

Una paradoja de la situación intelectual contemporánea: de las políticas de estado, una reflexión desde Kelsen y Kant

Augusto Bolívar Espinoza*

Introducción

Este artículo quisiera contribuir –desde el cuestionamiento de las “políticas de Estado”– al conocimiento de las condiciones que intervienen en el cambio o la permanencia **de** y **en** el Estado y la sociedad en países periféricos. Esta preocupación metodológica se enfoca desde la filosofía del derecho y de la política mediante la perspectiva sociológica del “análisis de políticas públicas”

El modelo de la “política de Estado”, supone una doble “publicidad”: respecto de su origen y de su destino. En su origen se encuentra la participación y vigilancia ciudadana quién determina en última instancia su consecución; y en su fin se encuentran los intereses más generales y sustanciales de la sociedad. Este doble movimiento es esencial para la comprensión de la transformación estatal. Dos posiciones clásicas aquí caricaturizadas se enfrentan con relación al carácter de este proceso. Por una parte, una visión “idealista” que identifica derechos y deberes en un movimiento progresivo y ascendente; y, por otra, una “realista”, que subordina la normatividad a la imposición forzada guiada por intereses siniestros. El sentido común culto criollo sostiene, con mucha razón, que los países periféricos poco o nada tienen que ver con la primera imagen de las políticas de Estado, y que son, más bien, las “políticas gubernamentales”, las que imponen la voluntad de grupos de interés sin legitimidad y legalidad. Rara consideración, pues no puede existir una política estatal que no sea gubernamental y ¿cómo podrían perdurar las políticas gubernamentales? ¿mediante puras amenazas y fuerza, como lo haría un banda de ladrones? Este artículo se opone a esta antítesis rígida e introduce a un análisis más complejo y dialéctico.

Para el uso metodológico, analítico, es necesario considerar las políticas de Estado en su especificidad empírica y no como entelequias. En este sentido, estas políticas son “políticas constitutivas” que deben ser tratadas como “políticas institucionales de control”. Es decir, como acciones gubernamentales, que producen, definen y controlan al régimen político y a la forma de gobernar; y limitan la participación ciudadana. Pero también, a la inversa, las políticas de Estado pueden ser consideradas como productos de la participación ciudadana en el diseño, implementación y vigilancia, de políticas específicas: constitucionales, legislativas, administrativas y jurisprudenciales. En este trabajo el tema no es “las políticas en sí mismas”, trabajo que hemos comenzado a realizar en otros ensayos, si no de las condiciones que las suponen. Es decir, de los “referentes”, “ideas” o “concepciones de mundo” que permiten conocerlas y que son al mismo tiempo esenciales para su funcionamiento. Se trata de presentar las instancias reguladoras –referentes o ideas– de la investigación y de la acción, en tanto determinaciones lógicas, sociales o morales que las determinan.

La propuesta de este ensayo es considerar la posibilidad del establecimiento de una escena agonística que tuviera por objetivo el análisis de procesos de cambios estatales en países periféricos, o “institucionalización reciente y diferida”. Es decir, de sociedades que recientemente han accedido a instituciones modernas de control y que las han adaptado de formas diversas. Esta “arena de la disputa”, teórica y metodológica, pensamos, podría servir al investigador para ejercitarse en la construcción genealógica de definiciones, de conceptos y categorías, así como en la construcción artesanal de métodos y esquemas operacionales apropiados que pudieran aplicarse a la comprensión tanto global o específica como diacrónica o sincrónica, del cambio estatal periférico.

Este trabajo presenta un ámbito introductorio y acotado de reflexión de esta escena de reflexión teórica y metodológica para el estudio de los procesos de cambio estatales periféricos. Se refiere principalmente a algunas ideas sugeridas desde la propuesta científica de Hans Kelsen (1881-1973) y de las derivaciones que surgen al considerar temas a fines en Herbert Lionel Adolphus Hart (1907-1994) y Ronald Dworkin (1935-

19...). La pregunta central pertinente, independientemente del valor de los aportes y diferencias de estos pensadores, que son muchos, variados y profundos, puede expresarse de las siguientes maneras:

¿En qué medida las posturas de Kelsen, Hart y Dworkin respecto al objeto y método del derecho pudieran apoyar la construcción de un marco de referencia para diseñar estrategias analíticas referidas al cambio estatal periférico?. En forma mucho más específica: ¿En qué medida la “regla básica”, la “regla de reconocimiento” y los “principios morales”, ideas propuestos por estos pensadores, pudieran constituirse en algunas de las claves que pudieran ayudar en el estudio de las políticas de Estado países de institucionalización reciente?

El hilo conductor de este ensayo supone que la “norma básica”, la “regla de reconocimiento” y los “principios morales”, constituyen “ideas” complementarias que están a la base de la acción y la comprensión estatal, o de la “dinámica jurídica” o de las “políticas institucionales de control político.

Expresamente se utiliza el término “idea” adoptando el significado que Kant le da a este vocablo para distinguirlo de “concepto”. Su ventaja radica en que la idea posee una dimensión que va más allá de los receptáculos de los referentes empíricos. La concepción de “idea” se deriva de la postura crítica que la considera como principio regulador del conocimiento y de la acción. La disolución de la norma básica, de la regla de reconocimiento y de los principios morales en la locución “idea” no es gratuita, entre otras cosas, en razón que estos autores, explícita o implícitamente, son tributarios del filósofo de las Críticas.

La exposición de lo dicho anteriormente se organiza a través de un primer apartado: **El campo agonístico de las políticas de Estado** que expone, muy en general, la discusión que la filosofía del derecho y de la política ofrecen para la constitución del campo agonístico para fines metodológicos en el análisis de países periféricos. Se acota el campo de reflexión a algunos aspectos de la propuesta de Kelsen, Hart y Dworkin; posteriormente se hace una síntesis de los problemas que podrían interesar al análisis político de países periféricos. En el segundo apartado: **Dinámica y estática estatal** se analiza, dentro del campo definido en el apartado anterior, la perspectiva del Estado en la concepción de Kelsen y la respectiva crítica, y segundo se construye una “relación a través del concepto de orden” entre acciones y normas. En el tercer apartado: **Referenciales en las políticas de Estado** se señalan, esquemáticamente, en torno a la noción de “idea” kantiana, las alternativas científicas, metodológicas y de fundamento que proponen Kelsen, Hart y Dworkin. Por último, en **Un esbozo de síntesis** se recuperan las consideraciones hechas desde la filosofía del derecho para integrarlas, a modo de programa de investigación, con la perspectiva de las políticas de Estado.

El campo agonístico de las políticas de estado

En este apartado se introduce el marco general de la filosofía del derecho en que se mueven los tres autores considerados. De este contexto se propone algunos temas que aparecen ampliamente elaborados en algunos textos clásicos de Kelsen¹, Hart² y Dworkin³ con el criterio de construir un espacio de discusión que pudiera ayudar al análisis de las políticas de Estado.

El eje de referencia

La filosofía política y del derecho en el siglo veinte, ha multiplicado el lenguaje jurídico, creando y recreando escuelas y sub escuelas, que de distintas maneras parecieran hablar de la misma cosa. Así, las escuelas deóntica, analítica, semántica, realista, histórica, egológica, y, muchas otras, han puesto su acento en la lógica jurídica y en la destilación o adaptación de la Teoría pura del derecho de Hans Kelsen⁴. No es un azar, pues en esta obra confluyen, de diversas maneras, las grandes tradiciones del positivismo⁵ y su crítica al iusnaturalismo⁶, la teoría analítica⁷ y el realismo sociológico. Es decir, Kelsen y esta obra en particular constituye el universo del jurista dogmático, del sociólogo jurista y del filósofo del derecho⁸.

Dentro de esta vorágine las posturas de Kelsen, Hart y Dworkin pueden ser consideradas ejes para la construcción del campo de referencia metodológica para el análisis del cambio estatal, tanto por sus coincidencias como por sus divergencias.

