

Sobre el análisis del concepto de derecho. Una reflexión a partir de *Teoría Analítica del Derecho* de Jorge Rodríguez

On the Analysis of the Concept of Law. A Reflection on Teoría Analítica del Derecho by Jorge Rodríguez

Carla Huerta Ochoa

Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México

chuerta@unam.mx

Resumen: En el presente ensayo se realiza una reflexión general sobre el concepto de derecho, el método analítico y el proceso de conocimiento para después hacer algunos comentarios sobre el análisis hecho por Jorge Rodríguez del concepto de derecho en su *Teoría Analítica del Derecho*, así como un par de observaciones específicas sobre la fórmula Radbruch de la injusticia extrema y el no positivismo incluyente.

Palabras clave: concepto de derecho, aproximación metodológica, fórmula Radbruch, no positivismo inclusivo.

Abstract: In this essay, a general reflection on the concept of law, the analytical method, and the process of knowledge is first carried out, to then make some comments on the analysis made by Jorge Rodríguez on the concept of law in his *Teoría Analítica del Derecho*, as well as some specific observations in relation to Radbruch's formula of extreme injustice and inclusive non-positivism.

Keywords: concept of law, methodological approach, Radbruch's formula, inclusive non-positivism.

I. Introducción

El presente ensayo tiene por objeto hacer una reflexión sobre el concepto de derecho y la forma en que su concepción o, mejor dicho, concepciones, influyen en el análisis conceptual. Análisis que es posible a partir de la reconstrucción racional del concepto independientemente de la contraposición entre el positivismo y el iusnaturalismo. Además, tomando como punto de partida algunos aspectos de la reconstrucción racional de conceptos se harán algunos comentarios a la labor realizada por Jorge Rodríguez en el capítulo segundo de su libro *Teoría Analítica del Derecho*. El propósito

no es, sin embargo, comentar cada uno de los temas tratados –lo cual tampoco es aquí posible–, por lo que me centraré más bien en el método, entendido como el camino elegido para hacer el planteamiento y análisis correspondiente del concepto de derecho y algunas cuestiones que hay considerar al hablar del concepto de derecho. No obstante, mencionaré un par de aspectos puntuales que me parece oportuno comentar sobre la filosofía y la teoría del derecho para poner en contexto y poder comprender adecuadamente el planteamiento que hace Rodríguez sobre el concepto de derecho. De manera específica se aborda solamente la conocida fórmula Radbruch de la injusticia extrema, la relación entre derecho y moral en la conceptualización del derecho, así como el no positivismo incluyente de Alexy.

II. El análisis del concepto de derecho

Conviene comenzar por hacer una advertencia general, ya que, explicar, construir o intentar definir el concepto de derecho no es una empresa menor, pues como dice Hart, la pregunta sobre qué es el derecho es una de las más persistentes y ha sido respondida por pensadores serios de tan diversas maneras (Hart, 1992, p.1). Son muchas las razones por las cuales se cuenta con una diversidad de conceptos de derecho, es por ello que considero pertinente hacer algunas precisiones, sobre todo, porque el método no solamente ha de ser acorde al objeto y determina los resultados de la investigación, sino porque la forma en que se elabora la explicación depende enteramente de las decisiones y preferencias de quien la hace.

Como decía Kelsen, “una teoría del derecho está determinada por su objeto”, por lo que, para poder “captar lo peculiar de una teoría del derecho, debemos conocer la naturaleza de su objeto: en consecuencia, una teoría del derecho debe, antes que nada, contestar a la pregunta: ¿Qué es el Derecho?” (Kelsen, 2002, p. 19). De modo que abordar la cuestión sobre el concepto de derecho es indispensable para una teoría del derecho. La teoría general del derecho –como la de Rodríguez– plantea todo tipo de preguntas sobre el derecho, lo que puede implicar el análisis del derecho y otros conceptos jurídicos para determinar un significado común a diferentes sistemas jurídicos y varias ramas del derecho (Harris, 1995, p. 87).

Para Rodríguez, la teoría general del derecho ha de centrar la atención en el estudio del lenguaje del derecho y del razonamiento jurídico, con lo que fija la perspectiva del análisis conforme al que hace “una defensa de una concepción positivista (excluyente) y escéptica en metaética”, con el objetivo de “ofrecer una delimitación del derecho de otros dominios normativos como la moral” (Rodríguez, 2021, p. 17). Por ende, no

pretende analizar el concepto de derecho, ni construir un concepto de derecho, sino mostrar una opción válida para la explicación del derecho.

Este enfoque de la teoría del derecho nos lleva a la cuestión del método, el cual se hace evidente ya en el título mismo del libro de Rodríguez, *Teoría Analítica del Derecho*, que deja claro que el desarrollo se hace desde la filosofía analítica. La filosofía analítica es, como dice Guibourg, más una cuestión de método que de ser o no positivista, una actitud epistémica que se apoya en el análisis lingüístico, la facilitación del desarrollo de las ciencias empíricas y el rechazo de las concepciones metafísicas (Guibourg, 2007, p. 296). Cabe precisar, además, como hace Rodríguez, que “la filosofía analítica no constituye un conjunto unificado de teorías o doctrinas, pero podría decirse en general que los filósofos analíticos se caracterizan por compartir un cierto estilo para hacer filosofía, que prioriza precisamente la claridad en el uso del lenguaje y el rigor en la argumentación”.

En términos generales se puede afirmar que la filosofía o jurisprudencia analítica hace referencia a “un enfoque de la filosofía del derecho que enfatiza el análisis de los conceptos” es, por lo tanto, “una búsqueda de los significados de términos y conceptos” que hace énfasis en la lógica (Bix, 2009, p. 145); siendo este último el aspecto en que me quiero enfocar. La filosofía analítica del derecho se ocupa de conceptos centrales para el derecho, como los de ‘deber ser’, ‘norma’ o ‘sanción’, por ejemplo. Como método, sin embargo, no se limita a un mero análisis conceptual, sino que también incluye el análisis y valoración crítica de las propuestas de otros teóricos del derecho.

La filosofía es una reflexión general y sistemática sobre cuestiones fundamentales. Es, como señala Alexy, una actividad conceptual que tiene una dimensión crítica y, por ende, normativa al estar relacionada con preguntas sobre lo que es correcto, una analítica para identificar y hacer explícitas estructuras fundamentales, conceptos y principios fundamentales, y una sintética u holística (Alexy, 2003, p. 149). La filosofía del derecho específicamente, que se distingue porque su objeto de reflexión es el derecho, entendida en general como la especulación sobre las normas jurídicas en relación con la moral y la filosofía política –aunque en el siglo XX los juristas produjeron una transformación importante, especialmente Hans Kelsen–, se ocupa de preguntas y problemas jurídicos fundamentales sobre los que se reflexiona y discute filosóficamente, y a los que se da respuesta en la medida de lo posible (Kaufmann, 2004, p. 1).

