

ANALITICIDAD Y POSITIVISMO JURÍDICO. UN MAPA CONCEPTUAL*

EUGENIO ANDRÉS CAMADRO JÁUREGUY**

Resumen. En este trabajo se realiza una tarea de elucidación conceptual sobre las relaciones existentes entre positivismo jurídico y filosofía analítica, buscando clarificar las posibles relaciones existentes. Con este objeto, en primer lugar, se indagan las corrientes analíticas actualmente presentes en el ámbito del estudio del derecho –identificando tres acepciones centrales–. Luego, se examina el conjunto de ideas que conforman el positivismo jurídico por medio del desarrollo de los que se consideran sus caracteres centrales –a partir de tres tesis conceptuales del llamado positivismo analítico– aplicados a tres núcleos de significados o concepciones históricas atribuidos por BOBBIO. Se expone, finalmente, una serie de relaciones formalizadas que determinan los alcances de la teoría analítica del derecho y su relación con el positivismo jurídico.

Palabras clave: positivismo jurídico, analiticidad, filosofía, tesis conceptuales.

ANALITICITY AND LEGAL POSITIVISM. A CONCEPTUAL MAP

Abstract. The present work proposes a conceptual elucidation of the relationship between legal positivism and analytic philosophy of law in order to clarify the possible conceptual connections between them. Different analytical expression currently present in the law will be analyzed to stress three core meanings.

* Recepción: 27/7/2020; evaluación: 3/8/2020; aceptación: 10/8/2020.

** Abogado. Magíster en Global Rule of Law and Constitutional Democracy, Università degli Studi di Genova, Facoltà di Giurisprudenza, Italia. Investigador del Seminario permanente sobre Teoría General y Filosofía del Derecho, Universidad Nacional de Mar del Plata. Correo electrónico: eugenio88cj@hotmail.com.

Then, the idea of legal positivism will be examined, first through its central characters and then by means of three meanings or historical conceptions proposed by BOBBIO. Finally exposing a series of formalized relationships that determine the scope of the analytical theory of law and its relation to legal positivism.

Keywords: legal positivism, analyticity, philosophy, conceptual thesis.

ANALICIDADE E POSITIVISMO JURÍDICO. UM MAPA CONCEITUAL

Resumo. Neste trabalho, realiza-se uma tarefa de elucidação conceitual sobre as relações entre o positivismo jurídico e a filosofia analítica, buscando esclarecer as possíveis relações existentes. Para tanto, em primeiro lugar, as correntes analíticas atualmente presentes no campo do estudo do direito –identificando três significados centrais– são investigadas. Em seguida, o conjunto de idéias que compõem o positivismo jurídico é examinado a partir do desenvolvimento daquilo que são consideradas suas características centrais –a partir de três teses conceituais denominadas positivismo analítico– aplicadas a três núcleos de significados ou concepções históricas atribuídos por BOBBIO. Finalmente, expondo uma série de relações formalizadas que determinam o alcance da teoria analítica do direito e sua relação com o positivismo jurídico.

Palavras chaves: positivismo jurídico, analiticidade, filosofia, tese conceitual.

§ 1. ***INTRODUCCIÓN***

El positivismo jurídico y la filosofía analítica suelen entenderse como ideas vinculadas, ello a tal punto que muchas veces se confunden. Este trabajo indaga la relación conceptual existente entre la corriente filosófica analítica y el positivismo jurídico, procurando definir las tesis centrales del llamado positivismo analítico, explorando si es posible afirmar, a partir de estas, la independencia o no de la llamada teoría analítica del derecho respecto del conjunto de ideas propias del positivismo jurídico.

Para ello, en primer lugar, se busca dilucidar en qué consiste la analítica en la filosofía del derecho y cuáles son sus manifestaciones

medulares. Expresiones como “analítica”, “analítico” y distintas derivaciones son usualmente usadas –tanto con carga peyorativa como positiva– sin mayores precisiones en el discurso filosófico jurídico, evidenciando así una gran ambigüedad y confusión respecto de cuál es el sustrato de significado común a todas ellas.

En segundo lugar, se busca entender el conjunto de ideas asociadas y sostenidas por el positivismo jurídico, etiqueta que es usada de manera más ambigua que la anterior. Para ello, como estrategia, se reelaboran las distintas concepciones o aspectos que suelen atribuirse a esta corriente, a partir de la exposición de la discusión doctrinal sobre las distintas tesis conceptuales constitutivas de esta forma de entendimiento del fenómeno jurídico y se las compara con los criterios de uso más corrientes de dicho vocablo.

Como objetivo final, se traza un mapa conceptual que, en la medida de lo posible, da cuenta de las relaciones existentes entre las diversas formas de analiticidad presentes en el derecho, con los elementos constitutivos del positivismo jurídico y las diversas concepciones respecto de él, con el objeto de clarificar el interrogante mencionado.

§ 2. **LA ANALITICIDAD EN EL DERECHO. TRES CORRIENTES**

La idea de análisis es recurrente a lo largo de la historia del pensamiento y de la filosofía, y es reconocible sobre todo como un método o forma de abordaje y estudio que se opone a la dialéctica y la síntesis¹; se remonta en sus antecedentes a la búsqueda de definiciones prácticas de SÓCRATES, las sistematizaciones de ARISTÓTELES, las naturalezas simples de DESCARTES, la resolución psicológica de las ideas complejas de los empiristas y el análisis trascendental de KANT².

El núcleo común de la idea de análisis parte de la reducción de fenómenos complejos en sus partes constituyentes más simples, y son identificables tres sentidos diversos de análisis: un *modo regresivo*,

¹ Es conveniente distinguir aquí los enfoques analíticos y sintéticos de las proposiciones analíticas y sintéticas. Los primeros refieren a la forma de abordaje del objeto de estudio (a partir de la totalidad o de sus partes). Las segundas, a si para determinar la veracidad de un juicio se requiere una constatación empírica o se puede efectuar a partir de la definición de sus propios términos. Solo la primera referencia a la síntesis es contraria al análisis como enfoque.

² GLOCK, *¿Qué es la filosofía analítica?*, p. 40 y siguientes.

fundamentado en la idea del regreso o búsqueda de los principios o causas elementales que explican un fenómeno.; un *modo descomposicional*, consistente en dividir la estructura de un objeto o fenómeno e identificar los elementos que lo componen y cómo funcionan, y un *modo transformativo*, consistente en emplear la paráfrasis y el empleo metódico de la definición para dar cuenta de los distintos fenómenos³.

Por fuera de las discusiones estrictamente filosóficas sobre el concepto de “analiticidad” y sus alcances, que exceden el marco de este trabajo⁴, al prestarse atención al empleo que se hace de estos términos dentro del discurso jurídico, se puede observar la referencia, directa e indirecta, a tres grandes corrientes íntimamente vinculadas, pero independientes entre sí, a saber: la *analytical jurisprudence*, la filosofía analítica del siglo xx y la tradición jurídico-filosófico analítica.

§ 3. **LA JURISPRUDENCIA ANALÍTICA (“ANALYTICAL JURISPRUDENCE”)**

La jurisprudencia analítica (*analytical jurisprudence*⁵) es un movimiento jurídico nacido en el ámbito anglosajón durante el siglo XVIII y consolidado en el siglo XIX. Se identifica con una concepción jurídica de corte legalista que sostiene el carácter imperativista y coactivo de los ordenamientos jurídicos; se distingue por un análisis general y comparativo de la jurisprudencia y el derecho en su conjunto, de un modo riguroso y avalorativo, distinguiendo el derecho que es del que debe ser, partiendo en términos filosóficos de una visión positiva, realista y pragmática del fenómeno analizado.

En cualquier intento de trazar un mapa conceptual que pretenda dar cuenta de la jurisprudencia analítica y del positivismo jurídico, JEREMY BENTHAM resulta un punto obligado. Ello tanto por su influencia general en los procesos de codificación como por el hecho de ser en

³ JIMÉNEZ CANO, *Una metateoría del positivismo jurídico*, p. 43.

⁴ Respecto de las proposiciones analíticas, cfr. ALCHOURRÓN, “La metamorfosis de la analiticidad”, en ALCHOURRÓN - BULYGIN, *Análisis lógico y derecho*, p. 523.

