legal Philosophy: The Influence of H. L. A. Hart*, *cit.*

—, *El concepto de derecho*, trad. de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995 (1963).

—, *Essays in jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 1983.

—, “Legal Duty and Obligation”, en Hart, H. L. A., *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1982.

—, “[1776-1976] Law in the Perspective of Philosophy”, en *New York University Law Review*, vol. 51, 1976 (Reimpreso en: Hart, H. L. A., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, *cit.*, existe versión en español de Rolando Tamayo y Salmorán [en colaboración con Alfonso Ortíz†]: “El derecho en la perspecti-

va de la filosofía: 1776-1996”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XI, núm. 33, septiembre-diciembre de 1978.

—, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1961 (2a. edición: Bulloch Penelope A. y Raz, Joseph [eds.], Oxford, Oxford University Press, 1994).

—, “The Morality of Law”, en *Harvard Law Review*, vol. 78, 1965, reimpresso en: Hart, H. L. A., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, *cit.*

—, “Positivism and the Separation of Law and Morals”, en *Harvard Law Review*, vol. 71, 1958. Reimpresso en Feinberg, J. y Gross, H. (eds.), *Law in the Perspective of Society*, *cit.*, y en Hart, H. L. A., *Essays on Jurisprudence and Philosophy*, *cit.* Existe versión en español de Genaro R. Carrió: “El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral”, en Hart, H. L. A., *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, Buenos Aires, De Palma, 1962.

LYONS, D., “Principles, Positivism and Legal Theory”, en *Yale Law Journal*, vol. 87, 1977.

MACCORMICK, Niel, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1997.

MOLINER, María, *Diccionario de uso del español*, en CD-ROM, Madrid, Edición Gredos, 1996.

MOORE, Michel, “The Interpretive Turn in Modern Theory: A Turn for the Worse?”, en *Stanford Law Review*, vol. 41, 1989.

RAWLS, John, *A Theory of Justice*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1971.

—, *Teoría de la justicia*, trad. de María Dolores González, México, Fondo de Cultura Económica, 1995 (1979).

- RAZ, Joseph, "Dworkin: A New Link in the Chain", en *California Law Review*, vol. 74, 1986.
- , "Legal Principles and the Limits of the Law", en *Yale Law Journal*, vol. 81, 1972.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la Lengua Española, Madrid, 1984.
- SOPER, E. P., "Legal Theory and the Obligation of a Judge", en Cohen, Marshall [ed.], *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, cit.
- TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Elementos para una teoría general del derecho*, México, Themis, 1998.
- , "La teoría del derecho de Jeremías Bentham", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XVII, núm. 50, mayo-julio de 1984.
- WALKER, David M., *Oxford Companion to Law*, Oxford, Oxford University Press, 1980.
- WALUCHOW, W. J., "Herculean Positivism", en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 5, 1985.

## APÉNDICE

### BIBLIOGRAFÍA DE H. L. A. HART<sup>133</sup>

1. "The Ascription of Responsibility and Rights", en *Proceedings of the Aristotelian Society*, núm. 49, 1948-1949. Reimpreso en Flew, A. N. G. (ed.), *Logic and Language*, Oxford, Blackwell, 1951.
2. "Is There Knowledge by Acquaintance?", en *Proceedings of the Aristotelian Society* (Suppl.), vol. 23, 1949.
3. "Law and the Modern Mind", en *Mind*, vol. 60, 1951.
4. "A Logician's Fairly Tale", en *Philosophical Review*, vol. 60, 1951.
5. "Signs and Words", en *Philosophical Quarterly* (On J. Hollaway, Language and Intelligence), vol. 2, 1952.
6. *Definition and Theory in Jurisprudence (Inaugural Lecture)*, Oxford, Oxford University Press (1953), 1975. Reimpreso en *Law Quarterly Review*, vol. 70, 1953; y en Hart, H. L. A., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Oxford Univer-