En cuanto a Kelsen, este se ha convertido en “meridiano jurídico” a pesar de que desde sus primeros

escritos se consideró que “estaba superado” o “ya no servía”. Estas posiciones extremas quizá se comprendan si se considera que no existe ningún sistema capaz de oponerse en la medida que entrega a los juristas un instrumento imprescindible para que su saber adquiriera plena jerarquía científica: la lógica jurídica. En este sentido se explican las opiniones de Rascoe Pound, uno de los teóricos que han influido en Dworkin, y de Carlos Cossio: dice el primero de Hans Kelsen “constituye incuestionablemente el principal jurista de la época”, y, el segundo, “el jurista de la época contemporánea”⁹. Pero también la corriente analítica contemporánea tiene algo que decir respecto de la Teoría Pura: “es un elemento constitutivo (...) de entender y practicar el derecho”¹⁰. Pero los aportes de Kelsen, además de la relevancia que tiene para el “derecho propiamente tal” ha influido en forma importante en otros dominios colindantes y en especial el de las instituciones políticas.

En cuanto a Hart, es el otro referente para la construcción de un espacio de discusión metodológica y actualización del campo del derecho. Después de la publicación del **Concepto del derecho**¹¹ no sólo el objeto de la teoría jurídica ha sido desarrollado ampliamente también la filosofía del derecho y la filosofía se han acercado de manera notable y, en especial, la “filosofía política” y la “filosofía moral”. Este hecho se agudiza y se hace explícito con la publicación del **PostScriptum**¹², sin contar con la enorme literatura vinculada directa o indirectamente a los temas expuestos por estas obras de Hart¹³.

En cuanto a Dworkin, gran parte de teoría se ha construido, exitosamente, en oposición al positivismo y, muy especialmente en constante polémica con Hart. Independientemente, del resultado de estas controversias, el pensamiento de este autor ha abierto nuevos caminos teóricos, y, muy especialmente, los referidos a los argumentos morales¹⁴.

Coincidencias y divergencias

Las coincidencias y las divergencias que se pueden construir, más allá de la historia de las ideas o de un conocimiento interno de cada una de las posiciones de los tres autores mencionados, puede constituirse en un campo restringido de ejercicio teórico, una vez más, en la perspectiva metodológica de el estudio de países periféricos. Los tres autores representan corrientes significativas dentro de la filosofía del derecho actual: el positivismo y la teoría analítica que junto a la crítica al derecho natural presentan el primer cuadro de referencia ineludible. Pero, además, Kelsen es uno de los protagonistas de la defensa de la democracia y de la constitución, tanto teórica como prácticamente¹⁵. Esta cuestión aparece con fuerza en la polémica contra Carl Schmitt¹⁶, la más importante del siglo veinte en la ciencia jurídico-política. También Hart, Dworkin y los filósofos del derecho escandinavo participan en esta cruzada buscando los fundamentos del liberalismo para convertirlo en fuente de legitimidad¹⁷. Dworkin –el único vivo todavía– participa en los grandes debates de la política concernientes a la discriminación positiva, la desobediencia civil, y la libertad de expresión¹⁸.

Tres temas comunes caben destacar para el propósito de este trabajo: a) el problema de la delimitación del derecho como ciencia; b) una posición simétrica pero aparentemente divergente en el estudio del derecho, expresada en la distinción entre las reglas y la jerarquía entre ellas: regla básica, regla de reconocimiento, principios; c) La profunda y permanente referencia al acontecer político, tanto en su dimensión teórica como práctica.

Las divergencias entre estos autores son conocidas: el enfoque positivista y el analítico; la diferencia entre moral y derecho; la crítica a un “sistema de reglas”; etc. Pero, también, al interior de estos pensadores existen situaciones importantes no aclaradas por los propios autores. Por ejemplo, en el caso de Kelsen y Hart, no está claro si existe continuidad o ruptura entre¹⁹ *La teoría pura del derecho* y *La teoría general de las normas*; y tampoco, si los incompletos opúsculos²⁰ de Hart logran aclarar una serie de críticas, dudas, acusaciones, que no está claro si eran efectivas y si persistieron hasta su desaparición. Los tres autores difieren en el tipo de demarcación del derecho y en la vinculación con el poder político. Pese a que el proceso de definición de campo en el cual Kelsen representa un caso ejemplar no existe para nada consenso en cuáles sean estos límites.

Hart y Dworkin quizá se distancian de Kelsen en que el tipo de fundamentación buscada no es lógica; más bien es cultural, el primero en hechos positivos de derecho, el segundo en la interpretación de las acciones jurídicas. De estas dos posiciones antagónicas según Dworkin y compatibles según Hart, es posible deducir que sus diferencias residen en el alcance descriptivo de la teoría de Hart y la renuencia a declarar su

postura como teórica, en Dworkin; en lo común, un trabajo descriptivo sociológico en los mecanismos fundamentación en Hart, que puede ser complementado con la interpretación evaluativa de la práctica jurídica.

El primero puede aportar una mayor profundidad en el conocimiento propio del derecho, de su científicidad y, mediante este conocimiento, una mejor comprensión del análisis del sistema jurídico-político en general. El segundo, para determinar ejes desde la sociología y la antropología vistos desde el derecho, para análisis compatibles y complementarios en el análisis jurídico político. El tercero, para fortalecer las estrategias metodológicas mediante la diversidad de técnicas de análisis concurrentes, como la hermenéutica y la argumentación.

Dinámica y políticas de estado

En este apartado se muestra la relación íntima que existe entre el Estado y el derecho. La crítica a esta concepción unitaria, desde el interior mismo del derecho, se ha dejado sentir en forma contundente. Sin embargo, para el análisis de las políticas de Estado, “la dinámica y la estática jurídica” representan una buena hipótesis para construir puentes entre el derecho y la política, es decir para abordar proceso de cambio estatales considerando los dos campos en una misma acción.

El estado como sistema de normas

Una misma cuestión presentada en forma distinta es clave para lo que se sostiene en este artículo. 1) La pregunta originaria kelseniana está dirigida a fundamentar tanto la ciencia del derecho como la ciencia del Estado. 2) Por otra, la distinción entre ordenamiento estático y dinámico es la manera desde el derecho, para disolver la antítesis. Tanto la primera como la segunda cuestión puede decirse que ha sido planteada en el inicio del pensamiento kelseniano como en el fin de su obra; a pesar que varios autores cuestionan que ambas duplas, de ser centrales en *La teoría pura del derecho*²¹., pasarían a ser marginales o se desvanecerían en la *Teoría general de las normas (ALLGEMEINE)*²²

De todas formas, de las dos cuestiones expuestas por Kelsen, la más importante no sería el problema de continuidad o ruptura, ni que se sostengan respuestas diferentes a un mismo problema sino que ambas duplas –Estado-derecho, dinámico-estático–, abordarían problemáticas totalmente diversas²³. De esta manera, los contenidos básicos: fundamentación y justificación de las normas pueden verse como instancias de un proceso global²⁴ así como debería verse la producción (dinámica), y consolidación (estática) de las normas también como un proceso único. Sin embargo, Kelsen insiste en que la ciencia pura del derecho tiene que ver con la estática no con la dinámica del derecho²⁵.

No es un azar que la pureza de la teoría del derecho requiere una especial asimilación del Estado al derecho. En efecto, al depurar la teoría del derecho, como lo manifiesta rigurosamente en la *Teoría Pura del Derecho*, se debe diluir al Estado en el derecho: por una parte, en una dimensión dinámica referida a la auto producción; y, por otra, una estática, independientemente de su producción²⁶.

Como bien dice Bobbio “nunca se insistirá lo suficiente sobre el hecho que con Kelsen la Teoría del Derecho se haya orientado definitivamente hacia el estudio del ordenamiento jurídico en su conjunto, considerando como concepto fundamental para una construcción del campo del derecho, ya no el concepto norma, sino el del ordenamiento como sistema de normas”²⁷. Por otra parte, es tan importante esta distinción que “Puede causar sorpresa que una distinción tan fundamental y merecedora de mayor desarrollo como aquella entre sistema normativo estático y sistema normativo dinámico haya sido escasamente aceptada y utilizada”²⁸. Y, podría agregarse, que es sorprendente que se de tan poca relevancia en los procesos de cambio del Estado, al mismo Estado como productor de normas es decir, como impulsor de políticas de Estado.