⁵ El vocablo inglés “jurisprudence” tiene un sentido más amplio que el que se da usualmente a la expresión “jurisprudencia” en español, en la medida en que no se limita a las decisiones jurisdiccionales particulares, sino que alude a la noción de teoría legal en un sentido amplio. Siguiendo la línea de las traducciones de los textos aquí citados, y por una cuestión de uniformidad, aquí se emplea el término español jurisprudencia en el sentido anglosajón.

cierto sentido el padre de la filosofía del derecho en la cultura occidental, la que por primera vez tuvo un objeto definido (el derecho positivo) y un peculiar método de investigación (centrado en la paráfrasis y la búsqueda de las unidades básicas del razonamiento jurídico). Se inicia, así, una cruzada que continua hasta nuestros días, para desmitificar el derecho a partir de la construcción de un saber basado en una ontología empirista de carácter neutro, que no confunda su valoración con sus implicancias morales⁶.

El filósofo utilitarista se embarcó, así, en un análisis sistemático del derecho y los sistemas jurídicos, dado que una caracterización objetiva de las normas jurídicas era el primer paso en su empresa de refundar el sistema jurídico, requisito ineludible en su campaña de reforma integral del gobierno y la política. En este aspecto, la necesidad de analizar las normas jurídicas como un dato duro lo llevó a identificar el carácter jurídico de un sistema en términos de poder coercitivo, cimentando esta concepción sobre la base de sus propias teorías psicológicas de la motivación humana⁷.

Tres distinciones benthamianas resultan relevantes para explicar los orígenes de la filosofía analítica del derecho positivo y permitir caracterizar el desarrollo posterior del método jurídico analítico⁸:

a) La distinción entre jurisprudencia expositiva y jurisprudencia censoria, señalando las diferencias discursivas entre la función descriptiva del ser jurídico y la función prescriptiva del deber ser del derecho.

b) La distinción en el ámbito de la jurisprudencia expositiva entre jurisprudencia autoritativa y jurisprudencia no-autoritativa, enunciando la diferenciación que actualmente se efectúa a partir de la función lingüística del discurso jurídico entre normas y proposiciones normativas.

c) Finalmente, la distinción en el ámbito de la jurisprudencia expositiva no-autoritativa entre jurisprudencia local y jurisprudencia universal o general, según que el alcance del estudio en cuestión se limite o no a una determinada nación, identificándose esta segunda categoría con el ámbito de estudio de la teoría general del derecho. BENTHAM dividía, a su vez, la descripción de cualquier derecho nacional

⁶ CHIASSONI, *La tradición analítica en la filosofía del derecho*, p. 25 y siguientes.

⁷ SCHAUER, *The force of law*, p. 11 y siguientes.

⁸ BENTHAM, *Los principios de la moral y la legislación*, p. 302 y siguientes.

a partir de una analogía con el método naturalista extraído de la botánica, en tres operaciones: *expositiva* (narración del derecho explícito, claro y establecido), *interpretativa* (ahí donde el derecho resulta oscuro, silente e inestable) y *sistematizante* del material jurídico.

La idea benthamiana de jurisprudencia general (*general jurisprudence*), al ser contrapuesta con otras orientaciones –como la jurisprudencia histórica, sociológica, etc.– recibió luego, si bien con un significado más amplio que la sola jurisprudencia general, la denominación de jurisprudencia analítica (*analytical jurisprudence*), la cual se suele vincular tradicionalmente a la figura de JOHN AUSTIN⁹. La finalidad de la doctrina de AUSTIN, a partir del camino ya prefigurado por BENTHAM, consiste en identificar las características distintivas del derecho positivo y liberarlo de las confusiones con los preceptos de tipo religioso y moral.

Para alcanzar este objetivo, AUSTIN emplea nociones como las de mandato (entendiendo por tal una expresión de deseo destinada a influir en la gente y coactivamente respaldada), hábito de obediencia (en tanto costumbre de determinados grupos de personas) y obligación (sujeción al mandato si se quiere evitar un mal establecido como sanción a la desobediencia). De ellas deriva la definición de norma jurídica como mandato general que obliga a la población a cumplir determinada conducta, distinguiéndose las normas jurídicas de otras directivas como las morales o las leyes divinas por la circunstancia de ser impuestas coactivamente por un soberano terrenal a los miembros de una sociedad política independiente¹⁰.

Además, AUSTIN traza una distinción entre las disciplinas normativas estrictamente jurídicas, mencionando: *a*) la jurisprudencia particular (*particular jurisprudence*), ciencia que se ocupa de un sistema vigente o una parte de él, en tanto práctica particular; *b*) la ciencia de la legislación (*science of legislation*), dedicada al estudio de lo que se debe hacer para producir buenas leyes, y *c*) la jurisprudencia general (*general jurisprudence*), ciencia encargada de la descripción y comparación de los objetos y fines del derecho, comunes a todos los sistemas¹¹.

⁹ DE PÁRAMO ARGÜELLES, “Estudio preliminar: John Austin, un jurista desolado”, en AUSTIN, *El objeto de la jurisprudencia*, p. XXI y siguientes.

¹⁰ AUSTIN, *El objeto de la jurisprudencia*, p. 8 y siguientes.

¹¹ CHIASSONI, *La tradición analítica en la filosofía del derecho*, p. 155 y siguientes.

Este autor afirma que la jurisprudencia general es la ciencia que se encarga de los principios, nociones y distinciones comunes a todos los sistemas jurídicos, centrándose particularmente en aquellos elementos que están inevitablemente incluidos en ellos de manera constitutiva, y que comprende: a) el estudio de las nociones jurídicas fundamentales, tales como deber, obligación, etc., y las relaciones que se suscitan entre ellas; b) la distinción entre las fuentes y los modos de producción del derecho; c) la distinción entre derechos subjetivos relativos y absolutos, y d) la distinción entre derechos reales y contractuales.

Asimismo, propicia como método: a) la sistemática ignorancia léxica, con el objeto de apartarse de los usos familiares de los vocablos y permitir el análisis conceptual; b) el análisis del empleo que se hace del lenguaje y sus efectos, y c) el empleo de la definición y sus límites¹².

La influencia de la obra de AUSTIN llevó a que, durante el resto del siglo XIX y principios del siglo XX, la tradición austiniana dominara la producción filosófica jurídica inglesa. En tal sentido se pueden mencionar los libros *Elements of law*, de MARKBY; *A systematic view of the science of jurisprudence*, de AMOS, y *Practical jurisprudence*, de CLARK, entre otros¹³.

§ 4. **LA FILOSOFÍA ANALÍTICA DEL SIGLO XX**

De manera independiente a los desarrollos antes mencionados, a partir del siglo XX se popularizó la oposición entre dos corrientes o tradiciones netamente filosóficas de pensamiento, remontando a la contraposición clásica entre el romanticismo alemán y el empirismo británico¹⁴: por un lado, la filosofía continental de tendencia fenomenológica, vulgarmente identificada con los desarrollos efectuados en el ámbito de la Europa continental; por el otro, la filosofía analítica, identificada con el ámbito anglosajón¹⁵.

¹² AUSTIN, *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*, p. 26.

¹³ PANNAM, *El profesor Hart y la filosofía analítica del derecho*, "Academia", año 6, n° 12, 2008, p. 66 y siguientes.

¹⁴ GLOCK, *¿Qué es la filosofía analítica?*, p. 91 y siguientes.

¹⁵ FROST-ARNOLD, "The rise of 'analytic philosophy': when and how did people begin calling themselves 'analytic philosophers'?", en LAPOINTE - PINCOCK (eds.), *Innovations in the history of analytical philosophy*, p. 54.

En esta línea, como una primera aproximación, se puede sostener que la filosofía analítica es la tradición que se originó en la obra de GOTTLIB FREGE (1848-1925), BERTRAND RUSSELL (1872-1970), GEORGE E. MOORE (1873-1958), el Círculo de Viena y LUDWIG WITTGENSTEIN (1889-1951), que luego se ramificó en el complejo movimiento o conjunto de subtradiciones interconectadas que existe hoy en día. Esta tradición tuvo en un principio una doble raíz metodológica, basada en el constructivismo lógico y el análisis conceptual¹⁶.

Los principales aportes indiscutidos de la filosofía analítica al pensamiento del siglo xx están dados por el reconocimiento de que la especulación debe ser desterrada del pensamiento filosófico, el cual debe aspirar a la coherencia, la sistematicidad y el rigor científico, y el éxito en el desarrollo del entendimiento lógico formal de ciertas nociones fundamentales –como las de consecuencia lógica, verdad lógica, etcétera–¹⁷.