---

<sup>133</sup> Esta relación esta tomada, *inter alia*, de Hacker, P. M. S. y Raz, Joseph, *Law, Morality and Society. Essays in Honour of H. L. A. Hart*, Oxford, Oxford University Press (1977) 1979; Páramo, Juan R., *H. L. A. Hart y la teoría analítica del derecho*, cit., Tamayo Valenzuela, José Alberto de, *La teoría jurídica analítica y el concepto de derecho de H. L. A. Hart*, cit., y de los "Reconocimientos" (*Acknowledgements*) de H. L. A. Hart tanto de *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*, cit., y *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, cit., Los números que preceden los títulos son los asignados por P. M. S. Hacker, y Joseph Raz en la bibliografía del Festschrift (*Law, Morality and Society. Essays in Honour of H. L. A. Hart*, cit.). Los títulos a cuyos números se han añadido una letra provienen de otra fuente, así como los títulos sin número.

sity Press, 1985. Existe versión en español de Genaro R. Carrió: "Definición y teoría de la ciencia jurídica", en Hart, H. L. A., *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1962.

7. "Philosophy of Law and Jurisprudence in Britain (1945-52)", en *American Journal of Comparative Law*, vol. 2, 1953.

8. "Justice", en *Philosophy* (On Giorgio del Vechio), vol. 28, 1953.

9. "Introduction", en Austin, John, *The Province of Jurisprudence Determined*, Londres, Weidenfeld & Nicholson, 1954.

10. "Are There Any Natural Rights?", en *Philosophical Review*, núm. 64, 1955. Reimpreso en Quinton, A. (ed.), *Political Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 1967 y en Olafson, F. A., *Society, Law and Morality*, Prentice Hall, 1961. Existe versión en español de Genaro R. Carrió: "¿Existen derechos naturales?", en Hart, H. L. A., *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis, cit.*, y de Suárez, E. L., en Quinton, A. (ed.), *Filosofía Política*, México, Fondo de Cultura Económica, 1975.

11. "Theory and Definition in Jurisprudence", *Proceedings in the Aristotelian Society*, Supplementary, vol. 29, 1955.

12. "Axel Hägerström's Inquires into the Nature of Law and Morals", en *Philosophy*, vol., 30, 1955.

13. "Blakston's Use of Law of Nature", en *Butterworths South African Law Review*, 1956.

14. "Hans Kelsen's Communist Theory of Law", en *Harvard Law Review*, vol. 69, 1956.

14b. "Should the Death Penalty be Abolish", en *The Listener*, vol. 55, 1956.

15. "Murder and the Principles of Punishment: England and United States", en *Northwestern University Law Review*, vol. 4, 1957. Reimpreso en Hart, H. L. A., *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1968, 1970, 1973, 1978.
16. "Analytic Jurisprudence in Mid-twentieth Century. A Replay to Professor Bedenheimer", en *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 105, 1957.
17. "Legal and Moral Obligation", en Malden, A. I. (ed.), *Essays in Moral Philosophy*, Seattle, The University of Washington Press, 1958. Existe versión española de Javier Esquivel y Alfonso Ortíz: "Obligación jurídica y obligación moral", en *Cuadernos de Crítica*, México, núm. 3, 1977.
18. "Legal Responsibility and Excuses", en Hook, S. (ed.), *Determinism and Freedom, Proceedings of The First Annual New York University Institute of Philosophy*, Nueva York, 1958. Reimpreso en Hart, H. L. A., *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, cit.
19. "Positivism and the Separation of Law and Morals", en *Harvard Law Review*, núm. 71, 1958. Reimpreso en Feinberg, J. y Gross, H. (eds.), *Law in Philosophical Perspective*, Los Angeles, Dickenson Publisher, 1977, y en Dworkin, Ronald M. (ed.), *The Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press (1977) 1979. Reimpreso en Hart, H. L. A., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, cit. Existe versión en español de Genaro R. Carrió, en Hart, H. L. A., *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, cit.
- 19b. *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, trad. de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Depalma, 1962.
20. "Decision, Intention and Certainty" (conjuntamente con S. Hampshire), en *Mind*, vol. 67, 1958.