Por el lado del nexo dinámico de las normas se da un llamado al poder que informa sobre la validez de las normas; mientras el nexo estático se apela a la razón que apela a la justificación²⁹. Más bien la relación quedaría como “...el nexo dinámico entre las normas, es decir el llamado al poder, no puede mas que informarnos sobre la validez de una norma; mientras que el nexo de tipo estático, es decir, el llamado a la razón, está en condición de justificarla”³⁰. Esta distinción va mucho más allá de lo que quiere hacer aparecer

Letizia Gianformaggio: no se trata solamente de validez y justificación de la norma, sino también de su producción y consolidación. En torno al contenido de esta distinción se ha abierto una polémica que perdura hasta hoy y cuyo balance se inclina más bien a una consideración integral de la política y el derecho que a la pureza de la teoría de este último.

Esta asimilación se muestra en forma brillante desde la concepción dinámica del derecho:

“Sólo que aquello que se concibe como la forma del Estado no es más que un caso especial de la forma del derecho en general. Se trata de la forma del derecho, es decir, del método de la producción del derecho en la grada superior del orden jurídico, en el terreno de la constitución. Con el concepto de forma de Estado se designa el método de producción de normas generales regulado por la constitución (la forma del estado no es sólo la constitución)(...) también la individualización de las normas jurídicas generales, el tránsito de la norma jurídica general a la individual, tiene que encontrarse en el marco del orden jurídico (la forma estatal) no se da solamente en la grada constitucional, ni siquiera solo en la legislativa, sino que en todos los niveles de producción del derecho y, en especial, en los diversos casos de instauración de normas individuales: acto administrativo, sentencia judicial, negocio jurídico”³¹

La parte dinámica, además de momento de validación, tiene que ver con lo que se dan en llamar las “fuentes del derecho”, que en el lenguaje moderno podría corresponder a la “arena de la disputa” de las políticas y a la puesta en marcha de las políticas de Estado. Es decir, a la instancia previa donde se enfrentan diversos referentes³² que darán contenido y finalidad a las políticas de Estado.

Tanto los sistemas estáticos como los dinámicos presentan problemas de fundamentación y justificación de las reglas y de las decisiones prácticas. Sin embargo, vale la pena enfatizar que la relación entre formular, justificar y fundamentar una regla dentro de los sistemas es totalmente diferente”³³ (...) “Los sistemas estáticos son abiertos y flexibles. Los sistemas dinámicos, por el contrario, son cerrados y rígidos. En los sistemas estáticos las reglas se crean por derivación. En los sistemas dinámicos se crean por medio de producción”³⁴, y, en la conclusión de su artículo “sobre la justificación moral y jurídica”, afirma, “En la vida real no hay sistemas estáticos ni dinámicos (...) tampoco se pueden concebir como dos modelos. Sólo son dos metáforas. El sistema estático es la metáfora del proceso (o función) de justificación de las reglas. El sistema dinámico es la metáfora del proceso (o función) de la fundamentación de las reglas”³⁵.

Pero visto el proceso desde las políticas estatales aparecería una supra-funcionalidad constitucional (estática) portadora de la legitimidad y de la seguridad que da consistencia al régimen político; y, por otra, una funcionalidad funcional gubernamental (dinámica) que hace posible el cambio social político³⁶.

Acciones y normas en la constitución del orden

El intento de construir un campo exclusivo del derecho, que supone delinear métodos y desvincularse de otros dominios de las ciencias sociales y de la moral supuso la reposición de temáticas clásicas en un escenario diferente. Tampoco aquí se pudo obtener soluciones definitivas. Más bien esto trajo como consecuencia un replanteamiento constante desde el punto de vista de la política que ha tenido permanentemente una relación controversial con el derecho. Este campo problemático visto desde fuera del derecho favorece la cooperación interdisciplinaria y podría traer como consecuencia, por ejemplo, que al utilizar conceptos como Estado y Derecho recuperáramos con ventaja para el análisis empírico el significado de aquella unidad que en algunos clásicos de la modernidad se hizo evidente. Ahora se trataría de incorporar los reparos que el desarrollo de la ciencia política y el derecho han hecho a esta simbiosis e incluyendo las consideraciones que acusan de metafísica la utilización del concepto de Estado. No cabe duda que hay problemas adicionales para los países periféricos, pero probablemente mediante un esquema que considere la institucionalización en formación se podría atenuar este reparo.

Un campo común de la dinámica y la estática jurídica con la acción política es el orden social y su trasgresión. En este universo, las normas son tan fundamentales como la acción política. Por su parte, el derecho, tiene que ver principalmente con las normas y no es en el terreno del “ser” que se encuentra su dominio propio sino en el del “deber ser”, pero el derecho no se agota en ellas. En cuanto a la política tiene que ver con el conflicto pero también con la composición del orden y la acción adecuada para que este orden perdure: la política, lo político y las políticas.³⁷

Es reconocido que, por una parte, “las fuentes del derecho” no solamente radican en las reglas, en sí mismas, sino que también en la legislación y la jurisprudencia; y, que, por otra, la observancia de las reglas no se remite a afirmar el orden existente sino que conlleva, más allá, importantes consecuencias políticas³⁸. Es decir, que los valores de la sociedad, que pueden ser buenos o malos, tienden a ser regulados en las normas, o aparecen en ellos, pero no quedan fijos sino que deben su permanencia o movilidad a los fines morales que ellos suponen³⁹. En el lenguaje construido a partir de las ideas de Kelsen, (en la dinámica jurídica) Hart y Dworkin estiman que la política, o los fines que ella supone, no deben primar en la decisión de los jueces, aunque se reconoce su presencia; y, serán los valores sociales y los principios morales los que van a zanjar en los “casos difíciles”⁴⁰ en situaciones que las normas no sean lo suficientemente explícitas o definitivas.

La filosofía del derecho se ha esforzado, y con razón, para distinguirse de una parte de su relación con el poder y de sus consecuencias, y de las condiciones sociales e históricas que si bien lo son inherentes no constituyen su sustancia. Sin embargo, en el mismo Kelsen permanece la tensión entre lo “científico-jurídico”, lo “jurídico-político” y, lo teológico-político”; y, las constantes referencias críticas al derecho natural y al estudio de la moral son otra muestra de la dificultad para depurar al derecho aun sólo en su teoría⁴¹. Es por ello, que siendo el terreno del derecho, el de las normas, éstas no sólo son un mandamiento, un reglamento, o una orden, también pueden decretar, permitir, autorizar y derogar⁴², lo que manifiesta la cara imperativa, política que eventualmente pueden adoptar las mismas.

Por otra parte, por mucho que el derecho se considere eminentemente ligado al análisis del lenguaje por una parte considerable de los teóricos del derecho⁴³ el hecho incontrovertible es que pertenece eminentemente al ámbito de las “acciones humanas” tal como las entendía Kant, en las que hay más que la comunicación, y que si bien hay que deslindarlas no se pueden suprimir algunos de sus aspectos esenciales sin consecuencias teóricas⁴⁴.

Este más allá de las reglas y más acá de las reglas, y por supuesto, lo propio de las reglas, es lo que nos entrega en forma de discusión importante la filosofía del derecho contemporánea y es lo que nos interesa especialmente. Por una parte hay una serie de temas que en la disputa por la construcción del objeto científico del derecho son plenamente vigentes para la discusión de los procesos de cambio en los países periféricos; por otra, esta disputa permite redimensionar la acción política.

Referenciales en las políticas de estado

En este apartado se distinguen los principales temas que tratados de diversas formas por Kelsen, Hart y Dworkin podrían sin embargo ser utilizados en la comprensión de las políticas de Estado. Se distinguen en todos ellos la influencia del pensamiento de Kant, y en especial, la existencias de ideas regulativas del conocimiento y referentes regulativos de la acción pública. También, los juicios “reflexionantes” y su relación con los principios morales. La ubicación de los tres autores con Kant no es simple, y tiene profundas consecuencias en las diferentes concepciones del derecho y de las posteriores polémicas⁴⁵. Por ejemplo el descuido del tratamiento político-normativo en Kant⁴⁶.

