



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FAULTAD DE DERECHO

LA FILOSOFÍA ANALÍTICA DEL DERECHO: ORÍGENES Y TESIS PRINCIPALES

TESIS

QUE PARA OBTENER EL GRADO DE LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:

ISMAEL MARTÍNEZ TORRES

DIRECTOR DE TESIS: DR. JUAN ANTONIO CRUZ PARCERO

MÉXICO, D.F., CIUDAD UNIVERSITARIA, JUNIO DE 2012





Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

A MI PADRE, A MI MADRE Y A MI HERMANA

AGRADECIMIENTOS

Que paradójico me resulta al concluir este trabajo, pensar en retrospectiva en todas las personas que de una u otra forma contribuyeron a la realización del proyecto. A lo largo de la investigación, uno se hace con la impresión de que, salvo por su tutor, escribir una tesis es, desde la elección de un tema, una tarea más bien solitaria. Sin embargo, no podría evitar expresar mi más profundo agradecimiento a todos esos maestros, amigos, compañeros, que durante la realización de este trabajo, y en general, desde mi aceptación a la licenciatura, aportaron algo, en mayor o menor medida, a la determinación final que hoy se materializa. Aunque con seguridad olvidaré mencionar aquí a gran parte de ellos, deseo reiterarles mi más sincero agradecimiento.

Quiero agradecer en primer lugar a mi familia. A mi padre Ismael Martínez Rivera, a mi madre Carolina Torres Vega y a mi hermana Haydee Martínez Torres. Sabedores todos ellos de que sin su apoyo, manifestado de mil maneras, y sin su motivación, no sólo este proyecto, sino la realización de todos mis intereses intelectuales y académicos, simplemente hace tiempo que se habría visto frustrada.

Al Dr. Juan Antonio Cruz Parceró, quien no sólo es responsable de la dirección de este trabajo, sino en gran medida de mi formación académica completa. Deseo agradecer su orientación más allá de la elaboración de esta tesis. La oportunidad que me ha dado de involucrarme con la investigación jurídico-filosófica de alto nivel; y, en general, la oportunidad de compartir discusiones, conferencias, cátedras, etc., sin las cuales, seguramente la presentación de este trabajo no tendría el éxito que espero alcance.

Agradezco a la Universidad Nacional Autónoma de México, que desde tiempos que no puedo recordar, ha sido mi casa en el sentido no sólo académico, sino literal del término. Particularmente deseo agradecer al Instituto de Investigaciones Filosóficas, que a través de su programa de estudiantes asociados, puso a mi disposición los medios idóneos para la consecución de los fines que esta investigación pretendía. Agradezco también el apoyo económico que de febrero a diciembre de 2011, recibí gracias al proyecto DGAPA PAPITT IN405309 sobre Argumentación Jurídica.

Por último, de manera breve, aunque no por eso menos afectiva, quiero agradecer a la facultad de Derecho y especialmente a la Dra. Socorro Apreza directora del Seminario de Filosofía del Derecho de quien siempre recibí un trato entrañable.

LA FILOSOFÍA ANALÍTICA DEL DERECHO: ORÍGENES Y TESIS PRINCIPALES

ÍNDICE

	Página
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I	
ANTECEDENTES DE LA <i>ANALITICAL JURISPRUDENCE</i>	6
1.1. Bentham y las entidades ficticias	6
1.2. La filosofía del lenguaje en el periodo de la posguerra	9
1.2.1. Ludwig Wittgenstein	10
1.2.2. John L. Austin	12
1.3. Una nueva forma de hacer filosofía en el Derecho	14
1.3.1. H.L.A. Hart: un modo distinto de entender la filosofía jurídica	15
1.3.2. El lenguaje jurídico, un lenguaje distinto	16
1.3.3. El método de elucidación de conceptos de Hart	20
1.4. La teoría de las reglas de H.L.A. Hart	23
1.4.1. El derecho como fenómeno exclusivamente social	23
1.4.2. Reglas primarias	25
1.4.3. Reglas secundarias	27
1.5. La caracterización hartiana de regla	29
1.5.1. El aspecto externo e interno	29
1.5.2. El punto de vista interno y el punto de vista externo	31
CAPÍTULO II	
LAS TESIS SEMÁNTICAS DE LA TEORÍA JURÍDICA DE H.L.A. HART	37
2.1. La regla de reconocimiento hartiana	37
2.2. Fundamentos de un sistema legal	39
2.2.1. Declaraciones internas y externas	41
2.3. La validez en el Derecho según Hart	42

2.3.1. La validez de la regla de reconocimiento	45
2.4. Condiciones necesarias y suficientes de un sistema jurídico	47
2.5. Las tesis semánticas de la teoría de Hart	51
2.5.1. La textura abierta en el derecho	51
2.6. El escepticismo de reglas	61
2.7. Incertidumbre en la regla de reconocimiento	66
CAPÍTULO III	
LAS CRÍTICAS A LA TEORÍA HARTIANA: LOS PRINCIPIOS Y LOS	
DESACUERDOS EN DERECHO	69
3.1. El derecho como un sistema de reglas	69
3.2. Reglas y principios	71
3.2.1. La crítica de Neil MacCormick	73
3.2.2. La crítica de Ronald Dworkin	75
3.3. Qué son los principios	81
3.4. Una respuesta posible	85
3.5. El desacuerdo en Derecho	87
3.5.1. La forma de las teorías semánticas de explicar el desacuerdo	92
3.5.2. El agujón semántico	96
3.5.3. La respuesta de Hart a la crítica del agujón semántico	99
3.5.4. Una respuesta posible a la crítica desde una óptica analítica	102
CONCLUSIONES	106
BIBLIOGRAFÍA CITADA	113

INTRODUCCIÓN

Este trabajo tiene el propósito de dar cuenta de las principales tesis que conformaron lo que actualmente se conoce como filosofía analítica del derecho. En particular, es un intento por exponer las ideas que influyeron en el trabajo de H.L.A. Hart y las tesis que él mismo heredó a la discusión en teoría jurídica. Nuestra finalidad se verá satisfecha si al final de la exposición, el lector logra un panorama completo de la teoría hartiana en su dimensión lingüística; de sus orígenes, de las consecuencias del conjunto de ideas que este pensador aportó y de los debates que generaron dentro de la filosofía del derecho. No es la intención de este trabajo presentar exhaustivamente la teoría jurídica de Hart, ni de ningún otro pensador. Por ello, hemos decidido no abordar las tesis positivistas como la de la separación entre derecho y moral, por ejemplo.

Después de la edad media, una sola perspectiva dominaba el pensamiento jurídico-político. Fundadas principalmente en el trabajo de Tomás de Aquino, durante los siglos XVII y XVIII se desarrollaron teorías del iusnaturalismo que, aunque más sofisticadas, enarbolaban la idea de que los derechos, la obligación, y en general todos los elementos del discurso legal, gozaban de una existencia dependiente en una realidad ciertamente metafísica. Nuestras prácticas jurídicas hallaban justificación en el carácter, ya sea divino o racionalista, de la elucidación que los jueces podían hacer respecto de la aplicación de las leyes.

Fue gracias al surgimiento del empirismo inglés, que los juristas concibieron la importancia de cuestionarse por la realidad de las cosas a las que los términos del discurso legal hacían referencia. A partir de una distinción entre tipos diversos de entidades, Jeremy Bentham aseguraba que aquellas a las que referían palabras como “derecho” o “deber” no podían ser de otra naturaleza más que exclusivamente lingüística. La arquetipización era el procedimiento mediante el cual, a través de la asignación de imágenes a ciertos enunciados que atribuían propiedades a referentes ficticios, las personas eran capaces de discernir los objetos a los que esta clase de términos hacía referencia “como si fueran reales”. Atento a esta característica del lenguaje y su papel en el discurso jurídico, Bentham proclamó que la única manera de formar oraciones claras se conseguía a través de enunciados simples. Éstos eran

aquellos que se integraban exclusivamente por términos simples, mismos que referían únicamente a entidades reales. En consecuencia, las personas estaban obligadas a, de no ser el caso, “transcribir” sus oraciones en unas que utilizaran sólo términos que podían hacer referencia a sustancias percibidas o sensaciones. En el caso del derecho, el dolor y el placer, fueron los objetos predilectos por Bentham para traducir nuestros enunciados con el fin de presentarlos de forma clara e inteligible. Con estas ideas, se sentarían las bases que más de un siglo después, y bajo la influencia de otras corrientes filosóficas, dieran paso a la doctrina conocida como jurisprudencia analítica.

Al no ser más las leyes mandatos que debían rastrearse por vía de la razón en la voluntad de dios o en el orden natural del mundo, los filósofos del derecho se vieron en la necesidad de encontrar nuevas justificaciones a la forma en la que se perfeccionaban los procesos judiciales. Las explicaciones positivistas ganaron popularidad, y el rechazo efusivo a explicaciones metafísicas se convirtió en el paradigma dominante durante el siglo XIX.

Teorías como las de John Austin¹, se constituían ahora a partir de la idea de que las leyes eran en realidad órdenes emitidas por un soberano, que podían rastrearse de manera empirista, y que podían distinguirse claramente de las leyes de la moral.

Hacia la mitad del siglo XX, después de la segunda guerra mundial, H.L.A. Hart innovó el campo de la teoría jurídica a través de una concepción analítica del derecho. Mediante el rechazo a la forma clásica de definición, que junto a otros problemas había provocado elaboraciones demasiado complicadas e implausibles de los trabajos que llevaban a cabo tanto jueces, como abogados y académicos, proponía un método que permitía la elucidación de los conceptos jurídicos recuperando la tesis benthamiana de su origen lingüístico. A partir de la ubicación de una palabra dentro de una oración en la que ésta jugara su rol característico, dicho método se componía de dos pasos; a saber, el establecimiento de las condiciones que le hacen verdadera, y la exposición de la forma en la que dicha oración servía para trazar una decisión de ley a partir de ciertas reglas hacia un caso particular.

Bajo la influencia de las teorías en filosofía del lenguaje de Ludwig Wittgenstein y J.L. Austin, Hart publicó en 1961 *The Concept of Law*, trabajo que desde el título, anuncia su intención de construir una teoría a partir del esclarecimiento del significado

¹ Austin, John, *The Province of Jurisprudence Determined*, B. Franklin, New York, 1970.

de las palabras jurídicas, de acuerdo con la manera en la que los hablantes hacen uso de ellas.

Wittgenstein había rechazado en su libro *Investigaciones Filosóficas*, ideas que él mismo había presentado en un trabajo anterior con el título de *Tractatus Filosoficus*. El primer Wittgenstein, aquél del tractatus, defendía la tesis de que el mundo estaba compuesto de un conglomerado de hechos atómicos de los cuales las personas, a través de fórmulas del lenguaje, podían dar cuenta. Estas fórmulas lingüísticas compartían la misma estructura de los hechos que representaban. Al mismo tiempo, existía un aspecto metafísico que comprendía todo aquello que no se podía expresar; aquello en el mundo sobre lo que no existían hechos atómicos, y acerca de lo que, en consecuencia, era mejor no pensar. El Wittgenstein de las investigaciones en cambio, se pronunciaba a favor de una concepción pragmatista del lenguaje. El significado de nuestros términos estaba indisolublemente ligado a un conjunto de juegos en los que los hablantes daban las reglas para su uso. Dichas reglas se encontraban profundamente vinculadas a ciertos aspectos relevantes de la vida de los hablantes.

Por su parte J.L. Austin publicó *How to Make Things with Words?* libro en el que, entre otras cosas, llamaba la atención acerca de las diversas funciones que el lenguaje lograba desempeñar en distintos ámbitos de la vida de las personas. Los hablantes utilizábamos el lenguaje para más cosas que sólo para proferir enunciados descriptivos. En otras palabras, distintos actos de habla, daban lugar a distintas consecuencias y eran más de uno los usos que los individuos hacían del lenguaje.

Así, surgieron en el escenario de la filosofía del derecho varias tesis como la de la famosa regla de reconocimiento, la de concebir al sistema jurídico como un sistema de reglas primarias y secundarias, la de la indeterminación judicial, la de la discrecionalidad de los jueces, etc., que abrieron el paso a la mayoría de las cuestiones que se discuten hoy día entre los teóricos del derecho.

La regla de reconocimiento, pugnaba por localizar en un nuevo escenario los fundamentos de todo orden jurídico contemporáneo occidental. En contra de la idea de John Austin, de ubicar tales fundamentos en una situación en la que un soberano emite órdenes, Hart sostenía que existía una especie de regla que proveía tanto a funcionarios públicos como a individuos ordinarios, de criterios a partir de los cuales podían juzgar la validez o invalidez de una regla particular.

Por su parte, la idea de sistematicidad de un orden legal está dada en Hart por la interrelación entre dos tipos distintos de reglas. Una vez más criticando a J. Austin, Hart

defiende que además de reglas de obligación, que aunque parecidas son distintas a las órdenes respaldadas por amenazas de un soberano, existen reglas secundarias que dotan de poderes a los miembros de la comunidad para llevar a cabo las voluntades que expresan sus intereses. Hart caracteriza las reglas estableciendo al aspecto interno y al aspecto externo como las condiciones necesarias de su existencia. Frente a las reglas, las personas pueden posicionarse desde distintas perspectivas. El punto de vista interno y el punto de vista externo, constituyen también una parte importante de la explicación hartiana de las reglas.

Una de las tesis de Hart que con mayor claridad se presenta como aquello que hemos llamado una tesis lingüística es esa sobre la indeterminación. La idea es que las reglas que componen todo ordenamiento son expresadas mediante fórmulas lingüísticas. Fórmulas que se valen del uso de términos generales y que por ello ineludiblemente dan paso a casos de incertidumbre. Es decir, casos en los que la imposibilidad de prever con anticipación su subsunción a una regla, se hace manifiesta.

Estos casos de indeterminación jurídica tuvieron como consecuencia en la explicación hartiana del derecho la idea de que los jueces, en ocasiones, actúan de manera discrecional. Lo anterior significa que ante un caso en el que la aplicación de una regla no es para nada clara, los jueces deciden creativa y discrecionalmente su rumbo. Estableciendo con su decisión una nueva regla que permitirá en el futuro dar un trato jurídico a escenarios iguales.

Ronald Dworkin, quizás el principal crítico de Hart, expuso en una serie de textos, las deficiencias que la teoría hartiana tenía al momento de dar cuenta de la naturaleza interpretativa de nuestras prácticas jurídicas. En contra de la tesis de la indeterminación, la teoría de Dworkin postulaba la inclusión de principios como estándares del razonamiento judicial, cosa que permitía la justificación de decisiones aún en contextos de indeterminación de reglas. En contra del corte semántico de la explicación de Hart, Dworkin, formuló dos argumentos, el del desacuerdo teórico y el del aguijón semántico. En este trabajo se abordara la cuestión intentado aportar una solución posible, desde una visión analítica.

Los principios, nos dice Dworkin, funcionan como pautas que permiten a los jueces justificar sus decisiones en los casos difíciles, es decir, en esos en los que la aplicación de una regla fracasa para solucionarles debido a, ya sea la inexistencia de dicha regla, o a que su aplicación resulta contradictoria con los principios mismos que justifican su aplicación.

Por otro lado, Dworkin llamó la atención acerca de los tipos de desacuerdo de los que jueces, abogados, y en general, cualquier miembro de una comunidad, podrían ser objeto al formular declaraciones jurídicas. El desacuerdo empírico, se traza sobre los hechos a los que creemos hacer referencia con nuestras expresiones, mientras que el teórico va mas allá, cuestionándose por las bases mismas del concepto sobre el que creemos estar en desacuerdo.

En contra de las teorías que postulan la utilización de criterios para fijar el uso correcto de nuestros términos, Dworkin formuló la crítica del aguijón semántico. En pocas palabras, esta tesis postula que, si es cierto que para utilizar cualquier palabra, las personas siguen una serie de criterios, entonces para esta teoría el desacuerdo teórico no existe. No podríamos estar en desacuerdo sobre el significado mismo de una palabra si en realidad todos compartimos un conjunto de criterios a partir del cual discriminamos nuestro uso correcto de los términos. El problema radica en que, de hecho, parece que bastante a menudo, las personas discuten sobre sus propios conceptos.

En el primer capítulo se hace un recorrido por el cambio paradigmático que supuso la teoría de las ficciones de Jeremy Bentham. La influencia que la filosofía del lenguaje de la posguerra tuvo sobre el trabajo posterior de Hart, y una exposición de su método de elucidación de conceptos y de su teoría de las reglas.

En el segundo capítulo se intenta dar una descripción detallada de las tesis que marcan lo que hemos llamado la dimensión lingüística de su teoría jurídica. A saber, la tesis de la regla de reconocimiento, y la tesis de la indeterminación en el derecho.

En el tercero y último capítulo se exponen un par de críticas que, de manera particular a partir de Ronald Dworkin, se expusieron a estas tesis lingüísticas o analíticas de la obra de Hart. Además se exploran un par de soluciones posibles a dichas críticas en favor de una concepción analítica-hartiana del derecho.

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES DE LA ANALITICAL JURISPRUDENCE

1.1. BENTHAM Y LAS ENTIDADES FICTICIAS

Durante los siglos XVII y XVIII la teoría jurídica estuvo dominada por las explicaciones iusnaturalistas. Trabajos como los de Hugo Grocio y Samuel Pufendorf daban cuenta del que habría de ser el paradigma dominante hasta el nacimiento del empirismo inglés, mismo que, si bien es cierto surgió a finales del XVII², no impactó en el quehacer de los filósofos del derecho sino hasta casi un siglo después con trabajos como los de Jeremy Bentham.

Basado en una distinción lingüístico-ontológica, Bentham rechazó la idea de que términos como “derecho” o “deber” refirieran a entidades existentes en el mismo sentido que palabras como “perro” o “gato”, idea que se encontraba en el centro de las explicaciones iusnaturalistas. Para el filósofo inglés existe una clasificación de las entidades de acuerdo a su estatus ontológico. Así, les distingue entre perceptibles e inferenciales y a éstas últimas en reales o ficticias³.

Mas antes de dar paso a la clasificación de entidades propuesta por Jeremy Bentham es importante revisar el concepto de entidad que propone. Para Bentham una entidad es “una denominación en el significado de cada aspecto (*subject matter*) del discurso, la cual puede estar comprendida por la designación para la que la parte gramatical del discurso llamada un nombre-sustantivo (*noun-substantive*) es empleada”.⁴ Es decir, una entidad es todo aquello que puede ser “nombrado” (objeto de un sustantivo).

Como hemos dicho antes, la primer clasificación que ofrece el filósofo inglés sobre las entidades distingue entre perceptibles e inferenciales. Sobre las primeras

² Tradicionalmente se ha aceptado como trabajo fundador de esta corriente el *Ensayo sobre el entendimiento humano* de John Locke (1689).

³ Para ver la clasificación completa sobre entidades ficticias que ofrece Bentham ver: Ogden, C.K., *Bentham's Theory of Fictions*, Routledge, Inglaterra, 2000.

⁴ “An entity is a denomination in the import of which every subject matter of discourse, for the designation of which the grammatical part of speech called a noun-substantive is employed may be comprised.” (La traducción es nuestra) *Ibidem*, p. 7.

señala que son aquellas que nos son conocidas por vía de los sentidos, de manera directa y sin necesidad de tipo alguno de razonamiento. Sobre las entidades inferenciales dice que son aquellas que no nos son dadas a través de los sentidos, sino que somos persuadidos de su existencia por vía de la reflexión. Esto significa que dicha existencia es inferida a partir de una cadena de razonamiento, pero siempre en ausencia de un impulso sensible, es decir, de algún dato sensorial⁵.

Sobre las entidades reales, nos dice que son esas a las cuales, sobre la ocasión y para el propósito del discurso, podemos adscribir realmente existencia. En oposición, las entidades ficticias son aquellas a las cuales, pese a que el lenguaje les trate como tal, no podemos adscribir existencia realmente.

Hasta aquí parecería que la diferencia entre entidades reales y ficticias no dice mucho más que la obviedad de que las primeras existen y las segundas no. Sin embargo, un análisis cómo éste sería prematuro y hasta ingenuo, ya que como muestra Bentham, el problema está en que en el lenguaje nos referimos a ambos tipos sin distinción. Es decir, parece que hablamos de la misma clase de entidad (existente) cuando nos referimos a un “árbol” que cuando invocamos un “derecho”.

Para Bentham, las entidades ficticias deben su “existencia” por completo al lenguaje, al mismo tiempo que los hablantes estamos constreñidos a hablar de ellas en términos que la presuponen. Lo cual quiere decir que la única manera que tenemos de hablar de las ficciones es “como si fueran reales”. Así pues, es una tesis importante en la explicación, la naturaleza verbal del tipo de “existencia” adscrita a las entidades ficticias, y no resulta trivial la marcada diferencia entre la “verdadera” existencia de las entidades reales y la “supuesta” de las no reales.

La manera en que, de acuerdo con Bentham, nos volvemos capaces de concebir la “existencia” de objetos cuya “realidad” se debe a la naturaleza de nuestro lenguaje se da a través de la arquetipización (*archetypation*). Según él, cada vez que en el lenguaje nos encontramos frente a proposiciones que atribuyen propiedades a sujetos cuyo referente es una entidad ficticia, solemos asociar a ellas ciertas imágenes. Imágenes de eventos o estados de cosas a las que llama “arquetipos”. La arquetipización es entonces, el procedimiento mediante el cual asociamos a ciertas oraciones que en sí no refieren a

⁵ Entre las entidades perceptibles Bentham distingue entidades *dotadas de vida* y *no dotadas de vida*, y entre las primeras aquellas *dotadas de vida sensible* (animales) y aquellas dotadas con vida no sensible (plantas). Entre las entidades inferenciales distingue las *humanas* y *suprahumanas* siendo ejemplo de la primera el alma. Una entidad suprahumana puede ser suprema o subordinada, la suprema es dios y la subordinada puede ser buena o mala: ángeles o demonios, respectivamente.

entidad existente alguna, una imagen arquetípica en la que dicha entidad “existente” objeto del término⁶ y sujeto de la oración, está contenida.

Sin embargo, esto no significa que un término al cual asociamos una imagen arquetípica, haga referencia por esto a una entidad real. Quiero decir, el hecho de que la arquetipización nos permita hablar de las entidades ficticias en términos que presuponen su existencia, no significa que de hecho dichas entidades gocen de realidad.

Bentham sostiene que nada que pueda decirse claramente y significativamente puede expresarse, sino a través de “términos simples” (*simple terms*), esto es, “términos calculados para proyectar imágenes o bien de sustancias percibidas, o de emociones; fuentes, una y otra a partir de las cuales cada idea debe ser obtenida, para ser una idea clara”⁷. Es decir, los términos expresados cada vez que proferimos cualquier enunciado, si deseamos que dichos enunciados sean significativos y claros, deben ser del tipo de términos que se originan o bien en la percepción, o bien en la sensibilidad (en las sensaciones)⁸.

Dado lo anterior, Bentham plantea un método cuyo objetivo es “transcribir” una oración en la cual aparecen términos que no refieren a entidades reales, en una formada exclusivamente por términos simples. Así discursos como el jurídico, cuyos enunciados regularmente se forman por palabras como “deber”, “obligación”, “propiedad” etc., que obviamente no refieren a entidad real alguna⁹ (contrario a lo que pensaba el iusnaturalismo), nos imponen la obligación de “traducir” sus oraciones, si es que queremos entenderlas.

⁶ Cfr., “A proposition which has for its subject some fictitious entity, and for its predicate the name of an attribute attributed to that fictitious entity, some sort of image—the image of some real action or state of things—in every instance is presented to the mind. This image may be termed the archetype, (the emblem) or archetypal (or emblematic) image appertaining to the fictitious proposition, of which the name of the fictitious entity constitutes a part.

In so far as this emblematic image indication is given, the act or operation by which such indication is given may be termed archetypation.” Bentham, J., *Bentham’s Political Thought*, (ed.) Bhikhu Parekh, Ebenezer Baylis & son LTD, Inglaterra, 1973, p. 53.

⁷ “Terms calculated to raise images either of substances perceived, or of emotions; sources, one or other of which every idea must be drawn from, to be a clear one” Bentham, J., *Of Laws in General*, The Athlone Press, University of London, Inglaterra, 1970, p.164.

⁸ Esta distinción en Bentham es muy sutil. Si bien alguien podría sostener que aún en el caso de las emociones como el dolor, nos encontramos ante un tipo de percepción, Bentham está interesado en aclarar que existe una diferencia entre aquellos términos que utilizamos y que se corresponden con alguna sustancia que hemos percibido y aquellos que se corresponden con una “emoción” como el dolor, los cuales difícilmente pueden ser asociados a alguna “sustancia” percibida.

⁹ Cfr. Bentham, J., *Of Laws in General*, op., cit., p. 251

El método de la paráfrasis¹⁰, como lo llama Bentham, nos permite entonces, dotar de significado a oraciones que antes de ser sometidas a él refieren a entidades irreales y que por tanto resultan ininteligibles. En el caso particular del discurso jurídico los términos referentes a entidades reales predilectos por Bentham para hacer a una oración significativa son dolor y placer.

Hasta ahora, nos hemos concentrado en la teoría de las ficciones de Jeremy Bentham más que en su teoría jurídica dado que parece que son estas ideas las que dieron pie a la escuela conocida como jurisprudencia analítica (*analytical jurisprudence*)¹¹. Cómo explica Timothy Endicott, la idea de una cierta “naturaleza lingüística” de conceptos como “derecho”, “obligación” etc., se mantuvo en trabajos como los de Austin y los de H.L.A. Hart, mientras que ideas como la caracterización benthamiana de las normas, en la que la voluntad del soberano es un concepto fundamental de la explicación, se hicieron objeto de crítica¹².

Esta concepción “antinaturalista” de los términos habitualmente empleados en el discurso jurídico, trazó un cambio de paradigma que permitió pasar de las tesis iusnaturalistas a la escuela conocida como jurisprudencia analítica (*analytical jurisprudence*), centrada, como dicha denominación parece sugerir, en el análisis conceptual de los términos a partir de los cuales se construye el discurso relativo a las leyes.

1.2. LA FILOSOFÍA DEL LENGUAJE EN EL PERIODO DE LA POSGUERRA

A mediados del siglo XX, después de la segunda guerra mundial, comenzó en Inglaterra, principalmente en las universidades de Oxford y Cambridge, un movimiento intelectual en el área de la filosofía, en particular en filosofía del lenguaje, que pretendía

¹⁰ Sobre el método de la paráfrasis ver Moreso Mateos, José Juan, “Las ficciones en Jeremy Bentham. El método de la paráfrasis”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 3, España, 1986, pp. 129-139. Un buen ejemplo de cómo “transcribir” una oración no significativa en una oración dotada de significado, puede encontrarse en Hernández Marín, Rafael. “Ficciones Jurídicas”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 3, España, 1986, pp. 141-147.

¹¹ Cabe aclarar que, si bien es cierto que el término *jurisprudence* se traduce del inglés como jurisprudencia, no hace referencia al mismo concepto que de manera inmediata entenderíamos en nuestro contexto mexicano. En este entendido, *jurisprudence* refiere al estudio de lo legal o lo jurídico y no a una forma de decisión judicial. Probablemente un acercamiento en español a la idea a la que el término hace referencia sea “teoría del derecho”.

¹² Endicott, Timothy, “Law and Language”, en *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, (ed.) Jules Coleman and Scott Shapiro, Oxford University Press, Inglaterra, 2002, pp. 935-968.

revolucionar la manera en que hasta entonces se habían planteado los problemas filosóficos¹³.

Esta corriente diagnosticaba que en el origen de todos los malentendidos lingüístico-filosóficos, se encontraba una mala comprensión del lenguaje empleado entre los filósofos, alejado cada vez más del uso común de los términos. La idea era que para clarificar ideas era necesario aclarar lo que se decía, en lugar de plantear la discusión en términos metafísicos. Es decir, era necesario preguntarse por la manera en la que las palabras eran usadas para hacer sentido entre aquellos que las usaban, y no, como hasta entonces se había hecho, elaborar construcciones complejas de sistemas filosóficos. Los problemas en realidad eran problemas lingüísticos, basados en la mala comprensión del significado de los términos, dado éste como hemos dicho, por las formas en que eran usados, y no por alguna especie de semántica “natural” (es decir, por los hechos o fenómenos que se suponía debían establecer) y por la manera a priori y transparente de entender la relación entre dichos términos y tal significado.

1.2.1. LUDWIG WITTGENSTEIN

En 1953, de manera póstuma, se publicó *investigaciones filosóficas* de Ludwig Wittgenstein, obra en la cual, él mismo rebatía sus anteriores planteamientos. La obra del “primer Wittgenstein”, como se ha llamado a las ideas que planteara en el *Tractatus filosoficus* (1923), podrían resumirse, según Ramón Xirau, en las siguientes palabras del prólogo: “Lo que puede decirse puede decirse claramente; donde no se puede hablar hay que callarse”.¹⁴ Al lado de Bertrand Russell, Wittgenstein había trabajado una teoría del lenguaje que visualizaba al mundo como un conglomerado de “hechos atómicos” de los cuales, sólo se podía dar cuenta a través de la construcción de un lenguaje lógicamente perfecto.

¹³ Wittgenstein por ejemplo, pensaba que los filósofos se habían enfrascado en discusiones metafísicas, intentando argüir respuestas cada vez más complicadas, mismas que lejos de aclarar los problemas los volvían más oscuros, todo por no plantearse de inicio el porqué dichos problemas resultaban controversiales. Es decir, la cuestión no era encontrar una mejor respuesta a los problemas que nos conducían a una especulación metafísica, sino preguntarnos porqué de inicio nos parecía que ahí había un problema. Comprendiendo esto podíamos evitarnos el arduo trabajo de involucrarnos en una discusión aparentemente estéril. Y tomando consciencia de nuestra posición, podíamos encontrar explicaciones más generales, que lograran dar cuenta de la situación con mayor claridad.

¹⁴ Citado en Xirau, Ramón, *Introducción a la historia de la filosofía*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000, p. 485.

La idea era buscar elementos simples. Estos elementos simples, de los cuales están formadas las proposiciones complejas que utilizamos en el lenguaje, se refieren a hechos del mundo, a los llamados hechos atómicos. Wittgenstein pensaba que el significado de una proposición era la situación que describía. Las proposiciones funcionaban como “figuras” de dichos hechos. El uso de una proposición era la forma en la que el lenguaje lograba su función de afirmar que algo es el caso. Decir que una proposición es una figura del hecho “figurado” significa que tiene la misma “estructura”. Así, por ejemplo, la partitura de una sinfonía es una “figura” de la sinfonía particular que figura, pues tienen la misma estructura. La estructura de una proposición está dada por el tipo de nombres que usamos y la forma en la que usamos dichos nombres. Los nombres por sí mismos no tienen un significado, es el lugar que ocupan en una proposición y la forma en la que reglas de sintaxis operan sobre ellos, que las proposiciones pueden ser “pinturas de hechos”.¹⁵

Al final del *Tractatus*, Wittgenstein expone su idea acerca de que las cosas que no se pueden decir, no se pueden pensar, ya que el lenguaje es el límite que nos ha sido impuesto. La idea es que aquello de lo que no se puede hablar, estos hechos inexpresables no necesariamente inexistentes, constituyen lo mítico. Todas las proposiciones trascendentales son de este tipo, ningún hecho atómico del mundo se vincula a ellas.

La mayor parte de la obra de Wittgenstein fue póstuma, junto a las investigaciones filosóficas, se publicaron diversos trabajos que defendían una visión “pragmatista” del lenguaje y la filosofía. A partir de la idea de regla, Wittgenstein planteaba ahora un modelo teórico, en el que el lenguaje no era más una cuestión de establecimiento de “pinturas verbales” de hechos¹⁶, sino más bien una especie de juego

¹⁵ Cfr., *ibidem*, pp. 486, 487. También Hartnack, Justus, *Breve historia de la filosofía*, Cátedra, Madrid, 1985, pp. 267-276.

¹⁶ El argumento de Wittgenstein es el siguiente: para poder decir que un cierto acto sigue una regla, es decir, que es un acto regulado, es necesario, por lo menos, que dicha regla cumpla con ser repetida (institucional) y colectiva (no privada). Esto es, aquellos actos supuestamente “reglamentados” que sólo tienen lugar una vez, en realidad están haciendo un mal uso del término “regla”. Por ejemplo, si solamente una vez se hubiera jugado al ajedrez, esto no sería suficiente para hacer de los movimientos propios del juego una conducta reglamentada. Por otro lado, si fuese un sólo individuo aquél que “aceptara” como regulada la realización de cierta conducta sin que dicha “regla” funcione como tal también para el resto de los individuos que forman la colectividad, se estaría haciendo también un uso incorrecto del término, esto porque dicha regla carece de autoridad alguna que sea capaz de detectar y corregir el error de su aplicación en caso de haberlo. Llevado al campo del lenguaje, puesto que es el lenguaje necesariamente una actividad regulada, lo que tenemos es que no puede haber lenguajes privados. Que nuestro uso de los términos para estar regulado (como el lenguaje lo requiere) debe ser repetitivo y colectivo.