21. "Dias and Hughes in Jurisprudence", en *Journal of the Society of Public Teachers*, vol. 4, 1958.
- 21b. "The View of America", en *The Listener*, núm. 59, 1958.
22. "Immortality and Treason", en *The Listener* (30 de julio de 1959). Reimpreso en Dworkin, Ronald M., *The Philosophy of Law, cit.*, y en Blom-Cooper, L. J., *The Law as Literature*, Londres, Bodley Head, 1961.
23. "Scandinavian Realism", en *Cambridge Law Journal* (On Alf Ross's On Law and Justice), vol. 17, 1959.
24. *Causation in the Law* (conjuntamente con Anthony M. Honoré), Oxford, Oxford University Press, 1959, 1985.
25. "Prolegomenon to the Principle of Punishment", en *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. 60, 1959-1960. Reimpreso en Hart, H. L. A., *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law, cit.*
- 25b. "Jurisprudence", en Urmson, J. O., *Concise Encyclopedia of Western Philosophy and Philosophers*, 1960. Existe versión española en Urmson, J. O., *Enciclopedia concisa de filosofía y filósofos*, Madrid, Cátedra, 1979.
26. *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1961 (2a. edición: Bulloch Penelope A. y Raz, Joseph [eds.], Oxford, Oxford University Press, 1994. Esta segunda edición contiene un *Postscript* póstumo de Hart).<sup>134</sup> Existe versión en español de Genaro R. Carrió: *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995 (1962) (Esta versión fue reimpresa en México: *El concepto de derecho*, México, Editora Nacional, 1978).

---

<sup>134</sup> Los datos del *Postscript* se encuentran en el último título de esta bibliografía.

27. "Negligence, Mens Rea, and Criminal Responsibility", en Guest, A., *Oxford Essays in Jurisprudence*, Oxford, Oxford University Press, 1961. Reimpreso en Hart, H. L. A., *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, cit.
28. "The Use and Abuse of Criminal Law", en *Oxford Lawyer*, vol. 4, núm. 1, 1961.
29. "Dennis Lloyd's Introduction to Jurisprudence", en *Law Quarterly Review*, vol. 77, 1961.
30. "Acts of Will and Responsibility", en Marshall, O. R., *The Jubilee Lectures of the Faculty*, Londres, Sheffield University Faculty of Law, 1961. Reimpreso en Hart, H. L. A., *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, cit.
31. "Bentham" (Lecture on a Mastermind), *Proceedings of the British Academy*, vol. 48, 1962. Reimpreso en *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1982 ("Introduction").
32. *Punishment and the Elimination of Responsibility* (Hobhouse Memorial Trust Lecture, 16 de mayo de 1961), Londres, Athlone Press, 1962. Reimpreso en Hart, H. L. A., *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, cit.
33. "Richard A. Wasserström's The Judicial Decision", en *Stanford Law Review*, vol. 14, 1962.
34. "Acts of Will and Legal Responsibility", en Pears, D. F., *Freedom of the Will*, Londres, MacMillan, 1963.
35. "Introduction", en Perelman, Ch., *The Idea of Justice and the Problem of Argument*, trad. de J. Petrie, Londres, Routledge and Kegan Paul, 1963.
36. "Oliver Wendell Holmes's The Common Law", en *The New York Review of Books*, vol. 1, 1963-1964. Reimpreso en Hart,

H. L. A., *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, cit.

37. "Kelsen Visited", en *University of California Law Review*, vol. 10, 1963. Reimpreso en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, cit. Existe versión española de Javier Esquivel: *Una visita a Kelsen*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas, 1977 (Cuadernos de Crítica, núm. 4).
38. *Law, Liberty and Morality* (The Harry Camp Lectures), Oxford, Oxford University Press, 1963.
39. "Self Referring Law", en *Festkrift Tillägnad Professor Juris Doktor Karl. Olivecrona vid hans Avgång från professorsämberet den 30 Juni 1964 av Kolleger, larjungär on vänner*. Kungl. Bocktryckeriet P. A. Norsted & Säner Stockholm, 1964. Reimpreso en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, cit.
40. *The Morality of the Criminal Law. Two Lectures* (Lionel Cohen Lectures, 1964), Magnes Press, Jerusalem, Hebrew University, Oxford University Press, Londres, 1965. Las lectures son: *Changing Conception of Responsibility* y *The Enforcement of Morality*. La primera de estas lectures está reimpresa en Hart, H. L. A., *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*.
41. "Lon L. Fuller's The Morality of Law", en *Harvard Law Review*, vol. 78, 1965. Reimpreso en Hart, H. L. A., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, cit.
42. "Il Concetto di obbligo", trad. di Gavazzi, en *Revista di Filosofia*, vol. 57, 1966. Existe versión inglesa: "Legal Duty and Obligation", en Hart, H. L. A., *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*, cit.
43. "Beccaria and Bentham", en *Atti del convegno internazionale Cesare Beccaria*, Turín, Academia delle Scienze di Torino, Me-