Referentes e “idea”: la influencia de Kant

Siguiendo la distinción de Kant, respecto a su concepción de “idea” o referente en la acepción de Muller (1995) la norma básica, la regla de reconocimiento y los principios morales no se refiere a una realidad empírica sino hace alusión a un proyecto a un «deber ser». Su realidad no radica en que se pueda comprobar su existencia inmediata –que en el caso de encontrar que no hubiera referente empírico demostraría que es falsa– sino que su realidad le viene de su posibilidad de realización y organización de lo real. «La meta del uso regulativo de las ideas (...) es proporcionar la mayor unidad posible a nuestro conocimiento. El intento de llevar una tal unidad al conocimiento es un principio lógico; es una ley necesaria de la razón, por que sin esta ley no habría razón y sin razón no habría uso coherente del entendimiento, y por lo tanto no habría tampoco un criterio de verdad empírica (...) la importancia de la idea regulativa reside en que da dirección al pensamiento. El conocimiento procede como si hubiera tales objetos y la meta del conocimiento fuera conocerlos. El progreso del conocimiento es un proceso, que nunca termina, hacia esta meta, este ideal. En cuanto regulativa, la idea no depende del hecho de si realmente existe un objeto trascendente correspondiente

a ella. Concebir la idea como regulativa es concebirla como una regla que requiere de nosotros que busquemos siempre una unidad cada vez mayor, y que nunca supongamos que esta unidad ha sido alcanzada (...) la experiencia no puede llegar a ser nunca una secuencia completa de eventos; porque el mundo como algo completo, esto es, como una totalidad es una ilusión que resulta de haber hecho un uso constitutivo de la idea (...) la idea no da origen a la suposición de la existencia de algo que reside fuera de la experiencia. Su función es organizar mejor y entender lo que reside dentro de la experiencia»⁴⁷. Pero las ideas no son sólo condición del conocimiento sino también condición de la acción política pública, y en especial de las políticas de Estado.

Cuadro 1

**Campo de referencia de las políticas de Estado
Kelsen, Hart y Dworkin por temas relevantes**

	Entorno teórico principal	Referente o idea	Transdisciplinaria	Objetivo
Kelsen	Positivismo trascendental	Regla básica	Jurídico-político	Teórica fundacional
Hart	Positivismo suave	Regla de reconocimiento	Sociología	Descripción
Dworkin	Hermenéutica	Principios	Moral	Justificativa

Elaboración propia

Por una parte, las corrientes de pensamiento que pueden ser convocadas, el positivismo trascendental y el “suave”, y la hermenéutica. En segundo término, los diversos referentes que los tres autores utilizan: regla básica, regla de reconocimiento y principios. En tercero, las disciplinas externas al derecho que se refieren: lo jurídico político, la sociología antropológica, la moral entorno. Y, por último el objetivo al cual se dirige su pensamiento: teórico fundacional, descriptiva, y justificativa.

Positivismo trascendental y norma básica

Kelsen es quizá el primero y mas representativo de los juristas que se preocupa en el siglo veinte de la delimitación estricta del derecho al ofrecer una teoría del derecho pura, presentada tempranamente, en los HAUPTPROBLEME y posteriormente en sus escritos póstumos, ALLGEMEINE⁴⁸. Todavía sigue ofreciendo los parámetros de una discusión que ya ha significado un despliegue importante de los problemas principales del derecho.

Kelsen se ubica en el contexto de la “crítica” al conocimiento y en diferenciación de las ciencias propuesto por Kant, quién establecer los límites de la ciencia y de la metafísica dejando las puertas abiertas al desarrollo de las ramas de las ciencias sociales: la historia, el derecho y la moral, y la política. Independientemente que el camino parcialmente kantiano que sigue Kelsen al dejar de lado un desarrollo todavía en exploración de la ciencia del derecho en Kant⁴⁹, su postura puede y debe ser considerada como una vía propia, pero con base kantiana sesgada. Y, esto no es una azar más bien una regla que se le puede aplicar también a Dworkin. Esto es posible, gracias a que la parte dedicada al derecho por Kant, a pesar de su evidente importancia, es mal o insuficientemente conocida⁵⁰

Kelsen plantea que de lo que se trata es de la “teoría pura del derecho no del derecho puro”⁵¹. Se trataría de responder, siguiendo al Kant de la *Crítica de la razón pura*⁵², si es posible el conocimiento del derecho, es decir, si son posibles los juicios sintéticos a priori en el derecho⁵³. Según la fórmula de la revolución copernicana se trataría de establecer las condiciones desde el sujeto y no desde el objeto del conocimiento del derecho; mirar las acciones humanas bajo los anteojos del derecho, de una marca especial: el positivismo. Pero antes de mirar con estos anteojos hay que identificarlos conocerlos o redescubrirlos. Es por ello, que Kelsen al igual que Kant deberá recurrir a la crítica de la razón, para examinar que condiciones o

fundamentos o legitimidad posee la visión del derecho respecto de las acciones humanas.

La pureza del derecho puede ser considerada desde dos ángulos: uno epistemológico y otro lógico. En el primer sentido la teoría es “pura” en la medida que es “general” y no de un derecho específico⁵⁴ y se aparta de “toda ideología política” y de todo elemento “científico natural” y se levanta como “ciencia del espíritu”⁵⁵. Desde el punto de vista lógico, la teoría es pura del derecho, en similar medida que es trascendental y se fundamenta en principios a priori. La pureza del derecho solo externamente es pura con relación a las otras ciencias y la negación del sincretismo. Sólo, externamente, es pura por que está “depurada de consideraciones que pertenecen con más propiedad a otras disciplinas como la psicología, sociología, teoría política o la doctrina moral”⁵⁶. Su pureza le viene internamente de no estar referida a contenidos de la experiencia sensible, es pura porque no puede obtener su validez de contenidos sensibles, su validez no le viene de haber sido dictada, y, con razón puesto que la ciencia del derecho está en el terreno del pensamiento no de la acción.

El fundamento lógico de la actividad jurídica es la “norma básica” del derecho y del Estado en su versión de dinámica jurídica⁵⁷. La norma superior debe ser “presupuesta”, es decir, la norma fundante básica (**Grundnorm**) así como todas las normas cuya validez pueda remitirse⁵⁸.

Positivismo descriptivo y norma de reconocimiento

Hart, despojando del trascendentalismo kantiano la teoría pura del derecho y suavizando su positivismo, ofrece esquemas para la descripción de sistemas jurídicos diversos mediante una teoría general apoyada en formas de comportamiento social enraizado que se presenta en la forma de la regla de reconocimiento, condición última del derecho. Hart da una segunda respuesta ya no centrada en la construcción de una ciencia jurídica y despojada del trascendentalismo y de las preocupaciones gnoseológicas fundamentales⁵⁹.

La teoría del derecho de Hart es “general y descriptiva”, es decir, “moralmente neutra sin ningún propósito justificativo”, no pretende recomendar fundamentos morales u otros; busca dar una “descripción explicativa y esclarecedora del derecho, institución social y política compleja, gobernada por normas”; esta institución del derecho tiene “muchas variaciones en diferentes culturas y en diferente tiempo, ha tomado la misma estructura, aunque la han rodeado muchos malentendidos y mitos obscurantistas”.

Los conceptos que Hart usa repetidamente son: “reglas que imponen obligaciones, reglas que confieren facultades, reglas de reconocimiento, reglas de cambio, aceptación de reglas, puntos de vista externo e interno, enunciados externos e internos, y validez jurídica”. Mediante estos conceptos Hart pretende “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...”. Permiten responder a cuestiones como ¿Qué son las reglas ¿Cómo difieren las reglas de los meros hábitos o regularidades de 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?”⁶⁰.

Los fundamentos de un sistema jurídico se dan en la aceptación y utilización de una regla secundaria de reconocimiento por parte de particulares y funcionarios para la identificación de la validez de las normas,⁶¹ a diferencia de la regla básica de Kelsen. Las formas de esta regla pueden ser: un texto revestido de autoridad; una sanción legislativa; la práctica consuetudinaria; las declaraciones generales de personas especificadas; o decisiones judiciales pasadas dictadas en casos particulares. En un sistema jurídico moderno lo más común es contar con una Constitución escrita, la sanción por una legislatura, y precedentes judiciales; y, frecuentemente previsiones ante conflictos, clasificadas en un orden de subordinación y primacías relativas⁶².

El sentido “interno” es usado con naturalidad sin aceptar que es utilizada una regla de reconocimiento cuando se reconoce como válida una regla del sistema; y el externo, enunciada por un observador externo que sin aceptar la regla de reconocimiento enuncia el hecho de que otros la aceptan⁶³.