La reflexión filosófica es una actividad natural y necesaria para el ser humano para conocer y comprender su entorno, tanto la filosofía como el derecho son parte del quehacer humano de larga tradición. La filosofía del derecho específicamente,

sin embargo, es una actividad más bien contemporánea,¹ que consiste en la reflexión sistemática sobre el derecho, su significado, su relación con la justicia, la ciencia jurídica, la estructura del sistema jurídico, y el razonamiento jurídico entre otros temas. La teoría del derecho, a su vez, aparece apenas a finales del siglo XIX, como consecuencia de la influencia del empirismo y del positivismo, y como reacción a la filosofía del derecho para descartar las consideraciones metafísicas que afectan la naturaleza científica del estudio del derecho (Troper, 2008, pp. 30-31).

La teoría del derecho –o *jurisprudence*, término que con frecuencia es usado indistintamente para hacer referencia a la filosofía y a la teoría del derecho–, se refiere al conocimiento del derecho, como parte de la filosofía del derecho, esto es, a la reflexión sobre el objeto ‘derecho’.² De ahí que el primer reto es la delimitación del objeto, lo que justifica los constantes esfuerzos por desentrañar el ‘concepto de derecho’. Para ello se recurre a otras disciplinas, como la lógica –que es parte de la filosofía–, que se ocupa de las formas del pensamiento, por ello la primera cuestión a tratar es a qué se hace referencia al hablar de un ‘concepto’.

El concepto es la forma elemental del pensamiento con la que inicia el proceso de conocimiento. El término ‘concepto’ refiere en sentido amplio toda aprehensión de una cosa a partir de la que se forma una idea conforme a la cual se forma el concepto. En sentido estricto, se entiende en cambio como la simple aprehensión, esto es, la abstracción de la naturaleza o propiedades relevantes del objeto de conocimiento. Mediante la aprehensión se separa mentalmente la cosa de su apariencia o materialidad para identificar los elementos necesarios de un objeto. En la medida en que los conceptos son entidades abstractas, su formación requiere de la realización de una compleja serie de juicios sobre lo que la cosa es (Huerta, 2015, p. 51). Los conceptos se expresan mediante términos.

El análisis conceptual no tiene por objeto la formulación del concepto sino la revisión de un concepto o categoría mediante la identificación de las propiedades relevantes y su examen lógico. No obstante, implica que quien realiza el análisis ha identificado previamente algunas propiedades como relevantes, y parte de ellas para hacer el estudio y comparación, con el objetivo de concluir con una síntesis de los elementos que conforman el concepto para reconstruirlo. De modo que, es posible que el proceso pueda terminar con la propuesta de un concepto alternativo al que era analizado. Lo cual no implica, sin embargo, que se tiene que elaborar una definición.

Si bien proponer una definición persuasiva, o un concepto *ad hoc* de derecho, es una forma común de abordar la explicación del derecho, como bien señala Rolando Tamayo

y Salmorán, explicar el derecho “presupone un claro entendimiento de las funciones que realiza y las entidades que lo constituyen” (Tamayo, 2008, p. 253). Por ello, para analizar el concepto de derecho, parece más útil determinar la función del derecho mediante la identificación y análisis de sus elementos distintivos, más que proponer una definición de derecho. Es más, de hecho, la posibilidad misma de definir el ‘derecho’ es una cuestión problemática, lo que se manifiesta en las distintas posturas relativas a la viabilidad de la determinación del significado del término ‘derecho’ y sobre la utilidad de una definición. Considero que para explicar el derecho no es preciso definirlo, se puede partir de aproximaciones que tras el análisis aclaren y concreten el significado de este concepto.

Antes de comentar el concepto de derecho, conviene recordar la distinción lógica entre ‘concepto’, ‘concepción’ y ‘definición’, conceptos que desde el punto de vista filosófico y lógico se encuentran relacionados con la actividad cognoscitiva.³ El concepto es una idea o representación mental de algo que se caracteriza por las propiedades consideradas como relevantes. La concepción, en cambio, si bien parte de una cierta conceptualización refleja más bien la idea u opinión que se tiene de algo, la manera de entender una cosa. De modo que, en un sentido general, la concepción que se tiene de algo refiere un conjunto de ideas que una persona se forma respecto de esa cosa. En otras palabras, incluye adoptar una postura respecto de lo que algo es o como debe ser que se funda en cierta información previa o en la adopción de alguna ideología o postura filosófica.

La definición, en cambio, es una operación mental distinta del concepto, que consiste en indicar las características distintivas que debe reunir un objeto para que el término definido le sea aplicable (Bulygin, 1991, p. 457). Se pueden distinguir estas operaciones lógicas porque la definición tiene por objeto la delimitación del concepto para fijar el uso del término que lo expresa. La definición puede tener por objeto la explicación del significado de un término, o simplemente indicar la clase a la que pertenece el concepto. Hay que aclarar que, además de como apunta Kantorowicz, la definición no es una manifestación verídica, sino una proposición que sirve para entender algo (Kantorowicz, 1964, p. 35). En este sentido, una proposición es la expresión lingüística mediante la que se describe una cosa. El proceso de conocimiento puede concluir con una definición, la cual puede tener diversos propósitos, como aumentar el vocabulario, eliminar la ambigüedad, reducir la vaguedad, explicar teóricamente, o bien, influir en actitudes (Copi, 1987, pp. 123-147).

De modo que, el concepto no es lo mismo que una definición, y no es propósito

de la teoría del derecho elaborar definiciones –aunque muchos teóricos las ofrecen–, aun cuando una definición sirva, entre otras cosas, para comprender un concepto y explicarlo teóricamente. De hecho, no se cuenta con una definición generalmente aceptada de derecho, sino con una gran cantidad de conceptos y definiciones que resultan de diversas concepciones sobre el derecho, razón por la cual es posible estudiar el concepto de derecho a partir de su agrupación por la ciencia jurídica conforme a las concepciones dominantes. En *El concepto y la validez del derecho*, por ejemplo, Alexy aborda el problema de la definición del derecho y la forma en que los diversos elementos definitorios son determinados conforme a las distintas posiciones (positivista y no positivista), incluso propone una definición jurídica del derecho desde la perspectiva del participante que justifica en términos de su propia postura (Alexy, 1997, p. 123). Su análisis, sin embargo, llega a la conclusión opuesta a la de Rodríguez, pues para Alexy, la definición del derecho además de la legalidad y la eficacia social ha de incluir la corrección material. Así, podemos ver como la concepción del derecho de quien realiza el análisis influye en la determinación de las propiedades que se consideran como relevantes para el concepto de derecho.

El proceso de la reflexión sobre el concepto de derecho de Rodríguez sigue esa misma pauta, por lo que comenta diversos conceptos de derecho a partir del análisis de distintas concepciones del derecho de destacados autores, partiendo de ciertas ‘intuiciones básicas’. Así, analiza como intuiciones básicas el carácter social y el carácter normativo del derecho, la forma en que se encuentran en tensión, y cómo la preferencia asignada a cada una de estas intuiciones da lugar a distintas visiones del derecho, principalmente en función de la relación del derecho con la moral como se verá más adelante.