(mejor dicho de conjuntos de juegos) sometido a reglas dadas por los jugadores. Esta concepción del lenguaje como juego implica el entendimiento de éste como un conjunto de términos (signos, palabras, etc.) determinados por las acciones de las personas que los usan¹⁷. La importancia de este cambio en la forma de entender al (a los) lenguaje(es) estriba en el énfasis que se coloca sobre la indisoluble conexión entre las prácticas de los hablantes y el significado de los términos que emplean. La idea es que, contrario a lo que se planteaban aquellas teorías que daban cuenta del significado de los signos en términos de objetos (físicos o mentales), teorías como la de Wittgenstein ponían la lupa en el uso que de las palabras hacían los hablantes dentro de distintos juegos del lenguaje, íntimamente relacionados con sus formas de vida. El significado de los términos está dado entonces por la(s) forma(s) en la que los hablantes hacen uso de ellos, y no por los objetos que denotan. Así el lenguaje se concebía como algo dinámico, vivo, en constante transformación, derivado ineludiblemente de la praxis humana, y no como algo cuya forma está ya determinada.

1.2.2. JOHN L. AUSTIN

Por su parte John Austin había llamado la atención en Oxford con una serie de trabajos que culminaron con la publicación de su conocido libro *How to Make Things with Words?* libro en el cual, hacía énfasis sobre las implicaciones lingüísticas, hasta entonces poco exploradas, que la amplia variedad de maneras en las que los hablantes utilizamos el lenguaje genera.

Austin había descubierto una clase de “enunciados” que expresaban un uso distinto de aquellos que cumplían una función descriptiva del mundo. Este tipo de enunciados, a los que dio el nombre de enunciados performativos (*performative*

Supongamos que existe una persona que, desde el inicio, ha estado alejada de cualquier comunidad lingüística; por supuesto, tendría la necesidad de nombrar aquellas cosas ante las que se encuentra expuesto. Mas esto no significa que esté haciendo uso de lenguaje alguno, pues si por ejemplo, utilizara un término distinto para nombrar una cosa cada vez que quisiera referirse a ella, no diríamos que sigue regla alguna y por lo tanto que está empleando un término. Por otro lado, si él mismo es siempre el responsable de detectar y corregir sus errores a la hora de utilizar sus propios términos, es imposible, según Wittgenstein, encontrar ahí una regla. Pues él tendría la discreción suficiente para encontrar errores donde no los hubo, o para omitirlos cuando en realidad existieron. La utilización de signos para referirse a “cosas” es una actividad regulada y esto *per se* le impide necesariamente ser una cuestión privada. Cfr., Tomasini Bassols, A., *Enigmas filosóficos y filosofía Wittgensteiniana*, Edere, México, 2002, pp. 125-132.

¹⁷ “un juego de lenguaje es un conjunto de términos que queda caracterizado en función de las acciones de los hablantes y con las que las palabras en cuestión están conectadas.” *Ibidem*, p. 31.

utterances), tenía características propias que mostraban definitivamente una naturaleza diversa de la de enunciados descriptivos del tipo “todos necesitamos testigos de nuestra vida para poder vivirla”.

Entre dichas características se encontraba la imposibilidad de referirse a ellos como verdaderos o falsos. Estos enunciados del tipo “te prometo que vendré mañana”, parece obvio, no describen en lo más mínimo ningún hecho del mundo de acuerdo con el cual estemos en posición de juzgar su verdad o falsedad. Sin embargo, como dice Austin, nadie los juzgaría como un simple “sin sentido”¹⁸.

Además de esto, esta clase de enunciados parece no cumplir una función descriptiva, sino “performativa”. Es decir, parece que con un enunciado del tipo “te prometo que vendré mañana” no estoy reportando en sentido alguno la realización del acto que indudablemente estoy llevando a cabo, sino más bien al momento de decirlo es que lo estoy haciendo (dicho acto)¹⁹. Es decir, este tipo de enunciados no consiguen dar un reporte del acto que supuestamente están expresando, sino que por el contrario, ellos mismos constituyen la realización del acto al cual se refieren.

Otra característica importante de esta clase de oraciones es su dependencia hacia un cierto procedimiento. Esto implica que solamente bajo las circunstancias adecuadas, las oraciones performativas logran cumplir sus efectos. Bautizar un barco, por ejemplo, no tendría el mismo efecto si no se siguiera el procedimiento socialmente establecido para ello. De aquí que, el que la convención invocada deba existir y ser aceptada por los miembros de la colectividad entre los que habrá de surtir efecto el acto y además, el que la(s) circunstancia(s) bajo la que se lleve a cabo dicha convención deba ser la correcta, sean dos elementos imprescindibles para que las oraciones performativas cumplan su propósito de dar lugar a actos.²⁰

¹⁸ Austin, J.L., “Performative Utterances”, en Stainton, Robert, *Perspectives in the Philosophy of Language: a Concise Anthology*. Broad View Press, Canadá, 2000, p. 240.

¹⁹ Como dice Austin “*in all these cases it would be absurd to regard the thing that I say as a report of the performance of the action which is undoubtedly done {...} We should say rather that, in saying what I do, I actually perform that action.*” Ibidem, p. 241.

²⁰ Lennart Åqvist tiene un artículo interesante que trata el uso de oraciones performativas en enunciados legales. En él argumenta a favor de la existencia de dos características más, propias de las oraciones performativas en enunciados jurídicos, a saber, su carácter de “auto-verificabilidad” y su carácter de “promulgación-normativa”. Åqvist, Lennart, “Some Remarks on Performatives in the Law”, en *Artificial Intelligence and Law*, No. 11, Netherlands, 2003, pp. 105-124.

1.3. UNA NUEVA FORMA DE HACER FILOSOFÍA EN EL DERECHO

Este conjunto de ideas impactó de manera determinante en la forma en que los filósofos del derecho se plantearon los problemas en la segunda mitad del siglo XX. Mientras en Estados Unidos se había extendido desde el siglo XIX una forma de estudiar al derecho conocida como realismo jurídico americano (*american legal realism*), en la cual los juristas explicaban “descriptivamente” lo que el derecho era a partir de las decisiones de los jueces, mismas que les permitían hacer predicciones sobre el comportamiento judicial futuro²¹. Al norte de Europa los realistas escandinavos apuntaban hacia la irrealidad de objetos capaces de corresponderse con términos como “derecho”, “obligación”, entre otros. Palabras que más bien estaban vinculadas con ciertos efectos psicológicos en las mentes de los individuos²². Por otro lado, en Inglaterra principalmente, la “jurisprudencia analítica” centraba su atención en la manera en la que funcionaba el discurso jurídico y la forma en que los enunciados hacían sentido en el ámbito legal.

Con el propósito de enfocar la atención en la naturaleza esencial e irreductiblemente, aunque no sólo, lingüística del derecho, la jurisprudencia analítica abordaba los problemas de la teoría jurídica analizando la manera en que los “agentes” (jueces, abogados, académicos, etc.) utilizaban el lenguaje legal en su trabajo práctico (en lugar de construir teorías basadas en definiciones).

Esta idea era fomentada por el entendimiento de que las prácticas y actividades que componían los ordenamientos legales estaban esencialmente constituidas por un vocabulario amplio y especializado además de un complicado marco conceptual, tales que para ser entendidos, requerían de elucidación y análisis. Es decir, las prácticas jurídicas tenían lugar a través de un lenguaje particular y de gran extensión que hacían necesario, con el fin de hacer inteligibles todas las proposiciones enunciadas en ellas, un acercamiento por vía del análisis conceptual dada la naturaleza lingüística del fenómeno que llamamos derecho.

²¹ En palabras de Brian Leiter la pretensión principal de esta escuela se expresa en la tesis de que “al momento de decidir los casos, los jueces responden principalmente a los estímulos que reciben a partir de los hechos del caso, en lugar de a las reglas y razones legales”. “*The core claim of Realism: in deciding cases, judges respond primarily to the stimulus of the facts of the case, rather than to legal rules and reasons*”. Leiter, Brian, “*American Legal Realism*”, en *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, (ed.) Golding P, Martin y Edmundson William, Blackwell Publishing, USA, 2005, pp. 50-66.

²² Ver Villoro Toranzo, Miguel. “El realismo jurídico Escandinavo”, en *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, No. 19, México, 1988, pp. 73-80.

1.3.1. H.L.A. HART: UN MODO DISTINTO DE ENTENDER LA FILOSOFÍA JURÍDICA

En el año de 1952 H.L.A. Hart fue electo para ocupar la cátedra de jurisprudencia (*jurisprudence*) en la universidad de Oxford. Desde su lectura inaugural “*Definition and Theory in Jurisprudence*” su orientación analítica y su preocupación por la elucidación conceptual de los problemas en filosofía del derecho eran evidentes.

Hart diagnosticaba en dicho ensayo que el modo de “definición”²³ que usualmente era utilizado para tratar los problemas en todas las áreas del desarrollo intelectual, había sido empleado equivocadamente en el campo del derecho, teniendo como consecuencia una exposición demasiado compleja de lo que se hacía, tanto en su dimensión práctica como teórica. Complejidad que a su vez, había provocado un alejamiento importante entre el trato que se le daba a los asuntos legales por abogados y jueces y aquél que recibían por parte de las academias. En este sentido, la propuesta de Hart apuntaba hacia la utilización de métodos propiamente adaptados al carácter especial del discurso jurídico que pudieran dar cuenta de las nociones legales fundamentales evitando primero, los malentendidos causados por la complejidad de los sistemas filosóficos que las universidades habían creado en su intento por explicar al derecho, y segundo, el distanciamiento entre los trabajos teóricos y prácticos que como ya se dijo, se vivía en la época.

Así, Hart hace énfasis en que las preguntas relevantes no son del tipo ¿qué es el derecho? o ¿qué es el Estado?, sino ¿cuál es el significado de la palabra derecho?, o ¿cuál es el significado de la palabra Estado? Es importante aclarar, sin embargo, que plantearse este tipo de preguntas no significa hacer evidente el desconocimiento por parte de los agentes que las usan, de la manera común de emplear dichos términos. Es decir, al preguntarse por el significado de una palabra de este tipo y no poder responder de manera inmediata, un individuo no demuestra su incompetencia en el manejo de dicha palabra. Es más, podríamos decir de él que es un hablante competente del término aunque no pudiese responder en absoluto ante el cuestionamiento por su significado. Según Hart esta perplejidad surge del hecho de que, “pese a que el uso común de estas palabras es conocido, no es entendido. Y no es entendido porque comparado con la

²³ Hart está pensando en los trabajos clásicos que desde Aristóteles se planteaban la cuestión en términos de definición *per genus et differentiam*. Esto es, podemos ubicar de un término la clase de cosas a la cual se refiere, diferenciándolas de todas las demás y de este modo definir cada palabra.

mayoría de palabras ordinarias estas palabras legales son anómalas en distintas maneras”.²⁴

1.3.2. EL LENGUAJE JURÍDICO, UN LENGUAJE DISTINTO

La primera anomalía propia a palabras empleadas en el discurso jurídico que Hart encuentra es que pueden ser utilizadas en una amplia variedad de contextos diversos. Esto parece indicar que los hablantes hacemos uso de la misma palabra en situaciones distintas sin un principio subyacente que permita manejar homogéneamente el término. Es decir, parecería que bajo cada ocasión, el principio que seguimos para emplear “correctamente” una palabra es distinto de aquél que utilizamos en otro contexto en el que de igual manera la usamos con corrección, esto gracias a la diversidad de situaciones. Mas según Hart este no es el caso. Pese a que esta característica de las palabras empleadas en el discurso legal podría hacernos pensar que no existe principio alguno en virtud del cual las empleamos adecuadamente de contexto a contexto, Hart subraya que de hecho tenemos la convicción de que aún en casos como éste hay algún principio y no una mera convención arbitraria que motiva nuestra manera de emplear los términos.

Otra anomalía que tienen las palabras de esta clase está en que, a diferencia de la mayoría de palabras ordinarias, términos como “derecho”, “obligación”, “Estado”, etc., no tienen la clase de vínculo con objetos del “mundo de hecho” (*world of fact*) que tienen palabras como “ventana” o “libro”, y a los cuales apelamos en nuestros intentos por definirlos. En otros términos, no existe nada que simplemente se corresponda con palabras como “corporación” o “Estado” y que conforme a ello quedemos en condición de trazar una definición. Cada vez que intentamos definir un término jurídico, conseguimos expresiones que apelan a eventos, cosas, personas, cualidades, procesos etc., pero que nunca llegan a ser sus equivalentes precisos.

Esta segunda anomalía ha acarreado grandes problemas a la hora de hacer filosofía del derecho, conduciéndonos a grandes malentendidos a causa de nuestra inhabilidad para definir palabras cruciales en términos de la clase de objetos que denotan en el mundo.

²⁴ “the puzzle arises from the fact that though the common use of these words is known, it is not understood; and it is not understood because compared with most ordinary words these legal words are in different ways anomalous.” Hart, H.L.A., “Definition and Theory in Jurisprudence”, en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 2001, p. 22.

Consciente de que el discurso jurídico merece para su análisis un trato particular dada la naturaleza anómala de sus términos, si es que habrán de evitarse las confusiones y los malentendidos al momento de ser empleados, tanto práctica como teóricamente, Hart propone un nuevo método de elucidación que da cuenta de las perplejidades, haciéndose cargo de las particularidades propias al discurso jurídico, y que al mismo tiempo demuestra por qué el antiguo método de definición ha sido empleado incorrectamente al momento de tratar con palabras jurídicas.

Hart resalta cuatro características del lenguaje jurídico que deben ser tomadas en cuenta al momento de aplicar el método de definición que propondrá:

1) Que las palabras deben ser consideradas en oraciones de contextos típicos en los que son aplicadas y no en solitario. Sin embargo, según Hart es importante notar que oraciones como “A tiene derecho a que B le pague” no funcionan como predicciones de nada (como lo creía el realismo americano) sino que más bien dependen, para poder ser comprendidas, de una especie de estructura (el sistema legal), misma que les da soporte. Es decir, que una oración como “A debe pagar a B” sea una oración significativa en el ámbito jurídico, es posible gracias a que existe un ordenamiento que sin ser mencionado en la oración, le dota de sentido al ser presupuesto; esto nunca significa que jueces y abogados logren utilizar oraciones de este estilo para realizar predicciones.

2) Que dadas oraciones del tipo “A tiene derecho a que B le pague” nos es posible ver cuál es la función de tales enunciados. Esto es, una vez que observamos una oración de este tipo, nos es posible, gracias a la función del enunciado que podemos reconocer, no sólo presuponer la existencia de todo un sistema, sino elucidar la conexión que tiene dicho enunciado con reglas particulares del ordenamiento. Al preguntarse uno ¿por qué “A tiene derecho a que B le pague”? uno tendría que buscar la respuesta en dos aspectos: primero, en las reglas del sistema a las que vinculamos dicho enunciado y segundo, a los hechos que según la oración, son el caso. En este punto Hart llama la atención sobre el posible riesgo de confundir esta clase de oraciones con las reglas y hechos con los que están relacionadas. Nos dice que, si bien es cierto que este tipo de oraciones funcionan como conclusiones acerca de ciertas reglas del sistema y ciertos hechos del mundo, no debemos confundirlas por ello, ni con esas reglas ni con esos hechos pese lo relevantes que puedan ser.

3) Que las oraciones deben ser pronunciadas por las personas adecuadas (oficiales). Es decir, para que una oración como “A tiene derecho a que B le pague” sea una oración de la que podamos desprender el significado relevante para la teoría jurídica

de la palabra “derecho”, ésta debe ser pronunciada por un juez, pues sólo entonces se estará decidiendo con ella un caso. Dicha por otra persona, aún por una legislación, la oración “A tiene derecho a que B le pague” estará siendo usada para expresar un propósito, un juicio, o de muchas otras maneras, pero no nos servirá para elucidar el significado que la palabra “derecho” tiene al ser usada en el campo del derecho.

4) Que en cualquier sistema, legal o no, las reglas pueden, por razones prácticas, atribuir consecuencias idénticas a cualquier hecho o conjunto de hechos diversos. Y que sin embargo, en ninguno de los diversos casos a los que puede ser aplicada una regla de acuerdo a los cuales se pudieran formular oraciones idénticas, se estaría mostrando un uso más esencial de la palabra (“derecho” por ejemplo) que en los otros. En otras palabras, pese a que podríamos formular oraciones iguales de acuerdo con la aplicación de la(s) misma(s) regla(s) en casos distintos, esto no significa que en alguno de ellos (de los casos) se esté planteando un uso más esencial de tal palabra que en los otros. Además de que no necesita haber nada común a todas estas formas más que el hecho de caer sobre la misma regla.

Hart llega a la conclusión de que estas cuatro características del lenguaje legal, permiten explicar 1) por qué las definiciones (de la manera clásica) de “palabras jurídicas” (*legal words*) no pueden ser correctas a causa de la usencia de una “contraparte” que se corresponda con ellas. Y 2) por qué las contrapartes (hechos o futuros o psicológicos o complejos) que ingeniosa y artificialmente hemos construido no pueden ser útiles para definir con ellas nuestros términos jurídicos.

El punto fundamental de todo este análisis según Hart es la idea de que este tipo de palabras no tiene como función principal representar o describir cosa alguna, sino una distinta. Es por ello que si pretendemos dar cuenta de su significado, no debemos abstraerlas de aquellos enunciados en los que es posible apreciar su función completa a fin de obtener, así en solitario, su definición “per genus et difrentia”.

Antes de pasar por fin a la exposición del método de definición que propone, Hart argumenta por qué el método tradicional²⁵ falla al momento de dar cuenta de términos legales. Para ello da una pequeña caracterización de dicho método, según el cual, definir un término significa obtener una serie de palabras que pueden sustituir a la palabra definida donde sea que ésta aparezca. Es decir, dicho método nos provee de un conglomerado de términos sinónimo e intercambiable a la palabra que deseamos definir.

²⁵ En lo que sigue utilizaré las palabras clásico o tradicional para referirme el método de definición que antes he denominado *per genus et difrentia* sin distinción. No más que por apego al texto Hartiano.

Dice Hart que este tipo de definición es útil al tratar palabras que visiblemente establecen una especie de una clase general claramente identificable de la que decimos, forman parte. Esto es, esta clase de definición es útil cuando se trata de palabras que establecen un tipo dentro de un género bien reconocible. Así, una vez señalada dicha clase general sólo hace falta señalar las diferencias entre el caso que nos interesa resaltar y los otros tipos pertenecientes al mismo género para poder obtener un conjunto de palabras sustituibles (traducible o sinónimo).

El problema con aplicar este modo de definición a los términos legales está en que, al preguntarnos por la clase general a la cual pertenecen, nos vemos acongojados ante la obscuridad de la respuesta; además de que la manera en la que nuestros términos se vinculan con los hechos (manera que recordemos, debe ser no descriptiva) no nos es clara. Esto muestra cómo emplear la definición clásica nos conduce a respuestas implausibles.²⁶

Según Hart, emplear el tipo de definición clásica para dar cuenta de palabras legales tiene, por lo menos, dos consecuencias indeseables. La primera tiene que ver con la incapacidad de dicho método para elucidar las características particulares de categorías anómalas. La segunda, que nos hace pensar que lo que en realidad es una categoría anómala, no lo es. Es decir, nos hace pensar en el género al cual pertenecen los términos legales como uno más, sin hacerse cargo de su carácter especial.

A su vez, este par de consecuencias nos conducen a una de carácter más general. La de una posible indistinción entre palabras jurídicas y palabras ordinarias. La idea de Bentham de que consideramos que palabras como “obligación”, “Estado”, etc., representan objetos, personas, eventos, procesos, etc., del mismo modo que palabras como “computador” o “cuaderno” reaparece; y con ella, nuestra necesidad de explicarles nos conduce a resultados artificiosos e implausibles. Explicaciones que tratan, a través de artilugios, fijar la referencia de nuestros términos en objetos que, inexistentes, se agotan en complicados tipos de cosas, hechos, eventos, sucesos, etc. Todas ellas, maneras confusas de encarar el carácter anómalo de los términos legales.

²⁶ *“for if our question arises, as it does with fundamental legal notions, because we are puzzled about the general category to which something belongs and how some general type of expression relates to fact, and not merely about the place within that category, then until the puzzle is cleared up this form of definition is at the best unilluminating and at the worst profoundly misleading.”* Hart, H.L.A., op., cit., P. 32.

1.3.3. EL MÉTODO DE ELUCIDACIÓN DE CONCEPTOS DE HART

Basado en la idea de que los términos legales no pueden ser definidos si es que la definición implica la sustitución de una palabra por otras que, con éxito, logren sustituirle y aclarar el caso (persona, cosa, evento, etc) al cual representan, entonces, Hart propone un método de elucidación que tiene por objeto dar mejores resultados al momento de explicar que se ha de entender por palabras como “derecho”, “deber”, “multa”, etc.

El primer paso nos dice Hart, es tomar un enunciado completo en el cual, la palabra que deseamos “definir” juegue su rol característico completo. Con ello, Hart toma como unidad de significación a las oraciones completas y no a las palabras de manera aislada del mismo modo que Bentham y Frege, quienes proponían que una palabra sólo podía asumirse como unidad significativa una vez inmersa en una oración, dentro de la cual desempeña un papel o rol significativo acorde con reglas semánticas y sintácticas. El enunciado es entonces, la unidad mínima e irreductible de significación. De este modo, si uno pretende dar cuenta del significado de una palabra como “derecho” debe iniciar por tomar un enunciado como “A tiene derecho a que B le pague” y no a la palabra abstraída de la oración.

En segundo lugar, el filósofo de Oxford nos pide especificar las condiciones bajo las cuales el enunciado completo es verdadero. Por ejemplo, si tomamos un enunciado como “A es hijo legítimo de B” debemos precisar que existe un orden normativo en el que existen determinadas reglas que estipulan que, dados ciertos acontecimientos, podemos decir de una persona que es el hijo legítimo de otra, etc.

La tercera y última característica que debe considerarse toda vez que se busque dar cuenta del significado de términos anómalos como los legales, es mostrar cómo el enunciado completo es usado para formular una conclusión a partir de las reglas hacia un caso particular. Es importante señalar que la función de estos enunciados es servir como conclusiones jurídicas, cumpliendo así una función distinta a la función descriptiva de oraciones como “México es un país ubicado al norte del Ecuador”.

Existe una posible crítica que podría plantearse al pensamiento de Hart acerca de la incapacidad que plantea al responder a la pregunta ¿Qué es un derecho? El método parece responder más bien, por ejemplo en el caso de una oración como “A tiene derecho a que B le pague”, a la pregunta ¿Qué se entiende por “tener un derecho”? pero la respuesta, parece, no tendría por qué satisfacer a aquella persona que quisiera saber

aún el significado aislado del término. Al respecto, Hart retorna a su crítica inicial: plantearnos las preguntas en términos de qué es “derecho”, qué es “obligación”, qué es “Estado”, no nos conduce más que a explicaciones complicadas que antes que aclarar la cuestión la oscurecen más. Por ello, es preferible considerar a los términos inmersos en expresiones en las que desempeñen sus roles característicos, ya que sólo así se pueden apreciar las condiciones que le son necesarias a fin de ser verdaderas y la forma en la que son empleadas para trazar conclusiones a casos particulares a partir de reglas (función que cómo hemos dicho no es descriptiva).

Parece que Hart retoma en algún sentido el intento de Bentham por descartar la búsqueda de referentes “reales” a los términos del discurso jurídico. En su obstinación por rechazar preguntas del tipo ¿Qué es B? Hart está consciente de la inutilidad que supone la búsqueda de un objeto (“real” en términos Benthamianos) que pueda esgrimirse como contraparte del término. Como consecuencia de plantearse las preguntas equivocadas buscando definiciones ordinarias a palabras extraordinarias el resultado es un cúmulo de elucidaciones tramposas.

Al mostrar cómo de hecho el método funciona con respecto a términos anómalos, Hart decide elucidar la expresión “un derecho legal”. Para lo cual, propone primero, considerar el enunciado “A tiene derecho a que B le pague”.

En segundo²⁷ lugar Hart da tres condiciones en las que, de ser satisfechas, el enunciado “A tiene derecho a que B le pague” es verdadero: 1) la existencia de un sistema legal, 2) que bajo alguna o algunas reglas del sistema, una persona distinta de aquella de la que predicamos la propiedad de un derecho, dados los eventos ocurridos, este obligada a realizar o abstenerse de realizar una cierta conducta, y 3) la obligación hecha por la ley de que una persona realice o se abstenga de realizar una cierta conducta, depende de la elección, o bien de la persona que decimos tiene el derecho, o bien de otra que actúe en su favor, de que así sea. O alternativamente, hasta que la

²⁷ Con la intención de ser lo más preciso posible con la idea de Hart debo decir que él considera como “pasos” del método solamente a los que yo he dado los numerales dos y tres. Es decir, para Hart tomar una expresión completa en la que la palabra a definir juegue su rol característico, es el equivalente a escoger la palabra a definir en el método tradicional. Por lo cual, los pasos en la elucidación de tal expresión son solamente 1) el establecimiento de las condiciones que le hacen verdadera y 2) la exposición de la forma en la que dicha oración sirve para trazar una conclusión (legal) a partir de ciertas reglas hacia un caso particular. Con todo y esto, me parece adecuado, dada la diferencia que hay entre el método tradicional (quizás más próximo a cualquier hablante común) y el hartiano entre tomar una oración y tomar una palabra, darle crédito como “paso” en el procedimiento al establecimiento de un enunciado completo.

persona de la que decimos tener un derecho o alguien que actúe en su favor, decida lo contrario.

En último lugar Hart concluye que una oración como “X tiene un derecho” es usada para dibujar una conclusión jurídica.

Hay una precisión que debemos tener en cuenta al momento de trabajar con enunciados como “X tiene derecho a que B le pague” en virtud de obtener de ellos la “definición” de alguna palabra jurídica. Debemos evitar dos tipos de confusiones que dada la forma de los enunciados, podrían hacernos objeto de un malentendido. La primera, no hay que confundir oraciones del tipo “X tiene derecho a que B le pague” con los hechos que las hacen verdaderas. Esto es, hay que distinguir entre un enunciado de la forma mencionada, con los hechos del mundo que se corresponden con él, mismos que podrían ser proferidos por una oración de la misma forma. Por ejemplo, al decir “X ha hecho un contrato con Y” debemos tener en cuenta al enunciado como una conclusión jurídica, y no como la descripción de un hecho pasado en el que dos personas pusieron por escrito ciertas intenciones contractuales. La segunda confusión que debemos evitar está entre este tipo de enunciados y las consecuencias legales que acarrearán. Por ejemplo, que Y está obligado a cumplir con los términos del contrato, aunque esto también podría expresarse (de una manera no tan clara) con el enunciado “X ha hecho un contrato con Y”.

En otras palabras, debemos evitar confundir enunciados que nos son útiles al momento de dar cuenta del significado de palabras jurídicas, de los hechos del mundo que los hacen verdaderos y de las consecuencias legales que producen, pues como hemos dicho, el uso que de ellos hacemos está en trazar conclusiones legales²⁸.

²⁸ Un argumento en contra del método de elucidación propuesto por Hart puede encontrarse en Hacker, P. M. S., “Definition in Jurisprudence”, en *The Philosophical Quarterly*, Vol. 19, No. 77, 1969, pp. 343-347. En éste artículo Hacker plantea cinco tesis en contra del método Hartiano de elucidación de conceptos arguyendo la plausibilidad de utilizar el método de definición *per genus et differentia* para dar cuenta de términos jurídicos. La primera crítica acusa a las propuestas de Hart y de Bentham de pragmáticas. Dice Hacker que es un problema de una explicación cómo ésta centrarse exclusivamente en los usos que en la praxis se hace de los conceptos legales, ya que se parte de una idea falsa (la tesis de la inutilidad de la definición. Esta es la idea de que puesto que no podemos dar cuenta del género en virtud del cual definiríamos los conceptos que deseamos, entonces nuestros intentos por definirlos carecen de utilidad). Es falso que los intentos por encontrar el género propio a conceptos como “derecho” y “deber” sean inútiles. Según Hacker no sólo es posible, sino es aquello que intenta el filósofo que pretende construir una teoría general, ir elucidando conceptos hasta las categorías más generales en las cuales todos los demás están contenidos. En segundo lugar Hacker critica la idea propuesta por Bentham y respaldada por Hart acerca de que la definición *per genus et differentia* sugiere necesariamente la relación entre una palabra y una cosa en el mundo que funciona como su contraparte. Dice Hacker que entender así el método de definición clásico es un poco limitado, pues conceptos como “amor” o “miedo” no representan objeto alguno del mundo físico y sin embargo parece

Es importante tener en cuenta este método de elucidación de conceptos, puesto que nos permitirá comprender (al menos en su carácter metodológico) varias de las tesis de la teoría de H.L.A. Hart. Entender la manera en la que Hart se plantea los problemas de la teoría del derecho nos permite, por ejemplo, observar la relevancia que concede a las prácticas, la importancia que concede al tipo de oraciones que cada situación permite formular, etc.

1.4. LA TEORÍA DE LAS REGLAS DE H.L.A. HART

1.4.1. EL DERECHO COMO FENÓMENO EXCLUSIVAMENTE SOCIAL

La teoría de Hart, nos dice Neil MacCormick, puede ser considerada desde tres ejes principales: i) las fuentes sociales del derecho y la teoría de las reglas legales (*legal rules*) como un tipo especial de reglas sociales; ii) la ausencia de una conexión conceptual necesaria entre moralidad y el derecho positivo, a pesar de la trasposición (*overlap*) de contenido y función entre estas; y iii) la incompletitud necesaria o cualidad de no tener límites claros (*open-ended*) del derecho positivo, implicando la existencia de la discreción judicial.²⁹

En primer lugar, habremos de dar cuenta de la idea de Hart sobre la dimensión social a partir de la cual el derecho se origina y en la cual tiene lugar. Para Hart, aquello a lo que hacemos referencia cada vez que utilizamos el discurso jurídico se encuentra y surge en la sociedad. Es decir, las cosas de las que hablamos cada vez que utilizamos el lenguaje para referirnos a asuntos del ámbito legal son producto y existen en virtud de

plausible aceptar que pueden ser objeto de una definición *per genus et differentia*. Concede Hacker que los términos jurídicos no representan objetos de la misma manera que palabras como “perro” o “gato”, pero alega que no hay razón para pensar que el método tradicional deba limitarse para casos en los que exista una correspondencia clara entre la palabra y algún objeto del mundo físico que sea representado por ella. La tercer tesis de Hacker está en contra de la idea de Hart de que los términos jurídicos hacen referencia a personas, eventos, etc. Ya que según Hacker, aún estos conceptos (persona, evento) necesitan ser clarificados filosóficamente. En cuarto sitio Hacker critica a Hart por no haber explicado en qué sentido emplear el modelo de definición clásico hace confusión tanto en la palabra que intentamos definir como en la palabra a partir de la cual intentamos definirla (género). Es decir, según Hacker, Hart jamás explica si el método clásico provoca confusión en el mismo sentido para la palabra definida y para la palabra que sirve para definirla. En quinto lugar Hacker tacha de falsa la idea de Hart de que las definiciones obtenidas por su método habrían de traer luces distintas al significado de palabras jurídicas, pues dice que al final, las oraciones que se arman en virtud de aportar la definición de cualquier término legal se valen de las mismas palabras utilizando tanto un método como el otro.

²⁹ Maccormick, Neil, *H.L.A. Hart*, 2da edición, Stanford University Press, USA, 2008, p. 40.

una cierta naturaleza³⁰ derivada de relaciones entre individuos y no, cómo una especie de ordenamiento “suprahumano” o de un orden distinto al social. Así, la idea de un orden normativo en general, y uno jurídico en particular, en ausencia de relaciones entre individuos, en ausencia de un orden social, se plantea como un simple sinsentido. En conclusión, para Hart el derecho necesariamente es un fenómeno social y no de naturaleza metafísica o suprahumana.

Si aceptamos la idea de que los ordenamientos jurídicos tienen como propósito regular la vida de los individuos respecto de su trato con otros, entonces parece plausible aceptar la idea mencionada antes sobre la necesidad de entender al derecho como un fenómeno exclusivamente social, y por ende que la idea de un sistema jurídico propio a un individuo en solitario no tiene razón de ser³¹.

Siguiendo a Ludwig Wittgenstein, Hart aplica esta misma idea al concepto de regla. Nos dice que las reglas como patrones de conducta entre individuos no pueden darse más que con un carácter social. De este modo, nos presenta una pintura del derecho como un sistema legal de reglas sociales. Con mayor precisión, para Hart el derecho es un sistema legal que a su vez es un sistema de reglas sociales. Decimos de las reglas que son sociales en dos sentidos: uno, de acuerdo a su propósito (regular la conducta de los individuos dentro de una sociedad); y el segundo, de acuerdo a su origen (pues se originan y existen exclusivamente en virtud de prácticas sociales).