Interpretación evaluativa de principios

Dworkin, anti-positivista, cobijado en una tradición que desconfía de la teoría general, se apega a las prácticas de los jueces en Estados Unidos. Dworkin, centra su teoría en la actividad de los jueces que metafóricamente está representada por el juez Hércules⁶⁴.

Su crítica a la consideración del derecho como un sistema de reglas y específicamente a la concepción positivista en la cual incluye a Kelsen y Hart⁶⁵, se expresa en una teoría, que no quiere reconocerse como tal, que es a la vez constatación de lo dado y, regla de actuación de los profesionales del derecho. Pero su seudo teoría no es una constatación positivista de lo dado, sino que busca interpretar lo dado para sacar los fundamentos que lo posibilita. El término “cluster concept”, construido a partir de que en la perspectiva “analítica del lenguaje” confluyen el poder, el derecho y la legislación, muestra la complejidad del objeto de la jurisprudencia Dworkiniana. En el derecho, es decir, en la actividad de los jueces, los principios morales aparecen como entidades explicativas de la práctica del derecho y como perspectiva que contribuye a una comprensión global del sistema.

Dworkin distingue tres teorías: “convencionalismo”, “pragmatismo jurídico” y “derecho como integridad”. Según Hart, Dworkin critica a su teoría jurídica general y descriptiva por errónea o, simplemente inútil⁶⁶. Dworkin parece desechar la teoría jurídica general y descriptiva por errónea o por inútil, en tanto las “teorías del derecho útiles” son “interpretativas de un estadio particular de una práctica histórica en desarrollo”. son además, “Las teorías generales del derecho, (...) son interpretaciones generales de nuestra propia práctica judicial”⁶⁷; y, la “tajante distinción entre descripción y evaluación” ha debilitado la teoría jurídica” y “las teorías del derecho no pueden sensatamente ser entendidas como... explicaciones neutrales de la práctica social”⁶⁸.

La teoría jurídica o “jurisprudencia” como este autor la denomina es interpretativa”, “evaluativa” y justificativa”, y, dirigida al “derecho angloamericano”. Es “interpretativa” y “parcialmente evaluativa” en la medida que consiste en la “identificación de los principios” que “se adaptan” o “acuerdan” mejor “con el derecho establecido y con las prácticas de un orden jurídico. Y, a la vez, es “justificativa”, en cuanto los principios proporcionan su mejor justificación moral, mostrando al derecho en su “mejor luz”. Los principios identificados son parte de una teoría del derecho y a la vez parte implícita del derecho mismo. De ahí que: “la jurisprudencia es la parte general de la judicación, prólogo silencioso de cualquiera resolución en derecho”⁶⁹.

La más conocida crítica de Dworkin a Hart es que este último considera al derecho “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 judicación jurídica y la argumentación⁷⁰. Entre reglas y principios cabe distinguir una diferencia de grado:

Amplitud: “los principios son en relación con las reglas, amplios generales o no específicos, en el sentido que lo considerado como una variedad de reglas distintas, puede ser exhibido como ejemplificaciones o instancias de un principio particular”.

Propósito, fin o valor: “...los principios, 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 sólo proporcionan una explicación o razón de reglas que los ejemplifican, sino que contribuyen a su justificación”.

Definitividad y alternativas: Las reglas 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” *i. e.* y determina concluyentemente el resultado o desenlace jurídico... (por su parte) los principios difieren de estas reglas de todo o nada en virtud de que cuando éstas son aplicables no “imponen” 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 (...) (es decir,) su carácter no concluyente”⁷¹.

Precisión: Las reglas permiten o prohíben actos precisos. Los principios nos guían a la hora de elegir y descartar reglas: Sólo las reglas dictan los resultados, pase lo que pase. Cuando se obtiene un resultado

adverso, la regla se abandona o cambia. Con los principios no pasa lo mismo; inclinan la decisión en un sentido, aunque no de manera concluyente, y sobreviven, intactos, aunque no prevalezcan⁷². Las reglas son precisas, blancas o negras, todo o nada. No tienen excepciones. Las reglas vienen y van mientras los tiempos cambian. Pero la mayor parte de las reglas mueren jóvenes⁷³. Los principios son vagos y abstractos, y están llenos de excepciones. Cambian despacio con el tiempo, como evoluciona la cultura. Cada caso involucra en cierto grado todos los principios. Los casos nuevos extienden y dan sustancia a los viejos principios⁷⁴.

Peso e importancia Los principios, dice Dworkin, “tienen una dimensión de la que carecen las reglas: la del peso o la importancia”, y el tribunal cita principios para justificar su adopción y aplicación de una regla nueva. Tenemos volúmenes llenos de reglas, pero sólo unos cuantos principios. Según la concepción que se basa en los principios, un juez debe sopesar primero todos ellos y sumarlos para decidir el caso. Todos los principios “van de la mano”, como dice Dworkin. Puede que el juez trabaje con algunas reglas claras, pero es raro. Lo difícil es comparar los hechos borrosos con todos los principios “pertinentes”. El juez sopesa los principios y cita casos precedentes para justificar el peso que le ha dado a cada uno⁷⁵.

La letra y el espíritu de la ley se encuentra en la distinción entre reglas y principios; estas descansan en un lecho de principios⁷⁶. Más que un árbol de decisiones deducido de un sistema jerarquizado de reglas, la forma en que juzgamos las cosas se parece a un sistema difuso donde los principios legales se parecen mucho a las reglas borrosas. La parte vital, duradera, del derecho son los principios: los puntos de partida del razonamiento, no las reglas. Los principios permanecen relativamente, o se desarrollan por líneas constantes mientras que la vida de las reglas es más bien corta. No se desarrollan; otras las repudian y superan⁷⁷.

En cuanto a la forma como discurren los jueces Dworkin distingue a este respecto, entre argumentos de principio y argumentos de políticas estos últimos “justifican una decisión política al mostrar que la decisión promueve o protege algún fin colectivo de la comunidad en su conjunto”. Por otro lado, “los argumentos de principio justifican una decisión política al mostrar que la decisión respeta o asegura algún derecho individual o de grupo”; por otra parte, puede decirse que hay “derechos conferidos por políticas y se precisan por principios (subsidios)” y otros, que se generan por principios y se precisan por políticas (contra la discriminación)”. En “casos difíciles” de decisión judicial podría pensarse que ésta debería adoptarse tanto por políticas como por principios, sin embargo, en estos casos Dworkin es enfático para afirmar que “son y deberían generarse por principios y no por políticas”⁷⁸.

Vacío normativo e interpretación

En las tres proposiciones de Kelsen, Hart y Dworkin aparecen espacios relativamente pequeños donde el derecho pareciera no tener nada que decir. Son espacios donde las reglas son contradictorias o no existen. Se producen lagunas y casos difíciles de resolver. Las soluciones a este vacío no son claras y se producen perplejidades en los jueces. En los tres autores aparece la interpretación como recurso último aunque con sentidos diversos. Tanto en Kelsen como en Hart pareciera que en estos casos es necesaria, la creación de derecho, en Dworkin sin embargo, sólo hay una solución razonada con apoyo en principios.

La interpretación de la ley no sólo es relevante en el contexto específico del derecho, es decir, en de los tribunales el ministerio de justicia y todas las actividades que se desarrollan al interior de estas instituciones. En el contexto político la acción de los funcionarios del llamado poder judicial cada vez tiene mayor importancia explícita y reconocida, baste decir en torno a las disposiciones de tribunales supremos o Constitucionales. La polémica entre Hans Kelsen⁷⁹ expresa en forma clásica y a nivel de los estados de excepción este vacío de derecho, el cual eventualmente, puede ser llenado por la política.

Pero más allá de la función imperativa que cada vez más se le otorgan a los órganos jurídicos reconocidas como instancias mediadoras y resolutorias en lo político, la interpretación de la ley en el ámbito del llamado derecho privado, o específicamente en el del derecho penal tiene consecuencias políticas relevantes.

La interpretación jurídica pueden entenderse en el caso de los jueces como siempre política o aspirando a ser totalmente independiente de ella. En el primer caso se encuentra Kelsen, en el segundo caso se pueden ubicar a Dworkin y Hart con diferencias notables.