III. Sobre la precomprensión en la construcción del concepto de derecho

Si bien, es cierto que la norma adquiere la cualidad de ser jurídica por su pertenencia al derecho, también lo es que en las obras sobre teoría del derecho encontramos que, en general, primero se explica la ‘norma’ y después el derecho o el orden jurídico. Desde luego, esta decisión metodológica depende de cada autor, sin embargo, dado que las normas son elementos del derecho, los juristas normalmente comienzan por explicar la norma. Esto se debe, además, a que como dice Tamayo, el concepto de derecho no es un concepto jurídico primario, pues presupone los conceptos de norma y de facultad. En opinión de Tamayo, “una noción correcta de reformulación del orden jurídico, depende de una apropiada explicación de sus componentes las normas jurídicas y de las relaciones que guardan entre sí” (Tamayo, 2008, p. 253). Lo que, a su vez, implica la

reflexión y análisis de otros conceptos básicos para la explicación del sistema jurídico, como son, los de permiso y competencia.

Esta es, probablemente, una de las razones por la que en su libro Rodríguez comienza por abordar los temas de normas, lenguaje y lógica –siendo estos dos últimos presupuestos del análisis y el método–, para transitar de la explicación de las normas a la de los sistemas jurídicos. El método de la filosofía analítica exige, por supuesto, que se aborde el tema relativo al lenguaje; la lógica a su vez es una disciplina que progresivamente ha adquirido mayor relevancia en relación con el estudio del derecho, sobre todo a partir de la obra de Kelsen, quien –como señala Cossio–, en conexión con la teoría del derecho, puso “al descubierto, por primera vez, una esfera inédita en el campo del derecho de vital interés: la esfera de la Lógica jurídica” (Cossio, 1991, pp. 7-8). A pesar de la relevancia de la lógica para la labor jurídica, el estudio sistemático de los diversos retos que implica la aplicación de la lógica al derecho se realiza apenas a partir del siglo XX, y sigue siendo discutido.

El análisis de la norma jurídica es importante, en la medida en que las normas son elementos indispensables del derecho, por lo que, para la construcción y análisis del concepto de derecho, es preciso comprender qué se entiende por norma.⁴ En este punto, conviene insistir en la distinción hecha entre concepto y concepción, pues la concepción de la norma que se adopte es determinante, no solamente del concepto de derecho, sino también de la determinación del concepto de permiso en relación con el problema de las lagunas y la completitud del derecho, así como, la posibilidad del desarrollo de una lógica de las normas.

La posibilidad de una lógica de normas puede servir de ejemplo sobre la importancia de la concepción de la norma por la que se opte. Como señala Bulygin, para la concepción hilética, las normas son significado de expresiones normativas cuyo sentido es prescriptivo por lo que establecen lo que debe o no debe o puede ser hecho. De conformidad con esta concepción, al ser las normas entidades abstractas, esto es, puramente conceptuales, dos lógicas son posibles: una lógica de normas y una lógica de proposiciones normativas, mientras que para la concepción expresiva sólo es posible una lógica de las proposiciones normativas, ya que, las normas son el resultado del uso prescriptivo del lenguaje, esto es, primordialmente órdenes (Alchourrón y Bulygin, 1991, pp.122-124, 150).

Como ya se mencionó, Rodríguez opta por explicar el concepto de derecho a partir del análisis de las diversas posturas desde las que se puede decir que se han propuesto dichos conceptos, aunque en realidad, como se puede ver, al hablar de posturas filosóficas

lo que se comenta son las concepciones de diversos filósofos del derecho, revisando los términos en los que tradicionalmente se ha planteado la discusión (Rodríguez, 2021, p. 19). De esta manera, el análisis lo que muestra es cómo la concepción que tiene el científico del objeto de estudio determina la elección de los elementos que se consideran como relevantes. En otras palabras, lo que se examina es la forma en que la precomprensión determina el concepto de derecho y la aptitud de algunas posturas filosóficas para explicar el derecho.

La pregunta sobre el concepto de derecho versa sobre su naturaleza, Alexy señala que esto implica reflexionar sobre tres cuestiones distintas. Por una parte, sobre las entidades que lo conforman y cómo se relacionan, que se refiere a los conceptos de norma y de sistema jurídico; y por la otra, a su validez, que en su dimensión fáctica se refiere a su expedición autoritativa y su eficacia, y en su dimensión ideal o crítica a la legitimidad o corrección del derecho, esto es, tratar el tema de la relación entre derecho y moral (Alexy, 2003, p. 151). Esto nos lleva a preguntarnos sobre el tipo de concepto de derecho en torno al que Rodríguez hace el análisis. Su aproximación apunta hacia un concepto material del derecho en el que se considera su contenido ideal, esto es, su vinculación a la justicia y a la moral, más que hacia un concepto formal en el que se indiquen las propiedades relevantes del concepto de derecho, como puede ser su dinámica, el carácter de sistema, la coerción, las normas o se explique su funcionamiento. En otras palabras, el enfoque de la persistente disputa en torno al concepto de derecho se centra aquí en la dimensión ideal o crítica.

Rodríguez organiza su análisis del concepto de derecho a partir de la añeja contraposición entre el positivismo y el iusnaturalismo –oposición que no me parece necesario enfatizar para el esclarecimiento del concepto de derecho, aunque puede ser útil para distinguir las diversas posturas que se pueden adoptar respecto de cómo debería ser el derecho en términos de la distinción entre moral y derecho. Proceder de esta forma tiene por objeto identificar los postulados específicos que se adopten respecto de la relación entre el derecho y la justicia, más que etiquetar a un jurista y colocarlo en un estanco específico –lo cual además no siempre es sencillo, ni necesariamente refleja de manera adecuada la concepción que como jurista se tiene del derecho como se verá más adelante. Separar los conceptos de derecho de esta manera sirve, sin embargo, para distinguir los elementos que un autor específico identifica como propios del derecho, o algunas propiedades que son consideradas como relevantes para la formación del concepto de derecho de conformidad con la postura adoptada en relación con la validez del derecho principalmente en su dimensión ideal, que es la cuestión que realmente

subyace a la distinción que se hace entre los filósofos del derecho.

Es más, en realidad no siempre es posible distinguir iusnaturalistas de iuspositivistas de manera tajante, existen múltiples posturas intermedias, no obstante, con frecuencia se tiende a etiquetar a los teóricos del derecho de esta manera, a compartimentar y separar su labor conforme a la precomprensión que guía su investigación sobre la naturaleza del derecho y, por ende, su concepto o definición de derecho, que son un reflejo de su concepción de éste. La decisión entre optar por el positivismo o no positivismo indica la adopción de una postura filosófica que predetermina un aspecto de la comprensión del objeto de estudio, una preferencia que demarca el concepto de derecho que se sustenta en términos de su dimensión ideal.