- morials of the Academy, Serie 4a., núm. 9, 1966. Reimpreso en Hart, H. L. A., *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*, cit.
44. "Bentham on Sovereignty", en *The Irish Jurist*, Nueva Serie, vol. 2, 1967. Reimpreso en Hart, H. L. A., *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*, cit. ("Sovereignty and Legally Limited Government").
45. "Intention and Punishment", en *Oxford Review*, vol. 4, 1967. Reimpreso en Hart, H. L. A., *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, cit.
46. "Varities of Responsibility", en *Law Quartely Review*, vol. 83, 1967. Reimpreso en H. L. A., *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, cit.
47. "Legal Positivism", en Edwards, P. (ed.), *Encyclopedia of Philosophy*, Nueva York, MacMillan and Free Press, 1967, vol. 4.
48. "Problems of Philosophy of Law", en Edwards, P. (ed.), *Encyclopedia of Philosophy*, Nueva York, MacMillan and Free Press, 1967, vol. 6. Reimpreso en Hart, H. L. A., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, cit.
49. "Social Solidarity and the Enforcement of Morality", en *University of Chicago Law Review*, núm. 35, 1967-1968. Reimpreso en Hart, H. L. A., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, cit.
50. *Punishment and Responsibility, Essays in the Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1968, 1970, 1973, 1978.
51. "Kelsens Doctrine of the Unity of Law", en Munitz, M. K. y Kiefer, H. E. (eds.), *Ethics and Social Justice* (es el cuarto volumen de *Contemporary Philosophic Thought: The Internatio-*

- nal Philosophy Year Conference at Brockport*), Albany, N. Y., State University of New York Press, 1968-1970. Reimpreso en Hart, H. L. A., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, cit. Existe versión en español de Rolando Tamayo y Salmorán: "La doctrina de Kelsen de la unidad del derecho", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, año VII, núm. 21.
52. "Duty", en Sills, David L. (ed.), *International Encyclopedia of Social Sciences*, Nueva York, MacMillan and Free Press, 1968, vol. 4.
53. "Introduction" (Critical Notes and Index), en Bentham, Jeremy, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, editado por Burns, J. H., Londres, Athlone Press, 1970 [Collected Works of Jeremy Bentham].
54. "Introduction" (Critical Notes and Index), en Bentham, Jeremy, *Of Laws in General*, editado por H. L. A. Hart, Londres, Athlone Press, 1970 (Collected Works of Jeremy Bentham).
55. "Jhering's Heaven of Concepts and Modern Analytic Jurisprudence", en Wicaker, F. y Wollschläger, Ch. (eds.), *Jhering's Erbe Gottinger Symposium zur 150 Wiederkehr des Geburtstags von Rudolph von Jhering*, Gotinga, Vandenhoeck & Ruprecht, 1970. Reimpreso en Hart, H. L. A., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, cit.
56. "Bentham's Of Laws in General", en *Rechtstheorie*, vol. 2, 1971. Reimpreso en Hart, H. L. A., *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*, cit.
57. "Bentham on Legal Powers", en *Yale Law Journal*, vol. 81, 1972. Reimpreso en Hart, H. L. A., *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*, cit. ("Legal Powers").
58. "Abortion Law Reform: the English Experience", en *Melbourne University Law Review*, vol. 8, 1972.