El origen de la denominación filosofía analítica, en su sentido actual, se atribuye al filósofo ERNEST NAGEL, a partir de su trabajo publicado en dos partes en “The Journal of Philosophy”, en 1936, llamado *Impresiones y valoraciones de la filosofía analítica en Europa*, en el cual se hace eco de la recurrente idea del análisis filosófico presente en los autores antes mencionados¹⁸. Posteriormente, se suscita, en particular a partir de los años setenta, un gran debate respecto a qué autores pueden ser reputados como filósofos analíticos y cuál es en definitiva el concepto de filosofía analítica¹⁹.

Dejando de lado los debates vinculados con los antecedentes remotos, las discusiones historiográficas sobre sus fundadores, así como las disquisiciones generadas sobre las etapas más tardías y la obra de los denominados posanalíticos²⁰, se pueden identificar cronológicamente cuatro etapas centrales en el desarrollo primigenio de este complejo movimiento en el siglo xx: a) una primera fase inicia-

¹⁶ GLOCK, *¿Qué es la filosofía analítica?*, p. 68.

¹⁷ SOAMES, *Philosophical analysis in the twentieth century*, vol 1, p. xi.

¹⁸ FROST-ARNOLD, “The rise of ‘analytic philosophy’: when and how did people begin calling themselves ‘analytic philosophers’?”, en LAPOINTE - PINCOCK (eds.), *Innovations in the history of analytical philosophy*, p. 34.

¹⁹ FROST-ARNOLD, “The rise of ‘analytic philosophy’: when and how did people begin calling themselves ‘analytic philosophers’?”, en LAPOINTE - PINCOCK (eds.), *Innovations in the history of analytical philosophy*, p. 43 y siguientes.

²⁰ GARCÍA SUÁREZ, *Nuevas aproximaciones a los modos de significar*, p. 31 y siguientes.

da por la obra de FREGE, y que alcanza una clara conformación como movimiento en las figuras de RUSSELL y MOORE; b) una segunda fase identificada con el análisis de Cambridge de los años veinte y los primeros trabajos de WITTGENSTEIN; c) un tercer estadio identificado con el positivismo lógico vienés, y d) una cuarta etapa en que aparece el llamado análisis conectivo y terapéutico que caracterizó a la filosofía analítica en Oxford en la posguerra, marcado por una gran influencia del giro filosófico de WITTGENSTEIN²¹.

La imposibilidad de llegar a una caracterización rígida de esta corriente que englobe a todos sus representantes refleja cómo la etiqueta de filosofía analítica da cuenta de un movimiento filosófico más que de una filosofía o escuela filosófica propiamente dicha, identificable vagamente como un particular estilo, constituido por parecidos de familia o influencias recíprocas en el método de análisis y en ciertos tópicos o tendencias entre sus miembros²². Se distingue de otras tradiciones al constituirse como una peculiar forma de aproximación a los problemas filosóficos, en la que cierto tipo de argumentación y justificación precisa juegan un papel central.

En tanto estilo, se puede entender que la filosofía analítica procura alcanzar una argumentación que tiende a la austeridad y al rigor en el pensamiento²³, que pretende alcanzar la claridad en el desarrollo y exposición del quehacer filosófico, a la par de que se asegure el rigor en el razonamiento, facilitando simultáneamente la evaluación crítica y la discusión inteligible entre pares²⁴.

En tanto método de análisis, el movimiento analítico se identifica particularmente por el empleo de un conjunto de técnicas o herramientas metodológicas características, aplicadas usualmente a enfoques parciales, que conducen a la construcción de cadenas argumentales claras, explícitas y sólidas, tendientes al desarrollo y control del conocimiento a partir de un trabajo de tipo colaborativo para la construcción del conocimiento científico²⁵.

²¹ GLOCK, *¿Qué es la filosofía analítica?*, p. 276 y siguientes.

²² GLOCK, *¿Qué es la filosofía analítica?*, p. 253.

²³ BEANEY, "What is analytic philosophy?", en BEANEY (ed.), *The Oxford handbook of the history of analytic philosophy*, p. 24.

²⁴ GLOCK, *¿Qué es la filosofía analítica?*, p. 255 y siguientes.

²⁵ BEANEY, "What is analytic philosophy?", en BEANEY (ed.), *The Oxford handbook of the history of analytic philosophy*, p. 24.

A grandes rasgos, se pueden mencionar dos tendencias metodológicas centrales a fin de intentar sintetizar este movimiento²⁶. Una de carácter constructivista formal identificable con el análisis lógico, ejemplificada con los trabajos de principios de siglo de RUSSELL centrados en la lógica formal, la desambiguación de los lenguajes naturales y la aspiración de la elaboración de lenguajes ideales²⁷. Otra identificable con el análisis y elucidación conceptual, expresada por la línea de investigación iniciada por MOORE²⁸, el llamado segundo WITTGENSTEIN²⁹ y su giro lingüístico, centrada en el estudio de los lenguajes naturales y sus usos corrientes³⁰.

Es posible, además, señalar algunas respuestas recurrentes e inclinaciones comunes entre los autores analíticos, sin perjuicio de lo apuntado respecto de la imposibilidad de definir categóricamente el movimiento. Entre ellas se destacan las siguientes³¹.

a) *Predisposición antiidealista*. Tiene como anclaje la búsqueda del sentido común, retomando en alguna medida el camino trazado por el empirismo y el realismo filosófico, tanto sea por la vía del logicismo como por la del convencionalismo.

b) *Rechazo a la especulación y preferencia por la elaboración de metafísicas más bien austeras*. Lo que derivó, respectivamente, en un uso metodológico cimentado en el empleo metódico de la definición (fijando con la mayor exactitud y precisión el significado de una palabra, símbolo u objeto bajo análisis) y una deflación metafísica de la filosofía.

c) *Peculiar concepción del rol la filosofía*. Se vincula con la idea de la filosofía como una actividad con estrecha relación con otras empresas de carácter cognoscitivo y tendiente a la rigurosidad en el ejercicio de ella, a la cual se le asigna en cierta medida un carácter instrumental tendiente a la clarificación del pensamiento y la realidad.

d) *Atención sobre los fenómenos lingüísticos*. Se ha sostenido que la tarea básica de la filosofía es el análisis de la estructura del

²⁶ GARCÍA SUAREZ, *Nuevas aproximaciones a los modos de significar*, p. 40.

²⁷ RUSSELL, *Lógica y conocimiento*.

²⁸ MOORE, *Philosophical papers*.

²⁹ WITTGENSTEIN, *Investigaciones filosóficas*.

³⁰ Por ejemplo, entre otros, AUSTIN, *Cómo hacer cosas con las palabras*.

³¹ GLOCK, *¿Qué es la filosofía analítica?*, p. 150 y siguientes.

pensamiento, y que el único camino adecuado para ello es el análisis de las expresiones lingüísticas con que se lo comunica. El lenguaje le interesa a la filosofía analítica porque, mediante el estudio de las reglas de su uso, el fenómeno primitivo del significado puede ser entendido a partir de la estructura del pensamiento concretizado y expresado. Se distinguen, como fue señalado, dos fases centrales: una primera etapa centrada en el lenguaje científico y la crítica sobre las limitaciones de los lenguajes naturales, y una segunda etapa abocada al estudio de los lenguajes corrientes, en particular en sus múltiples usos.

§ 5. **LA CORRIENTE JURÍDICO-FILOSÓFICA ANALÍTICA**

En la segunda mitad del siglo xx, el impacto del empleo sistemático de diversas herramientas conceptuales propias de la filosofía analítica (mayormente centradas en el análisis del lenguaje), derivó en un cambio de perspectiva y enfoque de la jurisprudencia analítica. Esta varió sus temas de interés, abandonando la identificación radical del derecho con el Estado, a la par que se dio una restricción en el objeto de estudio a la filosofía del derecho, ampliando su área de influencia geográfica al derecho continental³².

Las dos grandes tendencias metodológicas de la filosofía analítica han impulsado los desarrollos de la filosofía y la teoría general del derecho³³, a saber³⁴:

a) *Constructivismo lógico*. Consiste en la sustitución de los términos de los lenguajes naturales por términos artificiales y construcciones que nos liberen de las vaguedades y ambigüedades propias de todos los actos de habla.