Una precomprensión del derecho es el punto de partida del análisis, ya que para explicar el concepto de derecho hay que partir de alguna idea general o noción del derecho, del conocimiento con el que se cuenta, que en cierta medida predetermina el resultado. A decir de Alexy, a pesar de ello, esta circularidad es más bien virtuosa, pues, aunque se parte de una precomprensión –que indica la postura de quien realiza el estudio–, la investigación se “elabora mediante una reflexión crítica y sistemática” (Alexy, 2003, p. 150). Es en esta reflexión dónde radica la contribución de la teoría del derecho a la comprensión y explicación del derecho.

Al respecto vale la pena distinguir la noción de precomprensión de la de ‘prejuicio’ en el sentido de opinión previa y desfavorable, pues a lo que se refiere la precomprensión es a que la reflexión se realiza en un cierto contexto y conforme a cierta información y conocimiento anterior, con una filosofía de trasfondo. En otras palabras, conforme a ciertos ‘pre-juicios’, entendidos como conocimiento del que se parte y que dan lugar a una concepción específica del derecho. El proceso de conocimiento parte de una idea o noción generada por impresiones empíricas o mentales, o intuiciones formadas a partir del conocimiento de otros fenómenos. La intuición se forma de manera inmediata y directa, por lo que, también es entendido como un modo primario de conocimiento (Ferrater, 1994, p. 1895), pues permite comprender de manera instantánea las cosas, sin necesidad de que medie un conocimiento discursivo.

Para Alexy, la filosofía del derecho no sólo debe considerar todas las precomprensiones existentes, sino que “tiene que analizar la relación que tienen todas ellas con las propiedades del derecho” (Alexy, 2003, p. 150). Lo que apunta a la gran complejidad de la labor filosófica, por una parte, y por la otra, a una tarea titánica en relación con el análisis del concepto de derecho. Por otra parte, señala Alexy que la elección entre el ‘ideal comprensivo’ (esto es, que la filosofía del derecho se ocupa de los

problemas de la filosofía en general además de los específicos del derecho, y que existe una relación especial entre la filosofía del derecho y otras áreas de la filosofía práctica) y el ‘máximo restrictivo’ (según el cual la filosofía del derecho solamente se ocupa de cuestiones jurídicas, que en su opinión sería como una teoría judicial del derecho) es más importante para determinar el carácter de la filosofía del derecho como auténtica filosofía que decidir entre el positivismo y el no positivismo. Esta última decisión tiene lugar dentro del ámbito de la filosofía del derecho (Alexy, 2003, pp. 152-153).

IV. Observaciones a la teoría analítica del derecho

A. La fórmula Radbruch

Iniciar el capítulo dando un ejemplo –parte del estilo del libro de Rodríguez–, puede ser útil, sin embargo, la presentación detallada del caso de los guardianes del muro excede quizá la finalidad de su inclusión, aunque se vuelve al caso al comentar la fórmula Radbruch (Rodríguez, 2021, p. 143). Es un caso complejo que con frecuencia es utilizado en las aulas con un objetivo específico en mente, pues da una pauta para plantear diversos cuestionamientos relacionados con la filosofía y teoría del derecho, así como para el derecho constitucional en relación con la justicia, la identidad de un sistema jurídico, el principio de no retroactividad, la ponderación, etc. Este caso, sin embargo, no es necesariamente idóneo para demostrar como la preconcepción filosófica de un teórico del derecho determina el concepto de derecho que propone, pues no se refiere a la explicación del derecho, sino a la concepción que rige la aplicación del derecho.

Al respecto cabe hacer una primera observación sobre la ‘cláusula Radbruch’ –contribución de la filosofía del derecho a la práctica del derecho alemán. Cuando se menciona en relación con el caso de los guardianes del muro, en realidad se habla de una parte del planteamiento hecho por Radbruch, que retoma el Tribunal Constitucional Alemán, sobre la posibilidad de declarar inválida una norma de derecho positivo cuando la medida en que se opone a la justicia es de tal modo ‘insostenible’ que se ha de reputar como derecho injusto y debe ceder ante la justicia. El sentido de esta fórmula ha sido utilizado por la práctica jurisdiccional alemana como regla de solución de conflictos entre la seguridad jurídica y la justicia.⁵

La formulación expresada en esa decisión es una parte de la fórmula de Radbruch, que en su forma abreviada expresa que la ‘extrema injusticia no es derecho’, puede dar lugar a la invalidez de una norma de derecho positivo con fundamento en derecho suprapositivo (*übergesetzlich*). Esta fórmula contiene dos fórmulas independientes: *die*

Unerträglichkeitsformel, que libera al juez del deber de aplicar el derecho que implica una injusticia insoportable, y *die Verleugnungsformel*, que establece que el derecho que no pretende justicia no puede ser considerado derecho, esta última dirige la atención hacia la intención del legislador.

En realidad, Radbruch plantea varias fórmulas, la más conocida es la que se encuentra en *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht* publicado en 1946. La formulación más general establece que el derecho positivo creado por la autoridad prevalece frente a la justicia material, a menos que se contravenga la justicia en una medida insoportable, la excepción señalada configura una segunda regla específica. Al límite establecido al derecho vigente sobre la injusticia insoportable, Radbruch agrega otro, si el derecho positivo no pretende la igualdad o se niega ésta al crearlo, dado que la igualdad se encuentra en el núcleo de la justicia, entonces no solamente es derecho injusto, sino que carece de naturaleza jurídica (Radbruch, 1999, p. 216). En otras palabras, no es derecho. Con lo que se afirma un nuevo aspecto sobre su postura en relación con el derecho y la validez jurídica al admitir una conexión entre la justicia y el derecho.

Para Radbruch es mejor contar con derecho escrito en la medida en que el derecho positivo ofrece como mínimo seguridad jurídica –independientemente de su contenido–, que no contar con él. Sin embargo, no considera la seguridad jurídica como el único valor, ni el más determinante; según Radbruch los valores de finalidad, o pertinencia de la finalidad (*Zweckmässigkeit*) y justicia, tienen que ser tomados en cuenta. Para él, es derecho el que procura seguridad jurídica y pretende justicia. La seguridad jurídica ocupa así en su opinión, un lugar entre la pertinencia de los fines perseguidos por el derecho y la justicia. Esta pertinencia está relacionada con la finalidad del derecho, a partir de la cual Radbruch deriva valores que pueden ser finalidad del derecho. La seguridad jurídica es para él una exigencia de la justicia (Radbruch, 1999, p. 216).

Según Radbruch, el deber y la validez se fundamentan en esos valores, el derecho no solamente procura seguridad jurídica, sino también pretende ser justo; la justicia es una aspiración. La seguridad jurídica como exigencia de la justicia es el punto de partida de evaluación del derecho, por lo que, en su opinión se ha de lograr la justicia con el menor menoscabo posible a la seguridad jurídica. Por ello advierte, y vale la pena recordarlo, que no todo juez puede crear derecho por su cuenta, estas facultades corresponden a los tribunales superiores y al poder legislativo. Para Radbruch, la justicia es un valor determinante del derecho, pero la fórmula de la extrema injusticia no remite a la moral, sino a un valor jurídico. La seguridad jurídica es para él parte de la justicia e indispensable

para un Estado de Derecho (Radbruch, 1999, pp. 217, 219).