59. "Bentham on Legal Rights", en Simpson, A. W. B. (ed.), en *Oxford Essays in Jurisprudence* (segunda serie), Oxford, Oxford University Press, 1972. Reimpreso en Hart, H. L. A., *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*, cit. ("Legal Right").
60. "Bentham and Demystification of the Law", en *Modern Law Review*, vol. 36, 1973. Reimpreso en Hart, H. L. A., *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*, cit.
61. "Rawls on Liberty and its Priority", en *University of Chicago Law Review*, vol. 40, 1973. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, cit.
62. "1776-1976; Law in the Perspective of Philosophy", en *New York University Law Review*, núm. 51, 1976. Reimpreso en Hart, H. L. A., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, cit. Existe versión en español de Rolando Tamayo y Salmorán y Alfonso Ortíz: "El derecho en la perspectiva de la filosofía", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XI, núm. 33, septiembre-diciembre de 1978.
63. "Bentham and the United States of America", en Coase, R. H. (ed.), 1776; *The Revolution in Social Thought*, 1977. Reimpreso en Hart, H. L. A., *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*, cit. ("The United States of America").
- "American Jurisprudence Through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream", en *Georgia Law Review*, vol. 11, núm. 5, septiembre de 1977. Reimpreso en Hart, H. L. A., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, cit.
- "Utilitarianism and Natural Rights", en *Tulane Law Review*, vol. 53, núm. 3, abril de 1979. Reimpreso en Hart, H. L. A., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, cit. Existe versión en español de Juan Ramón de Páramo: "Utilitarismo en Derecho", en *Anuario de Derechos Humanos, Instituto de Derechos Humanos*, Madrid, Universidad Complutense, 1979.

“Between Utility and Rights”, en *Columbia Law Review*, vol. 79. núm. 5, junio de 1979 (reimpreso en 1979), y en Ryan, Alan (ed.), *The Idea of Freedom*, Oxford, Oxford University Press, 1979. Reimpreso en Hart, H. L. A., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, cit. Existe versión en español de González Soler, M. D. et al., “Entre el principio de utilidad y los derechos humanos”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, núm. 58.

“Diamonds and String: Holmes on the Common Law”, en *The New York Review of Books*, Nyrev, Inc., 1963. Reimpreso en Hart, H. L. A., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, cit.

“El nuevo desafío del positivismo jurídico”, *Sistema*, trad. de Liborio Hierro, Francisco Laporta y Juan Ramón de Páramo, Madrid, núm. 36, mayo de 1980.

“Natural Rights; Bentham and John Stuart Mill”, en *New York Review of Books*, vol., 8, 1980. Reimpreso en Hart, H. L. A., *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*, cit., Existe traducción en español de Juan Ramón de Páramo: “Derechos naturales: Bentham y John Stuart Mill”, en *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid, núm. 3, 1984-1985.

“The House of Lords on Attempting the Impossible”, en Tapper, Colin (ed.), *Crime, Proof and Punishment: Essays in Memory of Sir Rupert Cross*, Londres, Butterworth, 1981. Reimpreso en Hart, H. L. A., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, cit.

“Commands and Authoritative Legal Reasons”, en Hart, H. L. A., *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*, cit.

*Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1982.

*Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Oxford University Press (1983), 1985.

“Postscript”, en Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, 2a. ed. Bulloch Penelope A. y Raz, Joseph (eds.), Oxford, Oxford University Press, 1994. Existe versión en español de Rolando Tamayo y Salmorán: *Post scriptum al concepto del derecho* (Estudio preliminar, notas y bibliografía de Rolando Tamayo y Salmorán), México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000.

*Post scriptum al concepto del derecho.*  
editado por el Instituto de Investigaciones  
Jurídicas de la UNAM, se terminó de  
imprimir el 31 de octubre de 2000, en  
los talleres de IMPRESOS CHÁVEZ.  
Tel. 55-39-51-08 y Fax 56-72-01-19.  
En la edición se empleó papel cultural de  
57 x 87 de 37 kgs. en interiores y cartu-  
lina couché de 162 kgs. para los forros.  
Consta de 1,000 ejemplares.