Kelsen dejara para la ciencia pura del derecho, es decir, el derecho pensado, la exclusión de lo político. Pero, en el terreno de la acción jurídica esta siempre es jurídico-política. Con mayor razón lo es en el terreno del tribunal constitucional, donde a diferencia de la que propone Schmitt, el compromiso de este tribunal no se corrompe por este hecho. Podría decirse también al interior del pensamiento de Kelsen, que toda decisión de los jueces constituye “casos difíciles”, a diferencia de lo planteado por Dworkin.

Hart reducirá la interpretación al terreno donde las reglas de segundo tipo, adjudicación, etc, dejan vacíos que sólo la interpretación y la acción político-jurídico, en términos de Kelsen, pueden realizar.

En el caso de Dworkin la interpretación jurídica puede compararse con la interpretación en la literatura. En este sentido, un rasgo distintivo de la interpretación jurídica está referida a las razones o juicio reflexivo en términos kantianos. El contexto de este tipo de juicio se encuentra en el conjunto de fuentes de interpretación prohibidas y permitidas que se han establecido de forma precisa por adelantado. Estas razones hacen explícitamente que la interpretación jurídica, en tanto actividad semántica, pueda compararse con la interpretación del lenguaje en general. Las fuentes del derecho forman parte del “centro duro” del pensamiento jurídico. Y si este centro se pierde el pensamiento jurídico perderá el control sobre el mismo (hold of itself)⁸⁰.

Un esbozo de síntesis

Hemos partido de la hipótesis que la filosofía del derecho actual pudiera ayudar al análisis político en países de institucionalización reciente y diferida otorgando referentes en la construcción de instrumentos analíticos. Dentro de este gran espacio de discusión las posiciones de Kelsen todavía dan pábulo para negar, afirmar o crear nuevas temáticas o dimensiones analíticas. Especialmente, las referidas a la “norma básica” y las de Hart y Dworkin: “la regla de reconocimiento y validez jurídica”, y los “principios morales” que, según nuestra hipótesis, apuntando a la misma problemática con posiciones probablemente muy antagónicas, sin embargo, pudieran servir de telón de fondo en la construcción de instrumentos para afinar la comprensión de los cambios del Estado.

Al interior de lo Kelsen llama producción del derecho se da la dinámica jurídica y, por lo tanto, las políticas constitutivas. No son sólo decisiones del “legislador” como se suele hacer referencia desde el derecho cuando una norma no está lo suficientemente clara. En realidad el “legislador” corresponde una serie instancias técnicas y políticas que se dan en el aparato legislativo del cual las leyes, que son el resultado, nunca pueden corresponder a un criterio único, a lo más, serán la consecuencia de múltiples polémicas donde los principios ocupan un lugar preponderante. Es decir, las razones que justifican la adopción desde una disposición jurídica determinada es el resultado complejo de la disputa por el predominio de principios. Es lo que se llama dentro del enfoque de políticas “la arena de la disputa”. Pero no sólo se dan estas confrontaciones entre principios sino también entre técnicos y políticos. En este sentido son los cuerpos profesionales de juristas los que intervienen además de su técnicas jurídicas, también con posturas de principios.

Por último, por mucho que un Estado esté organizado autoritariamente, las políticas de Estado responden a problemas de orden reales, sentidos y vividos como tales por las comunidades. En este sentido, mediata inmediatamente la sociedad impulsa y a veces hasta impone ciertos criterios valóricos en la construcción de las políticas jurisprudenciales de control político.

Es decir, en el desarrollo de políticas de Estado o constitutivas jurisprudenciales, la forma como se compenetran las reglas, y, antes o después de ellas, o incluso al interior de ellas, los valores, las amenazas, los principios, y fines, es esencial para comprender los procesos de reforma del Estado, en general, pero especialmente en los países de institucionalidad reciente y diferida.

Cuadro 7

**Proceso de las políticas de Estado
Secuencia y referencias**

Coyuntura	Arena de la disputa	Implementación	Resultado	
Crisis del modelo institucional y de referencias	REFERENTE	DISEÑO	Instituciones de fuente de derecho	Instituciones constitutivas de control: jurisdiccionales administrativas y de legislación.
	Idea Reconocimiento Principios	Dinámica jurídica participación ciudadana		

Elaboración propia

Hemos utilizado la expresión más “allá o más acá de las normas” dando por aceptado que las normas constituyen en el “orden político y de derecho”, un papel esencial pero que este no se agota en ellas. Las normas requieren del imperio del mandato que exige su cumplimiento de acuerdo con los valores. Más allá o más acá de las normas esta la amenaza del poder, pero con la sola amenaza el orden no puede mantenerse indefinidamente, es decir, ser vigente; para serlo requiere de la validez de las normas. Pero la validez de las normas sólo puede darse en la medida que se cumplen, que funcionan y para ello se requiere de su reconocimiento en los valores y un acuerdo mínimo en los fines perseguidos por la autoridad. Pero en definitiva es, nuevamente, la fuerza, la que puede imponer legítimamente el orden vigente: el famoso monopolio de la violencia legítima. En este círculo entre amenaza, valores, normas, valores y principios es que parece consolidarse el equilibrio inestable del orden jurídico-político. Es el terreno agonístico donde se ejercitan las teorías de Kelsen, Hart y Dworkin.

En resumen podríamos decir que las ideas, y no conceptos, de “norma básica” “regla de “reconocimiento” y los “principios morales”, podrían ser interpretadas para fines metodológicos como respuestas, desde ámbitos diferentes, con el propósito de dar fundamento científico al derecho; y, por lo tanto, demarcación de fronteras que es posible respetar o transgredir, en un eventual uso del análisis de “políticas públicas institucionales de control”.

Las tres posiciones pueden verse intentos: lógico, sociológico y moral, no excluyentes, y, al contrario, complementarios que es necesario considerar en la elaboración de las estrategias de análisis de políticas institucionales constitutivas, especialmente, las constitucionales y de reforma.

Por otra parte, la acción imperativa y los fines de la acción pública, es decir, de las políticas públicas, pueden verse como el entorno ex ante y ex post en el análisis del “sistema jurídico”.

En definitiva, el “enfoque de las políticas institucionales de control” en una visión, amplia, como políticas de Estado, que incorpore nuevas visiones epistemológicas consideradas en el ámbito problemático de la filosofía del derecho actual, pudiera ser un eje analítico articulador del derecho, la política y la moral, en países periféricos.

Notas

¹Sociólogo y filósofo chileno, Magíster en Sociología de Flacso, Dr. en Ciencias Políticas de la Université Paris 1 Sorbonne. Profesor-investigador de la Universidad Autónoma de México Azcapotzalco. Profesor invitado de la Universidad Bolivariana

¹ Algunos de los trabajos más significativos de Hans Kelsen para este trabajo son: *Problemas capitales de la teoría del derecho, desarrollados partiendo de la doctrina sobre el precepto jurídico* (Hauptprobleme) publicado en 1911; *Esencia y valor de la democracia*, publicado entre 1928 y 1929, Editorial Labor, España, 1977; y, de la misma época *La garantía constitucional de la constitución (la justicia constitucional)*, UNAM, México, 2001; *¿Quién debe ser el defensor de la constitución?* publicado entre los años 1930 y-1931, editorial Tecnos, Madrid, 1995; *La idea de derecho natural y otros ensayos escritos entre los años 1927 y 1944* prologado por Enrique R.

Aftalión, Editorial Losada, S. A., Buenos Aires, 1946; *¿Qué es la teoría pura del derecho?* escrito en 1953, Biblioteca de Ética, filosofía del derecho y política, Fontamara, México, 2001; *La teoría pura del derecho*, en sus versiones de 1953 y 1960, UNAM, México, 1997; y, *Teoría general de las normas*, trabajo elaborado entre 1973 y 1979, tr. Hugo Carlos Delroy Jacobs. Trillas, México, 1994.

² Dos de los numerosos trabajos de H. L. A. Hart que sirven al propósito de este artículo son: *El concepto del derecho*, escrito en 1963 y traducido por Genaro R. Carrió y editado por Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996; y, *Post scriptum al concepto del derecho de 1994.*, editado y traducido por Rolando Tamayo y Salmorán de la publicación propuesta por Penélope A. Bulloch y Joseph Raz en 1994 y publicada en castellano por UNAM, México, 2000.