Como se puede ver, Radbruch habla de valores con lo que –en un sentido filosófico general– se hace referencia a cualidades que se consideran importantes y cuya presencia se aprecia. Los valores se pueden entender de manera general como criterios para la valoración de ‘lo bueno’. Para el derecho específicamente, de lo ‘bueno jurídicamente’, esto es, de lo debido en términos del derecho, de lo que procede conforme a derecho. La función de los valores es teleológica, orientan la conducta de la persona para lograr un fin. Los valores que destaca Radbruch son guías para los operadores jurídicos, tanto de quienes crean como de quienes aplican el derecho. En tanto criterios, los valores se asocian a cuestiones de selección y preferencia, y con frecuencia con un sentido moral (Ferrater, 1994, p. 3634), de ahí la dificultad para determinar su sentido y alcance, así como su incidencia en el concepto de derecho.

Al comentar el iusnaturalismo, Rodríguez identifica a Radbruch como defensor de una versión clásica del iusnaturalismo, aunque Radbruch solamente reconoce el deber de los jueces de inaplicar derecho ‘extremadamente’ injusto (Rodríguez, 2021, p. 143). Aquí explica la ‘cláusula Radbruch’ –que se refiere a la formulación relativa a la injusticia extrema–, como que “una norma manifiestamente injusta no podría ser considerada derecho”⁶ (Rodríguez, 2021, p. 122), cuando la fórmula no se refiere a que sea evidente que es injusta, sino que el grado de injusticia sea insoportable, lo cual justificaría la declaración de su invalidez.⁷ Una de las observaciones de Rodríguez con la que no estoy de acuerdo es la de considerar que la fórmula Radbruch fue innecesaria en la decisión sobre los guardianes del muro, al establecer que el principio de no retroactividad admite excepciones, ya que, precisamente la excepción que se hace en ese caso es justificada en que “no debía aplicarse cuando un Estado crea ‘un derecho estatal extremadamente injusto’” (Rodríguez, 2021, p. 122). La fórmula de la injusticia extrema está implícita en este argumento.

B. La relación entre derecho y moral en la conceptualización del derecho

La delimitación del alcance de la pregunta: ¿Qué es el derecho? está relacionada con el método y el análisis conceptual, independientemente de que se haga un planteamiento desde la filosofía analítica por ser punto de partida de la discusión filosófica. La utilidad del análisis filosófico no se comenta aquí, pues como señala Pieper, filosofar “es un empeño razonable e incluso necesario”, y “muchas cosas, necesarias y grandes, como el derecho, están desamparadas por naturaleza” y han de ser defendidas mediante la argumentación que es el ejercicio del poder del intelecto (Pieper, 1989, p. 12). De

esta manera se delimita aquí la perspectiva de las observaciones que se hacen sobre la relación entre el derecho y la moral para realizar una breve reflexión filosófica sobre un par de cuestiones relativas a los desacuerdos en torno a la conceptualización del derecho. En relación con el método vale la pena quizá mencionar desde ahora que Alexy advierte que en el ámbito de la teoría analítica del derecho –en la medida en que el enfoque es el análisis lógico y conceptual– se encuentran sobre todo conceptos de derecho orientados a la instauración normativa (esto es, la creación autoritativa de normas), por lo que se hace énfasis en la creación y promulgación del derecho, con un enfoque desde la perspectiva de los órganos aplicadores, especialmente los judiciales (Alexy, 1997, p. 24).

Rodríguez pone en contexto a partir de *El concepto de derecho* de Hart, la pregunta sobre ¿qué es el derecho? para hacer una revisión del problema semántico del término ‘derecho’ a efectos de determinar el objeto de estudio, que es el derecho objetivo. Si bien la ambigüedad del término derecho influye en la delimitación del objeto, y es un tema muy discutido, en la práctica, en el sentido de normatividad cuyo objeto es la regulación de conductas humanas, en general, se tiene una idea bastante clara de a qué se refiere.

En cuanto a la vaguedad del término derecho, Massimo La Torre menciona que puede ser entendido en dos sentidos fundamentales: como institución, como sistema jurídico esto es, un conjunto de reglas válidas y eficaces y como el conjunto de conductas correspondientes; o como concepto, como conjunto de ideas sobre lo que el derecho como institución es o debería ser (La Torre: 1993, p. 69). En ese segundo sentido indica que se puede hablar de teorías o ideologías, así apunta a una importante cuestión: la de la precomprensión del derecho y cómo esas ideas dan lugar a diversas concepciones.

A pesar de ser importante desde la perspectiva analítica la especificación del sentido de la palabra derecho, la disputa en torno al concepto de derecho no es de orden semántico, consiste más bien en la caracterización del objeto de estudio que en su identificación. La discusión filosófica sobre el concepto de derecho hace referencia al derecho objetivo, el derecho creado que regula la conducta humana en una sociedad, y atañe las propiedades que se determinen como distintivas del derecho. Por ello, Rodríguez aborda la cuestión de la identificación del derecho a partir de ciertas ‘intuiciones básicas’ acerca de dicho concepto. Hablar de intuiciones básicas refiere ya una precomprensión del objeto de análisis y, por ende, da a entender una cierta postura en relación con alguno de los aspectos característicos del derecho.

En la medida en que el análisis conceptual parte de intuiciones básicas relevantes sobre el significado de una expresión lingüística, surge un primer problema en relación

con la dificultad de identificar y distinguir las características del derecho que se han de considerar como centrales para el análisis. Por eso, y con mucho acierto, Rodríguez hace una crítica de la propuesta de Shapiro de listar una extensa serie de supuestas intuiciones básicas sobre el derecho –que por ser tan amplia surge la duda si en verdad son intuiciones fundamentales o evidentes (Rodríguez, 2021, p. 130). La identificación y relevancia de las intuiciones sobre el derecho que se consideren como básicas o evidentes depende de la precomprensión del derecho y la actitud que se adopte respecto de su función.

Rodríguez opta por el criterio conforme al cual estas intuiciones básicas se pueden agrupar en torno a dos ideas generales: el carácter social y el carácter normativo del derecho, rasgos importantes de los sistemas jurídicos, sobre todo, en virtud de la conexión que se da entre hechos y normas. Así, estos caracteres indican una dualidad, que entendida como si fuesen, no solo distintos sino independientes o incluso contrapuestos, puede ser el origen de muchos desacuerdos. Rodríguez considera que la tensión entre estos dos caracteres del derecho puede contribuir a explicar –al menos en parte como él mismo advierte– la controversia en torno al concepto de derecho, principalmente en lo que concierne a la relación del derecho con la moral que, como es sabido, se encuentra en el centro de la polémica sobre el concepto de derecho (Rodríguez, 2021, p. 135). De esta manera, plantea ya el problema de la explicación del derecho en relación con la precomprensión del objeto de estudio en su dimensión ideal.