Esta metodología, desde RUSSELL en adelante, no solo se aplicó a la fundamentación de la matemática, sino que también extendió su campo de aplicación a los problemas de la epistemología, la metafísica y la filosofía en general. Luego del giro lingüístico, evolucionó en un método de análisis conceptual de tipo reductivo (constructivismo ló-

³² HART, *Analytical jurisprudence in mid-twentieth century: a reply to professor Bodenheimer*, "University of Pennsylvania Law Review", vol. 105, n° 7, 1957, p. 953 a 975.

³³ MORESO, *Positivismo jurídico y filosofía analítica*, "Teoría & Derecho", n° 22, 2017, p. 118 a 136.

³⁴ Son ejemplos paradigmáticos de estas tendencias, ALCHOURRÓN - BULYGIN, *Sistemas normativos*, y HART, *The concept of law*, respectivamente.

gico en sentido estricto) que se vale de las definiciones lexicográficas para reemplazar los términos de los lenguajes naturales por otros de carácter artificial, ello con miras a explicitar de manera más clara las relaciones conceptuales de los elementos que componen la realidad. El empleo del análisis lógico dentro del ámbito jurídico genera resistencia entre los juristas debido a la formación metodológica de tipo enciclopedista. Sin perjuicio de esto, la lógica se constituye en una herramienta de indudable utilidad para: 1) dar cuenta de la corrección de los razonamientos concretos; 2) evaluar la justificación de las decisiones particulares a partir de los mandatos generales dictados previamente por el Estado, y 3) desarrollar análisis estructurales de los ordenamientos, con el objeto de ordenar y clarificar los elementos que los componen³⁵.

b) *Análisis conceptual*. Consiste en el estudio y clarificación de los usos ordinarios de los términos empleados por los juristas, resolviendo distintos problemas por desarrollos explicativos. El análisis conceptual parte de la idea de que los problemas filosóficos son en buena medida problemas conceptuales, y que los conceptos son entidades lingüísticas. Manejar un concepto implica conocer el significado de ciertas expresiones. Por esta razón, los conceptos no son meras ocurrencias mentales ni ente-lequias que se encuentran descontextualizadas, sino abstracciones procedentes del uso de las palabras.

La filosofía del lenguaje es central para entender el derecho por distintas razones. El derecho, ciertamente, al menos en gran parte, es un fenómeno comunicacional: se expresa y caracteriza por las directivas emanadas de la autoridad con el empleo de distintos lenguajes expresados en términos naturales, directivas que califican deónticamente ciertas acciones y articulan los mecanismos de cooperación social e institucional, que en definitiva posibilitan la vida en comunidad tal como la conocemos. Por lo tanto, una comprensión de cómo funciona la comunicación, en particular, en qué medida está el derecho realmente determinado lingüísticamente, es fundamental para comprender qué son y cómo se emplean las normas jurídicas³⁶.

³⁵ BULYGIN, *What can one expect from logic in the law? (Not everything, but more than something: A reply to Susan Haack)*, “Ratio Juris”, vol. 21, n° 1, 2008, p. 150 a 156.

³⁶ MARMOR, *Philosophy of law*, p. 136.

§ 6. **EL POSITIVISMO JURÍDICO**

El positivismo jurídico, pese a los embates y crisis constantes que sufre desde su origen, ha sido una de las formas de acercamiento al pensamiento jurídico más fructífera, desde el siglo XIX hasta la actualidad, en cuanto forma de entendimiento del fenómeno jurídico de corte antimetafísico centrado en el ordenamiento jurídico positivo³⁷.

Pese a esto y a la circunstancia de ser una de las corrientes teóricas que en la actualidad cuenta con las bases más sólidas para explicar y describir el complejo fenómeno social que constituye el derecho, no son pocas las discusiones conceptuales respecto de su concepto, alcances y límites. Esta situación ha llegado a un punto tal que se ha afirmado –con razón– que el positivismo jurídico ha entrado en una crisis de identidad³⁸.

Esta crisis se manifiesta, en su interior, como una disputa de familia, en buena medida motivada por el resultado de los sucesos históricos y políticos posteriores a la Segunda Guerra Mundial, teóricamente sintetizados –entre otras discusiones significativas– en las críticas de DWORKIN a HART³⁹, y desde el exterior como un problema de justificación y legitimación de las decisiones jurisdiccionales particulares, en el contexto de un derecho constitucionalizado.

Lo cierto es que esta crisis de identidad refleja, en definitiva, las dificultades para elaborar un concepto unitario y acabado de positivismo jurídico. A estas dificultades, paradójicamente, quizá podamos en buena medida atribuirles buena parte de su éxito, en tanto que, como paradigma de conocimiento, se mantiene vivo, no solo por la fuerza explicativa de sus postulados, sino por las disputas, caídas y reconstrucciones constantes a las que se ve sometido⁴⁰.

La expresión “positivismo jurídico” engloba una serie de distintos enfoques, clasificaciones y manifestaciones diversas, marcadas en general por la idea de una actitud o enfoque de abordaje de los pro-

³⁷ FASSÒ, *Historia de la filosofía del derecho*, t. 3, p. 151.

³⁸ RODILLA, *Sobre positivismo jurídico, una vez más*, “Doxa”, edición especial, 2017, p. 217.

³⁹ ATRIA, *La ironía del positivismo jurídico*, “Doxa”, n° 27, 2004, p. 83.

⁴⁰ LLOREDO ALIX, *Muertes y resurrecciones del positivismo jurídico: una crisis de doscientos años de duración*, “Doxa”, n° 40, 2017, p. 257.

blemas de la filosofía jurídica y la teoría del derecho de corte empirista y antimetafísica. Se trata de un concepto amplio, nacido originariamente por contraposición al derecho natural, y utilizado –tanto por críticos como por defensores– no pocas veces de manera ambigua y vaga⁴¹, e incluso se emplea para referir a ideas incompatibles entre sí o solamente ligadas por lazos de familia⁴².

Así, GENARO CARRIÓ señala dos hitos importantes para identificar, distinguir y entender teóricamente el conjunto de tesis, doctrinas y concepciones designadas bajo el rotulo de “positivismo jurídico”⁴³. Por un lado, la publicación, en 1958, del trabajo de HART, *Positivism and the separation of law and morals*, y, por el otro, un seminario celebrado en Bellagio, Italia, en 1960, que fue precursor del artículo *Sul positivismo giuridico*, de NORBERTO BOBBIO⁴⁴.

§ 7. **TRES TESIS CENTRALES DEL POSITIVISMO JURÍDICO**

Si bien la empresa de encontrar una serie de tesis centrales que permitan precisar una noción de positivismo jurídico puede concebirse para algunos como una tarea condenada al fracaso, en la medida en que no parece posible englobar satisfactoriamente todos los autores y formas en que este históricamente se ha presentado⁴⁵, el trabajo de análisis y elucidación conceptual ciertamente permite dar cuenta de las pautas implícitas que estructuran, en un momento dado y de manera provisoria, determinados usos, marcos teóricos e ideas que se desprenden de aquel⁴⁶, aumentando finalmente la comprensión total sobre el conjunto del fenómeno analizado y sus puntos centrales, a la par que nos permite evaluar y comparar el estado de desarrollo de la cuestión⁴⁷.

⁴¹ ROSS, *El concepto de validez y otros ensayos*, p. 8.

⁴² CARRIÓ, *Notas sobre derecho y lenguaje*, p. 321.

⁴³ CARRIÓ, *Notas sobre derecho y lenguaje*, p. 322.

⁴⁴ Asimismo, dicho seminario también fue precursor del artículo de ALF ROSS, *Validity and the conflict between legal positivism and natural law*, y del libro posterior de SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*.

⁴⁵ LLOREDO ALIX, *Muertes y resurrecciones del positivismo jurídico: una crisis de doscientos años de duración*, “Doxa”, n° 40, 2017, p. 257.

⁴⁶ STRAWSON, *Análisis y metafísica*.

⁴⁷ HART, *El nuevo desafío al positivismo jurídico*, “Sistema”, n° 36, 1980, p. 3 y siguientes.