³ De Ronald Dworkin se ha considerado los siguientes escritos: «¿Es el derecho un sistema de reglas?», traducción de Javier Esquivel y Juan Rebolledo G. *Cuadernos de Crítica* N° 5 pp. 5-54, México, 1977; *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, Mass, 1977, hay traducción en castellano, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1989; «¿Casos difíciles?», traducido por Javier Esquivel. *Cuadernos de Crítica* Núm. 14 pp. 5-82, México, 1981; *El imperio de la justicia*, escrito en 1986 publicado por Gedisa, Barcelona, 1992; y, *Ética privada e igualitarismo político, con la* Introducción de Fernando Vallespín, Paidós, I.C.E/U.A.B, Barcelona, 1990.

⁴ Cfr., Daniel Herrendorf, *El estado actual de la teoría general del derecho*, Cárdenas editor y distribuidor, México, 1990, pp. 7-8.

⁵ Dentro del positivismo moderno se ubica Kelsen, y Hart en su versión suave cfr., Hart, 2000 op. cit., p. 26-32. Este último autor, según Dworkin, se distingue de las versiones anteriores del positivismo tales como la de Jeremy Bentham (1748-1832) y John Langshow Austin (1790-1859) que adoptan “las teorías imperativas del derecho y sus concepciones de que todo el derecho emana de una persona o cuerpo legislativo soberano, jurídicamente ilimitado”, cfr., Hart, 2000, op. cit., p. 18.

⁶ El iunaturalismo moderno cuenta entre sus representantes a Eric Wolf, Hans Wessel y Arthur Kaufmann, cfr., Eduardo García Máynez *Positivism jurídico, Realismo Sociológico y Iusnaturalismo*, distribuidores Fontanara, México, 1967, p. 7-8. Otros como Josef Esser, Theodor Viehweg y Michel Villey han permitido “intuir el saber específicamente jurisprudencial” referido al derecho natural, cfr, Francisco Carpintero Benítez, *Historia del derecho Natural, un ensayo*.UNAM, México, 1999, p. 346.

⁷ *Analytical jurisprudence* es el nombre que recibe la teoría jurídica nacida y desarrollada en Inglaterra. Se consideran entre sus fundadores William de Occam (1285-1348) y Thomas Hobbes (1588-1679) además de Bentham y Austin. Es una forma de positivismo jurídico que ha recibido aportes de la teoría del lenguaje. “El análisis del lenguaje en que el derecho se formula y las operaciones intelectuales que realizan los jueces y abogados es necesariamente un estudio de derecho positivo”, otros referentes de esta postura son entre muchos, George Henrik von Wright, Wittgenstein (1889-1951), Ryle, etc. cfr., Tamayo y Salmorán, en H. L. Hart, *Post scríptum*, op. cit. p. XVIII.

⁸ Cfr., García Máynez ,op. cit.:p. 7.

⁹ Cfr., Aftalión, en Kelsen, 1946, op. cit. p. 7.

¹⁰ Cfr., Letizia Gianformaggio, *Estudios sobre Kelsen*, Fontamara, México, 1994, p. 9.

¹¹ Hart, op. cit., 1963.

¹² Hart, op. cit. 1994.

¹³ Cfr. Penélope A. Bulloch y Joseph Raz en Hart, 1994, p. 3, 7, 9.

¹⁴ Cfr., Hart, op. cit. 1994.

¹⁵ Cfr., Kelsen, 1977, op. cit.

¹⁶ Cfr., Kelsen, 2001, op. cit.

¹⁷ Cfr., Dworkin, 1990, op. cit. pp. 49-66 y Aulius Aarnio *Derecho, racionalidad y comunicación social, ensayos sobre filosofía del derecho*, Fontamara, México, 2000, op. cit., pp. 69-80.

¹⁸ Cfr., Dworkin, 1977^a, op. cit. y, Julie Allard, *Dworkin et Kant, Reflexions sur le jugement*, Editions de l'Université de Bruxelles, 2001.

¹⁹ Cfr., Kelsen 1997, op. cit. y 1994, op. cit.

²⁰ Cfr., Hart, *Post Scriptum*, op. cit.

²¹ Cfr., Kelsen, 1953 y 1960, op. cit.

²² Cfr., Kelsen, 1994, op. cit. y Gianformaggio, 1994 op. cit. p. 48.

²³ Cfr., Gianformaggio, 1994 op. cit., p. 84, n. 13: Stanley L. Paulson sostiene la continuidad y O. Weinberger la fractura en el pensamiento de Kelsen. En Italia, Losano, en diversas épocas, ha sostenido ambas tesis, cfr. Gianformaggio, ídem. p. 47, n. 2. La continuidad del pensamiento de Kelsen ha sido puesta en cuestión sobre todo los que quieren ver en su pensamiento un viraje hacia el pensamiento analítico del tipo de Wittgenstein. Gianformaggio prefiere la permanencia pero también sostiene el cambio profundo en

algunas temáticas.

²⁴ Cfr., Gianformaggio, 1994 op. cit., pp. 81-99.

²⁵ Cfr., Kelsen, 1997, op. cit., pp. 123-199 y 201-284. Por otra parte, los filósofos iuspositivistas y analíticos a la manera de Austin han encontrado en la nomodinámica de la teoría pura un complemento ideal a su perspectiva. En la medida que aceptaban la complejidad del objeto derecho (a la Dworkin) lograban sin esfuerzo evitar el reduccionismo, es decir el dominio del derecho sobre los hechos Cfr., Gianformaggio, 1994 op. cit. p. 81.

²⁶ Cfr., Kelsen, 1997, op. cit. pp. 123-201; 202-285 y 285. Independiente de la perspectiva estática de Kelsen, Hart, y gran parte de los analíticos italianos han adoptado la dimensión dinámica cfr., Gianformaggio, 1994 op. cit., p. 81.

²⁷ Cfr., Norberto Bobbio, *Dalla struttura alla funzione. Nouvi studi de teoria del diritto*, Edizini de Comunita, Milano, 1977, p. 201, citado por Letizia Gianformaggio, 1994 op. cit, p. 81.

²⁸ Ídem, Bobbio, p. 206, cfr., Gianformaggio, 1994, op. cit., p. 81

²⁹ Cfr., Gianformaggio, 1994 op. cit. p. 99.

³⁰ Cfr., Gianformaggio, 1994 op. cit. p. 98 y 81.

³¹ Cfr., Kelsen, 1997, op. cit. p. 285-286.

³² Muller, Pierre, «Les politiques publiques comme construction d'un rapport au monde» en *La construction du sens dans les politiques publiques, débats autour de la notion de référentiel*, Faure, Alain, Gilles Pollet et Philippe Warin, L'Harmattan, Paris, 1995.

³³ Cfr., Gianformaggio, 1994 op. cit., pp. 36-37.

³⁴ Ídem, p. 37.

³⁵ Ídem: p. 45.

³⁶ Cfr., Gérard Bergeron, *Fonctionnement de l'État* (avec une préface de Raymond Aron), Librairie Armand Colin, Paris, 1965 y del mismo autor, *L'État en fonctionnement*, L'Harmattan, Paris, 1993

³⁷ Cfr., Burdeau, 1960, op. cit. y Georges Burdeau, *La politique au pays des nerveilles*, PUF, París, 1979; y Lasswell, H. D., «La orientación hacia las políticas», en Luis Aguilar Villanueva *El estudio de las políticas públicas*, Miguel Ángel Purrúa, México, 1992, pp. 79-105, publicado originalmente con el título «The Policy Orientation», en *The Policy Sciences*, por Lerner y H. D. Lasswell, pp. 3-15, Stanford University Press, 1951.

³⁸ Cfr., Aarnio, 2000, op. cit. p. 15.

³⁹ Cfr., Bergeron, 1965 y 1993, op. cit; Muller, 1995 op. cit; y Paul Sabatier, «*The Advocacy Coalition Framework: Revisions and Relevance for Europe*», EUI/Centre Robert Schuman, Jean Monnet Chair Lecture, Florencia, 1997, citado por Pierre Muller 1998, op. cit. y, Paul A. Sabatier, *Theorie of Policy Process*, Westview Press, California, 1999.

⁴⁰ Cfr., Dworkin, 1981, op. cit.

⁴¹ Cfr., Kelsen, 1995, op. cit., p. 39, VII.

⁴² Cfr., Kelsen, 1994, op. cit., p. 19.