Me parece que aun cuando se trata de dos caracteres distintos, en relación con el derecho objetivo se puede pensar en una relación de complementación más que de oposición, pues la creación del derecho por medio de la acción humana para regular la conducta en sociedad está vinculada a la función prescriptiva de las normas jurídicas y a su naturaleza como deber ser. Son dos aspectos complementarios de un mismo fenómeno, lo que influye en la conceptualización del derecho es la decisión de resaltar alguno de estos caracteres. A pesar de ello, esta dualidad ha dado lugar a diferentes modos de concebir el derecho dependiendo del enfoque que se adopte principalmente respecto del aspecto normativo y el énfasis que se haga en la relación del derecho con la moral. Esto ha llevado a clasificar a los juristas en grupos distintos, considerados incluso como opuestos, según se adopte una posición positivista o iusnaturalista. El problema que se encuentra en el núcleo del debate es en realidad el de la validez del derecho. Lo que da pie a otra discusión importante, incluso si solamente se hace referencia a la validez jurídica, que es la relativa al concepto de validez. Un tema que por su amplitud no será abordado en esta ocasión.

Rodríguez procede a analizar las concepciones iusnaturalista y positivista del derecho. Como procedimiento no deja de ser problemático por las diversas posibilidades de delimitar dichas categorías, pues como advierte Guastini subsiste el problema de determinar el sentido de cada una de estas corrientes y sus variantes, así como las tesis que mantienen (Guastini, 2022, pp. 109-111). Lo que hace Rodríguez es distinguir las propuestas de diversos autores y su capacidad explicativa del concepto de derecho a partir de la adopción de una postura en cuanto a la relación o ‘separación’ entre derecho y moral –un solo aspecto específico que ha dado lugar a un amplio debate–.

En relación con la concepción positivista del derecho, conviene recordar que Bobbio distingue tres aspectos: el positivismo metodológico o conceptual (un modo de aproximarse al estudio del derecho, esto es, la descripción del derecho), el positivismo como teoría o concepción estatal del derecho, y el positivismo como ideología de la justicia –que sostiene que el derecho positivo debe ser obedecido, aunque sea injusto (Bobbio, 1997, pp. 39-40). En relación con la discusión sobre el concepto de derecho en términos de su capacidad de explicar el derecho que es, al hablar de positivismo lo apropiado parecería ser abordarlo desde el aspecto metodológico solamente, que parece haber sido también la intención de Rodríguez. No obstante, al enfocarse la discusión en la relación entre el derecho y la moral más que describir el derecho se hace referencia al derecho como debería ser, a la dimensión ideal, a una explicación del concepto de derecho valorada en términos de la inclusión o exclusión de la moral.

El positivismo metodológico –‘defendido’ en múltiples ocasiones frente a las críticas iusnaturalistas y post-positivistas– sostiene que es posible identificar y describir el derecho tal como es, y tiene como corolarios las tesis conocidas como de las fuentes sociales del derecho, y de la no conexión necesaria entre derecho y moral (Comanducci: 2003, pp. 15-16). Comanducci destaca además una importante presuposición: “la aceptación de la gran división entre ser y deber, en su formulación lingüística, como distinción entre describir, por un lado y evaluar/prescribir, por otro” (Comanducci: 2003, p. 26). Pese a lo anterior, en el positivismo existen diversas posiciones, aunque un rasgo importante es que la explicación del derecho puede prescindir de elementos materiales que apelen a una vinculación conceptual del derecho con la moral. Es relevante en cambio, que las normas del sistema jurídico emanen de la autoridad normativa competente y que el derecho sea eficaz, lo que se relaciona con su acatamiento y coercibilidad.

C. Alexy y el no positivismo

Rodríguez señala que la tesis de la conexión necesaria entre derecho y moral caracteriza

a la concepción iusnaturalista clásica, y presenta de manera breve las tesis de Fuller, Finnis y Alexy que considera como defensas del iusnaturalismo. Independientemente de que existen diversos enfoques iusnaturalistas dependiendo de lo que se entienda como ‘natural’ en el concepto de derecho natural, cabe precisar que Alexy se considera más bien como un ‘no positivista incluyente’ que, como un iusnaturalista. De esta manera su postura –que se caracteriza por una defensa de un concepto de derecho incluyente de principios morales y como crítica de un positivismo jurídico– se desvincula de la necesidad de asociar la moral a la naturaleza o a la naturaleza humana.

El no positivismo implica que hay una vinculación necesaria entre la validez jurídica o corrección jurídica y el mérito moral o corrección moral, por lo que, para determinar el concepto y la naturaleza del derecho, además de considerar la expedición autoritativa y la eficacia social del derecho, se requiere de la corrección del contenido (Alexy, 2013, p. 16). Para Alexy, el derecho tiene una doble naturaleza, una dimensión real o fáctica que se manifiesta en los aspectos relativos a la legalidad y eficacia social; y una ideal o crítica que da lugar a su postura como no positivista. La corrección moral es un ideal que defiende Alexy (Alexy, 2009, p. 68), por ello habla de una ‘pretensión de corrección’ que como tal es una aspiración de cómo debe ser el derecho positivo, ya que, para él, el derecho debe conectarse con la moral. Es la pretensión de corrección que guía la acción de los operadores jurídicos, la que es necesaria en la medida en que es una pretensión de justicia.

Hay que recordar que son dos empresas distintas definir el derecho, que es una labor científica cuyo objeto es explicar un fenómeno y establecer el uso de un término para fines teóricos, que defender una posición sobre cómo debería ser el derecho. Alexy revisa en *El Concepto y la validez del derecho*, la aptitud de la posición positivista para dar una definición adecuada del derecho. En virtud de que tradicionalmente se ha identificado al positivismo con la tesis de la separación, entonces el concepto de derecho se ha de definir sin incluir elementos morales, mientras que la tesis de la vinculación implica para los no positivistas, que la definición del derecho debe incluir elementos morales. (Alexy, 1997, pp. 13-14). Para Alexy estas tesis se refieren a la forma en que se debe definir el derecho (Alexy, 1997, p. 17), pero la tesis de la vinculación del no positivismo también tiene efectos prácticos en términos de la posibilidad de no aplicar el derecho ante la apreciación de normas no justas. El no positivista puede, sin embargo, definir el derecho sin comprometerse con una conexión conceptual necesaria entre derecho y moral, pero en ese caso, Alexy mantiene que entonces, para incluir argumentos morales en la definición del derecho, hay que recurrir a argumentos normativos relacionados

con la finalidad u objetivo del derecho (Alexy. 1997, p. 28).

Alexy menciona que las diferencias relevantes dentro del no positivismo, para el debate sobre el concepto y la naturaleza del derecho, son las relativas a los diferentes efectos que las deficiencias morales tienen en la validez jurídica. Para el no positivismo incluyendo la validez jurídica se pierde solamente en algunos casos. En su opinión, esta postura se expresa de manera más destacada en la fórmula de Radbruch, según la cual la injusticia extrema no es derecho. En consecuencia, la “injusticia por debajo de este umbral se considera parte del concepto de derecho, se acepta como derecho válido pero defectuoso” (Alexy, 2013, p. 16). Estos defectos deben ser subsanados al aplicarse y revisarse el derecho.