Así, en el primer hito, HART inicia la tarea de elucidación del contenido del concepto de esta forma de aproximación del derecho sosteniendo que la etiqueta de “positivismo jurídico” se emplea para hacer referencia por lo menos a cinco tesis o significados posibles: 1) el derecho se compone de una serie de mandatos humanos; 2) no existe una relación necesaria entre derecho y moral, o entre el derecho que es y el derecho que debería ser; 3) el análisis o estudio de los conceptos jurídicos debe diferenciarse de los estudios históricos, sociológicos, políticos, éticos y de otras disciplinas de tipo social; 4) un sistema jurídico es un sistema de normas de las cuales pueden derivarse respuesta a los casos particulares, y 5) la afirmación de que los juicios morales no pueden ser establecidos, a diferencia de las declaraciones de hecho, que pueden ser demostradas en términos racionales, de evidencia o prueba⁴⁸.

Tres tesis conceptuales independientes –que versan en su conjunto sobre los criterios de identificación de las fuentes jurídicas– trasuntan esta presentación, sintetizando lo que implica el positivismo jurídico analítico: la tesis de las fuentes sociales; la tesis de la identificación objetiva o tesis semántica, y la denominada tesis de la separación o divisionismo.

Ciertamente sobre la base de estas tesis se encuentran, por un lado, la certeza de la posibilidad de existencia de un conocimiento jurídico determinable, la que se construye como constatación de la existencia de casos normativamente claros y el reconocimiento de la incertidumbre ante aquellos supuestos no expresamente regulados; por el otro, el convencimiento de la viabilidad de la observación e identificación empírica de fenómenos sociales, de manera externa e independiente de las valoraciones internas respecto de las prácticas mismas, y, finalmente, la creencia en la posibilidad de formulación de enunciados veritativos de las proposiciones jurídicas, que se desprenden de la existencia de casos claros y hechos observables⁴⁹.

Las tesis antes mencionadas suelen presentarse de manera entremezclada y no pocas veces confusa, usualmente articulando, sobre las controversias referidas a la identificación del derecho, el significado de sus términos básicos y su contenido moral; refiriendo a los planos de análisis ontológico, epistemológico y axiológico, respectivamente⁵⁰.

⁴⁸ HART, *Positivism and the separation of law and morals*, “Harvard Law Review”, vol. 71, n° 4, 1958, p. 604.

⁴⁹ MARANHÃO, *Positivismo jurídico lógico-incluyente*, p. 45.

⁵⁰ Entre otros, HIERRO, *¿Por qué ser positivista?*, “Doxa”, n° 25, 2002, p. 279.

a) *LA TESIS DE LAS FUENTES SOCIALES*. Este postulado afirma que el derecho es un fenómeno de origen social, en cuanto conjuntos de hechos complejos producto de las formas de organización humana. Esta tesis se encuentra sobre la base metodológica del positivismo jurídico, constituyéndose en un límite o piso básico del conjunto de proposiciones admisibles para determinar la existencia e identidad de un ordenamiento jurídico. En dicho sentido, la tesis de las fuentes sociales alude –al menos desde un punto de vista descriptivo– a la eficacia e institucionalidad social que se deriva del ordenamiento jurídico⁵¹. Las fuentes jurídicas y, en consecuencia, la existencia de las leyes mismas, son así entendidas como meras convenciones sociales establecidas y cumplidas por decisiones humanas⁵².

Esta tesis se ha convertido en un elemento sustantivo del que parece participar toda teoría iuspositivista, e incluso actualmente es ampliamente aceptada –naturalmente, con diversos enfoques– por otras corrientes iusfilosóficas⁵³. Sin perjuicio de esto, no existe una unicidad clara a la hora de conceptualizarla, ni siquiera dentro del mismo positivismo, en tanto implica en definitiva una caracterización particular del fenómeno abordado, a tal punto que se ha afirmado que ella se constituye en un hecho indubitable⁵⁴ y, sostenida sin mayores precisiones, solo constituye una mera trivialidad⁵⁵.

Para RAZ la tesis de las fuentes sociales, dependiendo del alcance que se le dé, puede subdividirse en dos versiones: una *fuerte*, según la cual la constatación de un hecho social es condición necesaria para identificar la existencia y contenido del derecho, y otra *débil*, según la cual la constatación de un hecho social es condición suficiente para identificar la existencia y contenido del derecho⁵⁶. MARANHÃO traza esta misma distinción con otras palabras, recurriendo a la idea de la

⁵¹ RAZ, *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, p. 55 y siguientes.

⁵² MACCORMICK - WEINBERGER, *An institutional theory of law. New approaches to legal positivism*, p. 129.

⁵³ Entre nosotros, por ejemplo, GOLDSCHMIDT, *Introducción filosófica al derecho*, p. 115; COSSIO, *La teoría egológica del derecho*, p. 260, y ZULETA PUCEIRO, *Elementos de teoría del derecho*, p. 51.

⁵⁴ ATIENZA, *Filosofía del derecho y transformación social*, p.133.

⁵⁵ NARVÁEZ MORA, *Wittgenstein y la teoría del derecho. Una senda para el convencionalismo jurídico*, p. 162.

⁵⁶ RAZ, *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, p. 59.

norma fundamental de Kelsen y la regla de reconocimiento de Hart, respectivamente; marca una diferencia en cuanto una postura supone la constatación de una regla obligatoria para los miembros de una sociedad, mientras que la otra solo supone una mera constatación de un hecho que se constituye en un criterio regular⁵⁷.

b) *LA TESIS DE LA IDENTIFICACIÓN OBJETIVA O SEMÁNTICA*. Si el derecho es un producto social, la existencia de un sistema jurídico en un determinado momento y lugar es un hecho empíricamente observable en términos puramente fácticos; en este sentido, puede entenderse la tesis de la identificación objetiva como una consecuencia necesaria de la asunción de la tesis de las fuentes sociales. Consecuentemente, la existencia de las normas dentro de un sistema jurídico es algo enunciable objetivamente, a partir de la observación e interpretación de los hechos sociales a los que se les asigna carácter jurídico.

Esta tesis, a su vez, puede subdividirse conforme al alcance que se atribuye a la posibilidad de identificación de las normas y los sistemas jurídicos; de acuerdo a si se considera que se pueden identificar los ordenamientos en un sentido general, por ejemplo, entendiéndolos como conjuntos de autoridades y los mandatos que ellas emiten, o según se entienda que también es posible la identificación a nivel individual de las distintas normas jurídicas vigentes dentro de un sistema dado⁵⁸.

Esta segunda subtesis de la fuente objetiva refleja mejor su carácter epistemológico, que es representado de manera cabal por la etiqueta "tesis semántica", en cuanto no solo da cuenta de la identificación de las normas o sistemas normativos en un plano meramente ontológico y genérico, sino además refiere a la enunciación lingüística de un significado normativo particular y sus consecuencias metodológicas⁵⁹.

Asimismo, de esta tesis se deriva la posibilidad lógica de explicar los casos de discrecionalidad y creación judicial del derecho⁶⁰,

⁵⁷ MARANHÃO, *Positivismo jurídico lógico-incluyente*, p. 48.

⁵⁸ HIERRO, *¿Por qué ser positivista?*, "Doxa", n° 25, 2002, p. 279.

⁵⁹ RAZ, *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, p.55.

⁶⁰ En este punto nos apartamos de la presentación tradicional de las tesis del positivismo (ver, por ejemplo, HART, 1980), dado que, a nuestro entender, resulta una mejor presentación partir de la tesis de la identificación objetiva, y considerar

en cuanto la práctica jurídica, al ser un constructo social de regulación de conductas, es consecuentemente indeterminada e incompleta⁶¹; existen ocasiones en que los magistrados deberán resolver controversias sometidas a su competencia, pese a que el legislador no haya previsto expresamente una solución normativa para ellas o que dicha solución por distintas razones no sea lo suficientemente clara⁶².

c) *LA TESIS DEL DIVISIONISMO*. La tesis del divisionismo es el resultado teórico de esta larga discusión, en la medida en que es la constatación descriptiva de la posibilidad de la separación conceptual entre la existencia del derecho y su mérito o demérito moral.

No es exagerado afirmar que, durante toda la historia del pensamiento humano, las distintas reflexiones iusfilosóficas parecen oscilar entre dos extremos vinculados con el valor justicia en cada caso y el uso de la fuerza estatal, identificables con las discusiones que se dan entre el iusnaturalismo y el iuspositivismo⁶³.