Las reglas que forman el orden jurídico, en tanto sociales, son un tipo dentro de esta categoría cómo lo son las reglas morales, las de etiqueta, las del lenguaje etc. Sin embargo, existen dos características propias de las reglas jurídicas que nos permiten diferenciarlas de otros tipos de reglas sociales. A saber, que, igual que las reglas morales, imponen obligaciones o deberes, esto implica que, al igual que los mandatos de la moral, según Hart, las reglas jurídicas funcionan como razones perentorias para la acción³². La segunda característica, que además nos sirve para diferenciar a las reglas jurídicas de aquellas morales, nos habla de su cualidad sistemática dependiente de la interrelación entre dos tipos de regla, reglas primarias y reglas secundarias.

³⁰ Por naturaleza se entiende aquí una manera de existir.

³¹ Se pueden distinguir dos usos distintos del término social en la teoría de Hart. Uno referente al origen del derecho que se contrapone a la idea de un ordenamiento de carácter suprahumano. Y uno que nos habla del ámbito en el cual se desarrolla, contrario a la idea de individuo. Para Hart, el derecho es un fenómeno exclusivamente social en los dos sentidos: en su origen, en tanto que se gesta en prácticas y no en un orden metafísico. En su ámbito de desarrollo, pues no existe ahí donde solo hay un individuo.

³² Otro tipo de reglas como las del lenguaje podrían funcionar como criterios de corrección pero no necesariamente como razones para la acción.

1.4.2. REGLAS PRIMARIAS

Son reglas primarias aquellas que, como las normas que integran el ordenamiento penal, imponen deberes u obligaciones a los individuos. Es decir, aquellas reglas que requieren a las personas hacia las que están destinadas la realización o la abstención de realizar una cierta conducta.

Hart caracteriza a las reglas primarias distinguiéndolas de esas que llama “órdenes respaldadas por amenazas”. Gracias a las diferencias entre ambas, Hart logra resaltar las características de las que también llama reglas de obligación.

En este ánimo por distinguir al tipo de reglas propuestas por un sistema legal de aquellas “supuestas reglas” que integran un “sistema”³³ de órdenes respaldadas por amenazas, Hart arguye que aunque parecidas, existen importantes diferencias.

Tomando como ejemplo el caso del asaltante A que ordena a un sujeto B le dé su dinero, Hart resalta la importancia entre el enunciado “verse obligado a” y “tener la obligación de”. Según el filósofo inglés, la situación del sujeto B en el caso del asaltante que respalda su orden con la amenaza de provocar un daño serio, se expresa a través de un enunciado del primer tipo. Es decir, en dicha situación B “se ve obligado” a dar su dinero, mas no podemos decir que en momento alguno haya “tenido la obligación” de hacerlo. En este caso, la ponderación que hace B respecto de los daños o beneficios que “desobedecer” la orden podría generarle, hacen, dado el tipo de daño (grave) al que la amenaza de A hace referencia, que la obediencia sea una mejor opción, convirtiéndose así en un motivo para actuar.

Esta última aclaración le sirve a Hart para sostener la tesis de que en los casos de órdenes respaldadas por amenazas, aquéllos en los que el sujeto B está obligado a realizar una acción, los hechos acerca de sus actos, sus creencias y motivos son condición suficiente para proferir que B “estaba obligado” a comportarse de tal o cual manera, y que sin embargo no lo son para decir que “tenía la obligación” de observar tal conducta. Ya que podríamos decir que B “tiene una obligación” (por ejemplo la de hacer el servicio militar) sin importar las creencias que tenga al respecto o su motivación a la hora de llevar a cabo dicha conducta.

³³ Es probable que Hart no aceptaría la idea de un orden sistemático de órdenes respaldadas por amenazas, dado que su idea de sistema está fuertemente condicionada por la de una cierta unión de dos tipos de reglas distintos: primarias y secundarias, ausentes en el caso del asaltante.

En otras palabras, en una situación en la que se “está obligado a”, las creencias y motivos que el sujeto tiene para llevar a cabo una conducta juegan un papel relevante que no tienen en el caso de una persona que “tiene una obligación”. En el segundo caso, la obligación subsiste no obstante las creencias y motivos del agente obligado. Sus actos, creencias y motivos no son razón suficiente para decir que “tenía la obligación” de realizar tal conducta pero sí lo son para decir que “estaba obligado” a ella.

La segunda diferencia que deseamos resaltar hace alusión a la explicación “predictiva” de la obligación. Nos dice Hart que los teóricos que aceptan esta idea, han identificado equivocadamente la obligación con la predicción de que ciertas consecuencias indeseables han de seguir en caso de desobediencia. Para él, esto es falso dado que, más que una predicción sobre consecuencias no deseadas, ahí donde existe una regla, donde se tiene una obligación de realizar o abstenerse de realizar cierta conducta, la aplicación de dichas consecuencias está justificada. Esto es, la función del carácter de obligación de las reglas no está en predecir las consecuencias regularmente no deseadas en los casos de desobediencia, sino justificar o ser razón de la aplicación de dichas consecuencias.

Otras diferencias que Hart encuentra entre el ejemplo del asaltante y el caso de un ordenamiento jurídico son la generalidad y la idea de que debe ser el soberano regularmente obedecido quien emita la orden³⁴.

Lo primero (generalidad) significa que órdenes como la del asaltante, dirigidas a un público y respecto de una acción particular³⁵, funcionan de distinta manera que las “reglas de obligación”³⁶. Las reglas primarias de un ordenamiento legal son generales en tanto no están dirigidas a alguien en particular o respecto de una acción precisa en el tiempo y en el espacio. Una regla que impone el deber de no matar no está dirigida a un sujeto particular A, ni se refiere a la acción exacta de A matando a B el día X en el lugar Z.

En segundo lugar, la persona que emite una regla de obligación, si es que dicha regla ha de ser tal, no puede ser otra más que el soberano regularmente obedecido. Para

³⁴ Hart dedica todo un capítulo de *El concepto del derecho* a elucidar la idea de soberano y soberanía. Sin embargo, no es mi propósito aquí dar cuenta de toda la idea, sino solamente de la “característica” que nos ayuda a trazar una diferencia más entre reglas de un sistema legal y ordenes respaldadas por amenazas.

³⁵ Hart no desconoce y acepta la posibilidad de que existan reglas de obligación dirigidas a ciertos sectores restringidos de la sociedad, mas al ser aplicables a nadie en particular dentro de dicho sector, su carácter de generalidad es mantenido.

³⁶ Utilizo “reglas de obligación” y “reglas primarias” como expresiones equivalentes.

los propósitos de este trabajo basta entender la figura del soberano cómo aquella persona sobre cuya autoridad no existe nadie. En el ejemplo del asaltante, nos dice Hart, el asaltante A no es, frente a B soberano, aunque posiblemente frente a sus secuaces sí lo sea. La consecuencia interesante (aunque no la única) que se desprende de la idea de un soberano regularmente obedecido como sujeto capaz de emitir reglas, es que, a diferencia de los casos de órdenes respaldadas por amenazas, en los ordenamientos legales el soberano queda igualmente ligado a las reglas que promulga.

Ahora tenemos un mapa general de lo que Hart entiende por reglas primarias, y en qué sentido entenderlas como “reglas de obligación” nos aleja de la idea de órdenes respaldadas por amenazas. Mas como hemos dicho antes, para Hart una característica propia de las reglas que integran un ordenamiento legal es la idea de sistematicidad. Esto es, la interrelación entre reglas que imponen deberes u obligaciones llamadas primarias, y reglas que conceden poderes, públicos y privados, a las que el profesor de Oxford da el nombre de secundarias.

1.4.3. REGLAS SECUNDARIAS

Para Hart una explicación del derecho que no diera cuenta de que existen normas (*laws*) que cumplen una función social completamente diferente a aquellas que imponen deberes, sería una explicación equivocada, propensa a confundirnos. Existe un tipo de normas³⁷, nos dice Hart, que cumple una función completamente distinta. Existen reglas legales que más que requerir a las personas a actuar de cierta manera (sin importar que lo quieran o no), definen la manera en que pueden llevar a cabo distintos actos, tales como matrimonios, contratos etc. Es claro según Hart, que las normas de este tipo no imponen deberes ni obligaciones. Por el contrario, proveen a los individuos con facilidades (*facilities*) para llevar a cabo sus deseos, al concederles poderes legales (*legal powers*) que, bajo ciertos procedimientos, pueden crear derechos y obligaciones que gozarán, para su realización, del aspecto coercitivo del derecho.

En la realidad podemos ver cómo estas reglas (primarias y secundarias) se contrastan con la manera en la que hablamos de ellas, acto que por cierto, nos ayuda a

³⁷ Sería conveniente aquí aclarar que los términos norma (*law*) y regla (*rule*) en la teoría hartiana no son equivalentes exactos. Parece que Hart está pensando que unas son el contenido de otras, es decir que el contenido de las normas son reglas. Dicho contenido puede variar entre reglas primarias y reglas secundarias de acuerdo al tipo de función que desarrolla la norma dentro del sistema. Cfr., Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, Oxford University Press, Inglaterra, 1961, p. 27.

diferenciarlas. Esto es, cada vez que “desobedecemos” una norma que impone un deber, nos referimos a dicha conducta como una “violación” (*violation*) o un incumplimiento (*breach*) de la regla. En cambio, si llevamos a cabo cualquiera que sea nuestra voluntad (*will*), mediante un procedimiento distinto a aquél establecido por el ordenamiento, diremos que dicha voluntad no es válida; será una voluntad nula sin fuerza o efecto legal, más no diremos que hemos violado alguna regla.

Como hemos visto, estas reglas confieren poderes a las personas para llevar a cabo sus deseos o voluntades, dotándolos con el carácter coercitivo propio del derecho. Podemos hablar entonces de “poderes privados” puesto que los intereses envueltos en su realización o no, no trascienden la esfera individual de las partes involucradas. Existe sin embargo, otra “clase” de reglas que confiere poderes. Dado que existen intereses que competen a toda una sociedad, es necesario que haya normas que capaciten a determinadas entidades a llevar a cabo las voluntades que los expresan. Hart está pensando como ejemplos, de manera preponderante, en la función legislativa y judicial³⁸.

De esta manera, tenemos que el orden legal en tanto que sistema, se integra de dos tipos distintos de reglas³⁹. A saber, primarias y secundarias, siendo las primeras, aquellas que imponen deberes u obligaciones y las segundas aquellas que facultan a individuos a llevar a cabo sus voluntades dentro del orden normativo del derecho (públicas y privadas).

³⁸ Aunque también considera normas que más bien son de carácter procedimental, mediante las cuales, por ejemplo, las reglas primarias logran ser efectivas, pues son reglas que dotan a ciertos agentes de poder para hacer efectivo “el castigo” previsto por la norma para el caso de incumplimiento. A los cuerpos policiales, por ejemplo.

³⁹ Cabe hacer aquí una aclaración más. Existen según Hart más de dos tipos de “normas”, de acuerdo a por lo menos tres criterios de clasificación distintos: por su contenido, por su rango de aplicación y por su origen. Esta primera clasificación que en Hart no tiene intención de ser exhaustiva, nos da una imagen del derecho como un sistema integrado por diversos tipos de “normas”, pero hay que tener cuidado, pues la idea de sistematicidad del orden jurídico no se desprende de ninguna de estas clasificaciones, sino de la idea de la interrelación entre “reglas” primarias y secundarias. Pese a que el primer criterio de clasificación (por contenido) puede identificarse con la división entre reglas primarias y secundarias, sería incorrecto decir por ello, que la idea de sistema del orden legal está dada por la existencia de dos tipos de “normas” según el tipo de reglas que contienen.

1.5. LA CARACTERIZACIÓN HARTIANA DE REGLA

1.5.1. EL ASPECTO EXTERNO E INTERNO

Hasta el momento hemos aclarado la distinción entre reglas primarias y secundarias sin haber elucidado aún qué entiende Hart por regla. Siguiendo a MacCormick, diremos que la concepción hartiana de regla está dada por su rechazo tajante a cuatro ideas:

- Que las reglas en el derecho son un tipo de imperativo o comando.
- Que pueden ser representadas como una simple generalización de las regularidades aparentemente observables en el comportamiento humano. En otras palabras, que descripciones de hábitos sociales pueden fijar conclusiones acerca de reglas sociales.
- Que son no más que proposiciones predictivas o fuentes para predecir como actuará la gente bajo determinadas situaciones.
- Que son únicamente expresiones de emociones o sentimientos.

Las reglas, nos dice Hart, no son, y no pueden ser entendidas, como la simple repetición de conductas de manera habitual entre los individuos. Es decir, no basta la repetición observable de una conducta, para decir que dicho patrón es una regla. Una explicación que solamente tome en cuenta este aspecto (de las reglas), aspecto al que Hart llama externo (*external aspect*), no puede ser una explicación plausible. El ejemplo mejor conocido para ilustrar esta idea es el del semáforo: Si uno pronuncia la existencia de una regla en la conducta de la gente cada vez que detiene su auto frente a un semáforo en rojo, no basta con tomar en cuenta la repetición ordinaria de la gente deteniéndose. Una conducta habitualmente repetida puede generarse aún en casos de ausencia de reglas. Por ejemplo, aunque el noventa y nueve por ciento de la gente encendiera la radio el noventa y nueve por ciento de las veces en que se encuentra en un embotellamiento vial, esto no significaría que existe la regla de encender la radio toda vez me encuentre atorado en el tráfico.

Tomar en cuenta exclusivamente el aspecto externo, nos impide ver cómo es que ciertas acciones son motivadas por la existencia de reglas que “exigen” su realización. En otras palabras, al observar solamente el carácter de las reglas según el cual, basta una

conducta habitualmente repetida para proferir ciertamente que una regla existe, dejamos de lado la característica de las reglas de constituirse como razones para la acción. Ya que estaríamos diciendo que el sólo hecho de la repetición explica porqué las personas siguen determinados patrones de conducta, más no porqué las personas tenían una razón para comportarse así. La persona que se detiene frente al semáforo cada vez que se ilumina en rojo sólo de manera habitual, no necesita para explicar o realizar su conducta, la existencia de una regla en virtud de la cual se haya detenido. Para explicar el comportamiento de dicho sujeto como un comportamiento regulado hace falta decir que dicho sujeto tenía una razón para detenerse; que la luz en rojo era el símbolo de una regla que le obligaba a comportarse de dicha manera. Así su conducta no sólo seguía un patrón habitual sino efectivamente era objeto de una cierta regulación. La gente se detiene por el semáforo en rojo y no simplemente se detiene.

El problema con una explicación diferente a ésta es que parece que estamos interesados en decir que si en la realización de una determinada conducta se ha “respetado” una regla, entonces debemos aceptar que la regla ha funcionado como “motivo” para la acción. Lo cual no es necesario si decimos que por el sólo hecho de haber llevado a cabo tal acción de manera habitual hemos dado cumplimiento a la regla. Parece entonces que debe haber algo más en la caracterización que nos permita explicar porqué decimos que las reglas pueden constituirse en razones para actuar de tal o cual modo; que las reglas son más que simples modelos de conducta repetidos de manera habitual.

Hart concibe lo que hemos llamado aspecto externo como una condición necesaria, más nunca suficiente para la existencia de una regla. Nos dice que, pese a que una regla no existiría ahí donde una conducta habitualmente reproducida no fuera el caso, no basta con dicha repetición para que una regla exista. Así tenemos que, para poder hablar de condición(es) suficiente(s) de la existencia de una regla, es necesario que apelemos a la conjunción del aspecto externo y el aspecto interno. Esto significa que solamente en aquellos casos en los que se encuentre una conducta habitualmente repetida (aspecto externo) y una cierta actitud hacia tal patrón de comportamiento por parte de los participantes (aspecto interno) podremos proferir con verdad oraciones del tipo “la regla F existe”.

Igual que el aspecto externo, el aspecto interno es un elemento necesario pero no suficiente para la existencia de una regla. Este elemento refiere una cierta actitud reflexiva de aceptación por parte de los miembros que realizan una cierta conducta. Esto

es, entre los miembros de una comunidad que realizan de manera acostumbrada una cierta conducta, encontramos algunos que aceptan tal patrón de comportamiento como un estándar común; es decir, que muestran una actitud de aceptación de dicho patrón como un estándar para ellos y el resto de individuos que integran la comunidad (para su conducta). Dada esta actitud, aquellos individuos que se comportan de cierta manera tienen más que el mero hábito de comportarse así.

Existen dos características más que nos permiten diferenciar, a través de este elemento interno, los meros hábitos de las conductas reglamentadas. La primera es que en el caso de las reglas, frente a una conducta que se desvía del patrón normal de comportamiento, hay una especie de reproche. Se dice de dicha desviación que es una falta y hay una reacción crítica contra las desviaciones. En tanto que en el caso de una conducta que se aleja de un patrón de comportamiento que no es más que un hábito, dicha crítica no existe, la desviación no es objeto de ningún reproche ni es considerada falta alguna.

La segunda diferencia está en que en el caso de una regla, tal reacción crítica está justificada. Esto significa que la desviación del agente que actúa en contra de algún patrón normal de comportamiento considerado regla, justifica, en virtud de su carácter de regla y no de mero hábito, tanto el auto-criticismo como las críticas hechas por otros. Mientras que en el caso de los hábitos, un individuo carecería de justificación para reprochar a otro el haberse alejado de la conducta acostumbrada.

Una característica más que Hart atribuye a los patrones de conducta si es que han de ser reglas en virtud de este aspecto interno, es que las personas que aceptan y utilizan tal patrón, buscan la perpetuación de la conducta como estándar normal de comportamiento, es decir, como regla. Su propia conducta revela, en apego a su actitud auto-crítica, la intención de mantener tal patrón (puesto que existe la posibilidad de alejarse de él) como un estándar común.

1.5.2. EL PUNTO DE VISTA INTERNO Y EL PUNTO DE VISTA EXTERNO

Debemos ser cuidadosos para no confundir el aspecto interno y externo de las reglas con los llamados puntos de vista interno y externo, parte también de la teoría hartiana de las reglas. Mientras los primeros nos hablan de elementos propios a la existencia de reglas, los puntos de vista tienen que ver con la forma en la que las

personas quedan afectadas por ellas. Tienen que ver con dos perspectivas disímiles a partir de las cuales, las personas están en posición de formular tipos distintos de aseveraciones conforme a la manera o lugar en que se colocan al momento de encararse con las guías de comportamiento. Las personas pueden formular distintos tipos de enunciados, de acuerdo con la óptica desde la cual se acerquen.

Nos dice Hart que al interior de un grupo dónde decimos que ciertos patrones de comportamiento funcionan como regla, podemos identificar a dos clases de individuos: aquellos que usan y aceptan tales patrones como estándares comunes, y aquellos que los acatan, aun estando en desacuerdo con ellos, por razones meramente prudenciales.

En la caracterización de Hart, el punto de vista interno es aquél que se corresponde con la actitud de los miembros de la comunidad que aceptan y usan un determinado patrón de conducta como una guía de comportamiento. Dicha actitud tiene la característica de ser reflexiva y crítica. Según MacCormick podemos observar en esta actitud un elemento cognitivo que se identifica con el uso de la palabra “reflexiva”, mismo que nos concede reconocer o caracterizar en términos más bien abstractos, tal o cual patrón de comportamiento; mientras que el elemento volitivo se corresponde con la palabra “crítica” y según este elemento, las personas encarnan una cierta preferencia hacia dicho patrón. En otras palabras, la actitud a la que se refiere el punto de vista interno en su sentido “reflexivo” nos permite identificar, reconocer un determinado patrón de conducta como un estándar común, en tanto que en su sentido “crítico” nos permite calificar ciertas conductas, propias o ajenas, como conformes o no conformes a tal patrón, expresando con ello nuestra preferencia hacia la realización de dicho estándar como regla⁴⁰.

Para Hart, nuestro uso normativo de los términos deber de (*ought*) (*must*) (*should*), correcto (*right*) incorrecto (*wrong*) son expresión de la actitud que encarna el punto de vista interno. Como hemos visto antes, el carácter “crítico” de la actitud que supone el punto de vista interno, permite a aquellos participantes de las prácticas que lo detentan, formular oraciones que califican determinadas conductas de “correctas” o “incorrectas”⁴¹.

⁴⁰ Existe una crítica interesante que MacCormick hace a Hart acerca de la indiferencia que muestra su teoría ante las distintas actitudes que aún entre los participantes de una práctica podríamos encontrar. En resumen, MacCormick defiende la tesis de que aunque correcta, la idea de Hart de concebir el punto de vista interno como un aspecto actitudinal, es incompleta ya que como argumenta, no distingue entre actitudes relevantes y no relevantes. Ver MacCormick, Neil, op., cit., pp. 43-70.

⁴¹ El uso de los términos no tiene aquí connotación moral alguna.

En resumen, el punto de vista interno es caracterizado por Hart como la actitud que muestran los participantes de una cierta práctica de aceptar y usar, crítica y reflexivamente, un determinado patrón como guía común de conducta; dirigido hacia la conducta de los demás y hacia la suya propia⁴².

En la tradición, el punto de vista interno ha sido caracterizado, con mayor o menor detalle, de esta manera, como el punto de vista de los participantes, de aquellos que “aceptan” las reglas. De este modo, se ha aceptado que aún una aceptación no entusiasta, es decir, una aceptación condicionada por razones prudenciales, se ha considerado parte del punto de vista interno. Esto, a causa de la oposición que se marca entre el punto de vista de los que “aceptan” la regla, y aquellos que no la aceptan y sólo reportan su existencia al estilo de los científicos sociales. Esta última forma de relacionarse con las reglas, constituye lo que ha sido generalmente aceptado como el punto de vista externo. Sin embargo, presentaremos aquí una lectura de Hart que precisa la aceptación no entusiasta de una regla como un punto de vista externo, que podríamos llamar moderado para distinguirlo de lo que llama “punto de vista externo extremo”

En todo sistema legal, dice Hart, son mayoría aquellas personas que muestran el punto de vista, aunque en sentido estricto, bastaría con que los funcionarios encargados de aplicar las reglas les reconociesen como tal. Decir que es la mayoría de individuos la que comparte este punto de vista interno parece plausible puesto que si fuera el caso contrario; es decir, si la mayoría de individuos no aceptara ni hiciera uso de un cierto patrón como estándar común ¿qué objeto tendría decir de él que funciona como regla?, es decir, ¿cómo podríamos decir de un cierto patrón que funciona al interior de una comunidad como un estándar común de comportamiento, si la mayoría de personas no considera dicho patrón como regulador de su conducta?

La segunda parte de la afirmación, aquella sobre que es suficiente que los funcionarios públicos conciban a las reglas en tal carácter, es menos clara, ¿por qué bastaría con que aquellos oficiales encargados de aplicar las reglas detentaran este punto de vista interno no obstante el resto de individuos no lo compartiera? Aunque es un punto debatible de la teoría de Hart bastará decir aquí que en última instancia aquellas

⁴² Quizás resulta fácil identificar el “punto de vista interno” con el “aspecto interno” de las reglas, ya que ambos, parece, hacen referencia a la misma actitud de los miembros de una comunidad de aceptar y usar un cierto patrón como estándar común de comportamiento. Sin embargo, es importante resaltar que en el caso del “aspecto interno” dicha actitud nos permite identificar la existencia o no de una regla al interior de un grupo, mientras que el “punto de vista interno” busca explicar una perspectiva, un punto a partir del cual, la gente queda en condición de expresar ciertos enunciados.

personas encargadas de aplicar una norma, necesariamente deben considerarla como tal, ya que parece intuitivo aceptar que si alguien ha de aplicar un patrón de conducta como regla, debe por lo menos considerarlo de esta manera, ¿cómo podría alguien aplicar normativamente un patrón que no considera regla?

Esto parece explicar por qué las personas que aplican las normas no pueden no considerarlas reglas, más no responde a la pregunta de ¿por qué sería suficiente con que ellos les consideraran así aún en contra de todos los demás miembros de la comunidad? Una posible respuesta se dirigiría hacia la aceptación “tácita” de dicho patrón como regla, al aceptar el carácter de autoridad de las personas que las aplican. Es decir, al reconocer una comunidad a ciertas autoridades como encargadas de la aplicación de las reglas, se estaría “reconociendo” de manera no “expresa” que aquellos patrones de conducta reconocidos por ellas como reglamentarios, en efecto gozan de tal carácter. Una explicación más elaborada podría hacer referencia a la famosa regla de reconocimiento Hartiana, mas no nos explayaremos en esta explicación aquí ya que hemos decidido dejar para más adelante la idea de regla de reconocimiento.

Antes hemos dicho que entre los individuos que integran una comunidad donde opera un orden legal se pueden distinguir, de acuerdo a la forma en la que son afectados por las reglas, dos grupos: aquellos que adoptan un punto de vista interno y aquellos que adoptan un punto de vista externo. El punto de vista externo del que nos habla Hart hace referencia a la posición de aquellos miembros de la comunidad que aún estando en desacuerdo con uno u otro patrón se ven en la necesidad de acatar su obligatoriedad; es decir, su carácter de regla. Para estos individuos, no convencidos acerca de tal o cual patrón, la decisión de desacatar una u otra regla se presenta como una peor opción, dadas las sanciones que se ostentan como consecuencia del “desacato”, que atenerse a lo estipulado por ella. Al ser parte de la comunidad, y ser normalmente minoría, deben lidiar con el hecho de que, dado que la mayoría de individuos (o al menos las personas encargadas de aplicar las reglas) reconoce en un cierto estándar una conducta reglamentada, el “reproche” del que serán objeto en caso de actuar desviándose de él no sólo será justificado sino efectivo⁴³. Es decir, en un cálculo de costo-beneficio la idea de

⁴³ No utilizo aquí el término efectivo como un indicador de la frecuencia con que las sanciones acompañan a los actos contrarios a las reglas; no quiero decir con “efectivo” que a cada desviación se corresponde siempre una sanción, simplemente que la posibilidad de ser sancionado es real y latente.

desobedecer una regla por el sólo hecho de estar en contra de lo que estipula, es, dada la sanción que acompaña dicha desobediencia, una peor decisión que acatarla⁴⁴.

La distinción entre punto de vista interno y punto de vista externo gana en importancia porque permite explicar el hecho de que, de acuerdo a la perspectiva que se toma, se formulan distintos tipos de enunciados. Así, será distinto el enunciado que sobre la existencia de una regla formule un participante de la práctica que el de alguien que se ubique en el punto de vista externo.

Hart se compromete con la idea de que no es posible dar cuenta de regla alguna sino en función de su aspecto interno. Es decir, parece que para poder dar cuenta de reglas es necesario entenderlas tomando en cuenta el punto de vista del participante. Cualquier oración que busque explicar o aseverar la existencia de una regla debe voltear su atención hacia la actitud de los participantes, de lo contrario estará reportando solamente, de manera descriptiva, hábitos de conducta. Aunque acepta que desde el punto de vista externo pueden formularse distintos tipos de enunciados (algunos quizás tomando en cuenta el aspecto interno de las reglas), Hart está interesado en explicar porque desde algo que llama “punto de vista externo extremo” (*extreme external point of view*) los patrones de conducta que califica como reglas no podrían explicarse más que como conductas habituales.

Este punto de vista externo extremo, coincide con el punto de vista del científico que “desde fuera” observa (en este caso una práctica) y después reporta los resultados de su investigación como un cúmulo de datos. Las observaciones que este tipo de observador puede hacer según Hart, son ineficaces en su intento por explicar las reglas, ya que al posicionarse en esta perspectiva, las personas son insensibles ante, o pierden de vista, la actitud que supone el aspecto interno.

Como hemos dicho antes, solamente la conjunción del aspecto interno con el aspecto externo pueden permitirnos decir con verdad que una cierta regla existe. Si esto es así, parece que Hart tiene razón en decir que la explicación de alguien que sea incapaz de dar cuenta de la actitud de los participantes, es decir del aspecto interno, es una explicación incompleta del fenómeno. Estamos interesados entonces en decir que,

⁴⁴ Hart dice explícitamente “el punto de vista externo puede reproducir de manera muy cercana la forma en la que funcionan las reglas en la vida de ciertos miembros del grupo, a saber de aquellos que rechazan sus reglas y están afectados por ellas solamente cuando y porque juzgan que consecuencias no placenteras habrán de seguir probablemente a la violación. “*The external point of view may very nearly reproduce the way in which the rules function in the lives of certain members of the group, namely those who reject its rules and are only concerned with them when and because they judge that unpleasant consequences are likely to follow violation*” Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, op., cit., p. 88.

para poder explicar una regla como regla, es necesario apelar a su aspecto interno, y si no lo hacemos, cualquiera sea nuestra explicación, estaremos dando cuenta solamente de una conducta repetida de manera habitual, más nunca de una conducta regulada o reglamentada

La teoría hartiana del derecho no podría entenderse mínimamente sin la breve explicación que hemos desarrollado hasta aquí. Su método de elucidación de conceptos, su idea sobre el orden legal como un orden sistemático a causa de la interrelación entre dos tipos distintos de reglas, junto con su idea de los aspectos de las reglas y los puntos de vista de las personas, trazan el escenario, casi completo, que nos permite dar el paso hacia lo que podríamos llamar las “tesis semánticas” de su teoría jurídica. Con ello queremos hacer referencia a las tesis que apelan a la naturaleza lingüística de las prácticas jurídicas y las implicaciones que acarrea la aceptación de esta idea.

Cierto es que todo lo que se ha dicho previamente aporta elementos para entender la óptica de Hart al intentar explicarse el derecho. Más existen problemas como el quehacer de los jueces, que Hart explica concediendo al lenguaje y a las prácticas lingüísticas (normativas) un papel preponderante. Son éstas ideas las que dieron pie principalmente, a las críticas hechas por Ronald Dworkin, que permitieran el siguiente giro de tuerca en la teoría jurídica. Retomando a MacCormick, diremos que en lo que sigue, habremos de explicar, de la manera más clara que nos sea posible, el tercer aspecto indispensable para entender la teoría de Hart, a saber la incompletitud intrínseca de los sistemas jurídicos, misma que da pie a la discreción judicial.

CAPITULO II LAS TESIS SEMÁNTICAS DE LA TEORÍA JURÍDICA DE H. L. A. HART

2.1. LA REGLA DE RECONOCIMIENTO HARTIANA

La introducción formal que realiza Hart de la regla de reconocimiento se encuentra en el capítulo V de *The Concept of Law*. Si bien es cierto que el desarrollo de la idea se encuentra en el capítulo siguiente titulado “Los fundamentos de un sistema legal” (*The foundations of a legal system*), la situación de una comunidad pre-jurídica, cuyas conductas se rigen más bien por mandatos de la costumbre, se establece hacia el final del capítulo que lleva por nombre “el derecho como unión de reglas primarias y secundarias” (*law as the unión of primary and secondary rules*)⁴⁵.

Ahí, Hart presenta una comunidad en la que no opera sistema legal alguno⁴⁶. Para esta comunidad, todas las reglas que rigen su conducta son reglas de la costumbre⁴⁷, que existen en tanto son aceptadas y usadas por la mayoría de miembros del grupo. Señala entonces, tres defectos que una sociedad como ésta ineludiblemente tendría: la incertidumbre, el carácter estático propio a las reglas de una situación así y la ineficacia.

⁴⁵Shapiro, Scott, What is the Rule of Recognition (and Does It Exist)?, en *The Rule of Recognition and the U.S. Constitution*, (eds.) Matthew Adler, Kenneth Himma, Oxford University Press, Inglaterra, 2009. Disponible en http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Faculty/Shapiro_Rule_of_Regulation.pdf

⁴⁶ Vale la pena recordar que la idea Hartiana de sistema está fuertemente condicionada por la interrelación que existe entre dos tipos de reglas.

⁴⁷ Con precisión, Hart plantea la cuestión acerca del tipo de reglas que una comunidad pre-jurídica sigue, en términos de lo que antes ha llamado “reglas de obligación”. Nos dice que, de hecho, no tenemos inconveniente en imaginar sociedades carentes de legislaturas o jueces, cuyo único medio de control social es la actitud general del grupo hacia sus propios estándares de comportamiento. Y aclara que, pese a que normalmente se ha hecho referencia a esta clase de estructura social como una de “costumbre”, el término de “reglas primarias de obligación” funciona mejor. Dado que, regularmente asociamos a la palabra “costumbre” ideas como que las reglas así impuestas resultan demasiado viejas, o que necesitan, en comparación con otras, un respaldo de la presión social bastante menor. La idea parece ser que cuando empleamos la palabra costumbre para explicar el motivo posible de nuestra acción, pensamos entonces que nuestro acto en realidad se llevó a cabo de manera casi espontánea y no en función de la existencia de alguna regla. Cfr., Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, op., cit., p. 89.