Para Alexy la relación entre derecho y moral es cualificante, por lo que, las normas o los sistemas jurídicos que no satisfacen un criterio moral específico se consideran deficientes, pero no por ello dejan de ser jurídicos. La deficiencia es jurídica, no meramente moral, por lo que, se puede hablar de una conexión ideal en la medida en que se supone que un sistema jurídico contiene ideales jurídicos (Alexy. 1997, p. 32). De modo que, las deficiencias del derecho han de ser revisadas jurídicamente conforme a lo previsto en un sistema jurídico y poder hablar de un derecho justo depende de que al revisar la validez de las normas no se identifiquen medidas extremadamente injustas en el derecho positivo.

Guastini sostiene que la justicia “no es un criterio de identificación del derecho”, pues el derecho no es necesariamente justo (Guastini, 2022, p. 110). Es indudable que el derecho refleja algún grado de la moral de una sociedad en un tiempo específico, pero hablar de conexión necesaria implicaría vincular la validez del derecho positivo a la moral, con todas las objeciones que pueden corresponder a esa afirmación y que no abordaré. Concuero con Guastini en que en relación con el concepto de derecho es mejor hablar de la distinción entre derecho y justicia que de la separación entre derecho y moral, pues el criterio para evaluar el derecho es el de justicia que es un valor del derecho. Radbruch mismo refiere al valor justicia que apunta hacia un fin u objetivo del derecho y orienta la creación y aplicación del derecho. Dada su generalidad, recurrir a la justicia para tomar una decisión implica hacer juicios sobre el derecho y justificar la decisión tomada sobre todo porque los valores carecen de un ámbito de aplicación determinado.

Rodríguez critica la pretensión de corrección de la concepción de Alexy que constituye la dimensión ideal del derecho que complementa la dimensión real caracterizada por la promulgación dotada de autoridad del derecho y su eficacia social

(Rodríguez, 2021, p.151). Esta pretensión (*Anspruch auf Richtigkeit*) ha de entenderse como un reclamo o reivindicación, pues no indica que el derecho sea de hecho justo; esta pretensión de corrección implica para Alexy una pretensión de justificabilidad.

En la definición del derecho de Alexy la pretensión de corrección en sentido clasificante –como formulación explícita o implícita– tiene efectivamente poca relevancia práctica, más importante es el sentido cualificante, pues la mera no satisfacción de la pretensión de corrección no priva a las normas o al sistema jurídico de su carácter jurídico ni de su validez jurídica, sino que las hace jurídicamente deficientes. Incluir la cláusula de la extrema injusticia en la definición tiene por objeto restringir la concepción positivista del derecho (Alexy, 1997, pp. 123-124). Su función práctica es, empero, la de un criterio de solución de conflictos entre normas que sirve para subsanar la deficiencia de las normas que no se consideren justas. Al incluir estos elementos en su definición Alexy explica el derecho positivo que autoriza a los órganos competentes distanciarse de la estricta legalidad para procurar una mejor justicia sin sacrificar la seguridad jurídica. La fórmula Radbruch es de gran relevancia en el derecho alemán, como descripción la definición de Alexy explica el sistema jurídico alemán. En abstracto, en cambio, es una definición ideal del concepto de derecho.

Así, parece ser que la cuestión sobre el problema de la conexión entre moral y derecho tiene más que ver con la práctica jurídica que con la explicación del derecho, pues se refiere a la pregunta sobre si se puede justificar una decisión jurídica sin recurrir necesariamente a argumentos morales, o si una correcta decisión debe siempre considerar la justicia incluso en contra de la ley. Como ya se mencionó, para Radbruch la justicia es una aspiración, es un valor que refiere algo deseable que hay que buscar en la creación y aplicación del derecho.

Finalmente, quizá aquí vale la pena recordar que hay una diferencia importante entre describir el derecho como es y explicar cómo debería ser. Adoptar una postura en relación con un contenido moral del derecho implica más bien una posición normativista que intentar una explicación del objeto derecho, pues más que describir el concepto de derecho refleja las expectativas de quien elabora la explicación.

V. Una última reflexión

Al plantear la pregunta sobre el concepto de derecho la filosofía analítica del derecho busca identificar sus elementos y estructuras fundamentales, esclarecer los conceptos primarios necesarios para su comprensión, así como los principios fundamentales que rigen su desarrollo y funcionamiento. La pregunta sobre el derecho y la justicia, o la

moral, corresponde a la dimensión normativa ya que tiene por objeto las cuestiones relacionadas con lo que se puede considerar como correcto en términos del derecho.

Rodríguez realiza mediante el método analítico una revisión conceptual rigurosa y evalúa distintas tesis con el objeto de justificar la adopción de una posición positivista excluyente en relación con la conexión entre el derecho y la moral, para así mostrar que es posible analizar y explicar el derecho de una manera valorativamente neutral (Rodríguez, 2021, p. 202). Más que construir un concepto de derecho, la finalidad era hacer una evaluación crítica de la aproximación al concepto de derecho que se haga. El análisis hecho deja claro que la precomprensión del concepto de derecho de la que se parta influye en su explicación y pone en evidencia las dificultades que resultan de expresar explícitamente dicha precomprensión subyacente, por lo que, más que de un concepto habría que hablar de diversas concepciones del derecho.

Tras la segunda guerra mundial las críticas al positivismo como ideología, así como la necesidad de contener el abuso de las personas por parte del Estado, dieron lugar a un rechazo al derecho positivo –principalmente en relación con su aplicación en términos de un estricto principio de legalidad. Así, la defensa del positivismo excluyente que hace Rodríguez como opción válida para explicar el derecho –esto es, el positivismo metodológico– se ubica en tiempos de creciente adhesión a teorías sobre la necesidad de admitir valoraciones extrajurídicas, y específicamente morales, para que los operadores jurídicos puedan apartarse del derecho positivo para dar soluciones jurídicas en términos de justicia. Esto ha dado lugar a un cambio de concepción del derecho y su función.

Si bien es posible conceptualizar el derecho, tanto con una actitud positivista como no positivista, en el ámbito práctico las diferentes concepciones darían lugar a distintas formas de justificación de las decisiones. Con todo, hay que tomar en cuenta que el apego a la legalidad y la seguridad jurídica son valores jurídicos fundamentales, por lo que, no en cualquier caso procede inaplicar el derecho vigente, ni todos los jueces han de estar facultados para hacer valoraciones sobre la justicia de una norma si se pretende preservar el Estado de Derecho.

La pregunta que subyace a la disputa sobre la concepción adecuada del derecho es si en realidad se puede hablar de ‘un concepto de derecho’ o del concepto ‘correcto’. Al sostener Alexy que un concepto de derecho que no incluya la dimensión ideal –una pretensión de corrección– no es correcto, no es adecuado, expresa una convicción, está hablando de su concepción del derecho. De una definición, en cambio, se puede decir que es adecuada, solo si se piensa en términos de una cierta finalidad en relación con un

objetivo. Describir el derecho que es, no tiene más finalidad que la explicación, que como actividad científica pretende ser neutral, solamente hacer posible la identificación del objeto por medio de la indicación de sus propiedades relevantes. Un concepto se integra a partir de la comprensión de un objeto, de la parte que somos capaces de aprehender, y se puede comunicar mediante una explicación o una definición. Incluir elementos valorativos y preferencias refiere concepciones y, en esa medida, ya no se puede hablar de objetividad ni de neutralidad. Por lo que el debate en torno al concepto de derecho seguirá ocupando a juristas y filósofos del derecho, sobre todo en su dimensión ideal mientras se siga anhelando la justicia.