Sin bien dicha tensión es resoluble, no debe ser descartada la interpelación que plantea. Nos impone la necesidad de agudizar nuestra comprensión del fenómeno social complejo que constituye el ordenamiento jurídico; da cuenta, por un lado, de ciertas constates –tanto

la discrecionalidad y creación judicial como una consecuencia necesaria de ella, que afirmar la discrecionalidad como una tesis identitaria autónoma del positivismo. Entre las razones para ello, consideramos que: 1) se da cuenta de manera más fidedigna de las primeras formas históricas de positivismo jurídico; 2) es posible derivar lógicamente de manera satisfactoria la discrecionalidad jurisdiccional a partir de la identificación objetiva, representando en definitiva más fielmente las ideas de ordenamiento normativo positivo y certeza; 3) se evita caracterizar el positivismo a partir de una reacción crítica a los modelos antipositivista que sostienen la integridad del ordenamiento, y 4) se da cuenta, además, de la legitimación normativa de prácticas de creación del derecho que se encuentra conferida por normas secundarias para los casos de *non liquet*. Sin perjuicio de esto, también se podría sostener que la elección entre una u otra presentación depende de si el enfoque de la caracterización se basa en una orientación centrada en la actividad legislativa o en el proceso jurisdiccional.

⁶¹ HART, *El nuevo desafío al positivismo jurídico*, “Sistema”, n° 36, 1980, p. 3 y siguientes.

⁶² BULYGIN, “Sentencia judicial y creación del derecho”, en ALCHOURRÓN - BULYGIN, *Análisis lógico y derecho*, p. 355.

⁶³ Al respecto de esta tensión histórica del “nomos” entre “Diké” y “Bía”, cfr., entre otros, ZAGREBELSKY, *La ley y su justicia*, p. 39.

contingentes como necesarias— resultantes de la historia de la vida en comunidad; a la par, impone la conveniencia de distinguir y clarificar cuestiones y ordenes de diversa naturaleza, para resolver controversias teóricas y prácticas⁶⁴.

Simplificando mucho la cuestión, se puede afirmar que esta tesis de la separación surge de una lectura de carácter descriptivo. En efecto, se trata de un enunciado de tipo externo, que presenta la ventaja de permitir criticar moralmente el ordenamiento jurídico, al diferenciar el derecho que “es” del que “debe ser”⁶⁵. Cualquier otra lectura de tipo prescriptivo, que entendida caritativa y razonablemente se pueda vincular con una ética normativa particular ligada a las formas de organización estatal moderna, los valores democráticos y la división republicana de poderes, resulta una reinterpretación de este postulado.

Afirma LIBORIO HIERRO que se podría sostener que esta tesis constituye la base de las otras dos, pues, si el derecho tiene una conexión necesaria con algún valor moral universal, la existencia de las normas jurídicas no dependería solo de las decisiones humanas y las proposiciones jurídicas no podrían ser meramente descriptivas⁶⁶.

Actualmente se diferencian, desde este punto de vista descriptivo, dos grandes concepciones alternativas dentro del mismo positivismo respecto del alcance de esta tesis, generadas a partir de la discusión que provocó el *Postscript* de Hart entre el positivismo incluyente y el positivismo excluyente⁶⁷. Mientras el positivismo excluyente considera que siempre es posible identificar la existencia y el contenido del derecho sin recurrir a la moral, el positivismo incluyente acepta que contingentemente podría ocurrir que los sistemas jurídicos en ciertos casos remitan a la moral como condición de la validez jurídica⁶⁸.

⁶⁴ VILAJOSANA, *Identificación y justificación del derecho*, p. 64.

⁶⁵ HIERRO, *¿Por qué ser positivista?*, “Doxa”, n° 25, 2002, p. 279 y siguientes.

⁶⁶ HIERRO, *¿Por qué ser positivista?*, “Doxa”, n° 25, 2002, p. 280.

⁶⁷ Esta discusión también puede presentarse como una división de la tesis de la identificación objetiva, sin perjuicio de que, por una cuestión de presentación, aquí se opta por mencionar la cuestión en este punto.

⁶⁸ COLEMAN, “Incorporationism, conventionality, and the practical difference thesis”, en COLEMAN (ed.), *Hart’s postscript. Essays on the postscript to the concept of law*, p. 99 y siguientes.

Se evidencia una estrecha interrelación entre estas tres tesis, de lo que se sigue que la toma de postura sobre una acarrea consecuencias respecto de las otras; pese a esto, es necesario destacar que pueden ser formuladas lógicamente de manera independiente y autónoma⁶⁹.

§ 8. **TRES CONCEPCIONES DEL POSITIVISMO JURÍDICO**

A la hora de desentrañar cuáles son los criterios de uso que implica la etiqueta “positivismo jurídico”, es conveniente traer a colación la influyente distinción que realizó NORBERTO BOBBIO entre tres presentaciones, aspectos o concepciones históricas diferentes en los que el positivismo jurídico suele presentarse o, mejor dicho, entenderse. Esta clasificación, si bien presenta ciertos problemas y un grado considerable de ambigüedad, cuenta con la ventaja de su amplia difusión y de la circunstancia de que, interpretada correctamente, capta y distingue una serie de núcleos de significados más o menos claros de las distintas formas históricas de aproximación al derecho que se han designado bajo esta etiqueta, permitiéndonos eliminar equívocos en el terreno del análisis histórico y de la crítica ético-política⁷⁰.

Existen relaciones históricas entre las acepciones del positivismo jurídico indicadas por BOBBIO, pero ellas son lógicamente independientes. La primera coincide con la asunción de una tesis epistemológica respecto del convencionalismo del derecho; la segunda coincide con la tesis ontológica sobre las fuentes e identificación objetiva del derecho, y la tercera coincide con la tesis de la división. En este orden de ideas, el positivismo metodológico no implica necesariamente el positivismo teórico, y este último tampoco implica ideología alguna (pese a que la ideología presupone las teorías, y las teorías presuponen el enfoque para el estudio del derecho)⁷¹.

BOBBIO distingue, así, tres formas diversas en las que el positivismo se constituye: como forma de acercarse al estudio del derecho, determinada teoría o concepción del derecho, e ideología jurídica⁷².

⁶⁹ RAZ, *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, p. 57.

⁷⁰ RUIZ MANERO, *Bobbio y el positivismo*, “Revus”, n° 26, 2015, p. 13 y siguientes.

⁷¹ SCARPELLI, *¿Qué es el positivismo jurídico?*, p. 79 y siguientes.

⁷² BOBBIO, *El positivismo jurídico*, p. 143 y siguientes.

a) *FORMA DE ACERCARSE AL ESTUDIO DEL DERECHO*. Como forma de acercarse al estudio del derecho, el positivismo jurídico pretende la elaboración de un conocimiento descriptivo y explicativo de carácter científico, expresado en una actitud objetiva, no valorativa y éticamente neutral, que parte de la distinción entre el derecho que es y el derecho que debe ser; se aboca, así, al estudio del derecho como hecho real, entendiendo tal como la expresión de una realidad y sus características en cuanto producto histórico-social, circunstancia por la cual se distinguen los juicios de validez normativa de los de valor⁷³.

b) *DETERMINADA TEORÍA O CONCEPCIÓN DEL DERECHO*. En cuanto concepción del derecho, la idea de positivismo jurídico alude a un conjunto de teorías de carácter estatal-legalista, las cuales interpretan el derecho como el monopolio de la administración de la fuerza y su regulación jurídica de corte legal por los Estados⁷⁴, cuyas características recurrentes serían: 1) una caracterización del derecho basada en la voluntad del soberano, identificándose así el derecho y la organización estatal; 2) una concepción imperativista de las normas jurídicas; 3) una teoría de las fuentes que confiere preminencia a la ley y que soslaya el derecho consuetudinario y judicial; 4) una teoría del ordenamiento jurídico que asume los dogmas de la completitud y la coherencia, y 5) una teoría de la interpretación cognoscitivista y una teoría de la actividad jurisdiccional de carácter lógico-deductivo⁷⁵.

c) *IDEOLOGÍA JURÍDICA*. El positivismo en tanto ideología se caracteriza por la atribución de un valor moral sustantivo al derecho vigente, es decir, la existencia de una obligación de obediencia y respeto a las leyes, ya sea identificando el derecho con la voluntad política dominante y, consecuentemente, con la justicia misma (positivismo ideológico en sentido fuerte, o cuasipositivismo en la terminología de ALF ROSS), o como un medio social para conseguir fines deseables siempre que sea idóneo y no afecte de manera significativa otros valores centrales (positivismo ideológico en sentido débil)⁷⁶.