En sociedades pequeñas, dice Hart, la posibilidad de que surjan desacuerdos o dudas acerca de qué comportamientos son reconocidos como correctos es menor. Y, en caso de presentarse, los medios para solucionarles no resultan demasiado complejos. Por ejemplo, si en un momento determinado, surge en una sociedad pre-jurídica la duda acerca de cuantas mujeres le es permitido a un hombre desposar, bastaría para resolver el problema, acudir a la determinación de la costumbre existente, o, si el desacuerdo permaneciera, a algún tipo de combinación entre persuasión, negociación y deliberación. Sin embargo, conforme las sociedades fueran creciendo, haciéndose más complejas y tomando un carácter cada vez más heterogéneo, la incertidumbre que provocarían dudas y desacuerdos probablemente proliferaría. De este modo, las técnicas de solución antes propuestas resultarían más costosas, o menos efectivas.

Por otra parte, las reglas de un sistema así estructurado gozarían de un carácter estático que en no pocas ocasiones las haría incapaces de solventar las necesidades de los grupos sociales. Convirtiéndolas así en herramientas inefectivas. Por ejemplo, si una sociedad, sobre la que la costumbre ha impuesto el pago de un cierto gravamen como estándar de comportamiento, se viera en la necesidad de modificar el importe requerido a causa de una sequía, el carácter mismo de sus reglas haría imposible la participación de un grupo o individuo que diera una solución pronta al problema. Ya que las reglas de la costumbre no pueden ser cambiadas a voluntad. Por el contrario, únicamente varían en razón de un lento proceso de transformación. Con ello, una situación como la anterior resultaría un verdadero problema.

Por último, al considerar Hart la ineficacia de una estructura tal, nos pide pensar en un caso en el que, en una sociedad regida por la costumbre, existe una regla clara acerca de la propiedad sobre la tierra, concediéndola a aquél que fuese el primer demandante, pero en el que la cuestión acerca de quién, efectivamente, ha sido el primero en reclamar su derecho sobre un terreno en disputa, resultara aún controvertida. Dado que la estructura no contiene mecanismo alguno para determinar la satisfacción o violación de alguna de las reglas, los intentos por decidir quien realmente es el propietario de la tierra, se volverían una cuestión complicada.

Así, Hart propone que existen en los sistemas jurídicos contemporáneos reglas, a las que llama fundamentales, que solventan varios de los defectos que aquejan a las

comunidades pre-jurídicas. Para solucionar el problema de la inconsistencia⁴⁸, sugiere la utilización de una “regla de reconocimiento” que sirve para señalar, mediante criterios, las reglas que resultan vinculantes. De manera simple, diremos de esta regla que por referencia a ella, la mayoría de cuestiones normativas pueden ser resueltas sin acudir a la persuasión, a la negociación, o a la deliberación. Así pues, si surge una duda acerca de cuántas mujeres le es permitido a un hombre desposar, se puede acudir a alguna declaración antigua, a la costumbre de otra sociedad, a algún código sagrado, etc., a fin de dar respuesta a la pregunta.

La llamada “regla de cambio” es la solución que Hart propone al problema que sugería el carácter estático de las reglas que rigen una sociedad de estructura costumbrista. Una regla tal, confiere poder en una persona o institución, para crear, modificar, o extinguir reglas, y puede también, especificar los procedimientos idóneos para su ejercicio.

Por último, Hart propone lo que llama “regla de adjudicación”. Misma que confiere poder en ciertos “cuerpos” para aplicar las reglas, y lograr con ello hacer frente al problema de la ineficacia de las estructuras pre-jurídicas.

De esta manera, Hart introduce un concepto que resultaría determinante para la construcción de toda su teoría jurídica, siendo probablemente uno de los aspectos de toda la jurisprudencia analítica, a los que más tinta han dedicado los juristas contemporáneos.

2.2. FUNDAMENTOS DE UN SISTEMA LEGAL

Según Hart, la idea de Austin de ubicar los fundamentos de un sistema legal en una situación tal, en la que los miembros de una comunidad tienen el hábito de obedecer las órdenes respaldadas por amenazas que emite un soberano, mismo que no obedece habitualmente a nadie, es equivocada. Para Austin un escenario así es condición necesaria y suficiente de la existencia de un sistema legal.⁴⁹

Para Hart, esta idea es incapaz de dar cuenta de los sistemas jurídicos contemporáneos, y aunque contiene ciertas verdades acerca de aspectos importantes del

⁴⁸ Antes nos hemos referido a él como un problema sobre la incertidumbre que genera la ausencia de criterios de identificación de reglas.

⁴⁹ Resulta conveniente anotar que cuando Hart habla de “fundamentos de un sistema legal” está pensando en aquellas condiciones, que de presentarse, permiten preferir ciertamente que un sistema legal existe.

derecho, es necesario que, para traer a la luz tales verdades, se les exponga en términos de una situación social más compleja en la que una “regla de reconocimiento” es aceptada y usada para identificar las reglas de obligación (primarias). Sólo a este caso, según Hart, es merecido el término “fundamentos de un sistema legal”. Esto es, solamente aquella situación en la que, en el reconocimiento de sus reglas primarias, una sociedad acepta y usa una regla de reconocimiento, constituye eso a lo que Hart llama los fundamentos de un sistema legal.

En tal escenario, las personas (ya los oficiales, ya las personas privadas) están provistas de “criterios normativos” a partir de los cuales pueden identificar las reglas primarias. Dichos criterios pueden tomar una o más formas. Por ejemplo: un texto autoritativo, una promulgación legislativa, prácticas de la costumbre, declaraciones generales de personas específicas, o decisiones judiciales en el pasado.⁵⁰

Según la idea hartiana de la “subordinación relativa” que afecta a tales criterios, en la mayoría de los sistemas jurídicos contemporáneos se han tomado las previsiones necesarias para dotarles de un cierto “orden jerárquico”. Esta previsión se corresponde con el interés de evitar los posibles conflictos que entre ellos pudieran surgir. Sin embargo, debemos ser cuidadosos en no confundir dicha subordinación relativa con algún tipo de “derivación”. En otras palabras, decir que un cierto criterio es subordinado a otro, no significa en sentido alguno que le sea derivado. Por ejemplo, en el sistema anglosajón, tanto la costumbre, como el precedente, gozan del carácter de ley (*law*); de ambos diríamos que funcionan como criterios normativos, subordinados pero independientes a la legislación. Esto significa que no es en virtud de la legislación, ni siquiera de manera tácita, que tanto el precedente como las prácticas de la costumbre adquieran su estatus de leyes, no obstante, su menor jerarquía. Es la regla de reconocimiento la que nos permite ubicar de cada criterio su estatus jerárquico, y que al mismo tiempo, nos conduce a pensar en ellos como independientes. La existencia de dicho orden, junto con la de la regla de reconocimiento misma, se manifiesta en la práctica generalizada de identificar las reglas de obligación mediante ciertos criterios normativos.

⁵⁰ Es interesante preguntarse si esta lista dada por Hart tiene la intención de ser una enumeración exhaustiva. Más adelante se verá que una de las cuestiones controvertidas con la respuesta a las críticas de Dworkin que Hart expuso en el postscript tiene que ver con la idea de que su teoría ya contemplaba la existencia de principios, quizás en el papel de criterios normativos. Véase Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, op., cit., p. 97.

Generalmente, esta regla compleja de reconocimiento nunca está formulada de manera expresa como regla, aunque en ocasiones ciertos actos (como pronunciamientos de cortes), enuncian expresamente los criterios usados en la identificación de reglas y su ordenación o jerarquía. Es por ello que, como ha sido ya dicho, su existencia (de la regla de reconocimiento) se muestra más bien a través de la práctica generalizada que llevan a cabo tanto cortes, jueces, etc., como los ciudadanos comunes, sobre la manera de identificar las reglas “particulares”⁵¹.

Aunque, como hemos repetido, la forma de determinar⁵² las reglas particulares, es una práctica generalizada (que, en principio, comparten tanto servidores públicos, como ciudadanos ordinarios por igual), es importante hacer notar que el uso que unos y otros realizan de la regla de reconocimiento, es distinto. Esto significa que, toda vez que sea una corte, un juez, etc., los encargados de reconocer los criterios normativos de validez, la conclusión a la que podrían llegar sobre la identificación correcta de cierta regla particular como “ley”, tendrá un carácter autoritativo especial (provisto por otras reglas) ausente en alguna conclusión que, aunque idéntica, haya sido formulada por un ciudadano común.

Después de advertirnos acerca de la diferencia que hay entre el uso que puede hacer de la regla de reconocimiento un juez y aquel que puede realizar un ciudadano común, Hart subraya que ambos (usos) son característicos del punto de vista interno. Con mayor precisión, que el uso de una regla de reconocimiento es propio del punto de vista de los participantes al interior de un cierto sistema legal.

2.2.1. DECLARACIONES INTERNAS Y EXTERNAS

Ahí donde se utiliza una regla compleja de reconocimiento con el fin de identificar las reglas particulares, aquellos que las aceptan y usan⁵³ como guías comunes de comportamiento, están en condición de formular oraciones distintas a las que

⁵¹ Aunque no es del todo claro al respecto, parece que cuando Hart habla de “reglas particulares” está pensando en aquellas que habrán de operar sobre cada caso. Es decir, está pensando que a la solución de cada caso jurídico se emplea(n) cierta(s) regla(s) cuya identificación se lleva a cabo por vía de la regla de reconocimiento. Cfr., *ibidem*, p. 98.

⁵² Utilizo aquí el término “determinar” como idéntico a “identificar” solamente para evitar la repetición. Hart todo el tiempo está pensando en la regla de reconocimiento cómo una práctica útil en la “identificación” de reglas, el uso del término “identificar” entonces, parece tener un contenido semántico distinto posiblemente al de “determinar”. Sin embargo, ante la carencia de términos y a fin de evitar el uso repetitivo del término “identificar” utilizo “determinar” en tal sentido.

⁵³ El uso y aceptación al que se refiere Hart, se dan tanto hacia la regla de reconocimiento, como a hacia las reglas particulares que permite identificar.

formularía quien detente el punto de vista externo; por ejemplo, “es la ley que...”, enunciado que podría ser proferido tanto por jueces como por otros hombres y mujeres ordinarios, miembros del sistema. De manera distinta, aquella persona que se posiciona frente a las reglas desde el punto de vista externo⁵⁴ estará en condición de formular enunciados como “en Inglaterra reconocen como ley...” oración propia a la figura de una persona que registra desde el exterior el hecho de que un cierto grupo acepta una regla, pero que “él mismo” no la acepta; que simplemente observa (desde fuera). Hart llama “internas” al primer tipo de declaraciones y “externas” al segundo.

Las declaraciones internas (*internal statements*) son entonces aquellas que “manifiestan el punto de vista interno y que son naturalmente usadas por alguien quien, aceptando la regla de reconocimiento y sin establecer el hecho de que tal regla es aceptada, aplica la regla en el reconocimiento de alguna regla particular del sistema como válida”⁵⁵. Mientras que las declaraciones externas (*external statements*) adquieren ese nombre porque son el “lenguaje natural de un observador externo del sistema quien, sin aceptar la regla de reconocimiento, establece el hecho de que otros la aceptan”⁵⁶.

Como hemos visto, mientras que una persona que se presenta ante las reglas como un simple observador puede formular oraciones acerca del hecho de que una regla (de reconocimiento) es aceptada por los miembros de una comunidad sin él mismo aceptarla, aquella persona que detente el punto de vista interno acepta dicha regla y la aplica al momento de reconocer una regla particular como válida, esto, sin establecer el hecho mismo de que tal regla es aceptada. Lo anterior, constituye la principal diferencia entre la forma en la que se vinculan con una regla de reconocimiento, por un lado, un observador externo, y por el otro, un participante de la práctica jurídica.

2.3. LA VALIDEZ EN EL DERECHO SEGÚN HART

Hart condiciona fuertemente la noción de validez al claro entendimiento de una situación en la que una regla de reconocimiento es usada al momento de formular declaraciones internas (que son claramente distinguidas de aquellas llamadas externas).

⁵⁴ Ver apartado 1.5.2. capítulo I.

⁵⁵ “An internal statement [...] manifests the internal point of view and is naturally used by one who, accepting the rule of recognition and without stating the fact that it is accepted, applies the rule in recognizing some particular rule of the system as valid”. La traducción es nuestra. Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, op., cit., p. 99.

⁵⁶ “It is the natural language of an external observer of the system who, without himself accepting its rule of recognition, states the fact that others accept it”. Ídem.

Según Hart, la palabra “validez” es utilizada con mayor frecuencia, aunque no siempre, en declaraciones internas que apelan a la identificación de una regla particular del sistema, aplicando una regla de reconocimiento. Es decir, es más común encontrarnos con la palabra validez en enunciados que expresan, por parte de quien los profiere, el uso de una regla tal. Para Hart, decir que una regla es válida es decir que ha cumplido con todas las pruebas (*test*) impuestas por la regla de reconocimiento que debía cumplir para ser una regla del sistema.

Sin embargo, es importante aclarar que las oraciones mediante las cuales se expresa que una cierta regla ha cumplido con tales criterios, gozan del carácter interno propio de este tipo de declaración. Una afirmación sobre la validez de una regla en un caso particular, por ejemplo “es la ley que...”, lo que hace es aplicar a tal caso una regla de reconocimiento aceptada por el hablante y por los demás miembros de la comunidad, y no hacer referencia al hecho de que los criterios impuestos por la regla de reconocimiento han sido satisfechos. En este sentido, no es lo mismo un enunciado como “de acuerdo al artículo... del código... este tribunal decide...”, a uno como “el artículo... del código... satisface todos los criterios impuestos por la regla de reconocimiento”.

Una vez que Hart ha introducido su noción de validez, se cuestiona por la relación que existe entre ésta y la eficacia. Generalmente, nos dice, que una norma sea eficaz refiere al hecho de que sea más obedecida. Sin embargo, es fácil ver cómo la conexión entre validez y eficacia no es necesaria. A menos que la regla de reconocimiento incluya entre sus criterios una provisión en ese sentido; criterio que podría expresarse más o menos de la siguiente manera “ninguna regla cuenta como regla del sistema si por algún tiempo ha dejado de ser eficaz”. En otras palabras, el hecho de que una regla haya dejado de ser obedecida no significa que no sea válida. Su validez depende de que satisfaga los criterios impuestos por la regla de reconocimiento, y no de la medida en la que los miembros de la comunidad la obedezcan. Solamente si entre estos criterios se encuentra un requisito acerca de su eficacia, una regla ineficaz puede llegar a no ser válida, pero esto no es un hecho necesario de los sistemas jurídicos contemporáneos.

Enseguida, Hart se preocupa por ubicar dos escenarios en los que los hablantes carecen del “contexto” (*background*) normal para formular declaraciones internas. En primer lugar, aquella situación en la que el sistema de reglas resulta completamente nuevo. Es decir, un escenario en el que nunca antes un grupo había adoptado tal o cual

sistema de reglas para regular la convivencia social. En segundo, la situación en la que un orden ya establecido al interior de un grupo deja de ser el sistema legal que rige su comportamiento (social). En ambos casos, dice, los miembros de la comunidad están faltos del *background* normal para formular declaraciones internas. Lo que nos conduce a decir que en tales casos carecería de sentido afirmar que: i) podemos encontrar los derechos y deberes de las personas por referencia a las reglas primarias del sistema, y ii) que tales reglas son válidas por referencia a una regla de reconocimiento.

Esta idea conduce a Hart a pensar entonces, que es posible afirmar, de alguien que pronuncia un enunciado interno, que “presupone” el “enunciado de hecho externo” referente al hecho de que el sistema es generalmente eficaz. Es decir, para Hart un contexto o *background* normal, según el cual las personas quedan en condición de formular declaraciones internas, se identifica con la suposición que dicha persona puede hacer sobre el hecho externo de la eficacia del sistema (o por lo menos da las condiciones necesarias para que tal suposición pueda ser realizada). En otras palabras, en cualquiera de los dos casos en los que dice, las personas no poseen el *background* normal, éstas no están en posición de suponer nada acerca de la eficacia del sistema y por consecuencia su “capacidad” para enunciar declaraciones internas se ve afectada⁵⁷.

Además, las declaraciones internas normalmente se pronuncian en contextos de eficacia general, aunque claro que esto no implica que los enunciados acerca de la validez de una regla signifiquen o establezcan la eficacia del sistema.

Por otro lado, entender la forma en la que se conectan estos tipos de enunciados, nos permite ver la perspectiva de las teorías que afirman que hablar de la validez de una norma nos hace capaces de predecir su aplicación por parte de alguna autoridad. Mas insistimos, esto puede verse solamente, gracias a entender la relación entre las dos partes de la distinción, esto es, tenemos dos tipos de declaraciones expresadas en dos tipos de enunciados, internos y externos. Los primeros (internos) presuponen a los segundos (externos) y son proferidos generalmente en contextos en los que las reglas son eficaces. Un ejemplo de enunciado interno puede ser: “es la ley que...”. Los enunciados externos, por su parte, se refieren justamente al hecho de la eficacia de las reglas de un cierto sistema. Un ejemplo de esta clase de enunciado es: “en Inglaterra reconocen como ley...”. Dado que la eficacia está ya presupuesta en la enunciación

⁵⁷ Aunque Hart no es muy claro al respecto. Con precisión, lo único que dice Hart es que: i) las personas en estas situaciones carecen del *background* normal para la formulación de declaraciones internas. ii) que aquel que formula una declaración interna “presupone” el enunciado externo referente a la eficacia del sistema. *Ibidem*, p. 101.

misma del primer tipo de oraciones, podemos entender porqué existen teorías para las que un enunciado interno como “es la ley que...” permite (por decirlo de algún modo, instantáneamente) predecir la aplicación de una norma. Pues parece que estamos afirmando con un enunciado interno como “es la ley que...” que de hecho las personas actúan de ese modo.

La idea que debemos resaltar es sin embargo, que la verdad de un enunciado externo (que un observador podría proferir), referente al hecho de que las reglas de un cierto sistema legal son generalmente obedecidas, está normalmente presupuesta por quien pronuncia un enunciado interno de obligación o validez. Según Hart, el problema con las teorías como la de la predicción judicial es justamente que niegan el carácter especial del enunciado interno, equiparándolo a uno externo referente al comportamiento de los oficiales.

2.3.1. LA VALIDEZ DE LA REGLA DE RECONOCIMIENTO

Otra característica de la regla de reconocimiento Hartiana es su carácter último. Así mismo, nos dice Hart, existe un criterio entre aquellos de los que nos provee la regla de reconocimiento, que dentro del orden jerárquico goza una posición de supremacía.

Identificar a uno de los criterios como supremo (*supreme criterion*) significa que en los casos de conflicto, son las reglas que nos permite identificar, las que resultan válidas. Esto es, un criterio es supremo si, primero, las reglas identificadas por él siguen siendo reglas del sistema a pesar de estar en pugna con las reglas identificadas por otro criterio. Y, segundo, si en caso de conflicto, aquellas reglas identificadas por el criterio no supremo dejan de ser reconocidas como partes del sistema, al tiempo que las reconocidas por el criterio supremo gozan aún de tal carácter.

La regla de reconocimiento es la regla última de cualquier sistema legal. Esto en el sentido de que no hay regla que provea sus criterios de validez. La investigación que podríamos hacer acerca de los criterios que nos permiten reconocer las reglas de un sistema, llegaría a su fin en la regla de reconocimiento. Esto es, podríamos preguntarnos por la validez de un patrón de comportamiento al que pretendemos identificar como una regla del sistema, entonces nuestra exploración consistiría en ubicar aquellos criterios que nos permitieran reconocer tal patrón, de hecho, como regla. Lo mismo podríamos hacer ahora con los criterios, pero llegará el momento en que hagamos referencia a una

regla de la que no podamos ya encontrar los criterios en virtud de los cuales digamos, su validez es derivada. Entonces habremos encontrado la regla de reconocimiento y comprobado su carácter último. En pocas palabras, la regla de reconocimiento provee los criterios de validez de otras reglas, pero no existe regla alguna que provea los suyos: podemos decir que la regla de reconocimiento existe sin referirnos a criterio alguno.

Esta última afirmación, según Hart, ha resultado un tanto problemática. Muchos autores se han preguntado entonces ¿cómo es que la regla de reconocimiento es válida? Llegando a conclusiones supuestamente equivocadas. Decir que no existe regla que provea los criterios que den validez a la regla de reconocimiento, señala Hart, acepta dos lecturas, una de ellas equivocada. Así, es falso pensar que se puede hablar de la validez de la regla de reconocimiento en ausencia de una regla que le provea de los criterios acordes a tal fin. Es decir, no es cierto que la regla de reconocimiento sea válida, a pesar de la ausencia de una regla que le provea de criterios. La forma correcta de entender la afirmación del carácter último de la regla de reconocimiento se da en términos de su existencia. Es decir, es cierto que no existe regla alguna que postule los criterios según los cuales podamos juzgar la validez o invalidez de la regla de reconocimiento. Sin embargo, esto se debe a que la regla de reconocimiento ciertamente “existe” sin importar si es válida o no. Es en la práctica generalizada que tanto los funcionarios, como los individuos comunes, llevan a cabo al momento de identificar las reglas del sistema, que dicha existencia queda expresada. En otras palabras, la regla de reconocimiento no es válida ni invalida, es una que los participantes en una comunidad “usan” para identificar las reglas de obligación.

Algunos teóricos, dice Hart, sostienen que dado que la regla de reconocimiento es indemostrable⁵⁸, debe pensarse que es “asumida”, “postulada”, o que es una “hipótesis”, pero esto, según él, también es falso. Acerca de la regla de reconocimiento uno puede preguntarse diversas cuestiones, de hecho (¿se usa o no se usa?), de valor (¿es justa o injusta?), etc. Sin embargo, al preguntarse por su validez⁵⁹, siempre responderá con un enunciado externo de hecho; empero, cabe recordar que esta clase de enunciado está ya presupuesta en la formulación de uno interno. La idea es que, en el

⁵⁸ En términos de la mencionada ausencia de criterios a partir de los cuales su validez sea derivada.

⁵⁹ Antes hemos aclarado que parece carecer de sentido preguntarse por la validez o invalidez de la regla de reconocimiento. Sin embargo, esto no significa que la gente “de hecho”, este impedida en hacerlo. Lo que Hart quiere aclarar aquí es que al “preguntarse” alguien por la validez de dicha regla, será equivocado que piense que está asumida, pues los participantes de la práctica jurídica lejos de hacer esto, presuponen que tal regla existe sin siquiera preguntarse si es válida o no.

acto de identificar las reglas que forman parte de un sistema, los participantes, capaces de enunciar declaraciones internas, hacen uso a través de tales declaraciones, de una regla de reconocimiento. Con ello, consiguen poner por caso su “uso” y “aceptación” de dicha regla (de reconocimiento) dejando no instanciado aquello de lo que un observador podría dar cuenta. Todo esto que queda no instanciado forma el contexto (*background*) de los enunciados de validez (internos) y de ello decimos que queda presupuesto ya, en la formulación de las declaraciones internas. De este modo, decir que “presuponemos la existencia de la regla de reconocimiento” no es lo mismo que decir que “asumimos o postulamos su validez”. El punto de vista de quien acepta las reglas no se pregunta por la validez de la regla de reconocimiento, ya que la usa para identificar las reglas del sistema. Esto es, la presupone.

Parece entonces que son dos los aspectos primordiales que integran el contenido de tal suposición. A saber, la aplicación misma de la regla de reconocimiento para identificar como válida a una regla particular dentro del sistema. Y, que de hecho, es el caso de que la regla de reconocimiento es aceptada y empleada no sólo por el “hablante”, sino en la operación general del sistema. Es decir, suponemos su “uso” y su “uso generalizado”.

En pocas palabras, debemos tener claro que sobre la validez o invalidez de la regla de reconocimiento, carece de sentido hacerse preguntas. Ella misma no puede ser válida o inválida, simplemente es aceptada para usarla justo de la manera ya tantas veces descrita. Su existencia es una cuestión de hecho. La palabra validez, normalmente sólo es necesaria para responder preguntas acerca de la “existencia” de una regla al interior de un sistema de reglas. Mas su alcance no abarca la regla de reconocimiento, pues es en función de ella que respondemos tales interrogantes. Aunque el término “validez” pueda resultar equivalente al de “existencia” cuando hablamos de las reglas que integran el sistema, no lo es cuando hablamos de la regla de reconocimiento, cuya “existencia” es, más bien, una cuestión de hecho.

2.4. CONDICIONES NECESARIAS Y SUFICIENTES DE LA EXISTENCIA DE UN SISTEMA JURÍDICO

Hacia el final del capítulo VI de *The Concept of Law*, Hart señala que, debido a la complejidad de los sistemas jurídicos contemporáneos, resulta difícil afirmar que al interior de cada comunidad, todos los participantes de la práctica jurídica poseen un

conocimiento igual (una concepción general) acerca de la regla de reconocimiento. En otras palabras, que la manera de conocer y tener conciencia acerca de los criterios según los cuales una regla puede ser identificada como válida o no, no es, ni tiene porque ser, necesariamente la misma entre cada individuo. Para algunos, la ley que obedecen les es conocida simplemente como “la ley” y su obediencia puede estar dada por razones diversas. Así, resulta falso afirmar que todos los individuos estén (o deban estar) vinculados con las reglas de la misma manera que los servidores públicos, a fin de aseverar de manera cierta que un sistema legal existe.

Esto conduce a Hart a pensar entonces, que es evidencia suficiente de la existencia de un sistema legal, que las leyes válidas de acuerdo a los test de validez sean obedecidas por el grueso de la población. Esto es que, el que sea la mayoría de la población la que rijan su comportamiento de acuerdo a las reglas existentes conforme a la regla de reconocimiento, constituye el mínimo indispensable, en función de aseverar ciertamente la existencia de algún orden jurídico.

De lo anterior debemos tener claro que, por un lado, es falso decir que todos los miembros de una comunidad deben mostrar la misma concepción acerca de los criterios que les permiten identificar las reglas del sistema, para ser capaces de proferir la existencia de un orden legal. Y por otro, como veremos a continuación, que también es falso que este simple rasgo de la obediencia compartida sea por sí mismo, el que nos permita declarar la existencia del ordenamiento.

Nos dice Hart que, justamente por ser los sistemas legales una unión compleja entre reglas primarias y secundarias, la explicación sobre la existencia de un ordenamiento jurídico no puede verse reducida a la obediencia generalizada. Pues, de manera suplementaria, debe darse cuenta de la relación relevante que existe entre los servidores públicos y las reglas secundarias que les conciernen en tal carácter. Es en este sentido que la obediencia de parte de los ciudadanos ordinarios, que habíamos señalado como el mínimo indispensable para identificar la existencia de un sistema jurídico, resulta inadecuada, o al menos, incompleta. Lo que se requiere entonces, además de este hábito de obediencia, es que haya entre los servidores públicos, una visión (aceptación) compartida o unificada de la regla de reconocimiento.

Esta visión de la regla de reconocimiento debe ser compartida por los servidores públicos (por los jueces particularmente), desde el punto de vista interno, como un estándar común de corrección en la decisión judicial, y no como algo que cada juez

obedece únicamente “por su parte”. Pues solo entonces, podremos dar cuenta de la “obediencia” de los jueces.

La idea es que, decimos de los servidores públicos, en particular de los jueces, que “obedecen” las reglas en un sentido distinto al que empleamos para señalar lo que ocurre entre la gente común. Mientras que para los ciudadanos ordinarios hablamos de obediencia⁶⁰ en términos de la posesión de un punto de vista interno que les permite sostener una actitud crítica, gracias a la cual están en posición de calificar ciertos actos de “correctos” o “incorrectos”, según su adecuación a un cierto patrón de conducta reconocido como regla por los miembros del grupo; para los jueces, la obediencia tiene que ver con la uniformidad con la que pueden identificar los criterios de validez de las reglas particulares que aplican. Esto implica que la actitud crítica que la aceptación y uso de una cierta regla de reconocimiento concede a los jueces, se ve transformada; enfocándose no en la calificación de los actos como correctos o incorrectos, sino más bien en contra de aquellos lapsos en los que un juez, a través de su decisión, se aleja de la visión compartida e uniforme que todos los demás (servidores públicos) aceptan y usan de la regla de reconocimiento. Esta aceptación y uso de una visión compartida sobre la regla de reconocimiento, constituye el punto de vista interno que detentan los jueces hacia las reglas secundarias del sistema.

Es decir, dado que las reglas secundarias confieren poderes a los servidores públicos para “llevar a cabo” las reglas de obligación, y no les imponen deberes u obligaciones, el tipo de “desobediencia” de la que pueden ser objeto los jueces, no se identifica con una “desviación” o “falta” de una conducta exigida. Sino con el alejamiento posible que al momento de identificar las reglas particulares del sistema podrían experimentar, de la visión compartida por el resto de servidores públicos, sobre cuáles son los criterios de validez. Por ello, la actitud crítica que, los jueces en particular, detentan, está orientada no hacia la calificación de actos en equivocados o no equivocados, sino hacia esas desviaciones que otros, o uno mismo podrían tener, en contra de la visión uniforme de la regla de reconocimiento.

Es importante resaltar que la razón por la cual se apela a reglas secundarias al momento de abordar la cuestión acerca de la “desobediencia” de los jueces, es que, con las reglas primarias, éstos, y en general todos los servidores públicos, están relacionados

⁶⁰ En realidad, a Hart no le interesa en este punto la dimensión lingüística que la discusión acerca del comportamiento de la palabra obediencia pudiera tener. Es decir, el problema que le interesa discutir no es si la palabra obediencia está bien usada o no, sino a qué se refiere exactamente en el caso de los jueces, el acto de “obedecer” las normas. Cfr. *Ibidem*, pp. 109,110.

de la misma manera que los ciudadanos ordinarios. Es decir, debido a que su relación con reglas de obligación no nos da la manera en que operan en tanto funcionarios.

Por otro lado, afirma Hart que esta actitud crítica hacia las lecturas desviadas es una condición necesaria de la existencia de cualquier ordenamiento jurídico. Antes hemos dicho que la obediencia a las reglas por parte de la mayoría de los miembros de una comunidad era el mínimo indispensable del que habríamos de dar cuenta si es que deseábamos afirmar que un cierto orden legal existía. Más, como hemos advertido, esta idea se complementa con el entendido de que, además de dicha obediencia generalizada, es necesario que los jueces sostengan un punto de vista interno hacia las reglas secundarias del sistema.

Decir que el punto de vista interno hacia las reglas secundarias que detentan los jueces, es condición necesaria a la afirmación de que un cierto sistema jurídico existe, se debe a que, si este no fuera el caso, la unión y continuidad características de un orden legal no existirían más. Es decir, si no existiera una visión compartida sobre los criterios de validez de acuerdo a los cuales, los jueces pudieran identificar las reglas que integran el sistema; si fueran solamente algunos los servidores públicos que aceptaran y usaran la regla de reconocimiento, y la crítica entonces, hacia los lapsos de desviación llevados a cabo por otros jueces, no pudiera ser generalizada, nos sería imposible declarar que en tal sistema existe unión y continuidad entre las reglas, características ambas de cualquier ordenamiento legal.

De aquí que Hart declare que son dos las condiciones mínimas, necesarias y suficientes para la existencia de un orden legal: i) que las reglas que son válidas de acuerdo a los criterios últimos de validez sean generalmente obedecidas, y ii) que las reglas de reconocimiento y los criterios de validez legal que especifican, junto con las reglas de cambio y adjudicación, sean efectivamente aceptadas como estándares comunes de comportamiento oficial por parte de los servidores públicos.

Los ciudadanos ordinarios tienen únicamente necesidad de satisfacer la primera condición, ya sea por convencimiento o por meras razones prudenciales. Los oficiales por su parte, independientemente de que podrían estar (de hecho lo están) vinculados con las reglas primarias, y en ese sentido necesitar satisfacer la primera condición, en su carácter de oficiales deben satisfacer la segunda, y en consecuencia, mostrar una actitud crítica hacia los lapsos de desviación propios y ajenos.

Con lo anterior, Hart culmina la caracterización de su regla de reconocimiento. Concepto que desgraciadamente para él, pero afortunadamente para la teoría jurídica, ha

conducido a juristas como Shapiro, Julie Dickson, Alberto Puppo, entre otros, a pensar en no pocos y muy diversos problemas. Por ejemplo, acerca de su naturaleza⁶¹, su alcance⁶² y hasta sobre su existencia⁶³.

2.5. LAS TESIS “SEMÁNTICAS” DE LA TEORÍA DE HART

2.5.1. LA TEXTURA ABIERTA EN EL DERECHO

Una vez que entendemos todo el contexto que supone la teoría hartiana de las reglas, y en particular su idea de regla de reconocimiento, podemos entrar con más claridad a la parte de su trabajo que aborda con mayor ahínco el aspecto lingüístico de los sistemas jurídicos. Una vez que hayamos comprendido al derecho como un sistema de reglas formuladas en términos del lenguaje natural, podremos ver de qué manera la tesis de la incompletitud necesaria de los sistemas jurídicos contemporáneos gana en importancia.