⁴³ Cfr., Aarnio, 2000, op. cit. p. 11-19.

⁴⁴ La definición explícita de Kant de la historia como “narración de las acciones humanas” Immanuel Kant, *Ideas para una historia universal en clave cosmopolita y otros escritos sobre filosofía de la historia*, Editorial Tecnos, Madrid, 1987, p.1 abre un amplio terreno en que las ciencias sociales lucharán por su espacio: de partida ya en el mismo Kant, el dominio del “deber ser” no como propósito moral sino como lo que todavía no acontece, donde el concepto de “libertad de la voluntad” jugará un papel esencial en la filosofía del derecho y política (Hegel, Humboldt, Mill, etc.). Pero también en la biología en la exposición de Jean Piaget, *Estudios sociológicos*, escritos entre los años 1941-1950, Editorial Ariel, Barcelona, 1983. donde se refiere a Kelsen.

⁴⁵ Este hecho significó que parte importante del campo del derecho y especialmente Kelsen, se presentase, exclusivamente, en la distinción “ser” y “deber ser”, cfr. Gianformaggio, 1994 op. cit. p. 13, n. 1. La postura crítica de Hart a Kelsen se dará en ese terreno cfr., Gianformaggio, 1994 op. cit. p. 85. Sin embargo, por otra parte, Dworkin será tributario de la Crítica de la facultad de juzgar cuestión que se hace evidente en los actuales estudios de hermenéutica cfr., Allard, op. cit. 2001.

⁴⁶ Por ejemplo, la influencia de Kant en Kelsen, pasó a través de la versión de la escuela de Marburgo cfr., Pablo Natorp, *Propedéutica filosófica*, Kant y la escuela de Marburgo, Curso de Pedagogía social, escrito en 1912, Editorial Porrúa, México, 1987. Esta influencia se hizo por intermedio de Cohen, Cfr., H. Cohen, *Kants Begründung der Ethik*, 2, Aufl, Berlin, 1910 y del mismo autor *Ethik des reinen Willens*, 3, Aufl., Berlin. 1921. Siguiendo los pasos de Cohen, Kelsen, no sólo “corrige” a Kant si no que pretende hacerlo a partir de Kant mismo. Kelsen adopta el criterio de Cohen a la “la filosofía como presuposiciones lógicas de la ciencia” cuestión que lo lleva directo a la Crítica de la Razón pura, op. cit. cfr., Cohen, 1910, op. cit., pp. 382 y, 1921, .pp. 67 y 515. Ambos textos de Cohen son

citados por Felipe González Vicen en la «Introducción» al libro Inmanuel Kant, Introducción a la teoría del derecho, Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales, S. A., Madrid, 1997. Kelsen, intenta mostrar, erróneamente, que las obras que hasta ese momento se consideran vinculadas propiamente al tema del derecho, como la *Crítica de la razón práctica* 1999, op. cit. y *La metafísica de las costumbres* 1999 no dan cuenta de un tratamiento apropiado del derecho. Por lo tanto, se debe recurrir a la misma metodología que Kant sigue en la *Crítica de la razón pura*, prólogo traducción notas e índices de Pedro Rivas. Aguilar, AlteaTaurus, Alfaguara S. A., Santafé de Bogotá, Colombia, 2002. Por otra parte, deja de lado textos tan relevantes para el derecho como la *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, escrita entre 1774 –1785, edición bilingüe, Ariel Filosofía, Barcelona, 1999, de la *Crítica de la razón práctica*, de 1774-1785, edición bilingüe, traducción, estudio introductorio notas e índice analítico de Dulce María Granja Castro, UAM-Iztapalapa, México, 1999; y de la *Crítica de la facultad de juzgar*, de 1790, traducción de Jorge Oyarzún, Monte Ávila editores, Pensamiento filosófico, Venezuela, 1991.

47 Cfr., Hartnack, Justus *La teoría del conocimiento de Kant*, Cátedra, col. Teorema, Madrid, 1984.

48 Cfr., Kelsen 1911 y, 1994, op. cit.

49 La postura neo-kantiana de Kelsen debido a su profundidad y difusión ha dejado de lado el desarrollo de la teoría kantiana del derecho. Esta desviación y el olvido del camino original kantiano ha dejado fuera de la discusión una posición que en muchos aspectos puede enlazarse con discusiones del presente. En primer término, el camino analítico del lenguaje que como hoy es reconocido en Kant es el centro de su postura Crítica, más que la *Crítica de la Razón Pura* o la *Crítica de la razón Práctica* es la *Crítica del Juicio*, última de las críticas las que da fundamento a las dos primeras. En esta última obra, a diferencia de las dos anteriores el reino del ser y del deber ser se encuentran enlazados por el “juicio”. Si bien en Kant, a diferencia de los modernos analíticos, las categorías aparecen como condición a priori de la razón (sea pura o práctica) y no el lenguaje como lazo de significación de prácticas sociales.

50 Cfr., Simone Goyard-Fabre, *La philosophie du droit de Kant*, Vrin, Francia, 1996 pp. 1-13.

51 Cfr., Kelsen, 1953 op. cit., p. 30.

52 Kant, 2002, op. cit.

53 La postura de Kelsen desde la *Crítica de la Razón Pura*, op. cit. se ve obligada a rechazar los juicios imperativos categóricos y, por ello, sustituir la categoría de la casualidad por la de la “imputación” como a priori en los juicios hipotéticos propios del campo del derecho.

54 Cfr., Kelsen, 1953-1960, op. cit., p. 15.

55 Cfr., Kelsen, 1930, prólogo a la primera edición, op. cit.

56 Cfr., Gianformaggio, 1994 op. cit. p. 48.

57 Cfr., Kelsen, 1997 op. cit., p. 208-214.

58 Cfr., Kelsen, 1997, op. cit. p. 202.

59 Cfr., Gianformaggio, 1994 op. cit. p. 85.

60 Cfr., Hart, 2000, op. cit. p. 11.

61 Cfr., Hart, 1963 op. cit., pp. 125.

62 Cfr., Hart, 1963 op. cit., pp. 126.

63 Cfr., Hart, 1963 op. cit., p. 128.

64 Cfr. Dworkin, 1992, op. cit., pp. 238-241, 267, 279.

65 Cfr., Dworkin, 1977 op. cit., p. 8.

66 Cfr., Hart, 2000, op. cit., pp. 14-15.

67 Cfr., Hart, 2000 op. cit., p. 15, n. 29.

68 Cfr. Hart 2000 op. cit., n. 30.

69 Dice Hart, que en la primera parte de su obra Dworkin se refería a los principios como “la más correcta teoría del derecho” y el LAW’S EMPIRE 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”, y un teórico, piensa Dworkin no tiene ninguna dificultad ni ninguna tarea teórica que realizar para identificar tales datos preinterpretativos, toda vez que estos están establecidos como cuestión de consenso general por los juristas de los ordenes jurídicos particulares” (Hart, 2000[1994]:pp. 12).

⁷⁰ Cfr., Hart, 2000, op. cit., p. 37.

⁷¹ Cfr., Hart, 2000, op. cit. p. 39-40.

⁷² Cfr., Dworkin, 1977^a, op. cit.

⁷³ Cfr., Cfr., Bart Kosko, *Pensamiento borroso*, título original *Fuzzy Thinking The New Science of Fuzzy Logic*, Hyperion, EU Ed. Grijalbo Mondadori, Barcelona, 1995.

⁷⁴ Cfr., Kosko, Bart 1995. *Pensamiento borroso*, título original FUZZY THINKING. THE NEW SCIENCE OF FUZZY LOGIC. Hyperion, EU Ed. Grijalbo Mondadori, Barcelona.

⁷⁵ Cfr., Dworkin, 1977^a op. cit. y cfr., Kosko, 1995, op. cit.

⁷⁶ Cfr., Kosko, 1995, op. cit.

⁷⁷ Cfr., Pound, Rascoe, «*Why Law Day*» en *Harvard Law School Bulletin*, vol. X. no. 3, 1958.

⁷⁸ Cfr., Dworkin, 1981 op. cit., p. 7-9.

⁷⁹ Parte de esta polémica se encuentra en *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* 1995, op. cit. y en Carl Schmitt *Il Custode della costituzione*, Milano, 1981.

⁸⁰ Cfr., Aarnio, 2000, op. cit., p. 16.