El positivismo ideológico en sentido débil puede o no aceptar la tesis de las fuentes sociales, implicando la tesis de la identificación

⁷³ BOBBIO, *El positivismo jurídico*, p. 145.

⁷⁴ BOBBIO, *El positivismo jurídico*, parte II, caps. II, III, y IV.

⁷⁵ BOBBIO, *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, p. 106.

⁷⁶ BOBBIO, *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, p. 108 y siguientes.

objetiva, y admitiendo de manera debilitada la tesis del divisionismo, en cuanto admite que en los casos de injusticia extrema los costos de seguir lo normado pueden ser superiores a los beneficios de subordinarse a la norma.

El positivismo ideológico en sentido fuerte es francamente incongruente con el positivismo jurídico como aproximación metodológica, y en menor medida también con el positivismo como teoría (aunque históricamente formas desvirtuadas de positivismo teórico han sostenido versiones de positivismo ideológico).

Ello es así toda vez que el positivismo ideológico en un sentido fuerte niega la distinción fundamental del divisionismo, al asumir una actitud moral que postula el deber incondicionado de seguir las reglas del derecho positivo, lo cual oculta una inconsistencia práctica y presupone un pensamiento contrario a la pluralidad, la que se constituye actualmente en uno de los fundamentos de la vida en comunidad⁷⁷.

§ 9. **UNA PROPUESTA DE CONSTRUCCIÓN FORMAL DE LAS RELACIONES ENTRE LAS CLASIFICACIONES TRAZADAS**

Partiendo del énfasis sobre las tres tesis con las cuales se sintetiza el positivismo (tesis de las fuentes sociales –T1–, tesis de la identificación objetiva –T2–, y tesis del divisionismo –T3–)⁷⁸, comparadas con las concepciones o criterios de uso diferenciados por BOBBIO (positivismo metodológico –PM–, positivismo teórico –PT– y positivismo ideológico –PI–) y los paralelismo que se pueden trazar entre aquellas y las distintas formas jurídicas de la tradición analítica (jurisprudencia analítica –JA– y filosofía jurídico analítica –FJA–), se puede formalizar mediante la teoría de los conjuntos lo expuesto hasta aquí con el objeto de señalar con mayor claridad la relación entre la analiticidad jurídica y el positivismo⁷⁹:

⁷⁷ CARRIÓ, *Notas sobre derecho y lenguaje*, p. 328.

⁷⁸ Cabe destacar que aquí se dejan de lado las divisiones y subdivisiones internas de ellas €, que nos podrían permitir un mayor refinamiento en la presentación (en particular respecto de PM, PT y sus relaciones respecto de JA y JFA), pero dificultarían la exposición.

⁷⁹ Empleando a tal fin los operadores “ ϵ ” como pertenencia, “ $\cup$ ” unión de conjuntos, “ Ω ” compatibilidad, “/” como incompatibilidad.

Positivismismo metodológico (PM):

El positivismo metodológico implica la tesis de las fuentes sociales, la de la identificación objetiva y la del divisionismo.

$$\{T1, T2, T3\} \in PM$$

Positivismismo teórico (PT):

El positivismo teórico implica la tesis de las fuentes sociales y la de la identificación objetiva, no necesariamente la del divisionismo.

$$\{T1, T2\} \in PT$$

Positivismismo ideológico en sentido débil (PID):

El positivismo ideológico en sentido débil puede o no aceptar la tesis de las fuentes sociales, implicando la tesis de la identificación objetiva, y admitiendo de manera debilitada la tesis del divisionismo, en aquellos casos de injusticia extrema en los cuales los costos de seguir lo normado sean superiores a la desobediencia.

$$\{T2, T3\} \in PID$$

Positivismismo ideológico en sentido fuerte (PIF):

El positivismo ideológico en sentido fuerte puede o no aceptar la tesis de las fuentes sociales, implica la tesis de la identificación objetiva y rechaza el divisionismo. De ello se sigue que el positivismo ideológico en sentido fuerte es contrario a las otras formas de positivismo (PM y PT) por rechazar el postulado del divisionismo o reducirlo a un mínimo inaceptable.

$$\{T2, \sim T3\} \in PIF; PIF/ \{PM \Omega PT\}$$

Jurisprudencia analítica (JA):

La tradición jurídica analítica implica la tesis de las fuentes sociales, la de la identificación objetiva del derecho y la del divisionismo.

$$\{T1, T2, T3\} \in JA$$

De esto se sigue que la JA presupone PM y el PT es compatible con el PID, siendo contraria a PIF.

$$\{PM \vee PT\} \in JA; JA \Omega PID; JA/PIF$$

Tradición filosófica jurídica analítica (FJA):

La tradición jurídico-filosófica analítica implica la tesis de las fuentes sociales y del divisionismo, pudiendo o no aceptar la tesis de la identificación objetiva.

$$\{T1, T3\} \in FJA$$

De ello se sigue que la FJA presupone PM, es compatible con PT y PID, y contraria a PIF.

$$FJA \in PM; FJA \Omega (PT \Omega PID); FJA/PIF$$

§ 10. CONCLUSIONES

A lo largo de este trabajo se ha intentado abordar distintos aspectos de la filosofía analítica en el derecho y su relación con el positivismo jurídico. En este sentido, a manera de conclusión y apretada síntesis de lo aquí expuesto, podemos afirmar lo siguiente.

1) La tradición jurídica analítica (JA) es un movimiento jurídico originado en el ámbito anglosajón en la obra de JEREMY BENTHAM; recibió esa designación a través de la obra de JOHN AUSTIN, y se caracteriza por tener como objeto definido el derecho en un sentido positivo, una concepción fuertemente estatalista, y diferenciar el derecho que es del que debe ser.

2) La filosofía analítica del siglo xx (FA) es una corriente filosófica originada en las figuras de FREGE, RUSSELL, MOORE y WITTGENSTEIN, constituida como un movimiento por un conjunto de referencias e influencias cruzadas entre los distintos autores que conformaron un particular estilo o parecido de familia. Este movimiento se caracteriza por una predisposición antiidealista, un marcado rechazo a la especulación, una preferencia por la elaboración de metafísicas más bien austeras, una particular concepción de corte cientificista de la filosofía y una peculiar atención a los fenómenos lingüísticos.

3) Si bien no existe una metodología única dentro de la corriente filosófica analítica, esta se caracteriza en alguna medida por poner

énfasis en la idea de “análisis”; idea que tiene dos expresiones metodológicas características, el análisis conceptual y el análisis lógico, ambas influidas en la misma medida por el atomismo lógico propuesto por RUSSELL y el giro lingüístico generado a partir de la obra de WITTGENSTEIN.

4) La tradición jurídica analítica (JA), luego de la influencia filosófica del movimiento (FA), se constituyó a partir de la segunda mitad del siglo xx en una línea de pensamiento renovada y distinta (FJA), abandonando en sus presentaciones el fuerte imperativismo estatal, a la par que introdujo nuevos métodos de estudio aplicables al derecho, herramientas en buena medida contenidas en la filosofía lingüística y la lógica.

5) Las dos formas características de análisis propugnadas por la filosofía analítica (FA), *análisis conceptual y lógico*, se encuentran presentes en el movimiento filosófico-jurídico analítico (FJA), aunque muchas veces se presentan desarrolladas de manera simultánea, y ambas herramientas son de gran valor para la teoría general del derecho.

6) La corriente filosófico-jurídica analítica (FJA), si bien no tiene un método inequívoco, se caracteriza por distinguir entre el derecho que es y el que debe ser, diferenciar los distintos niveles de lenguaje y aproximación al fenómeno jurídico, y propugnar finalmente un discurso metalingüístico encargado de la descripción y comparación de los objetos y fines de derecho, comunes a todos los ordenamientos jurídicos.