Cuando Hart comienza a hablarnos de la “textura abierta del derecho” (*open texture of law*) al inicio del capítulo VII de *The Concept of Law*, señala que en cualquier grupo social más o menos grande y complejo, al modo de las comunidades actuales, el control social no es alcanzado, sino a través de reglas, estándares y principios. Medios todos ellos que funcionan en lugar de directivas particulares dadas a cada miembro de forma individual.

Dichos estándares generales de comportamiento, que requieren a los individuos la realización de cierta conducta toda vez surjan las ocasiones por ellos descritas, deben de tener la capacidad de ser comunicados en términos que puedan entender aquellos a quienes estén dirigidos. Esto, si es que habremos de sostener que un orden legal cualquiera existe. Por ello, las leyes deben hacer referencia, predominante, aunque no exclusivamente, a clases de personas, de actos, cosas y circunstancias. De hecho, sostiene Hart que la operación exitosa sobre grandes áreas del comportamiento social, depende de una capacidad ampliamente extendida para reconocer, personas, actos, cosas

⁶¹ Dickson, Julie, “Is the Rule of Recognition Really a Conventional Rule?”, en *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 27, No. 3, 2007, pp. 373-402.

⁶² Puppo, Alberto, *Reglas últimas y convenciones profundas: una relectura de Hart y Kelsen*, disponible en http://www.upf.edu/filosofiadeldret/_pdf/Puppodraft190309.pdf

⁶³ Shapiro, Scott, op., cit.

y circunstancias particulares, como instancias de las clasificaciones generales que la ley establece.

Es decir, dado que en las sociedades actuales, solamente los estándares generalizados han demostrado ser capaces de ejercer control sobre las diversas áreas del comportamiento social, es necesario que, primero, dichos estándares sean planteados en términos de “clases” (de personas, actos, cosas, circunstancias) que aquellas personas que deben regir sus conductas conforme a ellos puedan entender; y segundo, que exista entre los miembros de dicha sociedad (que de hecho existe), la capacidad para identificar casos particulares como instancias de las descripciones generales que realiza la ley. Solamente de este modo, los diversos aspectos de la vida en comunidad pueden ser exitosamente controlados.

Señala Hart que usualmente han sido empleadas dos formas, distintas una de la otra, para expresar los estándares generales a partir de los cuales las personas pueden discriminar con anterioridad, los casos a los que habrán de aplicarse (dichos estándares). Una, dice, tipificada por la legislación, realiza un “uso máximo” (*a maximal use*) de lo que llama “palabras generales clasificadoras” (*general classifying words*). Mientras que otra, tipificada por el precedente, las usa mínimamente.

La segunda de estas formas, es comunicada según Hart, a través del ejemplo en todos sus modos. Aunque en ocasiones puede ser acompañada de expresiones verbales, tales como “haz lo mismo que yo”, la posibilidad de dejar abierto su alcance a varias alternativas, y así, a dudas, es mayor. Esto es, de acuerdo con esta segunda manera de formular los estándares generales de comportamiento, las personas pueden ser objeto de dudas respecto al reconocimiento de instancias particulares que un estándar determinado podría o no exigir, dado que se vale de la comunicación por vía del ejemplo y no de una formulación clara y verbal. *Verbi gracia*, un sujeto con mayor experiencia señala a su nuevo compañero de trabajo la manera correcta de seguir un protocolo de seguridad, acompañando una secuencia de movimientos del enunciado “esta es la forma correcta de comportarse en esta ocasión” (al momento de introducirse en un cuarto restringido de alguna fabrica, por ejemplo.). En una situación así, nada impediría al segundo sujeto preguntarse cosas como ¿la colocación del casco debe ser con la mano izquierda o derecha?, ¿debe preceder a la de los guantes?, ¿la colocación de las gafas no es posible

una vez que me haya puesto la bata?, etc.⁶⁴. Este grado de incerteza es en buena medida provocado por la naturaleza misma de la comunicación por vía del ejemplo, según la cual, nuestra capacidad para reconocer las instancias a las que el estándar general expresado refiere, se ve limitada, gracias a las amplias posibilidades de su alcance.

Caso contrario a las indeterminaciones provocadas por la comunicación a través de ejemplos, en los estándares generales de conducta expresados de forma explícita por fórmulas del lenguaje, la comunicación parece ser clara, formal y cierta. Aquello que resulta exigido como guía general de comportamiento es identificado por palabras. Así, las personas no tienen necesidad de especular respecto a si ciertos casos cuentan como instancias o no, de las conductas que dichos estándares les exigen realizar. En lugar de tales suposiciones, basta con acudir a las formulaciones verbales a través de las cuales los estándares que deben cumplir han sido formulados, e identificar los casos particulares que pueden ser subsumidos por los términos generales empleados en dichas formulaciones. Las personas están en condición de aplicar, de acuerdo a tales reglas, un razonamiento silogístico que les permite dibujar una conclusión, sin necesidad de suponer nada por cuenta propia. Dice Hart, los individuos tienen una regla que pueden aplicar por sí mismos y para sí mismos.

Más Hart nos invita a ser cuidadosos, pues parece que la relación antes mencionada entre la forma de comunicación que empleamos para expresar nuestras reglas, estándares, o principios, y la certeza respecto a los casos a que son aplicados, no es tan sencilla como aparenta. Es decir, no es cierto que la enunciación de los estándares generales a través de fórmulas lingüísticas sea no problemática.

Existen casos en los que, no obstante que el principio, regla o estándar, esté formulado a través de un enunciado, surgen incertidumbres respecto a si forman parte o no del alcance de los términos empleados. Ni los casos concretos tienen por sí mismos una etiqueta que nos indique bajo qué regla pueden y deben ser subsumidos, ni las reglas nos señalan con exactitud y exhaustividad la totalidad de casos a los que deben ser aplicadas. En todos los aspectos de la experiencia, dice Hart, existen límites a la capacidad del lenguaje, para dotarnos de guías exactas sobre el uso de sus términos. Estos límites son inherentes a la naturaleza misma de nuestro lenguaje.

⁶⁴ Hart señala que en estas ocasiones, las personas atienden determinados aspectos más que otros, en función del "sentido común" o de aquello que suponen, es el comportamiento aceptado por otros, para la ocasión general. Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, op., cit., p. 122.

Existen casos a los que resultará sencillo entender como instancias de una cierta descripción general, pero habrá otros, en los que, por más clara que dicha descripción pueda ser, resultará problemático saber si deben o no ser subsumidos a ella.

Según Hart, existen “cánones” interpretativos que pueden ayudar a disminuir las incertidumbres, pero que no pueden eliminarlas por completo, por ser ellos mismos formulaciones generales acerca del uso del lenguaje, expresadas en términos que también requieren interpretación.

Hay que resaltar que los casos sencillos, en los que parece que los términos generales no necesitan de interpretación y el reconocimiento de las instancias a las que aluden resulta no problemático, generalmente aparecen en contextos similares en los que existe un acuerdo generalizado sobre los juicios, referente a la aplicabilidad de los términos.

Esta indeterminación se debe en buena medida a que existe en el lenguaje un problema que tiene repercusiones dignas de considerar. Si bien es cierto que nuestros términos no podrían ser medios eficaces de la comunicación, si no fueran aplicados a casos familiares que no representasen reto alguno al momento de identificar las formas “correctas” de usarles. También lo es que las variaciones de los casos a los que un término hace referencia es uno de nuestros recursos lingüísticos. Es decir, es cierto también, que en el lenguaje contamos con el recurso de variar los casos “familiares” a los que un término hace referencia, sin, por ello, decir que hacemos un mal uso del término. Esto conduce a situaciones en las que los individuos tienen razones para aplicar, y razones para no aplicar un término a un caso concreto, y en las que, sin embargo, no existe una convención firme o un acuerdo general que dicte su uso. En escenarios como éste, algo como una elección entre alternativas abiertas debe ser hecho si es que habrá de superarse la incertidumbre.

De aquí que podamos afirmar que para ciertos casos, a pesar de ser situaciones en las que los estándares generales de comportamiento hayan sido expresados por un lenguaje general autoritativo en lugar de por vía de ejemplos de autoridad, resulta inoperante la simple forma silogística de razonamiento, que antes les habíamos atribuido. En esos casos, parece que la descripción general que se ha llevado a cabo señala, mejor dicho, no más que un ejemplo autoritativo, representado por los casos simples o “familiares” que pueden ser subsumidos a tal descripción.

Entonces, la persona que desea dar respuesta a la indeterminación que podría plantear un caso concreto, deberá aludir a las semejanzas que existen entre las

“situaciones familiares⁶⁵” a las cuales hace referencia la descripción, y el escenario que actualmente es el caso. Lo único que podrá hacer es dar cuenta de si esta semejanza entre los aspectos “relevantes” de cada situación, es “suficiente” para tal propósito (encontrar el caso anormal semejante a los casos familiares).

Esto implica que un sujeto en una posición tal, es investido por el lenguaje de una discreción más o menos amplia. La idea es que, aquél que desee dar solución a los problemas de indeterminación, cuando los estándares de comportamiento han sido expresados mediante el uso autoritativo del lenguaje, tendrá un rango de discrecionalidad (concedido por el lenguaje mismo) para identificar las semejanzas, entre los casos familiares y el actual, sobre los aspectos relevantes que de manera suficiente permitan subsumir el caso anómalo a los términos de la descripción.

Es importante subrayar que Hart, en principio, está pensando que en situaciones así, la conclusión sobre la aplicación de una regla (jurídica, o simplemente lingüística), a la que alguien podría llegar de manera discrecional⁶⁶, no tiene por que ser arbitraria o irracional, aunque en efecto sea una elección. La persona escogería adicionar a una línea de casos, uno nuevo cuyas similitudes resultaran, legalmente (en el caso de leyes) “relevantes” y “suficientemente” cercanas. En el caso de reglas jurídicas, los criterios de relevancia y cercanía estarían determinados por factores, tales como los fines y propósitos, que podrían ser atribuidos a la regla en cuestión.

Hart introduce la idea de textura abierta⁶⁷ diciendo que “cualquiera que sea el instrumento, precedente o legislación, que se escoja para la comunicación de los estándares de comportamiento, esto, sin importar que tan llano operen sobre la gran mayoría de casos ordinarios, en el momento en el que su aplicación esté en duda, se erigirán indeterminados; tendrán lo que ha sido nombrado una textura abierta.”⁶⁸

En resumen, la indeterminación propia a los casos en los que se emplea la legislación como instrumento de comunicación de los estándares de conducta, es una

⁶⁵ Timotty Endicott señala que estos “casos familiares” pueden entenderse como los “casos paradigmáticos” que, más adelante se verá, constituyen el núcleo del desacuerdo.

⁶⁶ Parece que para Hart el término discrecional y el término arbitrario no son equivalentes exactos. Por el contrario, da la impresión de que cuando habla de una manera discrecional de escoger entre las alternativas abiertas que presenta un caso de indeterminación, se está refiriendo solamente a un modo no silogístico de razonamiento. Cfr., Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, op., cit., p. 124.

⁶⁷ Para una Buena introducción a la idea hartiana de textura abierta ver Bix, Brian, “H.L.A. Hart and the “Open Texture” of Language”, en *Law and Pilosophy*, Vol.10, No. 1, 1991, pp. 51-72.

⁶⁸ “*Whichever device, precedent or legislation, is chosen for the communication of standards of behavior, these, however smoothly they work over the great mass of ordinary cases, will, at some point where their application is in question, prove indeterminate; they will have what has been termed an open texture.*” La traducción es nuestra. Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, op., cit., p. 124.

característica inherente al lenguaje humano. Para Hart, dicha indeterminación es la consecuencia de emplear “palabras generales clasificadoras” para expresar cualquier cuestión de hecho. Así, cualquier idioma es, en menor o mayor medida, susceptible de sufrir casos de textura abierta⁶⁹.

Sin embargo, más allá de los problemas de indeterminación (por textura abierta) que esta dependencia hacia el lenguaje provoca, debemos entender que, ni siquiera como ideal, sería plausible aceptar que una regla sea capaz de establecer con anterioridad, de manera exhaustiva, la totalidad de los casos a la cual resulta aplicable; sin opción a que una elección nueva pudiera llevarse a cabo entre alternativas abiertas. En pocas palabras, esto se debe a que somos seres humanos, y en tanto tal, disponemos de recursos limitados al momento de regular nuestros comportamientos.

Según Hart, nuestros intentos por regular la vida en sociedad, de manera anticipada y sin ambigüedad, a través de estándares generales que pudieran ser usados sin mayor esfuerzo “judicial” en casos particulares, están condicionados por dos desventajas que nuestra sola condición humana nos impone. A saber, nuestra ignorancia relativa acerca de los hechos (*relative ignorance of fact*) y nuestra indeterminación relativa de fines (*relative indeterminacy of aim*).

La idea de modo general nos dice que, en un mundo en el que existiera un número limitado de “elementos” y todas las posibilidades en que éstos pudieran combinarse nos fueran conocidas, nuestra capacidad de prever por completo los casos que podrían ser subsumidos a nuestras oraciones formadas por palabras generales clasificadoras, sería completa. Tendríamos conocimiento con anticipación de todos los casos posibles, y este conocimiento nos permitiría formular reglas que los contemplaran. Así, la posibilidad de encontrar situaciones en las que una elección entre alternativas abiertas debiera ser hecha, sería nula. En este mundo la “aplicación” del derecho podría ser una cuestión mecánica.

El problema es que el mundo no se comporta así. En la realidad no existe legislador alguno capaz de identificar con anterioridad todos los casos que podrían presentarse en el futuro. Este hecho trae consigo, según Hart, una indeterminación relativa de propósitos. Esto significa que, toda vez que una persona ha decidido articular una regla de conducta, fija bajo el contexto imperante en ese momento, las condiciones

⁶⁹ La idea de textura abierta en Hart procede de Friedrich Waismann. Ver Waismann, Friedrich, “Verifiability”, en *Logic and Language First Series*, (ed.) Flew Antony, Basil, Blackwell Oxford, Inglaterra, 1968, pp. 117-144.

que deben ser satisfechas por los casos que habrán de recaer bajo su alcance o extensión. Casos a los que Hart llama paradigmáticos o casos claros. Es decir, en el momento en el que una persona formula una regla de comportamiento, de acuerdo con el contexto con el que interactúa y a través del uso del lenguaje, precisa las condiciones que marcan los casos que quedan dentro de su alcance. Al momento de hacer esto determinamos nuestro propósito en función de la decisión que hemos hecho. Lo último quiere decir que, al momento de establecer una regla de conducta, fijamos también el propósito que pretendemos con dicha regla.

Quedando establecidas las circunstancias que nos permiten identificar los casos claros, un “primer” propósito es asentado. Hart introduce aquí el conocido ejemplo de la regla que prohíbe los vehículos dentro de un parque. Nos dice que, al momento en el que la regla es formulada, dadas las circunstancias que a través del lenguaje logran ser expresadas para prohibir el ingreso de vehículos al parque, un conjunto de casos claros o paradigmáticos acuden diáfanos a nuestra mente (por ejemplo, los vehículos motorizados: un camión, una motocicleta). En ese momento, la paz y tranquilidad se establecen como el propósito de tal regla. Propósito que pretende ser alcanzado mediante la ya mencionada prohibición de “los vehículos”. Sin embargo, es poner en conjunción los casos que no hemos podido prever con un propósito establecido, en la formulación de una regla, lo que nos permite hablar de indeterminación de propósitos.

Al decidir sobre una fórmula las circunstancias que habrán de darnos los casos paradigmáticos hacia los cuales está dirigido su alcance, las reglas ponen junto, uno al otro: por un lado, un propósito, y por el otro, los casos no previstos o que no se pudieron prever. En este sentido, dice Hart, sufrimos de indeterminación. El ejemplo entonces nos pide pensar en una situación en la que, fuera un niño el que intentara entrar al parque con un auto de juguete impulsado por un motor eléctrico. Dado que no hemos podido prever la pregunta a la que nos conduce el nuevo caso, sobre si habrá de ser defendido un grado de paz o tranquilidad al interior del parque en contra del interés de los niños de usar el auto de juguete, no tenemos otra opción más que enfrentar los intereses en juego y decidir entre ellos de la manera que mejor nos satisfaga. Al hacer esto, nuestro “primer” propósito es, por lo menos, llevado a revisión, y en un caso como este, determinado con un poco más de “solidez”.

Hart hace mención de la posibilidad que existe, de que sea ignorada la necesidad de acudir a una elección entre alternativas abiertas, al momento de aplicar una regla a un caso concreto. Y señala a este “vicio” de la teoría jurídica como “formalismo” o

“conceptualismo”. En pocas palabras, un formalista defiende la idea de que la totalidad de los casos a los que hace referencia una regla, están ya contenidos en su formulación. Negando de esta manera la posibilidad de que bajo ciertas circunstancias, los jueces puedan (de hecho deban) acudir a una elección de entre una serie de posibilidades⁷⁰. De esta manera, es rechazado el carácter de textura abierta que, como habíamos visto, es propio del derecho en tanto consecuencia inherente a la naturaleza misma de nuestro lenguaje.

Hart señala que una de las formas en las que se presenta el formalismo, sostiene que el significado de una regla debe mantenerse igual para cada caso en el que su aplicación sea controvertida. Estableciendo, a partir de los casos simples, las circunstancias exactas que deberán ser satisfechas si es que la regla habrá de aplicarse; dejando de lado aquellos aspectos que, al momento de ser considerados, pudieron faltar o que de hecho nos faltaron, y sin importar las consecuencias sociales que esto acarree. Con ello, se dice, se gana en predictibilidad y certidumbre, sin importar que el costo que deba pagarse sea la desconsideración de todos esos casos de los que somos ignorantes.

Actuar de esta manera, apunta Hart, nos conduce a tomar en cuenta casos que, de acuerdo a los propósitos sociales que deseamos proteger, no consideraríamos, dentro del alcance de las reglas, y al mismo tiempo, dejar fuera otros que mediante una elección, y en virtud de dichos propósitos, podríamos incluir. La rigidez de nuestras formulaciones entrará constantemente en conflicto con nuestros propósitos al tener o mantener una regla.

La siguiente idea que deseamos resaltar, es aquella sobre las dos necesidades “sociales” que aquejan a todo sistema jurídico contemporáneo. En la teoría hartiana, los ordenamientos jurídicos tienen necesidad de ciertas reglas que puedan ser “ejecutadas” en ausencia de una guía judicial. Es decir, se requiere de reglas, que impacten en aspectos amplios de la vida social, y que restrinjan, en un sentido si bien menos estricto que lo propuesto por el formalismo, sus campos de aplicación; en pocas palabras, que no concedan a la decisión judicial un papel tan importante. Al mismo tiempo, necesitan también dejar abiertos a la elección informada de un juez, ciertos asuntos que sólo pueden ser observados correctamente cuando surgen mediante un caso concreto.

⁷⁰ Antes les hemos llamado “alternativas abiertas”.

En la actualidad, existen tanto sistemas que conceden mayor importancia a la expresión formal generalizada por vía de la legislación de sus estándares de comportamiento, como aquellos en los que la mayoría de los casos es tratada por las cortes al realizar una labor revisionista. También es cierto, que en ocasiones, un sólo sistema en distintos periodos, puede inclinarse en favor de uno u otro sentido.

Acerca de lo que la teoría jurídica ha hecho para abordar este problema, Hart nos dice que la indeterminación de las reglas ha resultado, o bien exagerada, o bien ignorada por el quehacer de los juristas. Para evitar estos extremos, menciona, es necesario voltear una vez más hacia la incapacidad humana para “predecir” la totalidad de casos a los que una regla podría ser aplicable, la cual, se encuentra en la base de la indeterminación, y que además, se presenta en grados distintos según los aspectos diversos del comportamiento en sociedad. Así, en la práctica, para solventar el problema que supone dicha indeterminación, las sociedades se han hecho de diversas técnicas.

Existe un conjunto de asuntos que para ser jurídicamente controlables se basan en los precedentes más que en la legislación. La idea es que, para esta esfera de asuntos, las circunstancias establecidas que señalan a los casos particulares, pueden variar en el futuro de forma importante pero impredecible. De modo que su aplicación “uniforme” de caso a caso no puede lograrse más que mediante una guía judicial. Así, la legislación queda impedida de establecer de manera anticipada las formulaciones idóneas para tratar jurídicamente dichos asuntos. Por lo tanto, para regularles, los legisladores deben instituir estándares generales, de alcances más bien amplios, y dotar a un cuerpo administrativo con la facultad de responder a las necesidades especiales que planteen los casos no previstos. Las legislaciones establecen entonces únicamente lo que Hart denomina “*fair rate*” o “*safe Systems of work*”. Éstos, lo que buscan es fijar, a través de la acción de un cuerpo administrativo dotado de una capacidad revisionista de los casos, las sanciones que deberían ser aplicadas a los escenarios de violación que probablemente, de manera “*ex post facto*” se llevarán a cabo en las distintas situaciones a las que los estándares vagos así planteados hicieran referencia de acuerdo con la acción judicial⁷¹. Es decir, la legislación lo que hará es “regular” estos asuntos únicamente dando una especie de “parámetros” (estándares generales) o industria, que funcionarán como base del trabajo que deberán realizar los jueces. Trabajo consistente

⁷¹ De manera más precisa, la aplicación de sanciones sólo podrá darse a los casos que lo ameriten, de acuerdo con la decisión judicial de contemplar un caso no previsto como un *safe system*, dada la consideración hecha entre las circunstancias particulares del caso actual y los estándares vagos propuestos por la legislación.

en encontrar, de acuerdo a los casos particulares y conforme a los principios que la sociedad busca perpetuar, la aplicación de dichos estándares vagos; constituyendo así aquellos escenarios que deben contar ciertamente como una “fair rate” o un “safe system” y aplicando sólo a ellos, el uso coercitivo del derecho.

Sin embargo, esto no anula la posibilidad de casos “extremos” en los que “ab initio” su identificación o rechazo como “safe systems” sea incontrovertible. Lo anterior, debido a que el uso mismo de estándares generales da pie a la existencia de ejemplos que pueden o no satisfacerlos. Hart, encuentra problemáticos estos casos extremos, pues dice que se encuentran en los límites de una amplísima variedad de escenarios posibles. Unos, aquellos que se encuentran en el extremo de su identificación correcta como “safe systems”, anulan la posibilidad de la elección judicial; mientras que los otros, los que se encuentran en el extremo de la imprevisión, provocan una indeterminación tal, que imposibilitan toda acción de los jueces.

Afortunadamente, dice Hart, estos casos no son recurrentes en la práctica, y los verdaderos casos difíciles se encuentran en el rango de las situaciones que hay entre tales escenarios extremos. Como hemos visto, resulta complicado para nosotros contemplar con anticipación ciertas combinaciones de circunstancias que, una vez establecidos los estándares generales, debieran quedar contempladas como “fair rates” o “safe systems”. Esto implica una indeterminación relativa de nuestros propósitos, que hace necesaria la participación judicial. En estos casos, Hart encuentra evidente que las autoridades encargadas de “hacer las reglas” (está pensando en los jueces) deben ejercer discrecionalidad. De ahí que no sea posible decir que exista una sola respuesta correcta para responder al cuestionamiento de cual habría ser, de entre una gama de posibilidades, la indicada para fijar un “safe system”. Más sostiene la plausibilidad de una respuesta, que emerge como un compromiso entre varios intereses en conflicto⁷².

Otra técnica que los sistemas jurídicos contemporáneos han empleado para enfrentar el problema de la indeterminación, se ocupa de esos casos en los que resulta imposible identificar las clases de acciones particulares que deben subsumirse a una regla. Es decir, en la que nuestra capacidad para realizar generalizaciones se ve afectada. En tales casos, se ha optado por dejar a los individuos, la capacidad de ponderar los propósitos sociales. Si bien es cierto, están sujetos a la revisión de una

⁷²“In these cases it is clear that the rule-making authority must exercise a discretion, and there is no possibility of treating the question raised by the various cases as if there were one uniquely correct answer to be found, as distinct from an answer which is a reasonable compromise between many conflicting interests.” Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, op., cit., p. 128.

corte, los individuos (los jueces), tienen de acuerdo a esta fórmula, la capacidad de ser ellos quienes busquen poner en comunión los propósitos sociales que surgen en los casos particulares imprevistos⁷³.

La idea es que, con esta técnica, los jueces son requeridos para actuar conforme a un estándar general, con anterioridad, o en ausencia, a su formulación “oficial” (de los estándares). En consecuencia, la única forma que tenemos para saber si un juez ha violado con su decisión tal estándar, está en la revisión “ex post facto” que podría llevar a cabo un tribunal. Dice Hart que, una vez que un tribunal a “aceptado” tácita o explícitamente, la formulación de un estándar general que ha realizado un juez de manera individual, esta técnica resulta realmente similar a la anterior; pero que esto no omite las notables diferencias que hay entre una y otra.

Enseguida Hart señala que, al considerar estas dos técnicas con las que se puede hacer frente a la indeterminación, nos es permitido tener conocimiento de los aspectos de la vida en sociedad cuyos casos, resultan perfectamente determinables. Aunque reconoce que no hay manera de escapar a la textura abierta, acepta que existen grandes rangos de la vida en los que es preferible la ordenación mediante reglas, a esa que podría darse mediante estándares generales. Pues resulta que las circunstancias que los casos nuevos podrían arrojar, se distinguen poco de aquellas que podrían ser establecidas “ab initio” en una regla, y da el ejemplo del asesinato.

Otra idea importante de la teoría hartiana está en decir que el estatus que una conducta particular o una clase de cosas, eventos, personas, o circunstancias, podría tener, se da convencionalmente, y no, por algo relacionado con la naturaleza intrínseca de las cosas. Es decir, el estatus (legal) de prohibido, permitido, obligatorio, o facultado, que concedemos a ciertas conductas particulares o a clases completas de cosas, surge de un acuerdo que se lleva a cabo de manera artificial, y no tiene nada que ver con la importancia que, para nosotros en tanto seres humanos, las cosas tienen en sí mismas.

2.6. EL ESCEPTICISMO DE REGLAS

Dicho esto, Hart busca dar respuesta a algunas tesis escépticas que se manifiestan en contra de su visión del derecho como un sistema de reglas. Desafortunadamente para él, la idea de textura abierta, o mejor dicho, de la

⁷³ Lo que surge de los casos particulares imprevistos es la necesidad de los jueces de poner en sintonía los propósitos sociales.

indeterminación en el derecho, había provocado en varios escritores, principalmente de corte realista, seguidores de la teoría de la predicción, la certeza de que ningún orden legal podía ser pensado como un sistema de reglas. Una de las formas que toma el escepticismo basado en la teoría de la predicción, nos dice que los jueces en realidad jamás se encuentran atados a ninguna especie de regla. Que no existe nada que, en los casos de indeterminación, circunscriba el área de textura abierta que los casos particulares podrían arrastrar. Y que por ello, es falso pensar que, particularmente en estos casos y de manera general en el derecho, los jueces estén constreñidos a actuar conforme a regla alguna. Por el contrario, dicen los teóricos de la predicción, los jueces lo que hacen es actuar con suficiente regularidad y predictibilidad durante periodos largos de tiempo. Lo que permite a los demás, comportarse conforme a las decisiones de las cortes, como si fueran reglas⁷⁴. Sostienen que, los jueces pueden ser objeto incluso de sentimientos cuando deciden un caso, pero que aún éstos (los sentimientos) pueden ser predecibles. En conclusión, de acuerdo con este sentido de la teoría de la predicción, no existe nada a lo que las cortes puedan acudir como estándares de comportamiento judicial correcto, y así, nada que manifieste el punto de vista interno propio a un sistema en el que suponemos, las reglas que rigen la conducta, son aceptadas.

Dice Hart que lo anterior se debe en gran medida a que los teóricos del escepticismo en este sentido, imponen exigencias a la teoría de las reglas, demasiado absolutistas. Defienden la idea de que, solamente en el supuesto (que saben imposible) de que la formulación de estándares generales pudiera dar cuenta de la totalidad de los casos que habrían de suscribirse bajo su alcance, los jueces, al momento de decidir, estarían efectivamente siguiendo una regla. Así, el escéptico, no tiene más que decir que existen casos en los que las supuestas reglas que siguen los jueces al momento de decidir los casos, tienen casos de textura abierta, o excepciones no contempladas con anterioridad; a pesar de las cuales, los jueces decidirán sin riesgo a ser “censurados” por una decisión incorrecta. Las reglas sólo son importantes para ayudarnos a predecir lo que los jueces harán.

⁷⁴ Cabe recordar que justo una de las críticas que había ya hecho Hart a las teorías de la predicción, tiene que ver con su incapacidad para explicar los comportamientos de los individuos como reglamentados. En pocas palabras, dice que jamás podríamos decir que un comportamiento ha sido objeto de una regla, ahí donde no sea la regla misma la razón que el sujeto tenía para actuar de tal o cual modo. En consecuencia, no hay ningún rasgo que diferencie comportamientos regulados por el derecho, de meros comportamientos habituales. No hay nada que nos permita trazar la diferencia entre la conducta de un hombre que se detiene ante un semáforo iluminado en rojo, y una persona que enciende la radio, toda vez se encuentra atorado en un embotellamiento vial. Ver apartado 1.5.1, capítulo I.

Hart señala un dilema al que parece orillarnos el reto que pone el escéptico de las reglas: o bien las reglas funcionan de manera totalitaria; es decir, son capaces de abarcar todos los casos posibles que le deben ser subsumidos, o bien, no existen reglas en absoluto. Este dilema claramente es falso según Hart, pues no se sigue del hecho de que una regla tenga excepciones, debido a su incapacidad de prever con anterioridad todos los casos a los que debe ser aplicada, que no tengamos casos claros a los que la regla pueda aplicarse cerrando la posibilidad de que una decisión entre alternativas abiertas sea hecha. Esto es, existen casos en los que no existe la posibilidad de realizar una elección, no obstante existan también casos de textura abierta. En otras palabras, no se sigue del hecho de que en ocasiones los jueces tienen una posibilidad abierta de elección, que no existan otros en los que dicha posibilidad es inexistente.

Otro tipo de escepticismo al que hace frente Hart, es el que tiene que ver con la tesis de la finalidad e infalibilidad de la decisión judicial. De la manera más simple este tipo de escepticismo puede ser entendido por la expresión “la ley es lo que las cortes dicen que es”.

Hart da inicio a su caracterización de esta clase de escepticismo hacia la idea del derecho como sistema de reglas, diciendo que para una teoría como ésta, el hecho de que exista en los sistemas jurídicos, un tribunal supremo con la capacidad para “revisar” lo hecho por otras cortes o jueces, sumado al hecho de que su resolución goza de un carácter final e infalible, vacían de contenido al enunciado “la decisión tomada por la corte, es equivocada”. La idea es, una corte que en última instancia decide la manera en la cual deben ser aplicados los estándares de comportamiento impuestos por las reglas, deja sin importancia aquello que otras cortes o jueces individuales pudieran hacer. Pues, ¿Qué puede importar la decisión que haya determinado un juez, si al final el tribunal supremo tiene la atribución de modificarlo? ¿Qué significa entonces afirmar que la decisión que ahora es cambiada estaba equivocada?

Según Hart, gran parte del problema se debe a la ambigüedad poderosa que hay en una frase como “la ley es lo que las cortes dicen que es”. Es por ello, que la manera de enfrentar un escepticismo como éste debe centrarse en la disipación de dicha ambigüedad. Además, debe darse cuenta de la relación que existe entre los enunciados que puede pronunciar un tribunal, y aquellos que no tienen un carácter oficial. Ésta, es la estrategia que sigue Hart para contestar a la tesis escéptica.

Hart propone una solución al problema de la ambigüedad, en términos de una regla a la que harán referencia las oraciones que un tribunal pueda formular, respecto a

la solución de un caso. Pone el ejemplo de un juego, en el que, ante la inexistencia de una persona facultada para llevar el marcador en papel de autoridad, los participantes llevan a cabo el conteo de sus puntos de acuerdo a una regla de puntuación. Así, si los participantes actúan honestamente, estarán en posición de formular oraciones, finales e infalibles, respecto al marcador del juego; ciertamente, siguiendo una regla, y no actuando como les venga en gana. Dichas declaraciones gozan del carácter interno que ha sido ya desarrollado con anterioridad en este trabajo. La idea importante es que, aún en esta situación en la que hace falta alguien que se erija como autoridad para determinar un caso concreto, los participantes podrían llegar a soluciones, finales e infalibles, con referencia a una regla (de puntuación) aceptada.

Si a esto sumamos que en los sistemas jurídicos existen reglas secundarias que dotan a ciertas personas (individuales o de grupo) del carácter de autoridad, cuyas decisiones pueden poner fin a las discusiones. Tenemos que, al interior del sistema, existen un tipo nuevo de declaraciones internas que nos permitirán entender porqué la idea de una instancia final no es contradictoria con la idea de la solución de casos mediante reglas.

Para deshacer la ambigüedad antes mencionada, dice Hart, basta con razonar en qué sentidos la expresión “la ley es lo que las cortes dicen que es” puede ser entendida. Una vez que se han insertado en un sistema, reglas secundarias que permiten la existencia de una autoridad facultada para resolver en última instancia, un primer sentido de la oración es evidente.