Referencias bibliográficas

- Alchourrón, Carlos, y Bulygin, Eugenio, 1991: "La concepción expresiva de las normas", en Alchourrón, C. y E. Bulygin (eds.): *Análisis lógico y derecho*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 121-153.
- Alexy, Robert, 2013: "El no positivismo incluyente". *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 36, pp. 15-23.
- _____, 2009, "Los principales elementos de mi filosofía del derecho". *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 32, pp. 67-84.
- _____, 2003: "La naturaleza de la filosofía del derecho". *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 26, pp. 147-159.
- _____, 1992: *Alexy, Robert, Begriff und Geltung des Rechts*, Freiburg/ München, Verlag, Karl Alber. Citado por la traducción de Malem Seña, Jorge: *El concepto y la validez del derecho*. México, Gedisa, 1997.
- Bix, Brian, 2004: *A Dictionary of Legal Theory*, New York, OUP. Citado en traducción castellana de Rodríguez, Enrique y Villareal, Pedro: *Diccionario de teoría jurídica*. México, UNAM, 2009.
- Bobbio, Norberto, 1961: "Sul positivismo giuridico", *Rivista di filosofia*, LII. Citado por la traducción castellana de Garzón Valdés, E.: *El problema del positivismo jurídico*. México, Fontamara, 1997.
- Bulygin, Eugenio, 1991: "Definiciones y normas", en Alchourrón, C. y Bulygin, E. (eds.): *Análisis lógico y derecho*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 439- 463.

- Comanducci, Paolo, 2003: “Las Conexiones entre el derecho y la moral”. *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, vol. VIII, núm. 12, pp. 15-26.
- Cossio, Carlos: “Presentación” en Kelsen, Hans (ed), 1981: *La Teoría Pura del Derecho. Introducción a la Problemática Científica del Derecho*. México, Editora Nacional, pp.7-15.
- Dworkin, Ronald, 1992: *El imperio de la justicia*, citado por la traducción castellana. de Ferrari, C. (ed.). Barcelona, Gedisa, pp. 74-78.
- Ferrater Mora, José, 1994: *Diccionario de Filosofía*, Barcelona, Ariel, pp. 672, 3634.
- Guibourg, Ricardo, 2007: “El derecho ante el enfoque analítico”, en Girardi, Olsen (ed.): *Diez años*. Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, pp. 295-316.
- Guastini, Riccardo, 2022: “Discutiendo con Rodríguez”. *Análisis e Diritto*, vol. 22, núm. 1, pp. 109-117.
- Harris, J.W. (ed.), 1995 [1980]: *Legal Philosophies*, Londres, Butterworths.
- Hart, H.L.A., 1961: *The Concept of Law*, Oxford, OUP. Citado por la traducción castellana de Carrió, Genaro: *El concepto de derecho*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992.
- Huerta, Carla (ed.), 2015: *Lógica jurídica*. México, UNAM- Porrúa, pp. 51, 115-124.
- _____, 2012: “On the meaning and purpose of jurisprudence. Concluding remarks”. *Revista Problema*, núm.6, pp. 117-129.
- Kaufmann, Arthur, 2004: *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, Kaufmann, Hassemer, Neumann (eds.). Heidelberg, C.F. Müller Verlag.
- Kelsen, Hans, 1960: *Introduction to the Pure Theory of Law*, México, UNAM. Citado por la traducción castellana de Rabasa, Emilio O.: *Introducción a la Teoría Pura del Derecho*. México, UNAM- IJ, 2002.
- La Torre, Massimo, 1993: “Derecho y conceptos de derecho. Tendencias evolutivas desde una perspectiva europea”. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 16, pp. 67-93.
- Troper, Michel, 2003: *La philosophie du droit*. Paris, Presses Universitaires de France. Citado por la traducción castellana de García-Berro, Ma. Teresa: *La filosofía del derecho*. Madrid,

Tecnos, 2008.

Pieper, Josef, 1966: *Verteidigungsrede für die Philosophie*, Munich, Kösel-Verlag. Citado por la traducción castellana de Ros, A. Lator: *Defensa de la Filosofía*. Barcelona, Herder, 1989.

Radbruch, Gustav, 1999: *Rechtsphilosophie. Studienausgabe*. Heidelberg, Hüthig-C.F. Müller.

Rodríguez, Jorge, 2021: *Teoría analítica del derecho*. Madrid, Marcial Pons.

Notas

- 1 Se suele identificar el inicio de esta disciplina con la publicación en 1821 de *Principios de la Filosofía del Derecho* de Hegel.
- 2 Sobre las particularidades de la *jurisprudence* anglosajona y su sentido como teoría del derecho a diferencia de la teoría continental véase Huerta, 2012, pp. 115-124.
- 3 Dada la perspectiva lógica del planteamiento, no se aborda la distinción propuesta por Dworkin entre concepto y concepción, a efectos de la interpretación de las prácticas sociales (Dworkin, 1992, pp. 74-78).
- 4 Construcción de un concepto entendida como constitución a partir de conceptos fundamentales. Siguiendo a Carnap “construir (constituir) un concepto a base de otros conceptos es indicar su ‘definición construccional’ (‘constitucional’) a base de estos otros conceptos” (Ferrater, 1994, p. 672).
- 5 Al finalizar la segunda guerra mundial el Tribunal Constitucional Alemán recurre a las fórmulas de Radbruch en cinco decisiones, aunque no siempre de manera expresa, si en relación con la justicia y la seguridad jurídica, y la retoma tras la reunificación alemana con el caso de los guardianes del muro. Véase Jurisprudencias BVerfGE pp. 3, 58 y 191; BVerfGE pp. 3 y 225; BVerfGE pp. 6 y 132; BVerfGE pp. 23 y 98; BVerfGE 54 y 53.
- 6 El Tribunal Constitucional Alemán efectivamente ha hecho referencia a la evidente o manifiesta injusticia al sostener que un juez no debe obedecer el derecho positivo en caso de ‘evidente’ contradicción del derecho con los principios de justicia que rigen el derecho formal. Véase BVerfGE pp. 3, 58.
- 7 Los efectos de la invalidez dependen de cada sistema jurídico, serían en el extremo mínimo la no aplicación al caso, en la pérdida de la validez, pero con aplicabilidad temporal sujeto a condición de que la norma sea sustituida por la autoridad competente, pero también podría consistir en la pérdida definitiva de la validez y, por ende, de su aplicabilidad.

Recepción: 30 noviembre 2022

Revisión: 30 marzo 2023

Aceptación: 30 marzo 2023