7) Pese a existir una identificación entre el positivismo jurídico –en un sentido general– y la tradición jurídica analítica (JA), en cuanto aproximación jurídica de tipo imperativista, dicha identificación no es necesaria en relación con el movimiento filosófico jurídico analítico (FJA), que, si bien presupone el positivismo metodológico, no implica necesariamente el positivismo teórico, y es necesario además remarcar que ambas corrientes –en virtud del principio central del divisionismo– resultan contrarias a la idea de positivismo ideológico en un sentido fuerte.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCHOURRÓN, CARLOS E., “La metamorfosis de la analiticidad”, en ALCHOURRÓN, CARLOS E. - BULYGIN, EUGENIO, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- ALCHOURRÓN, CARLOS E. - BULYGIN, EUGENIO, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- *Sistemas normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1975; 2ª ed., 2017.

- ATIENZA, MANUEL, *Filosofía del derecho y transformación social*, Madrid, Trotta, 2017.
- ATRIA, FERNANDO, *La ironía del positivismo jurídico*, “Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho”, n° 27, 2004, p. 81 a 139.
- AUSTIN, JOHN, *El objeto de la jurisprudencia*, trad. J. R. DE PÁRAMO ARGÜELLES, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1981.
- AUSTIN, JOHN L., *Cómo hacer cosas con las palabras. Palabras y acciones*, trad. G. CARRÍO y E. RABOSI, Buenos Aires, Paidós, 1981.
- BEANEY, MICHAEL, “What is analytic philosophy?”, en BEANEY, MICHAEL (ed.), *The Oxford handbook of the history of analytic philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 2013.
- BEANEY, MICHAEL (ed.), *The Oxford handbook of the history of analytic philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 2013.
- BENTHAM, JEREMY, *Los principios de la moral y la legislación*, trad. M. COSTA, Buenos Aires, Claridad, 2008.
- BOBBIO, NORBERTO, *El positivismo jurídico*, trad. R. DE ASÍS y A. GREPPI, España, Debate S.A., 1993.
- *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, trad. E. DÍAZ y otros, Madrid, Trotta, 2015.
- BULYGIN, EUGENIO, “Sentencia judicial y creación del derecho”, en ALCHOURRÓN, CARLOS E. - BULYGIN, EUGENIO, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- *What can one expect from logic in the law? (Not everything, but more than something: A reply to Susan Haack)*, “Ratio Juris”, vol. 21, n° 1, 2008, p. 150 a 156.
- CARRÍO, GENARO R., *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1990.
- CHIASSONI, PIERLUIGI, *La tradición analítica en la filosofía del derecho. De Bentham a Kelsen*, trad. F. MORALES LUNA, Lima, Palestra, 2017.
- COLEMAN, JULES, “Incorporationism, conventionality, and the practical difference thesis”, en COLEMAN, JULES (ed.), *Hart’s postscript. Essays on the postscript to the concept of law*, New York, Oxford University Press, 2001.
- COLEMAN, JULES (ed.), *Hart’s postscript. Essays on the postscript to the Concept of law*, New York, Oxford University Press, 2001.
- COSSIO, CARLOS, *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1964.
- DE PÁRAMO ARGÜELLES, JUAN R., “Estudio preliminar: John Austin, un jurista desolado”, en AUSTIN, JOHN, *El objeto de la jurisprudencia*, trad. J. R. DE PÁRAMO ARGÜELLES, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- FASSÒ, GUIDO, *Historia de la filosofía del derecho*, trad. J. F. LORCA NAVARRETE, Madrid, Pirámide, 1996.
- FROST-ARNOLD, GREG, “The rise of ‘analytic philosophy’: when and how did people begin calling themselves ‘analytic philosophers?’”, en LAPOINTE, SANDRA - PINCOCK, CHRISTOPHER (eds.), *Innovations in the history of analytical philosophy*, London, Palgrave Macmillan, 2017.
- GARCÍA SUÁREZ, ALFONSO, *Nuevas aproximaciones a los modos de significar*, Madrid, Tecnos, 2019.

- GLOCK, HANS-JOHANN, *¿Qué es la filosofía analítica?*, trad. C. GARCÍA TREVILIANO, Madrid, Tecnos, 2012.
- GOLDSCHMIDT, WERNER, *Introducción filosófica al derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*, 6ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1987.
- HART, HERBERT L. A., *Analytical jurisprudence in mid-twentieth century: a reply to professor Bodenheimer*, “University of Pennsylvania Law Review”, vol. 105, n° 7, 1957, p. 953 a 975.
- *El nuevo desafío al positivismo jurídico*, trad. L. HIERRO, F. LAPORTA y J. R. PÁRAMO, “Sistema”, n° 36, 1980, p. 3 a 18.
- *Positivism and the separation of law and morals*, “Harvard Law Review”, vol. 71, n° 4, 1958, p. 593 a 629.
- *The concept of law*, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- HIERRO, LIBORIO L., *¿Por qué ser positivista?*, “Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho”, n° 25, 2002, p. 263 a 302.
- JIMÉNEZ CANO, ROBERTO M., *Una metateoría del positivismo jurídico*, Madrid, Marcial Pons, 2008.
- LAPOINTE, SANDRA - PINCOCK, CHRISTOPHER (eds.), *Innovations in the history of analytical philosophy*, London, Palgrave Macmillan, 2017.
- LOREDO ALIX, LUIS, *Muertes y resurrecciones del positivismo jurídico: una crisis de doscientos años de duración*, “Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho”, n° 40, 2017, p. 249 a 278.
- MACCORMICK, NEIL - WEINBERGER, OTA, *An institutional theory of law. New approaches to legal positivism*, Dordrecht, D. Reidel, 1986.
- MARANHAO, JULIANO, *Positivismo jurídico lógico-incluyente*, trad. L. CRIADO SÁNCHEZ, Madrid, Marcial Pons, 2017.
- MARMOR, ANDREI, *Philosophy of law*, Princeton, Princeton University Press, 2015.
- MOORE, GEORGE E., *Philosophical papers*, London, Allen & Unwin, 1959.
- MORESO, JOSÉ J., *Positivismo jurídico y filosofía analítica*, “Teoría & Derecho”, n° 22, 2017, p. 118 a 136.
- NARVÁEZ MORA, MARIBEL, *Wittgenstein y la teoría del derecho. Una senda para el convencionalismo jurídico*, Madrid, Marcial Pons, 2004.
- PANNAM, CLIFFORD L., *El profesor Hart y la filosofía analítica del derecho*, trad. D. M. PAPAYANNIS, “Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho”, año 6, n° 12, 2008, p. 67 a 98.
- RAZ, JOSEPH, *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, trad. R. TAMAYO Y SALMORÁN, México, Unam, 1985.
- RODILLA, MIGUEL Á., *Sobre positivismo jurídico, una vez más*, “Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho”, edición especial, 2017, p. 217 a 222.
- ROSS, ALF, *El concepto de validez y otros ensayos*, trad. G. R. CARRÍO y otros, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1969; México, Fontamara, 1991.
- *Validity and the conflict between legal positivism and natural law*, “Revista Jurídica de Buenos Aires”, 1961-IV.
- RUIZ MANERO, JUAN, *Bobbio y el positivismo jurídico. La triple distinción y el propio Bobbio*, “Revus”, n° 26, 2015, p. 13 a 26.
- RUSSELL, BERTRAND, *Lógica y conocimiento*, trad. J. MUGUERZA, Barcelona, RBA, 2013.
- SCARPELLI, UBERTO, *Cos'è il positivismo giuridico*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1997.
- *¿Qué es el positivismo jurídico?*, trad. J. HENNEQUIN, Puebla, Cajica, 2001.

- SCHAUER, FREDERICK, *The force of law*, Cambridge - London, Harvard University Press, 2015.
- STRAWSON, PETER F., *Análisis y metafísica*, trad. N. GUASCH GUASCH, Barcelona, Paidós, 1997.
- SOAMES, SCOTT, *Philosophical analysis in the twentieth century*, Princeton, Princeton University Press, 2003.
- VILAJOSANA, JOSEP M., *Identificación y justificación del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2007.
- WITTGENSTEIN, LUDWIG, *Investigaciones filosóficas*, trad. J. PADILLA GÁLVEZ, Madrid, Trotta, 2017.
- ZAGREBELSKY, GUSTAVO, *La ley y su justicia. Tres capítulos de justicia constitucional*, trad. A. MORA CAÑADA y M. MARTÍNEZ NEIRA, Madrid, Trotta, 2014.
- ZULETA PUCEIRO, ENRIQUE, *Elementos de teoría del derecho. Materiales para su estudio*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2016.