De este modo, decir que la “ley es lo que las cortes dicen que es” podría captar la misma idea que la expresión “gracias a las reglas secundarias del sistema, existe una autoridad con capacidad de declarar con carácter final e infalible lo que es la ley”. Es decir, en un primer sentido, la oración “la ley es lo que las cortes dicen que es” no significa más que decir que los tribunales están dotados de la capacidad de decidir en última instancia el contenido del derecho. Mas es importante observar que la regla a la que se hace referencia en la formulación de una oración interna se mantiene antes y después de que una autoridad así, haya sido instituida. En el ejemplo de los jugadores, una vez que una persona que lleva el marcador con autoridad, digamos un árbitro, ha sido introducida, la frase “el marcador es lo que el árbitro diga que es” resulta verdadera. No obstante, la regla de puntuación que funcionaba antes de que el “árbitro” fuera investido con su papel de autoridad, funciona igual. Y las declaraciones internas que el árbitro realice con respecto al marcador en el juego, serán realizadas con

referencia a ella (a la regla de puntuación). Es así como podemos darnos cuenta porqué el otro sentido de entender la oración es equivocado.

Si es cierto que las declaraciones internas, finales si se quiere, que una autoridad podría formular, se realizan con referencia a una regla aceptada, entonces es falso que podamos entender la oración “la ley es lo que las cortes dicen que es” en un sentido que podría expresarse con el enunciado “la ley es lo que a las cortes se les ocurre que es”. Es decir, estaríamos impedidos en afirmar que las cortes hacen de la ley lo que quieren (que no hay regla que les diga que hacer), porque estaríamos aceptando que en realidad, el sentido de su decisión está dado en función de una regla que aceptan. De hecho, sostiene Hart, las cortes tienen la obligación de aplicar esa regla lo mejor que puedan.

Hart no niega la posibilidad de que los “árbitros” puedan cometer errores honestos (*honest mistakes*) al momento de aplicar las reglas que les obligan, pero esto es un precio que debe pagarse ante el beneficio de contar con una autoridad que ponga fin a la discusión en los casos singulares. Dice que, podrían formularse reglas que estuvieran dedicadas a evitar estos errores apelando cada vez a autoridades más altas, más tarde o temprano, llegará el momento en el que será necesario poner fin al problema a través de un juicio final autoritativo.

Es importante mencionar que esta regla que dicta el comportamiento del juez (la regla de puntuación por ejemplo) padece de textura abierta, al mismo tiempo que cuenta con un corazón establecido de significado (*core of settled meaning*). Esto nos permite distinguir el escenario en el que un árbitro actúa conforme a una regla, de aquél en el que actúa conforme a “su propia regla”. Pues, si un juego aceptara como regla de puntuación la oración “el resultado es lo que diga el árbitro”, entonces no habría criterios de corrección o incorrección de la conducta de la autoridad. Apelar a casos de textura abierta o al corazón de significado establecido, carecería de sentido.

Por último, deseamos resaltar que el carácter interno propio a la aceptación de parte de la autoridad, de una regla que rige su comportamiento, permite que tal regla se esgrima verdaderamente como un estándar de corrección en la actividad judicial. Las autoridades pueden ser críticas hacia la corrección de sus actos o los de otros, gracias al punto de vista interno.

2.7. INCERTIDUMBRE EN LA REGLA DE RECONOCIMIENTO

Hacia el final del capítulo VII de *The concept of law*, Hart aborda el problema de la incertidumbre en la regla de reconocimiento⁷⁵. La cuestión concierne ahora, no a las reglas particulares, sino a los criterios últimos de validez mismos, es decir, a la regla de reconocimiento misma del sistema.

Distinguir entre la incertidumbre que afecta a las reglas particulares y la que podemos predicar de la regla de reconocimiento, no siempre es una tarea sencilla. Sin embargo, la distinción se hace más clara cuando las reglas han sido instauradas en un texto autoritativo. Pese a la manera simple de las palabras empleadas por una regla, y la facilidad con la que nos permita reconocer las instancias a las que resulta aplicable, la pregunta interesante surgirá cuando nos cuestionemos por la capacidad que tenía (o no) un cuerpo legislativo, para regular sobre cierta materia. Es decir, una vez que sean puestos en duda los criterios de validez que permiten la existencia de reglas particulares. Sostiene Hart que existen casos en los que preguntarse por la facultad que tenía alguna autoridad para “legislar” un cierto asunto, se puede resolver mediante la aplicación de otra regla del sistema. No obstante, estos casos no atacan la pregunta fundamental.

Las preguntas planteadas por situaciones como las últimas son simples en comparación con los cuestionamientos que tienen que ver con la competencia legislativa de lo que Hart llama “la legislatura suprema” (*supreme legislature*). Este tipo de demandas alude a los criterios últimos de validez, y pueden surgir, según Hart, aún en sistemas en los que se carece de una constitución escrita que especifique la competencia de la legislatura (suprema). Hart toma por caso el sistema inglés en el que reconoce al enunciado “lo que sea que la reina en el parlamento promulgue es ley” como una expresión adecuada referente a la competencia legislativa del parlamento. El punto es que existe la posibilidad de que surjan dudas sobre el significado o alcance de tal expresión. Lo que implica en razón de su solución, que las cortes deben tomar decisiones en un sentido o en otro.

Para explicar la cuestión relativa a las dudas que pueden surgir respecto al alcance de la regla de reconocimiento, Hart sostiene que es importante aclarar antes el tema de la soberanía. Señala, que tradicionalmente se ha pensado que un legislador

⁷⁵ Un trabajo reciente sobre este tema puede encontrarse en Tucker, Adam, “Uncertainty in the Rule of Recognition and in the Doctrine of Parliamentary Sovereignty”, en *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 31, No. 1, 2011, pp. 61-88.

supremo tiene la capacidad de limitar a sus sucesores con respecto a la formulación de la regla de reconocimiento. Es decir, imaginemos un cuerpo que en un momento determinado “legisla” una regla según la cual los criterios de validez, conforme a los cuales todas las reglas del sistema deberán ser evaluadas en el futuro, puedan ser expresados por el enunciado “lo que sea que la reina promulgue en el parlamento es ley”. Este cuerpo podría declarar además que ninguna legislación posterior a él cuenta con la capacidad para modificar lo que sea acerca de esta regla de reconocimiento. Cosa que a su vez, se constituiría como una nueva regla, parte también de la regla de reconocimiento. La regla de reconocimiento en un sistema como este, podría ser formulada entonces por una oración del tipo “lo que sea que la reina promulgue en el parlamento es la ley, y no existirá jamás legislatura alguna capaz de modificar esto”. El error de las teorías tradicionales, nos dice Hart, es pensar que esto es un hecho necesario a los sistemas jurídicos en un sentido lógico. No es cierto que “necesariamente” las legislaturas supremas establezcan una “regla” que impida a sus sucesores modificar la regla de reconocimiento. Pues, independientemente del hecho de que a través de actos, las legislaturas más jóvenes (por ejemplo, en el caso de una reforma de estado) podrían cuestionar la soberanía de las legislaturas ancianas, lo que existe muchas veces es más bien un acuerdo. Acuerdo que llega a ser aceptado como criterio último de validez. Resumiendo, que las legislaturas supremas deban impedir a sus sucesores la modificación de los criterios últimos de validez para consolidar su soberanía, no es un hecho necesario a los sistemas jurídicos contemporáneos, ni tampoco a la tesis de la aceptación de una regla de reconocimiento.

Como hemos dicho, lo interesante de este problema es explicar cómo pueden ser resueltas las dudas que indubitablemente pueden surgir, sobre el rango de aplicación de la regla de reconocimiento. Parece plausible aceptar que si la regla de reconocimiento es de hecho una regla, entonces debe estar expresada a través del uso de términos generales. Y si esto es así, entonces es posible que surjan casos de textura abierta en los que nos preguntemos por la facultad que tenía la legislatura suprema para dictar una regla de reconocimiento. En primer lugar dice Hart, una legislatura (suprema) podría ella misma establecer los casos, o aspectos del ordenamiento, en los que su labor legislativa pudiera ser llevada a revisión por parte de los jueces. Sin embargo, pensando en el caso de una legislatura que negara a sus sucesores toda posibilidad de revisar las reglas estipuladas por ella, el llevar a cabo una revisión resultaría de un acuerdo entre las cortes (sus sucesores). La aceptación de los sucesores de no revisar lo hecho por la

legislación suprema sería lo que daría a la regla de reconocimiento instaurada por ella su carácter último, y no el ordenamiento que hubiese podido realizar aquella en términos de la no-revisión.

Parece que Hart está pensando que los casos particulares en los que existe indeterminación acerca de si deben ser subsumidos a una regla como “lo que sea que la reina promulgue en el parlamento es derecho”, son casos en los que nos estamos preguntando por la soberanía, por el carácter último de autoridad, con que se enviste a una legislatura suprema capaz de dictar los criterios últimos de validez normativa. Parece que preguntarse si son éstos los criterios de validez y no otros, es preguntarse quién es la persona indicada para dictarlos⁷⁶.

Así Hart concede a las cortes, ya sea porque lo reconozca la legislatura suprema, ya sea por vía de un acuerdo entre ellas, la facultad de revisar, llegado el caso, los criterios últimos de validez del sistema. Dice Hart que, hasta el momento en Inglaterra no se ha presentado una situación así. Pero que es al menos posible, que en algún momento llegue, y cuando lo haga, las cortes deberán preguntarse por el carácter último de autoridad de la hasta entonces legislatura suprema.

Hart plantea así las ideas de textura abierta, corazón de significado y casos de penumbra, que constituyen la piedra de toque, de las tesis que llevarían a Dworkin, años después, a acusar a la teoría hartiana de ser una teoría semántica. Por otro lado, el problema de la indeterminación, sigue acaparando la atención de los filósofos del derecho, y un sin número de modelos teóricos del razonamiento jurídico han surgido con el ánimo de resolverlo.

Con esta caracterización de la regla de reconocimiento y de la indeterminación en el derecho, creemos haber presentado la parte de la teoría hartiana que resultó más atractiva, y por ello objeto del mayor número de críticas que desde mediados del siglo pasado han sido escritas.

⁷⁶ Lo cierto es que Hart no es completamente claro al respecto. Ver Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, op., cit., pp. 144-150.

CAPITULO III

LAS CRÍTICAS A LA TEORÍA HARTIANA: LOS PRINCIPIOS Y LOS DESACUERDOS EN DERECHO

3.1. EL DERECHO COMO UN SISTEMA DE REGLAS

Como hemos visto, durante la segunda mitad del siglo XX, principalmente a partir del trabajo de H.L.A. Hart, se aportaron a la teoría jurídica tesis que hoy día resultan fundamentales para el debate. La teoría positiva del derecho ganó terreno frente al iusnaturalismo. Mas sin duda, fueron las ideas sobre las consecuencias que tiene la naturaleza lingüística de nuestras prácticas jurídicas, las que lograron colocar la lupa en varios de los problemas que ocupan actualmente a la teoría del derecho. Por ejemplo, la indeterminación o los modelos de razonamiento jurídico.

Hart había llamado la atención acerca del hecho de que, no obstante los sistemas jurídicos fueran una cuestión de reglas, estaba en la naturaleza misma de dichas reglas dotar a los jueces, y en general a los servidores públicos, de un margen considerable de discreción al momento de tratar los casos particulares. Las reglas no sólo concedían estos espacios que permitían la participación creativa de los jueces, sino que además, no tenían forma de superar este defecto dada su incapacidad para sustentar exhaustivamente la solución de cada caso.

La textura abierta y la vaguedad⁷⁷ de las reglas en el derecho, eran cualidades que se originaban en el hecho de que, para ser planteadas (las reglas), no se contaba con otro recurso más que los términos del lenguaje natural. Términos lo suficientemente generales como para generar casos de incertidumbre al momento de decidir si algo debía ser pensado como una instancia de su alcance o no. Para cada término, dice entonces la teoría hartiana, existe un corazón de significado o certidumbre integrado por el set de casos que sin problema alguno podemos identificar como parte de su extensión.

⁷⁷ Algunos autores como Timothy Endicott identifican ambos términos con un mismo problema. Ver Endicott, Timothy, "Herbert Hart and the Semantic Sting", en *Legal Studies*, No. 4, 1998, pp. 283-300. Para otros como Neil MacCormick, la textura abierta es una cualidad de los términos del lenguaje natural que da pie a casos de ambigüedad y vaguedad. Ver MacCormick, Neil, *H.L.A. Hart*, op., cit., cap. XI.

Pero también una penumbra de duda, integrada por casos marginales a los que no sin dificultad podemos calificar como instancias de un término.

Más allá de los casos de textura abierta, la vaguedad en el derecho se debía a la ausencia de “límites” claros e indiscutibles en la aplicación de ciertos términos. Por ejemplo, en una norma constitucional que hiciera referencia a la equidad, la imparcialidad, etc., ya que los estándares de esta clase son incapaces de fijarse de manera precisa al estilo de los límites de velocidad o las tasas de impuestos⁷⁸. En otras palabras, existen en los ordenamientos, normas expresadas a través de términos centralmente vagos.

Entender al derecho como un sistema de reglas, reglas que no sólo están expresadas en términos del lenguaje natural, sino que además no tienen otra forma de existir, conduce a la tesis que podríamos llamar “de la incompletitud necesaria de los sistemas jurídicos”⁷⁹. El argumento que sostiene esta tesis es el siguiente: dado que el derecho es un sistema de reglas (y ningún otro tipo de estándares según Hart), y dichas reglas son expresadas en términos del lenguaje natural, los cuales invariablemente sufren de casos de ambigüedad y textura abierta; independientemente de otras circunstancias que pudieran generar casos de incertidumbre en la aplicación de una regla, existe un límite en el grado de certeza que cada una (regla) puede dar. Esto es, para cada regla existe un conjunto de casos que le son perfectamente subsumibles. De hecho, puede haber muchas reglas dirigidas a muchos casos claros; sin embargo, todas, o al menos una inmensa mayoría, sufren de casos marginales, difíciles, o casos “frontera”. Es decir, casos en los que se discute si la clase de cosas o hechos propios al caso particular requieren la aplicación de la regla.

Lo que es importante subrayar aquí, es que está en la naturaleza misma de los términos de los que las reglas no pueden prescindir para ser formuladas, que existan casos difíciles.

El hecho de que los instrumentos con los que los jueces aplican el derecho den pie a situaciones de indeterminación, ha conducido a no pocos escritores al entendido de

⁷⁸ Un buen artículo sobre vaguedad es Endicott, Timothy, “Linguistic Indeterminacy”, en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 16, No. 4, Oxford University Press, 1996. Disponible en <http://ojls.oxfordjournals.org/content/16/4/667.full.pdf>

⁷⁹ De manera precisa entenderemos por “tesis de la incompletitud necesaria de un sistema jurídico” la incapacidad de los ordenamientos legales para prever, ya sea por sí mismos, ya sea a través de la actividad de otras instituciones (jueces, cortes, legislaturas, etc.) la totalidad de los casos que merecen un trato legal. Y en función de la ausencia de esta previsión, la incapacidad de los sistemas jurídicos para proveer a las instituciones encargadas de “aplicarlos” de las razones suficientes que les permitieran justificar cada una de las decisiones que se toman.

que los jueces (para con los casos difíciles) no sólo encuentran y aplican el derecho, sino que lo crean. En otros términos, se piensa que estos espacios de incertidumbre⁸⁰ permiten que los jueces actúen de manera más o menos discrecional ahí donde la aplicabilidad de una regla es discutida; esto, al mismo tiempo que su obligación de dar solución a cada uno de los casos que se les presentan.

En este capítulo bosquejaremos un par de críticas que se han hecho a la teoría analítica del derecho a partir, o mejor dicho en contra, de las tesis de la indeterminación de las reglas y de la arbitrariedad de los jueces. En particular abordaremos las críticas que, principalmente desde los textos de Dworkin, se han hecho a la tesis de la incompletitud necesaria de cualquier sistema jurídico y a la tesis del desacuerdo en derecho.

3.2. REGLAS Y PRINCIPIOS

Como hemos dicho, Hart tiene una idea del derecho basada en la de regla. Recordemos que para el profesor de la universidad de Oxford la idea misma de sistema jurídico está completamente determinada por la interrelación existente entre dos tipos distintos de reglas. Ha sido una lectura común de Hart, aceptar que los únicos estándares de conducta que contiene un sistema jurídico son de hecho de este tipo (reglas primarias o secundarias)⁸¹.

En oposición, autores como Neil MacCormick, Ronald Dworkin, Manuel Atienza, etc., han pugnado por la existencia al interior del derecho de los llamados “principios”. MacCormick por ejemplo, ha escrito en su libro *Legal Reasoning and*

⁸⁰ Cabe aclarar que al parecer hablar de incertidumbre e indeterminación en la teoría analítica del derecho, no es exactamente lo mismo. Da la impresión de que los autores están pensando a ésta como la consecuencia jurídica de aquella.

⁸¹ En el postscript Hart ofrece una lectura de su teoría según la cual los principios habían sido ya considerados como parte de un sistema jurídico. Sin embargo, parece cierto afirmar que el papel que les concedió fue como cánones interpretativos de reglas. Dos consecuencias se desprenden de esto y son: i) que el tipo de razonamiento que llevan a cabo los jueces siempre es deductivo y ii) que se ha negado a los principios un papel justificativo de nuestras prácticas jurídicas. Es decir, en tanto que el rol que juegan los principios es el de cánones de interpretación de reglas, lo que los jueces hacen al momento de subsumir un caso particular en escenarios de incertidumbre, es valerse de los principios, mas no de forma justificativa, sino como elementos coadyuvantes en el razonamiento. Razonamiento que invariablemente busca distinguir entre las instancias de una regla y las características del caso particular. Ver Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, op., cit., cap. VII. También Hart, H.L.A., *Post Scriptum al concepto del derecho*, Bulloch, Penelope A. y Raz, Joseph (eds.), Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2000.

*Legal Theory*⁸² que la concepción hartiana acerca de los estándares de comportamiento que integran un sistema jurídico es correcta, pero incompleta. Su idea es que, además de las reglas, existen en todo ordenamiento legal “cánones” o “estándares” de razonamiento jurídico que funcionan como razones de justificación a la decisión judicial, en contextos en los que dicha justificación no es suficiente mediante un razonamiento deductivo que busca llevar la aplicación de una regla a una instancia particular. Esto es, en los casos de indeterminación, la justificación que un juez puede dar mediante razonamiento deductivo (de una regla a un caso) no es completa. Así, los jueces deben utilizar otros estándares de razonamiento a fin de no dar una decisión injustificada.

Si bien es cierto que la teoría hartiana menciona los principios, el papel que les concede no es el de estándares del razonamiento capaces de justificar decisiones. Al hablar de principios, Hart está pensando en cánones interpretativos, sí, mas nunca en que dichos cánones logren justificar una decisión, ya que las decisiones que toman los jueces están siempre y de manera exclusiva justificadas por el razonamiento de tipo deductivo que les permite identificar (en los casos de indeterminación de manera creativa⁸³) un caso particular como instancia de una regla válida.

Antes de avanzar en nuestra caracterización del pensamiento de MacCormick, nos gustaría detenernos un poco en explicar porqué decimos que en la teoría de Hart la justificación de la decisión judicial siempre está dada por un razonamiento de tipo deductivo. Pues esta idea, al menos de inicio, no resulta obvia. Recordemos que para Hart es propio del formalismo (desde su óptica una visión equivocada del derecho) postular que siempre y en todos los casos los jueces realizan de hecho un razonamiento deductivo que no se trata de otra cosa más que de subsumir casos particulares a reglas generales. Según él, esta idea es equivocada ya que deja sin observar a los escenarios de

⁸² MacCormick, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford Clarendon Press, Inglaterra, 1994.

⁸³ Es pertinente aclarar que la actividad creativa de los jueces, según Hart, les permite, a través de su decisión, “crear” reglas para el futuro. Es decir, una vez que la incertidumbre ha hecho insalvable la determinación de las circunstancias actuales como instancias de una regla existente, los jueces deben formular de manera creativa y perfeccionista una decisión que servirá a su vez como establecimiento de una regla “nueva” para futuras situaciones. Es una regla nueva en el sentido de que, en adelante, los jueces no tendrán más que hacer uso de un razonamiento deductivo para aplicar a un escenario así, una regla determinada. Recordemos que con precisión, Hart sostiene que ante casos de indeterminación, los jueces deben buscar que las circunstancias del escenario actual sean suficientemente cercanas a aquellas que comparte el grupo de casos familiares. Al mismo tiempo, deben buscar que dicho parecido sea legalmente relevante. Estas dos condiciones son necesarias y suficientes para adicionar al grupo de “casos familiares” uno nuevo que en adelante podrá ser contemplado como instancia de la regla a través, simplemente, de un razonamiento deductivo.

indeterminación. En consecuencia, para solucionar los casos de indeterminación los jueces deben realizar más bien una labor creativa que parece alejarse de la manera de razonar deductiva que defiende el formalismo (y también Hart para los casos fáciles). Sin embargo, si observamos más de cerca en qué consiste esta actividad creativa que los jueces llevan a cabo en casos de indeterminación, podremos ver con claridad porqué nos parece que la teoría hartiana sufre del mismo mal del que acusa a las teorías formalistas.

Hart nos dice que, cuando un juez se ve en la necesidad de tomar una decisión ante un escenario de incertidumbre, se le presenta un conjunto de alternativas abiertas entre las que debe escoger una, misma que constituirá su decisión. Según Hart, esta “elección” se lleva a cabo de parte del juez de manera creativa, pues no tiene una identificación precisa de las circunstancias actuales como instancias de una regla. Sin embargo, nos dice que lo que el juez debe hacer es encontrar las semejanzas relevantes entre el caso actual y los casos fáciles a los cuales hace referencia tal regla. Y, al mismo tiempo, cerciorarse de que este acercamiento resulta jurídicamente relevante. Haciendo esto, los jueces pueden “agregar” a una línea de casos (los casos fáciles) uno nuevo que en adelante podrá tomarse por otros jueces como un caso no problemático. Una vez más lo que el juez hace es subsumir un caso a una regla. Si bien es cierto, esto parece ser la “consecuencia” de un procedimiento más complejo, lo que en realidad le pide Hart a un juez para actuar “creativamente” no es más que identificar, de una manera más elaborada, si el caso actual es de hecho una instancia “posible” no contemplada antes, de una regla. Su razonamiento al final sigue una sola ruta: tengo una regla, tengo un caso, si el caso es instanciado por la regla, entonces la regla le es aplicable. En la teoría hartiana, nos parece, no hay forma de escapar al razonamiento deductivo, dado que los únicos estándares de razonamiento que acepta son las reglas y parece que la única manera de justificar una decisión conforme a reglas, se da a través de la deducción, aún en los casos de indeterminación⁸⁴.

3.2.1. LA CRÍTICA DE NEIL MACCORMICK

Retomando a MacCormick, hemos dicho que para el jurista escocés, la teoría hartiana resultaba incompleta al no dar cuenta de los principios como estándares del razonamiento jurídico capaces de justificar decisiones judiciales. Para MacCormick, la

⁸⁴ Ver Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, op., cit., cap., VII.

justificación que otorgan los principios a la decisión de un juez sirve en contextos en los que dicha justificación a través de un razonamiento deductivo no es suficiente. En primer lugar, y de acuerdo con el principio de justicia formal⁸⁵, un juez debe sentar la decisión inmediata en algún fallo (*ruling*) en virtud del cual se establece el tipo de caso (*type of case*) al que el caso actual pertenece y la decisión que ha sido propuesta para tal tipo. Es decir, lo primero que hace un juez al decidir es identificar el tipo de caso al que pertenece el caso actual, entonces identifica la solución que se ha atribuido a este tipo y sobre esto emite un fallo en función del cual su decisión puede ser cimentada. En segundo lugar, el juez debe evaluar tal fallo en razón de las consecuencias que tendría el adoptarlo como tal en caso de su aplicación general. La evaluación mencionada debe llevarse a cabo con referencia a valores legalmente apropiados (*legally appropriate values*) tales como justicia, sentido común, conveniencia legal, etc. En tercer puesto, se debe demostrar que tal fallo es coherente con el resto del sistema. Esto se lleva a cabo o bien a través la extrapolarización analógica (*analogical extrapolation*) a partir de reglas o precedentes ya establecidos que tienen un carácter vinculante; o bien a través de la aplicación particular de algún principio general establecido, al menos implícitamente, en el derecho preconstituido. Es decir, se debe demostrar que es coherente o bien, en función de las reglas, o bien en función de los principios. Por último, debe ser demostrado que el fallo es consistente con el derecho anterior en términos de la inexistencia de un posible conflicto entre él y una regla del sistema previamente asentada, en razón de una interpretación razonable de los conflictos potenciales. Esto es, una interpretación razonable de conflictos potenciales entre la nueva “norma” y otras normas del sistema previamente establecidas.⁸⁶

Lo importante de resaltar en la teoría de MacCormick, es que, a diferencia de cómo lo pensaba Hart, los sistemas jurídicos no sólo están compuestos de reglas. Existen además otros estándares de razonamiento jurídico (los principios) que sirven a los jueces para justificar sus decisiones.

⁸⁵ Tratar casos similares de maneras similares.

⁸⁶ Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, op., cit., cap. III y V.

3.2.2. LA CRÍTICA DE RONALD DWORKIN

El jurista que llamó la atención sobre la inclusión de principios dentro de los sistemas jurídicos contemporáneos, es sin duda Ronald Dworkin. Dworkin, quien fuera sucesor de Hart en ocupar la cátedra de jurisprudencia en la universidad de Oxford, publicó en 1977 su libro *Taking Rights Seriously*. Obra en la cual se editaban nuevamente dos ensayos (*The Model of Rules I y II*, y *Hard Cases*⁸⁷) que, entre otras cosas, ponían en duda las hasta entonces aplaudidas ideas de la teoría hartiana sobre las reglas.

Como hemos visto con MacCormick, una primera forma de pensar el papel que juegan los principios al interior de un sistema jurídico, se da al asumirlos como un tipo más dentro del umbral de estándares que rigen el razonamiento judicial. Esta visión ampliamente conocida como la concepción “reglas-más-principios” defiende la idea de que los sistemas jurídicos contemporáneos están integrados tanto por unas, como por otros. De manera más precisa diremos que, según esta visión, a pesar de que los sistemas jurídicos siempre incluyen reglas dictadas por una autoridad política, identificables a través de una regla de reconocimiento; existen también principios que, pese a no ser promulgados por dichos actos, pueden identificarse mediante los criterios de equidad y justicia que a su vez sirven para justificarlos (a tales normas). Intentaremos ahora dar una caracterización Dworkiniana de los principios.

Siguiendo a Manuel Atienza y a Juan Ruiz Manero diremos que la intensión de Dworkin en *The Model of Rules* era sin duda, impugnar la versión más poderosa del positivismo jurídico, a saber, la teoría de Hart. Ya que ésta desconocía por completo la existencia de estándares distintos a las reglas, olvidando así un aspecto importante del razonamiento jurídico. En la explicación de Dworkin, los principios permitían justificar la decisión de un juez en los llamados casos difíciles, casos de los que, por el contrario, no podía dar cuenta una teoría que contemplaba sólo a las reglas⁸⁸.

A lo largo de estos ensayos (*The Model Of Rules I y II*), Dworkin se ocupa, como hemos dicho, de hacer una crítica al positivismo, según el cual, la decisión jurídica no era más que una cuestión de reglas. Caracterizando qué son los principios,

⁸⁷ La primera aparición de “The Model of Rules” se dió en *The University of Chicago Law Review*, Vol. 35, No. 1, 1967, pp. 14-46. Por su parte “Hard Cases” apareció por primera vez en *Harvard Law Review*, Vol. 88, No. 6, 1975.

⁸⁸ Cfr., Atienza, Manuel y Ruiz Manero Juan, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados Jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996, pp. 1,2.

defiende la tesis de que, de hecho, son un elemento de nuestras prácticas. En pocas palabras, Dworkin está interesado en sostener que, una vez aceptada la idea de que los principios deben ser tratados como ley, surge la posibilidad de que la obligación jurídica sea impuesta por un sinnúmero de ellos de la misma manera que por una regla establecida⁸⁹. Esto, en clara oposición a la idea positivista de que una obligación jurídica existe, si y solo si, una regla establecida la impone; y de ello se sigue que en casos en los que no es posible encontrar dicha regla (casos difíciles) no hay una obligación legal hasta que el juez crea una nueva (regla) para el futuro (lo cual es necesario para decir que un juez tiene discreción).

Para Dworkin, los principios son pautas del comportamiento que, igual que las reglas, apuntan hacia la toma de decisiones respecto de la obligación jurídica en casos particulares. Sin embargo, existen importantes diferencias entre la forma en que operan unos y otras. Las reglas aplican a la manera todo-o-nada (*all-or-nothing fashion*). Esto es, en caso de que se den los hechos que la regla estipula, o bien la regla es válida, escenario en el cual se sigue la aceptación de la respuesta que la regla da al caso particular; o bien la regla no es válida, en cuyo caso la respuesta que la regla proporciona no contribuye a la decisión. Esta diferencia entre principios jurídicos y reglas jurídicas para Dworkin, es una distinción lógica.

A diferencia de las reglas, los principios no operan de esta manera. Aún aquellos que son más parecidos a ellas, no funcionan estableciendo consecuencias jurídicas que deben seguirse de manera inmediata cada vez que son satisfechas las circunstancias previstas. Los principios más bien tienen una dimensión de peso o importancia que las reglas no. Lo cual implica que cada ocasión que alguien se ve en la necesidad de resolver un conflicto entre principios, tiene el deber de considerar el peso relativo de cada uno⁹⁰.

Con precisión para Dworkin un principio es un “patrón que debe ser observado, no porque promoverá o asegurará una situación económica, política o social considerada deseable, sino porque es una exigencia de justicia o equidad (*fairness*) o de alguna dimensión de la moralidad⁹¹. Mas debemos tener cuidado de no confundir esto con una

⁸⁹ Cfr., Dworkin, Ronald, *Taking Rules Seriously*, Duckworth, 1978, pp. 44,45.

⁹⁰ Cfr., ibídem, pp. 26, 27.

⁹¹ “I call a “principle” a standard that is to be observed, not because it will advance or secure an economic, political, or social situation deemed desirable, but because it is a requirement of justice or fairness or some other dimension of morality”. Dworkin, Ronald, *The Model of Rules*, op., cit., pág. 23. Utilizamos la traducción de Javier Esquivel y Juan Robledo que aparece en Dworkin, Ronald, “¿Es el derecho un sistema de reglas?”, en *Cuadernos de crítica*, No. 5, UNAM, 1977, p. 19.

definición. Dworkin no está intentando aquí definir lo que entiende por principio. Su interés mejor dicho, radica en el énfasis que debemos hacer respecto de la naturaleza de los principios; naturaleza que no se encuentra en razones pragmáticas, sino de dimensión moral.

De lo anterior deseamos reiterar que, para esta parte de la teoría de Dworkin, parece ser que las reglas están dirigidas a la solución de los casos fáciles, y los principios a los casos difíciles. Ya que, según el catedrático estadounidense, si se tratara de un caso difícil (*hard case*), “cuando ninguna regla establecida dicta la decisión en ningún sentido, parece que una decisión adecuada podría ser generada por políticas o por principios”⁹².

Empero, como veremos después, existe una lectura (aunque no muy extendida) según la cual, Dworkin mismo asegura que aún en los casos fáciles, las decisiones son justificadas por argumentos de principio. Más adelante veremos cómo esta suposición deriva en la posible inexistencia de reglas. Por ahora bastará con decir que, para Dworkin, las reglas pueden existir dentro de los ordenamientos jurídicos.

En el capítulo IV (*Hard Cases*) de *Taking Rights Seriously*, Dworkin expone con precisión su idea acerca de cómo los principios juegan un rol fundamental en la toma de decisiones por parte de los jueces. Nos dice que, tradicionalmente, las teorías de la adjudicación han pugnado a favor de un modelo en el que el quehacer judicial (*judging*) depende de la legislación. Estas teorías aceptan la idea de que los jueces deben aplicar la ley hecha por otras instituciones. En consecuencia, según estas explicaciones positivistas (al menos según sus versiones más toscas), los jueces jamás hacen “nuevo” derecho (*new law*).

Existe una versión más sofisticada de esta postura que sostiene la dificultad de verificar en la práctica la imposibilidad de los jueces para “crear” derecho. Es decir, existen versiones del positivismo que aceptan que, efectivamente, en la práctica hay ocasiones en las que los jueces “crean” derecho. Aludiendo a casos de indeterminación, esta nueva postura afirma que los jueces, en los hechos, se enfrentan a casos en los que ineludiblemente deben crear derecho nuevo, ya sea de manera explícita o encubierta. No obstante, el espacio de creatividad concedido a los jueces siempre se circunscribe a los límites impuestos por los actos llevados a cabo por la legislatura. Esto provoca que la

⁹² “But if the case at hand is a hard case, when no settled rule dictates a decision either way, then it might seem that a proper decision could be generated by either policy or principle.” Dworkin, Ronald, *The Model of Rules*, op., cit., p. 23. La traducción es nuestra.

participación creativa del juez en realidad consista en su intento por actuar como legislador. Es decir, de actuar en función de lo que la legislatura habría hecho si hubiese podido prever la combinación de circunstancias que actualmente son el caso.

Para Dworkin esta idea no puede ser correcta; pensar que los jueces sean o deban ser legisladores delegados (*deputy legislators*) y que lo que en realidad hacen es “legislar”, puede conducirnos a errores importantes además de serias complicaciones metodológicas. Según Dworkin, de asumir esto como cierto, estaríamos perdiendo una distinción crucial; a saber, aquella entre argumentos de principio y argumentos de política.

Los “argumentos de política”, nos dice, justifican una decisión (política) mostrando que dicha decisión protege alguna meta colectiva de la comunidad, considerada ésta última como un todo. Los argumentos de principio, por su parte, justifican una decisión política al demostrar que la decisión respeta o asegura algún derecho, ya sea individual o de grupo. Ejemplos del primero son aquellos a favor de algunas clases de subsidios. Ejemplos del segundo, aquellos a favor de las legislaciones anti discriminación. Aunque, aclara Dworkin, estos no son los únicos tipos de argumentos que se utilizan para justificar una decisión.

Según él, cualquier programa legislativo emplea en su justificación ambos tipos de argumentos. Así, no existe impedimento alguno para que las legislaturas adopten programas generados por argumentos de política.

Para Dworkin los casos en los que los jueces deciden de manera no original están siempre justificados en argumentos de principio sin importar si la ley a la que hacen referencia se originó en un argumento de política⁹³. Es decir, en los casos en los que deben sencillamente hacer cumplir lo que expresan los términos de una ley incontrovertiblemente válida, los jueces deciden de manera no original justificando siempre su decisión en un argumento de principio. Para entender esto, Dworkin presenta un ejemplo en el que una compañía que fabrica aviones reclama su derecho a un subsidio. La compañía entonces, estaría arguyendo a través de un argumento de principio sin hacer referencia a ninguna meta común. Su derecho a un subsidio, dice Dworkin, no depende más en un asunto de política porque el estatuto que lo contiene lo hace una cuestión de principio. Hasta aquí parece que Dworkin está argumentando a

⁹³ Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, op., cit., p. 83.

favor de un modelo “monológico” del derecho según el cual, tanto las interpretaciones creativas, como las no creativas se justifican a través de argumentos de principio.

No obstante, debemos ser cuidadosos con lo que Dworkin quiere decir en esta parte de su teoría. Parece que una lectura correcta no puede indicarnos más que, en cualquier caso, de forma creativa o no, los jueces interpretan justificando sus decisiones en argumentos de principio. Lo que no es exactamente lo mismo que decir que solamente los principios integran a los ordenamientos.

Hoy resulta complicado decir con exactitud cuál es la postura exacta de Dworkin sobre el papel que juegan las reglas y los principios al interior de un ordenamiento jurídico. Autores como Timothy Endicott han promovido una lectura de Dworkin alternativa (aunque poco popular) que considera un rechazo total a las reglas al interior de la literatura Dworkiniana. La cuestión ha dado lugar a cierta polémica⁹⁴. Esta otra manera de entender a Dworkin, motivada generalmente por una lectura coherentista de su obra, defiende una visión que podríamos llamar “monológica” según la cual, solamente los principios integran a los sistemas jurídicos.

Según Endicott, existen fragmentos de la obra de Dworkin en los que parece defender la idea de que no existen las reglas, pues, según su visión interpretativa de la práctica jurídica, los agentes (jueces, abogados, académicos) apelan en cualquier proceso argumentativo a principios, nunca a reglas.

La idea general es decir que la validez de una regla depende de los principios. Descartando la concepción de que en la identificación de la regla⁹⁵ que habrá de operar sobre un caso se realice un “test de pedigree” en razón de una regla de reconocimiento, Dworkin afirma que más bien los jueces acuden a los principios a los cuales están obligados, a la hora de justificar su decisión. Da la impresión de que la afirmación de que en casos de indeterminación los jueces se alejan de los criterios provistos por la regla de reconocimiento, parecía estar ya aceptada por el positivista, quien arguye que en dichos casos el juez no puede más que actuar discrecionalmente. Sin embargo, sostiene Dworkin, los jueces no actúan en ningún sentido de forma discrecional, pues más bien acuden a principios que los vinculan, que pueden justificar su decisión, y que

⁹⁴ Ver Endicott, Timothy “¿Existen las reglas?” en *Palabras y reglas: ensayos en filosofía del derecho*, Fontamara, México, 2004, pp. 41-71.

⁹⁵ Con precisión, Dworkin está pensando en la identificación de la razón que puede justificar la decisión de un juez en un caso difícil. Dice, en estos casos, difícilmente diríamos que un juez está obligado por una regla (pues no existe), tampoco es cierto que el juez actúe discrecionalmente. En cambio el juez está obligado por la existencia de principios que orientan el sentido de su decisión.

en general justifican las reglas que aplican. Este sentido de generalidad es el que permite dar el paso a Dworkin de la justificación por vía de los principios de la decisión que toma un juez tanto de los casos difíciles, hacia los fáciles.

En otras palabras, la distinción clásica que sostiene que las reglas son aplicables a casos fáciles y los principios a casos difíciles, se funda en la idea misma de identificar unos y otros a través de principios. Decimos de un caso que es fácil, precisamente cuando un determinado hecho es subsumible a una cierta regla de manera no controvertible a la luz de un sistema de principios que opera sobre las instituciones que les aplican. La manera en que este sistema de principios “opera”⁹⁶ sobre el ordenamiento y las instituciones, puede darse, o bien a través de valores cuya realización viene asegurada por la ejecución de la regla, o bien, para la consecución de fines sociales para la cual las reglas funcionan como medios. Es decir, los agentes logran distinguir si un caso es fácil o difícil gracias a un sistema de principios que les obliga, y que ya sea como valores, o como fines, “dotan de sentido” al ordenamiento y a las instituciones mismas. Esto implica que aún en los escenarios en los que los agentes se encuentran frente a un caso en el que de manera incontrovertible un hecho puede ser subsumido a una regla, dicha regla no puede ser una razón perentoria de su aplicación, en el sentido de excluir la deliberación sobre las razones que el juez tiene para aplicarla. Pues más bien es en razón de dicha deliberación que, a la luz de un sistema de principios, los jueces pueden de manera justificada contemplar dicha regla como aplicable al caso actual. De manera más precisa, la conducta de los jueces no puede ser guiada por razones perentorias, pues esto significaría que la deliberación acerca de razones no perentorias sería periférica o marginal. Siendo que justamente es gracias a dicha deliberación que una regla puede ser considerada una razón perentoria de su aplicación para el juez. Es decir, los jueces solo pueden asumir a las reglas como razones perentorias de su conducta, toda vez que la deliberación hecha en función del sistema de principios así se lo permite.

Esta lectura “alternativa” de Dworkin, bien puede estar motivada gracias al hecho de que, en realidad, jamás se ha pronunciado profunda y específicamente sobre la naturaleza o el papel que juegan las reglas en los sistemas jurídicos. Su teoría hasta el

⁹⁶ Para autores como Ruiz Manero, dicho sistema de valores no sólo opera sobre los ordenamientos legales y las instituciones que les aplican, sino que les “dotan de sentido”. Ver Manero Ruiz, Juan, “Principios Jurídicos”, en *El derecho y la justicia*, Garzón Valdés, Ernersto, Laporta, Francisco J. (eds.), Trotta, Madrid, 2000, pp. 149-160.

momento, parece haber dicho mucho sobre principios, pero muy poco (casi nada) sobre las reglas.

Sin importar cuál sea la postura precisa de Dworkin, lo cierto es que, gracias a su teoría de los principios, la doctrina de Hart de la discreción judicial, consecuencia de su tesis de la incompletitud necesaria en el derecho, parece fracasar. Pues, como hemos visto, se afirma que en la práctica los jueces no actúan discrecionalmente, sino en virtud de principios. Además, las críticas dworkinianas conducen también al fracaso la tesis de la regla de reconocimiento ya que no los explica. Recordemos que la regla de reconocimiento nos provee de criterios para identificar reglas válidas, pero no para identificar principios. En este sentido, si los principios son parte del derecho, la tesis de la regla de reconocimiento es una tesis equivocada o al menos incompleta.

3.3. QUÉ SON LOS PRINCIPIOS

Hasta ahora, hemos expuesto el papel que los principios juegan dentro del derecho y algunas de las desafortunadas consecuencias para la teoría de Hart que estas nuevas tesis acarrearán. Sin embargo, será importante poner ahora, aunque no de manera exhaustiva, qué son los principios.

Como advierte Ruiz Manero⁹⁷, es cierto que el ensayo de Dworkin *The Model of Rules*, consiguió enfocar la atención de los juristas en un aspecto de la teoría del derecho, que aunque no desconocido, desde entonces ha dominado el interés del debate jurídico. Como hemos dicho, el principal reto que la teoría Dworkiniana lanza a las ideas de Hart consiste en señalar su incapacidad para explicar aspectos primordiales del razonamiento judicial en los casos difíciles.

Pese a que, cómo hemos dicho, ambos (reglas y principios) funcionan para solucionar casos particulares a través de una decisión sobre la obligación jurídica, ambos difieren en el tipo de orientación que dan. Las reglas se aplican de modo todo-o-nada y los principios, en oposición (aún los que más se parecen a las reglas) se aplican sin establecer consecuencias jurídicas que deban seguirse de manera inmediata apenas se presenten las condiciones previstas para su aplicación. Pues más bien, los principios

⁹⁷ Idem.

tienen una dimensión de peso o importancia, dimensión que debe ser tomada en cuenta cada vez que existe conflicto entre ellos. Es decir, tienen un peso relativo⁹⁸.

Señala Manero que por lo menos seis sentidos pueden desprenderse de la manera en la que los juristas usan el concepto de principio jurídico. Sin una intensión de exhaustividad, señala estos seis sentidos de la siguiente manera: a) Principio en el sentido de norma muy general. Esto es, una norma que regula aspectos de la vida social muy amplios. Por ejemplo, las legislaciones sobre los contratos. En el caso mexicano, el libro IV, primera parte, Capítulo I del código civil. b) Principio en el sentido de norma redactada en términos particularmente vagos. Es decir, no son solo conceptos que pueden dar pie a casos de textura abierta, sino que resultan centralmente vagos. Por ejemplo, normas que incluyen los términos “buena fe” “mejor proveer” etc. c) Principio en el sentido de norma que expresa los valores de un ordenamiento. Por ejemplo, el art. 4 de la constitución mexicana que consagra la igualdad entre hombres y mujeres. d) Principio en el sentido de norma programática o directriz. Esto es, una norma que estipula la persecución de ciertos fines. Por ejemplo, el artículo 1 de la constitución mexicana. e) Principio en el sentido de norma dirigida a los servidores públicos que les aplican. Acerca de cómo seleccionar la norma aplicable, como interpretarla, etc. Por ejemplo, el mismo art. 1 de la constitución. f) Principio como una regla general que permite la sistematización del ordenamiento completo o de una parte.

Como Ruiz Manero señala, esta lista puede traer consigo varios problemas. Entre ellos, que los principios expresados por diversas normas pueden recaer en más de uno de los sentidos descritos. Además, existen listas que contemplan mayor número de sentidos atribuibles a la palabra “principio” en el ámbito jurídico. Es por ello que decide apelar a razones de contenido, desde las cuales, según él, la lista se puede reducir a los sentidos c) y d). Esto es, a normas que expresan los valores superiores de un ordenamiento, y normas programáticas o directrices que estipulan la persecución de determinados fines. Esta lista, ahora de dos sentidos, resulta según Manero, excluyente; lo que significa que, aunque bajo diversos contextos y en diversos casos, los juristas podrían atribuir a la misma norma cualquiera de los dos sentidos, en una misma situación contextual y ante el mismo caso, una norma sólo puede expresar un solo sentido de la palabra “principio”. Ruiz Manero menciona otra distinción relevante entre principios. A saber, aquella entre principios explícitos e implícitos. Siendo los primeros

⁹⁸ Ver Alexy, R., “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, Manuel Atienza (trad.), en *Doxa*, No. 5, España, 1988, pp. 139-151.

aquellos expresamente dictados por una “fuente de producción jurídica”. Mientras que los principios implícitos, se obtienen a través de la “racionalización” de disposiciones expresas del ordenamiento.

Después de haber caracterizado las formas que tenemos de entender el término “principio”, el profesor de la universidad de Alicante, aborda la cuestión relativa a la distinción entre principios y reglas. Nos dice que existen dos perspectivas disímiles desde las cuales se puede trazar la diferencia. Estas perspectivas son, por un lado, lo que llama el enfoque estructural, y por otro, el llamado enfoque funcional. El enfoque estructural se hace cargo de la estructura de la norma. Esto es, parte de la idea de que las normas califican deónticamente conductas, a partir de hechos en el mundo fáctico, los cuales, de presentarse, permiten su aplicación. Es decir, concibe a las normas como condicionales en los que a partir de la actualización en los hechos de una cierta descripción, se sigue una solución en razón de la calificación deóntica de una determinada conducta. Este primer enfoque nos permite también distinguir aquello que Manero llama “principios en sentido estricto” de las “directrices”, correspondiendo respectivamente a las concepciones que antes hemos marcado con los incisos b) y c).

Desde este punto de vista, la distinción que podemos hacer entre reglas y principios (tanto en su sentido estricto, como en su sentido de directriz) está condicionada por la manera en que unos y otra establecen tanto el antecedente, como el consecuente del condicional que formula la norma. Es decir, depende de la manera, cerrada o abierta, en la que las normas establecen, tanto las condiciones que en los hechos se deben actualizar para su aplicación, como la calificación deóntica de una conducta en cuyo sentido es orientada la decisión.

Las reglas formulan de manera cerrada, tanto los hechos que dan lugar a su aplicación, como la calificación deóntica de su conducta. Así “aquel que prive de la vida a otro será castigado con cuarenta años de cárcel” es un enunciado que bien podría ejemplificar la expresión de una regla. Por su parte, un principio en sentido estricto formula de manera abierta las condiciones de hecho que deben presentarse para seguir su aplicación, pero de manera cerrada la calificación deóntica de la conducta prescrita. Por último, las directrices formulan de manera abierta ambos aspectos de su enunciación. Es decir tanto las circunstancias que requieren para operar, como la conducta prescrita son establecidas de manera abierta. Decir que uno u otro aspecto de la formulación de una norma se establece de manera abierta, significa que no se encuentra genéricamente determinado. Esto es, que no se hace una determinación

específica de la clase de cosas (hechos o conductas) planteadas por la norma. Caso opuesto, una formulación cerrada, consiste en la determinación de la clase de cosas que, ya sea en el antecedente o en el consecuente, la norma establece.

El segundo enfoque se desprende de la idea hartiana de que las normas funcionan como razones para la acción. Se le llama enfoque funcional justamente porque atiende a la función que cumplen dichas normas en el razonamiento práctico de sus destinatarios. Según este enfoque, podemos distinguir reglas de principios, en términos de su carácter perentorio y su independencia del contenido. Así. Las reglas funcionan como razones perentorias para la acción de sus destinatarios. Lo cual quiere decir que constituyen una razón de primer orden para que el destinatario “realice” la acción exigida, y una razón de segundo orden para que se abstenga de cualquier deliberación acerca de los pros y los contras de realizar dicha acción. Además las reglas funcionan como razones para la acción independientes del contenido. Lo cual, impacta directamente en la forma en la que los destinatarios las conciben, esto es, como razones perentorias. Supuestamente, los destinatarios deben entenderlas de esta manera, en función, exclusivamente, de su origen. Es decir, en razón de la autoridad jurídica que las ha dictado.

Para Manero la diferencia de las reglas con los principios explícitos radica en que para éstos, cabe decir que son razones para la acción independientes del contenido, pero no perentorias. Son razones independientes del contenido porque la razón para que los destinatarios les consideren de ese modo, es la misma que en el caso de las reglas, esto es, por haberse originado en una fuente determinada. Más no son perentorias porque al formular de manera abierta sus condiciones de aplicación dan lugar a la ponderación, ya que podrían entrar en conflicto con otros principios. Por su parte, los principios implícitos, son razones para la acción no perentorias y no independientes del contenido. No son perentorias por la misma razón que los principios explícitos, esto es, porque dan lugar a casos de ponderación. Y no son independientes del contenido porque son razones para la acción justo en virtud de un aspecto de su contenido y no por haber sido dictadas por alguna autoridad. Respecto a la distinción entre principios en sentido estricto y directrices este enfoque nos dice que las directrices constituyen razones para la acción de tipo instrumental o estratégico. Mientras que en sentido estricto, los principios son razones últimas de la acción, son razones de corrección.

Sin embargo, no es propósito de este trabajo realizar una caracterización exhaustiva de la teoría de los principios en el derecho, ni de Dworkin ni de nadie más,

sino más bien, presentar el conjunto de ideas que, ya sea a través de una concepción de reglas-más-principios o de una de sólo principios, atacaron de manera puntual la tesis hartiana de la incompletitud necesaria de los sistemas jurídicos.

3.4. UNA RESPUESTA POSIBLE

En pocas palabras, aceptar que además de las reglas existen principios (desde una concepción de reglas y principios), implica que ante los casos de incertidumbre, es falso que los jueces no tengan otra salida que la decisión discrecional entre una gama de alternativas abiertas. Por otro lado (desde una percepción de sólo principios) es falso también que, dada la naturaleza argumentativa de nuestras prácticas, existan casos que los jueces deban resolver sin estar justificados para ello. Partiendo de teorías como las de Dworkin o MacCormick, parece plausible entonces concluir que, una vez que la tesis de los principios se ha introducido en nuestra explicación de los sistemas jurídicos, no cabe más la posibilidad de que sean incompletos.

La respuesta a esta crítica que deseamos exponer, ha sido ya tratada por la literatura⁹⁹. De forma reducida diremos que tiene que ver con la vaguedad y ambigüedad propias del lenguaje.

Cabe recordar que ya Hart había hecho mención de ciertos “criterios interpretativos” que podían ayudar en la identificación de las reglas particulares que debían ser aplicadas a los casos concretos. Si las críticas, en particular las de MacCormick, son acertadas, el error de Hart está en conceder a estos “criterios interpretativos” (dentro de los cuales están los principios) un carácter no mayor al de “elementos coadyuvantes”, o algo por el estilo, en el razonamiento jurídico. En lugar de colocarlos como verdaderos estándares del razonamiento judicial, capaces de justificar por sí mismos la decisión de un juez, Hart los relegaba a una función reducida y equivocada. No es lo mismo decir que los principios juegan un rol de criterios dentro de la interpretación de las reglas, a decir que juegan el rol de estándares dentro de la interpretación de nuestra práctica jurídica.

Recordemos también que, para Hart, la tesis de la incompletitud necesaria de los sistemas jurídicos se desprende de varios hechos: i) que los sistemas jurídicos están integrados exclusivamente de reglas (primarias y secundarias); ii) que tales reglas no

⁹⁹ Ver MacCormick, Neil, *H.L.A. HART*, op., cit., cap XI.

pueden ser formuladas más que en términos generales del lenguaje natural; iii) que es una característica propia e insalvable a los términos del lenguaje natural generar casos de incertidumbre en los que su aplicación, puede al menos, estar en duda; y iv) que la incertidumbre lingüística genera en el derecho casos de indeterminación.

La crítica entonces a la propuesta de que a través de la inclusión de los principios en nuestras explicaciones del derecho nos es posible pensar a los sistemas jurídicos como sistemas completos, podría ser planteada en términos de la propiedad de vaguedad y ambigüedad de los términos del lenguaje natural. Es decir, no obstante nuestra aceptación de los principios, éstos no tienen otra forma para ser formulados más que a través de términos del lenguaje natural. Si esto es así, parece que podemos afirmar que ellos mismos (los principios) están condenados a dar pie a casos de incertidumbre lingüística e indeterminación jurídica.

Detengámonos aquí un momento. Hablar de la “completitud de un sistema jurídico” parecería hacer referencia a la idea de que los sistemas legales, si bien no por ellos mismos, sino gracias a la actividad interpretativa de jueces y cortes, pueden, en la práctica, dar una solución justificada a cada una de las decisiones tomadas en la resolución de un caso jurídico. Una justificación que además no haría referencia a ninguna clase de estándar externo al ordenamiento, y que tampoco sería una justificación *ex post facto*. En este entendido, podríamos preguntarnos ¿los jueces pueden, una vez que se aceptan los principios dentro de nuestras explicaciones del derecho, justificar cada una de sus decisiones en “razones” existentes con anterioridad al caso actual? y la respuesta que daríamos desde una perspectiva crítica es que no. Que los principios mismos (a menos que pudieran ser formulados de una manera no dependiente en términos del lenguaje natural) no podrían ser en todos los casos razones de justificación para las decisiones del juez. Pues habrá casos en los que los principios mismos conduzcan a escenarios en los que no es clara la manera en la que deben ser aplicados. Dando lugar, una vez más, sino a un rango de discrecionalidad en el juez, al menos a casos de indeterminación.

En otras palabras, en tanto que los principios sean formulados también en términos generales, por ese sólo hecho, darán pie a casos de indeterminación, en los que no será suficiente apelar a ellos para justificar por qué se ha tomado una decisión y no otra.

Es importante aclarar que no es la sola incapacidad de prever la totalidad de casos aplicables a un término la que impide encontrar siempre una justificación a la

decisión de un caso. Alguien que defendiera la tesis de los principios podría decir, claro que hay casos no previstos por el derecho que en algún momento podrían arribar a la cortes. Sin embargo, son justo para esos casos para los que funciona una justificación basada en principios. El punto de la tesis crítica es: aún dentro de esos casos habrá (al menos existe la posibilidad lógica de que los haya) algunos para los que el alcance del principio (o de los principios) no será claro.

Al final, contra la tesis de la incompletitud, no importa si pensamos que los principios son criterios interpretativos de reglas o si son verdaderos estándares del razonamiento jurídico. No importa si pensamos que el derecho los incluye junto a otros estándares como las reglas, o si mejor dicho son los únicos criterios de justificación. Lo cierto es que, ocupen el lugar que ocupen, la vaguedad y la ambigüedad son problemas de los que no podrán salvarse.

En conclusión, parece que la ya tantas veces mencionada tesis de la incompletitud se sostiene, trayendo consigo nuevas interrogantes. No basta con apelar a principios si es que deseamos sostener la idea de que en realidad, siempre y para todos los casos, los jueces están en posición de proporcionar una respuesta justificada.

3.5. EL DESACUERDO EN DERECHO

Para el año de 1969 la cátedra de jurisprudencia en la universidad de Oxford, veía despedirse a H.L.A. Hart y recibía a quien, con una teoría de la integridad en el derecho, marcará el siguiente paso en la evolución de la teoría jurídica. Ronald Dworkin innovó, además de con sus tesis sobre los principios, con una concepción del derecho distinta, que centraba su atención en la naturaleza interpretativa de nuestra práctica jurídica.

En 1986 se publicó *Law's Empire*. Desde el prefacio, Dworkin deja claro su rechazo a la idea de la indeterminación y adelanta mínimamente su crítica en contra de las teorías “semánticas” del derecho. Pues dice, podemos encontrar contextos de discusión aún en situaciones en las que los medios que supuestamente debían conducirnos a solucionarles quedan en silencio. En estos casos, cuando son jurídicos, “actuamos como si el derecho hubiese murmurado su sino, demasiado bajo para (con la

intensión de) ser oído de una manera distinta.”¹⁰⁰ Igualmente, la idea que habrá de regir el contenido completo del libro y que parece ser el objetivo de toda su teoría jurídica es presentada de manera clara y concisa: “que el razonamiento jurídico es un ejercicio en interpretación constructiva, que nuestro derecho consiste en la mejor justificación de nuestras prácticas legales como un todo, que consiste (el derecho) en la historia narrativa que hace de estas prácticas lo mejor que puedan ser.”¹⁰¹

En el capítulo I, introduce la idea de que existe en el derecho de manera inevitable una dimensión moral. Es en función de esta dimensión, que los actos que llevan a cabo los jueces interesan a la sociedad más, que si fueran una simple colección de datos. Las sociedades se interesan por el quehacer judicial porque ven involucrados sus propios intereses en la aplicación de la ley.¹⁰² Es justo por este interés, que resulta importante identificar lo que los jueces piensan que es el derecho, cuándo están en desacuerdo, y qué tipo de desacuerdo puede ser este.

De este modo, Dworkin afirma que en cualquier caso jurídico surgen, al menos en principio, tres tipos distintos de asuntos: asuntos de hecho, asuntos de derecho y asuntos de moralidad política y fidelidad. Cada uno de estos asuntos puede conducir a los jueces a un desacuerdo distinto y, por ende, reclamar soluciones diversas. Las cuestiones de hecho, darán paso a controversias acerca de los eventos actuales o históricos. En este caso, parece que la identificación del contenido del desacuerdo es poco problemática. Del mismo modo, resulta no problemático acudir a la evidencia que se tenga a disposición para superar un desacuerdo así¹⁰³. El tercer tipo de desacuerdo, aquel sobre moralidad y fidelidad, tampoco resulta relevante cuando surge en una corte. Este tipo de desacuerdo se da acerca de lo que la gente considera moralmente correcto e incorrecto. El desacuerdo acerca de las cuestiones de derecho es el que interesa a Dworkin.

¹⁰⁰ “*We act then as if law had muttered its doom, too low to be heard distinctly.*” Cfr., Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, Harvard University Press, USA, 1986, p. VII.

¹⁰¹ “*That legal reasoning is an exercise in constructive interpretation, that our law consists in the best justification of our legal practices as a whole, that it consists in the narrative story that makes of these practices the best they can be.*” Idem.

¹⁰² Hay que aclarar una cosa, es cierto que existen asuntos, por ejemplo contractuales, que al parecer interesan solamente a las partes involucradas. Sin embargo, es la dimensión general, y no el caso particular, lo que interesa a la sociedad completa. Es decir, es el hecho general de que los jueces pueden decidir esta clase de situaciones, sin importar quienes específicamente sean los involucrados, la que genera en la sociedad tal interés.

¹⁰³ Claro que situaciones de evidencia dudosa, o no disponible, podrían generar problemas, mas éstos no se desprenden de la naturaleza misma de nuestro desacuerdo.

Dworkin parte de la idea de que jueces y abogados a menudo muestran estar en desacuerdo acerca del derecho que “gobierna” un caso. Según él, parece que este tipo de desacuerdo asoma aún al preguntarnos por las “pruebas” (*tests*) correctas que habrán de usarse en la identificación de tal derecho.

En virtud de la solución al desacuerdo en cuestiones de derecho del que tanto jueces como abogados pueden ser objeto, es importante preguntarnos por el tipo de argumentos que de hecho se usan para darles solución. De este modo, Dworkin introduce el concepto de “proposiciones de derecho” (*propositions of law*)¹⁰⁴. Concepto que hace referencia a una variedad de declaraciones (*statements*) y reclamaciones (*claims*) hechas por la gente, acerca de lo que la ley les permite, les prohíbe, o les faculta. Dworkin señala que regularmente jueces, abogados y personas ordinarias, asumen por lo menos el entendido de que algunas de estas proposiciones pueden ser verdaderas o falsas. Sin embargo, sostiene, estas proposiciones únicamente son “figuras” del lenguaje. Es decir, son herramientas de las que el lenguaje nos provee vinculadas a otro tipo de proposiciones de las cuáles son parasitarias. De hecho, su verdad o falsedad se da en virtud de esta segunda clase de proposición; a saber, proposiciones que nos conceden “las bases del derecho” (*the grounds of law*).

Una cosa es clara, que los jueces, abogados y los simples ciudadanos, están en posibilidad de hacer ciertas declaraciones acerca del derecho, o mejor dicho, de lo que “dice” el derecho. Parece claro también que estas declaraciones pueden ser verdaderas o falsas. Y por último, que justo su verdad o falsedad depende de otro tipo de declaración, misma que nos “concede” las bases del derecho¹⁰⁵. El vínculo entre ambas parece ser, reiterando, que la verdad o falsedad de unas puede ser juzgada en relación a las otras. Así por ejemplo, la proposición de que en california el límite de velocidad es de 55 millas por hora es cierta, gracias a que una mayoría de legisladores de ese estado levantó la mano o dijo “sí” (*aye*) cuando un texto para tal efecto arribó a su escritorio. Aunque Dworkin no es muy claro al respecto, con este ejemplo parece decirnos que en el acto de los legisladores podemos encontrar una proposición según la cual, nuestra proposición de que el límite de velocidad en california es de 55 millas por hora es

¹⁰⁴ En la literatura de lengua castellana es más popular el término “proposiciones jurídicas”. Un buen artículo acerca de la diferencia entre proposiciones y las normas, puede verse en Alchourrón, Carlos E. y Bulygin Eugenio, “Norma jurídica” en *El derecho y la justicia*, op., cit., pp. 133-147.

¹⁰⁵ Parece que al decir que este segundo tipo de proposiciones nos proporciona (*furnish*) las bases del derecho, lo que Dworkin quiere señalar es que expresan tales bases. O al menos, que tales bases nos son conocidas por vía de este tipo de proposiciones.

verdadera; esta proposición que nos provee las bases del derecho quizás podría ser expresada por un enunciado del tipo “en california el límite de velocidad es de 55 millas por hora, de acuerdo con la legislación tal”.

Según Dworkin, una vez que se tiene conciencia de lo anterior, se puede distinguir entre dos formas distintas que el desacuerdo sobre la verdad o falsedad de las proposiciones de derecho, que utilizan jueces y abogados, puede adoptar. Se puede estar de acuerdo sobre las bases del derecho, es decir, acerca de cuándo la verdad o falsedad de una proposición “más familiar” permite decir que otra proposición particular es verdadera o falsa; y sin embargo, no coincidir sobre si las bases del derecho son satisfechas o no en un caso particular. A este tipo Dworkin le nombra “desacuerdo empírico”¹⁰⁶ (*empirical disagreement*). La otra clase de desacuerdo consiste en la controversia sobre las bases del derecho, sobre esas otras proposiciones que cuando son verdaderas permiten la verdad de nuestras proposiciones particulares. A este segundo tipo le da el nombre de “desacuerdo teórico” (*theoretical disagreement*). En otras palabras, el desacuerdo empírico se da acerca de si las circunstancias de un caso particular satisfacen o no las bases del derecho, sobre las que no existe controversia alguna. Por otro lado, el desacuerdo teórico emerge cuando existe controversia respecto a cuáles son las bases mismas del derecho. En pocas palabras, Dworkin sostiene que cuando jueces y abogados son objeto de un desacuerdo teórico, la controversia que les ocupa es acerca de lo que realmente “es” el derecho.

Para Dworkin la tesis del desacuerdo es importante, ya que le permite avanzar en la construcción de su visión interpretativa de la práctica jurídica. Esto es, gracias a escenarios de desacuerdo teórico, los jueces interpretan y deben interpretar el derecho, tomándolo como una historia que no ha terminado de ser narrada y que debe ser integral y coherente. Sin embargo, como hemos advertido al inicio de este capítulo, no es propósito de este trabajo hacer una presentación de la teoría jurídica dworkiniana, sino más bien, presentar la tesis del desacuerdo como una crítica a la teoría analítica del derecho.

En el capítulo I de *Law's Empire (What is Law?)* Dworkin presenta una serie de cuatro ejemplos que pretenden apoyar su tesis del desacuerdo teórico, y en general, su enfoque interpretativo del derecho. Éstos son el caso Elmer, el caso del Snail Darter (*Percina Tanasi*), el caso McLoughlin y el caso Brown. Ya que sólo nos interesa ilustrar

¹⁰⁶ Lo llamaremos también desacuerdo sobre los hechos.

la tesis del desacuerdo, no daremos aquí una caracterización de cada uno. Presentaremos solamente de manera resumida el caso Elmer.

Elmer fue un hombre que en 1882, en la ciudad de Nueva York, mató a su abuelo envenenándolo. Él sabía que era voluntad de su abuelo heredarle una gran porción de una finca, más como el abuelo acababa de contraer nuevas nupcias, sospechaba que la voluntad del anciano podía cambiar, dejándolo con las manos vacías. El crimen fue descubierto y Elmer fue condenado a pasar un cierto tiempo en la cárcel. Entonces la pregunta fue acerca de la herencia: ¿estaba Elmer legalmente facultado para recibir la herencia que la última voluntad de su abuelo había previsto? En caso de que Elmer muriera antes que su abuelo, las segundas en la lista de herederos eran las hijas de éste. Así que ellas demandaron al administrador de la voluntad (albacea) que la propiedad les pertenecía en lugar de a Elmer. Argumentaban que la ley no facultaba a Elmer a recibir la herencia justo porque había matado a su padre. Por otro lado, los estatutos que regulaban las herencias en Nueva York, contenían todo un catálogo de condiciones y procedimientos que permitían el establecimiento correcto de la voluntad. Entre dichas previsiones no existía ninguna que considerara el caso de un heredero que asesina al testador. Entonces, el abogado de Elmer alegó que al no ser violada ninguna de estas previsiones explícitas en el estatuto, la voluntad del abuelo era válida, y que como Elmer era nombrado heredero a través de esa voluntad válida, entonces debía recibir la herencia. Alegaba también que en caso de que la corte decidiera conceder la herencia a las hijas del muerto, la voluntad estaría siendo cambiada, substituyendo así la ley por sus propias convicciones morales. La corte suprema en Nueva York decidió con voto de todos sus miembros que su decisión debía estar de acuerdo con la ley. Ninguno negó que si los estatutos que regulaban las herencias en Nueva York, propiamente interpretados, concedían la herencia a Elmer, entonces ellos debían instruir al administrador para que otorgara la herencia. Ninguno alegó que en tal caso la ley debía ser reformada en el interés de la justicia. Los jueces estaban en desacuerdo acerca de cuál era la solución correcta al caso. El desacuerdo entonces, según Dworkin, se trataba más bien de lo que el derecho realmente era en el caso particular, de lo que el estatuto realmente exigía propiamente “leído”. Al final, los jueces negaron la herencia a Elmer, a pesar de que no había previsiones que “explícitamente” prohibieran al asesino del testador recibir la herencia. Su decisión se fundamentó en el principio de que “nadie puede obtener provecho de su propio ilícito”.

Dworkin nos pide distinguir entre dos formas de entender la palabra “ley”. La primera, como el documento físico al cual nos referimos cada vez que pronunciamos su existencia. La segunda, al significado de dicho estatuto, a las ideas contenidas y expresadas por la ordenación de palabras que el estatuto contiene. Para poner un ejemplo, Dworkin habla de la poesía. Dice que todos podríamos saber a qué poema, a que estructura o serie de palabras nos referimos cuando hablamos del poema “Sailing to Byzantium” de W.B. Yeats. Sin embargo, aquello que el poema es, en el sentido de lo que dice o significa, no se identifica necesariamente con este “corpus” físico. Quizás ningún crítico de arte tendría problemas en aceptar que esa secuencia exacta de palabras “es” el poema, pero algunos de ellos podrían contravenir acerca de la manera correcta de entenderlo, expresando oraciones como “ese no es el poema”. Pues bien, lo mismo aplica con los estatutos de ley y la labor interpretativa de los jueces.

En el caso Elmer, los jueces estaban en desacuerdo respecto a la forma en la que afectaría los derechos de Elmer y de las hijas de su abuelo, el significado que asumieran de las palabras que contenían los estatutos. Ya que dicho desacuerdo justamente consistía en construir el estatuto “real” en las circunstancias especiales de dicho caso, la disputa entre los jueces no era acerca de si debían seguir la ley o ajustarla de acuerdo al interés de la justicia, era acerca de lo que la ley en ese caso realmente era.

3.5.1. LA FORMA DE LAS TEORÍAS SEMÁNTICAS DE EXPLICAR EL DESACUERDO

Otra idea que debe ayudarnos en nuestro entendimiento de la verdadera naturaleza del desacuerdo teórico es la tesis que Dworkin ha resumido como “la visión del derecho como simple hecho” (the plain-fact view of law). Según esta idea, cualquier desacuerdo que podemos tener en el ámbito jurídico es un desacuerdo en los hechos. Esto porque aquello que el derecho es depende únicamente en hechos históricos. Hechos acerca de que han hecho las instituciones en el pasado. Para este punto de vista, el desacuerdo teórico es simplemente ilusorio, consistente no en lo que el derecho es, sino en lo que debería ser.

Esta visión ha dado pie a una “familia de teorías” a las que Dworkin llama “teorías semánticas del derecho”. Estas teorías, según él, dicen que el desacuerdo teórico acerca de las bases del derecho es ilusorio, ya que el verdadero significado de la palabra derecho está dado ya por ciertos criterios específicos compartidos por cualquier

agente competente en el manejo del lenguaje jurídico. De esta forma, aquel que esté en desacuerdo con dichos criterios, o bien se estará contradiciendo a sí mismo, o bien estará hablando sin sentido. Es otras palabras, para las teorías semánticas del derecho, aquello que el derecho es, el verdadero significado de la palabra derecho, está dado a cualquiera por criterios que cada uno comparte. Si esto es cierto, entonces la consecuencia que alegan parece no problemática: que aquél que ponga en duda dichos criterios, no usa la palabra de acuerdo a su significado (el que parece ni siquiera entender), profiriendo entonces sólo sin sentidos; o bien, que se estará contradiciendo a sí mismo, pues estará haciendo un manejo del(los) término(s) que los criterios que le dictan como usarlo(s) no le permiten¹⁰⁷.

Otra idea que sostienen las teorías semánticas del derecho es que no todos los que utilizan un término son completamente conocedores de las reglas que dictan su uso¹⁰⁸. Sostienen que en el uso de cualquier término seguimos reglas compartidas; estas reglas establecen ciertos criterios con los que podemos sustituir el significado del término. En el caso del derecho, las reglas que rigen el uso de nuestros términos nos conducen a hechos históricos que se convierten en nuestros criterios para identificar lo que el derecho es en realidad. Sin embargo, no todos los abogados ni jueces conocen por completo dichas reglas, en el sentido de que puedan formular con ellas oraciones comprensibles. De esta manera, se hace necesario que los filósofos del derecho eluciden los criterios que nos dan el significado y correcto uso de nuestros términos, a través de un estudio concienzudo de la manera en la que hablamos. En otras palabras, estas teorías sostienen que nuestro uso de cualquier término está regido por reglas. Que a partir de estas reglas somos provistos por criterios que nos dictan la manera de usar los términos. Que no todos los agentes son conocedores de tales criterios aunque siempre los usen. Que esto hace necesario que los filósofos del derecho los eluciden para nosotros acudiendo al estudio de la manera en que hablamos. Por último, que este problema se extiende a las declaraciones completas. Es decir, que existen criterios que todos usamos, pero de los que podemos ser ignorantes (usarlos sin saber que los usamos), al momento de coincidir, rechazar o enunciar declaraciones acerca de lo que es el derecho¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, op., cit., pp. 31-33.

¹⁰⁸ Esto debe entenderse de la siguiente manera: Toda persona que utiliza un término sigue ciertos criterios compartidos, pese a que sobre su acto de usarlos sea completamente ignorante.

¹⁰⁹ Cfr., Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, op., cit., pp. 31-32.

La idea anterior de que los agentes siguen criterios lingüísticos para juzgar proposiciones de derecho, ha producido teorías que buscan la especificación de tales criterios. La idea es entonces establecer las circunstancias en las cuales cualquier agente comparte ciertas proposiciones jurídicas como verdaderas o no. Es decir, el ánimo de estas teorías ha sido, dar una lista de los “criterios compartidos” según los cuales determinados conjuntos de proposiciones se muestran ante jueces y abogados como verdaderas o falsas. Adoptando, la mayoría de ellas, la visión de derecho como simple hecho. Es decir, atribuyendo tales criterios a actos realizados en el pasado por las instituciones.

Entonces Dworkin caracteriza al modelo positivista como un ejemplo de teoría semántica, tomando de manera particular la teoría de Hart. Como hemos visto, las teorías semánticas sostienen que tanto jueces, como abogados, usan los mismos criterios al momento de decidir la verdad o falsedad de nuestras proposiciones jurídicas. Así, de acuerdo con estas teorías, jueces y abogados siempre están en acuerdo respecto a cuáles son las bases del derecho. Manteniendo un punto de vista del derecho como simple hecho, estas teorías ubican dichos criterios en los actos pasados de las instituciones jurídicas. Único lugar donde cabe el desacuerdo. Dworkin recuerda la teoría de Hart y cómo ésta propone la existencia de una regla de reconocimiento que permite identificar los criterios para identificar reglas válidas y así establecer las condiciones de verdad de nuestras proposiciones jurídicas.

Antes de seguir con la crítica a las teorías semánticas hecha por Dworkin, queremos señalar un posible problema con la parte de su explicación que señala la forma en la que la teoría hartiana acude a los criterios. Como Timothy Endicott señala en un artículo llamado *Herbert Hart and The Semantic Sting*¹¹⁰, es complicado sostener que Hart habría aceptado que los criterios que había pensado, provistos por la regla de reconocimiento, ayudan para establecer las condiciones de verdad de proposiciones jurídicas. Hart no está buscando responder, al menos no de manera obvia, cuáles son las circunstancias que permiten a las personas decidir la verdad o falsedad de sus proposiciones. Hart está interesado más bien, en examinar cómo es que los jueces deciden en función de reglas. Reglas para las que, cabe recordar, carece de sentido la atribución de valores de verdad. En pocas palabras, para Hart los criterios sirven para identificar reglas válidas, no para establecer la verdad de nuestras proposiciones acerca

¹¹⁰ Endicott, Timothy, “Herbert Hart and the Semantic Sting”, op., cit..

de esas reglas. Así como para Dworkin es necesario decir que las bases del derecho nos son dadas por proposiciones que permiten el desacuerdo; para Hart es necesario decir que dichas bases son reglas y no proposiciones. En conclusión, un problema que tiene la teoría de Dworkin si es que al hablar de criterios en la teoría hartiana se refiere a esos de los que nos provee la regla de reconocimiento, es que aunque en una lectura dworkiniana de Hart, éstos sirvan para distinguir la verdad de nuestras proposiciones; en una lectura hartiana de Hart, el problema que buscan solucionar es la identificación de reglas.

Más adelante en su caracterización del positivismo, Dworkin llega a la versión según él más sofisticada del positivismo, misma que presenta el problema de la indeterminación. Expone como esta versión plantea un “corazón” de usos para la palabra derecho y los casos frontera o de penumbra propios a tal palabra. Una vez más, subraya que esta teoría sostiene que los agentes siguen la misma regla al usar la palabra “derecho” y por ello nunca están en desacuerdo respecto a las bases del derecho. Más la sutileza importante que hace aquí, es el énfasis que pone en el acuerdo sobre los casos estándar que de manera no problemática caen sobre el uso de un término. Nos dice Dworkin que en este sentido, para las teorías semánticas es posible encontrar usos no problemáticos de los términos tanto en el derecho, como en otros aspectos del lenguaje. Por ejemplo, el quijote de Cervantes nos concede un uso no problemático de nuestra palabra “libro”, mientras que la constitución nos permite un uso no problemático de la palabra “derecho”.

Estos casos que nos proporcionan el corazón de uso de un término, fijan la regla que nos da la manera correcta de emplearlo. En el ámbito jurídico esto significa que en realidad los desacuerdos acerca de si algo es derecho o no, no son más que desacuerdos verbales parecidos al desacuerdo de si el palacio de Buckingham es una casa. En consecuencia, el desacuerdo que antes Dworkin ha llamado teórico, sólo puede ser explicado por estas teorías como un desacuerdo acerca de lo que el derecho debería de ser, porque los agentes tienen ya una serie de casos a los que sin problema se les puede atribuir un uso de la palabra “derecho”; y el desacuerdo sobre lo que “es” el derecho se trata sólo de saber si eso se ajusta a la regla de uso de tal palabra. Discutir si para un caso una ley es derecho es como discutir si un panfleto es un libro o no. Así, para los casos que no forman parte de dicho corazón, la pregunta indicada (que expresaría un desacuerdo teórico) es si deberían ser considerados parte de él. En otras palabras, si el termino derecho debería incluirlos como partes de los casos que dan su corazón de uso.

Si usamos entonces los términos de esta manera, para “cubrir” solamente proposiciones de derecho de acuerdo con la regla central que establece su uso (aceptada por todo el mundo), no tendremos más que acudir allí donde dicha regla esté postulada para saber cuál es el derecho en ese caso.

Dworkin acepta que este tipo de debate “de hecho”, sobre si un caso es parte del corazón de uso de un término, puede existir. En consecuencia acepta también la distinción entre casos centrales (pivotal cases) y casos frontera (boderline cases). Sin embargo, subraya, no es el único tipo de desacuerdo en el que los agentes pueden verse involucrados. Utiliza el ejemplo de la fotografía para ilustrar, una vez más, como en la práctica las personas debatimos también de otra forma. De acuerdo con el desacuerdo empírico, un par de personas podrían discutir si la fotografía es un arte en el mismo sentido que la pintura o la arquitectura. Estas dos, serian ejemplos no controvertidos de los casos que marcan el corazón de uso de la palabra “arte”. Podríamos entonces, de acuerdo con la regla que permite a la pintura y a la escultura ser artes, preguntarnos si la fotografía reúne o no las características. Otra cosa seria preguntarnos después si la fotografía debería ser un arte. Con independencia a estas controversias alguien podría preguntarse aún –bueno, si tú dices que la fotografía no es un arte, entonces bien haríamos con preguntarnos qué es el arte antes de responder que la fotografía no lo es- en este caso, parece, la pregunta ya no se centra en distinguir si la fotografía es un caso central o un caso frontera de nuestro uso de la palabra “arte” sino en qué es el arte mismo. En el ámbito jurídico, este desacuerdo consiste en preguntarnos, de acuerdo al caso, qué (cúal) es el derecho realmente.

3.5.2. EL AGIJÓN SEMÁNTICO

Al final del capítulo I de *Law's Empire*, Dworkin señala el verdadero argumento contra las teorías semánticas. En pocas palabras este consiste en su imposibilidad para explicar el desacuerdo teórico. Nos dice que, “si los argumentos que usamos en derecho son principal o aún en parte acerca de casos claros, entonces los abogados no pueden estar todos usando los mismos criterios fácticos para decidir cuándo las proposiciones jurídicas son verdaderas o falsas. Así el proyecto de las teorías semánticas de extraer reglas compartidas desde un estudio cuidadoso de lo que los abogados dicen y hacen,

estaría destinado a fallar.”¹¹¹ Parece que lo que Dworkin afirma es que si los agentes argumentan sólo en función de casos claros, el surgimiento de casos frontera expone que en realidad no utilizan los mismos criterios para calificar a las proposiciones jurídicas de verdaderas o falsas. Es decir los casos difíciles colocan a los agentes frente a situaciones en las que los “supuestos” criterios que les permitían identificar el uso de sus términos en los casos simples, no son en realidad compartidos.

El argumento avanza afirmando que si dos abogados están usando en realidad reglas diferentes sobre cómo usar la palabra derecho, entonces en realidad ellos no pueden estar en desacuerdo acerca de nada, sencillamente porque están hablando de cosas distintas. Sería como si discutiéramos acerca de la ventaja de exportar las drogas producidas por el país. Cuando alguno asociara al concepto de “droga” aquellas medicinales, sintéticas, naturales, etc., y otro limitara su concepción a aquellas que por el momento están prohibidas. En un escenario así ambas partes siguen reglas distintas en su manejo del término “droga” y por consiguiente discuten cosas distintas. En un caso jurídico, ninguno de los dos contendientes estaría respondiendo a la pregunta ¿Qué es el derecho? pues para cada uno “el derecho” es una cosa distinta a lo que piensa el otro.

Dworkin inicia el capítulo II (*Interpretative Concepts*) remarcando el argumento anterior al que da el nombre de “el agujón semántico”. Una vez más y con la intención de dejar completamente claro cuál es el argumento del agujón semántico, expondremos aquí la crítica dworkiniana. La idea es que para las teorías semánticas uno sólo puede coincidir en el manejo de los términos “si, y solo si, todos aceptamos los mismos criterios para decidir cuándo nuestras afirmaciones son correctas, aún si no podemos establecer exactamente, como un filósofo esperaría, cuales son dichos criterios”¹¹². Podemos discutir si es benéfico al desarrollo del país exportar las drogas que se producen solamente, si entendemos la palabra “droga” de la misma manera. Podemos discutir acerca de los casos difíciles, pero no sobre los casos fáciles o “pivote”.

¹¹¹ “If legal argument is mainly or even partly about pivotal cases, then lawyers cannot all be using the same factual criteria for deciding when propositions of law are true and false. Their arguments would be mainly or partly about which criteria they should use. So the project of the semantic theories, the project of digging out shared rules from a careful study of what lawyers say and do, would be doomed to fail”. Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, op., cit., p. 43.

¹¹² “They think we can argue sensibly with one another if, but only if, we all accept and follow the same criteria for deciding when our claims are sound, even if we cannot state exactly, as a philosopher might hope to do, what these criteria are”. *Ibidem*, p. 45.

Dice Dworkin que si esta forma de explicar al desacuerdo es realmente exhaustiva, es decir, abarca todas las posibilidades respecto a las controversias a las que puede dar lugar nuestro manejo de términos, entonces debe ser aplicable al desacuerdo en derecho. Suponer esto, dice, nos conduce al siguiente dilema: “o bien pese a las apariencias, los abogados realmente aceptan aproximadamente los mismos criterios para decidir si una afirmación acerca del derecho es verdadera, o no puede haber acuerdo o desacuerdo genuino alguno acerca del derecho, sino únicamente la tontería de la gente que piensa que está teniendo un desacuerdo porque atribuye distintos significados al mismo término.”¹¹³ La idea podría ser explicada de la siguiente manera, si es cierto que los agentes usan siempre los mismos criterios para evaluar la verdad o falsedad de sus afirmaciones (su manejo correcto de los términos), entonces no puede haber desacuerdos genuinos. Parece que Dworkin está interesado en señalar la incompatibilidad entre estas dos tesis. A saber, o existen los desacuerdos genuinos en derecho, o utilizamos criterios compartidos que nos indican cómo usar nuestros términos. Ninguna de estas tesis puede ser verdadera sin hacer falsa a la otra¹¹⁴.

En conclusión diremos que la tesis del aguijón semántico sostiene que si es cierto que en el uso de nuestros conceptos, a partir del cual juzgamos la verdad o falsedad de nuestras afirmaciones, nos regimos por criterios, entonces nunca podríamos estar en desacuerdo respecto a la manera correcta de usarlos. Justo porque dicho uso está “determinado” por tales “criterios” que, lo sepamos o no, compartimos.

Una teoría será una teoría semántica si sufre el aguijón semántico. Es decir, si explica el desacuerdo solamente como una pretensión de los jueces, más nunca como un desacuerdo genuino. Dicha pretensión tiene lugar solo porque el caso particular cae en un caso frontera de las instancias claras de la regla. El desacuerdo entonces no tiene porque ser considerado más que como una cuestión de moralidad o fidelidad, pero no de derecho.

La crítica de Dworkin en *Law's Empire*, en particular a las teorías positivas del derecho, se forma así por dos argumentos. El primero, el del desacuerdo teórico, y el

¹¹³ “Either, in spite of first appearances, lawyers actually all do accept roughly the same criteria for deciding when a claim about the law is true or there can be no genuine agreement or disagreement about law at all, but only the idiocy of people thinking they disagree because they attach different meanings to the same sound”. Ídem.

¹¹⁴ Para ver más acerca del argumento del aguijón semántico consultar Shapiro, Scott, “The ‘Hart-Dworkin’ Debate: A Short Guide for the Perplexed”, en *Public Law and Legal Theory Working Paper*, No. 77, University of Michigan, 2007. Endicott, Timothy, “Herbert Hart and the Semantic Sting”, op., cit. También Smith, Dale, “The Theoretical Disagreement and the Semantic Sting” en *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 30, No. 4, 2011. , pp. 635-661.

segundo, el del aguijón semántico¹¹⁵. Uno nos dice que en nuestra práctica jurídica jueces, abogados y personas ordinarias, discuten de manera genuina aspectos que nada tienen que ver con cuestiones de hecho, sino más bien con las bases mismas del concepto que discuten; en el ámbito jurídico, “el derecho”. El otro, que si adoptamos que nuestro uso de términos está regido por criterios, entonces no podemos explicar dicho desacuerdo teórico¹¹⁶.

3.5.3. LA RESPUESTA DE HART A LA CRÍTICA DEL AGUIJÓN SEMÁNTICO

Hasta el momento y desde finales del siglo pasado, mucha tinta se ha empleado en tratar la cuestión del desacuerdo teórico y el aguijón semántico. Iniciando por Hart, quien en su famoso *Postscript* respondió a la crítica Dworkiniana. Contrario a lo que muchos podrían esperar, esto es, una defensa de Hart sobre la inexistencia de desacuerdos teóricos o el éxito de una semántica de criterios. Hart responde simple y llanamente que su teoría no sufre del aguijón semántico¹¹⁷. Esto a su vez ha dado lugar a otra extensa serie de ensayos, artículos etc., que tanto en español, como en inglés, han abordado lo que hoy se conoce como el debate Hart-Dworkin¹¹⁸.

Para entender la afirmación de Hart de que su teoría falla en ser una teoría semántica seguiremos a Endicott en la primera parte de su ya mencionado artículo “Hart and The Semantic Sting”. La primer distinción que Endicott nos pide hacer es sobre el uso del término “semántica”. En este sentido, afirma que si entendemos por “semántico” aquello relativo al significado, la teoría Dworkiniana, interesada en responder a la pregunta ¿Qué es derecho? no es una teoría semántica. En estos términos, toda teoría que intente ser una explicación del derecho explicando lo que el derecho es, no puede perder un carácter semántico al proveernos de la mejor explicación de su concepto.

Si esto es así, cabe preguntarnos entonces en qué sentido Dworkin afirma que la teoría de Hart es una teoría semántica y la suya no. Como hemos visto, Dworkin acusa a la teoría hartiana de proponer el uso de criterios para establecer el uso correcto de nuestros términos. De esta forma, la diferencia entre ambas teorías parece estar trazada

¹¹⁵ En la literatura de habla inglesa uno puede localizarlos como: ATD (*Argument of Theoretical Disagreement*) y SSA (*Semantic Sting Argument*).

¹¹⁶ Un artículo interesante puede encontrarse en Smith, Dale, op., cit.

¹¹⁷ Hart, H.L.A., *Post Scriptum al concepto del derecho*, op., cit.

¹¹⁸ Shapiro, Scott, “The ‘Hart-Dworkin’ Debate: A Short Guide for the Perplexed”, op. cit. También Rodríguez, César, “La decisión judicial: el debate Hart/Dworkin”, Universidad de los Andes, Colombia, 1997.

por su respectivo uso de lo que podríamos llamar una “semántica de criterios” frente a una “semántica interpretativa”. Resulta entonces relevante preguntarse si la teoría de Hart realmente propone una “semántica de criterios”.

Recordemos que ya antes hemos hablado de la forma particular en la que Hart usa la idea de “criterios”, que de manera exacta se refiere a la identificación de reglas más que al uso de términos. Sobre la forma en la que las personas identifican reglas conforme a criterios Hart, entre otras cosas, señala que dada la generalidad¹¹⁹ de tales criterios, se da pie a casos de incertidumbre. Que cada término posee un corazón de significado que se identifica con aquellas instancias a las que de manera no problemática podemos concebir dentro de su alcance, y, al mismo tiempo, una penumbra que da lugar a dudas sobre la calificación de un caso particular como instancia del término. De esta idea, concluye Endicott, la “semántica” propuesta por Hart no es una de criterios, sino una de casos paradigmáticos. Idea que es confirmada por el argumento de Hart acerca de la función creativa de los jueces. Esto es, cada vez que un juez se encuentra con un caso que no puede ser claramente subsumido a una regla dado que no se muestra como una instancia no controvertible del alcance de los términos en los que ha sido expuesta, entonces de acuerdo a la relevancia legal y a la forma determinante de las similitudes, el juez puede establecer el caso actual como un nuevo escenario paradigmático del alcance del término (al menos de su connotación).

Por ejemplo, si cierto día alguien se acercara a Hart y le dijera –profesor, resulta que en la comunidad en la que vivo nuestro sistema jurídico está integrado sólo por normas primarias, contrario a lo que usted sostiene- Hart no tendría por qué pensar que en la comunidad en la que vive no existe en realidad sistema jurídico alguno. No tendría por qué pensar siquiera que aquella persona no sabe cómo usar el lenguaje, o al menos, la manera correcta de usar el término “sistema jurídico”. Su propósito siempre fue proporcionar “elucidaciones” del manejo de los términos y no “definiciones”. Por tanto, Hart podría aceptar que en tal comunidad, los sistemas constituidos exclusivamente por reglas primarias son casos paradigmáticos de su forma de usar el término “sistema jurídico” a diferencia de Inglaterra.

Hay una diferencia importante entre la manera de entender los paradigmas que propone Endicott y la manera de entenderlos por parte de Dworkin. Para Ronald

¹¹⁹ Sería incorrecto decir que todos los términos son generales, existen por ejemplo, los nombres propios o los números, que se refieren a objetos particulares. Lo cierto es que Hart señala que los términos que se emplean en la expresión de normas no son comúnmente de este segundo tipo.

Dworkin, todo paradigma es revisable. Acepta que las “verdades interpretativas” puedan constituir ejemplos paradigmáticos, que nos permitan identificar los casos claros de nuestra manera de usar los conceptos. Es decir, a través de la interpretación podemos encontrar ciertas proposiciones que son verdaderas de manera generalizada y continuada en el tiempo. Dichas proposiciones, nos permiten encontrar los casos claros a los que nuestros términos se aplican sin problema. Sin embargo, esto no cierra la posibilidad de que llegado el momento y por vía de la revisión propuesta por su naturaleza interpretativa, dichas verdades dejen de funcionar como paradigmas¹²⁰. Según Dworkin, una semántica de criterios no permite la revisión de los paradigmas, pues más que paradigmas, los casos claros funcionan como criterios que deben regir el uso de nuestros términos. Dworkin toma el ejemplo de la cortesía. Nos dice que, si bien es cierto que a inicios de siglo (XX) era un caso paradigmático de la “cortesía” que los hombres se levantarán cada vez que una mujer ingresaba en el lugar en que se encontraban; en la actualidad una mejor interpretación de nuestra práctica ha generado que dicho escenario deje de ser un paradigma de nuestra manera de usar la palabra “cortesía”. En conclusión, para Dworkin todos los paradigmas son controvertibles, o al menos tienen la capacidad de serlo.

La crítica que Endicott presenta a Dworkin y que da la impresión de beneficiar a la teoría de Hart es que, parece que aún en situaciones no definicionales podemos encontrar casos de paradigmas incontrovertibles. Es decir, aun aceptando la idea de que la manera en la que usamos nuestros términos (en particular en el ámbito jurídico) es interpretativa, existen “verdades interpretativas” que no son llevadas a revisión. Que funcionan como paradigmas incontrovertibles de nuestro uso del término. Endicott da el ejemplo del pelón. Nos dice que, pese a que podríamos siempre discutir acerca de si una persona con más o menos pelo es en realidad un pelón, dicho en otras palabras, si la palabra “pelón” puede ser empleada para calificar a tal o cual persona; eso no nos impide identificar a aquel que no tuviera un solo pelo como un ejemplo paradigmático incontrovertible del alcance de dicho término. Obviamente su idea está condicionada por una fuerte concepción de la vaguedad.

Si es cierto que la teoría hartiana defiende una semántica de casos paradigmáticos y no de criterios, entonces es cierto también que no sufre del aguijón semántico. No obstante, la crítica de Dworkin a la teoría de Hart incluye el argumento

¹²⁰ Ver Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, op., cit., p. 72.

del desacuerdo teórico. Es pertinente entonces preguntarnos qué dijo Hart acerca de dicho desacuerdo. La respuesta es evidente, Hart no dijo absolutamente nada respecto del desacuerdo teórico. Para él, la identificación de las “bases del derecho” estaba dada por la regla de reconocimiento, un juez y un abogado tenían necesidad de preguntarse cuál era la ley que debían aplicar porque contaban con una regla de reconocimiento expresada en su sola práctica de identificar el derecho conforme a los criterios que dicha regla les proporcionaba. En otras palabras Hart nunca se planteó el problema del desacuerdo que existe toda vez que los agentes se preguntan por las “bases del derecho”.

3.5.4. UNA RESPUESTA POSIBLE A LA CRÍTICA DESDE UNA OPTICA ANALÍTICA

Intentaremos ahora aportar una respuesta posible que desde una perspectiva analítica pueda dar cuenta del desacuerdo teórico¹²¹. Existen diversos ámbitos del lenguaje, sobre los que podemos formular oraciones respecto de las cuales podemos estar en desacuerdo. Así, podemos estar en desacuerdo respecto de cuestiones de hecho expresadas por oraciones como “VolksWagen es la casa automotriz que mejores ganancias obtuvo el primer trimestre del año en México”. Podemos estar en desacuerdo también respecto a oraciones que manifiestan una preferencia como “El chocolate blanco es mucho más rico que el chocolate negro”. Hacia nuestra manera de calificar una obra de arte “La garnica de Picasso es un cuadro hermosísimo”. Respecto a proposiciones acerca de reglas sociales “los niños no deben escuchar las conversaciones de los mayores”. Respecto a leyes de la moral “uno no debe mentir bajo ninguna circunstancia”. Y respecto a oraciones acerca de nuestros deberes y derechos jurídicos “la corte X debe conceder la herencia a Y”¹²².

¹²¹ La cuestión sobre si, la tesis del desacuerdo teórico debe conducirnos necesariamente a la del agujón semántico ha sido bien discutida por Smith en Smith, Dale, op., cit. en pocas palabras la idea de Smith es que el argumento del agujón semántico es una explicación implausible de porqué muchos juristas han negado la existencia del desacuerdo teórico (por ejemplo Hart de quien podríamos decir interpretándolo que no solo no menciona el desacuerdo teórico, sino que lo niega sin necesidad de aceptar que su teoría adolece del agujón semántico). Si el desacuerdo teórico no es necesariamente explicado por la tesis del agujón semántico entonces pueden existir teorías positivas que intenten explicar esta clase de desacuerdo.

¹²² Es posible que existan más aspectos del lenguaje que nos permitan formular oraciones sobre las cuales experimentemos una controversia. Esta lista, no tiene la intención de ser exhaustiva, sin embargo, consideramos que las oraciones puestas son suficientes para mostrar el punto que deseamos.

Sobre las cuestiones de hecho, parece plausible aceptar que si yo sostengo que Volkswagen es la firma con mayores ingresos, esta oración puede ser verdadera o falsa con independencia a mí. Es decir, que si la afirmación es falsa o verdadera lo será con independencia al acto de formularla en relación a un “hecho” en el mundo. Si alguien sostiene que es verdadera y otro que es falsa. Necesariamente sólo uno de los dos estará en lo correcto. Sobre las oraciones que expresan gustos sin embargo, parece que el desacuerdo opera de manera distinta. Si yo digo que el chocolate blanco es mejor que el negro, expresando sólo mi gusto por él, entonces parece que frente a una opinión diversa el desacuerdo es insalvable. Es decir, parece que no tendría sentido “discutir” quien de los dos tiene razón porque al final sólo estamos discutiendo “opiniones” contradictorias. El caso de nuestra calificación a una obra de arte, nos parece razonable aceptar, aunque más complicado puede reducirse uno de los dos sentidos que hemos planteado de la palabra desacuerdo. La cosa parece complicarse cuando nos preguntamos qué sentido del término desacuerdo estamos usando al afirmar la verdad o falsedad de oraciones que contienen particular como “deber”, “permitido”, etc. partículas modales que parece, nos sitúan en un uso distinto del lenguaje. A saber, su uso prescriptivo.

Dado que este uso nos sirve para expresar reglas para las cuales carece de sentido preguntarse por su verdad o falsedad. Aceptaremos la idea de que todas estas oraciones expresan más bien declaraciones y no reglas. Ahora debemos saber si existe un tercer sentido que la palabra desacuerdo podría expresar frente a este tipo de declaración. Siguiendo a Dworkin, quien nos invita a pensar que dichas proposiciones pueden ser juzgadas de verdaderas y falsas, concluiremos dos cosas: i) que existen sólo dos sentidos en los que la palabra desacuerdo es empleada, pues aún en las declaraciones que, sin ser reglas, se dan utilizando palabras que cuando contenidas en reglas expresan un uso prescriptivo del lenguaje, no encontramos una caracterización distinta a la disputa por el valor de verdad de dichas declaraciones particulares. ii) que el desacuerdo sobre el valor de verdad de nuestras declaraciones jurídicas no puede ser del mismo tipo que el desacuerdo de nuestros juicios de preferencia.

De manera precisa, diremos que uno de los sentidos en el que usamos la palabra desacuerdo es aquel que nos permite concebir desacuerdos salvables. Es decir, aquel en el que nuestra oración o bien es verdadera o bien falsa, y por tanto si dos personas sostienen puntos de vista distintos podremos proferir ciertamente que uno está en el error y el otro no. Y el otro sentido en el que entendemos la palabra desacuerdo

solamente como la oposición de dos declaraciones contrarias a las que no hay posibilidad de atribuirles verdad o falsedad. En este sentido los desacuerdos son insalvables, pues si dos personas “piensan” que su oración es verdadera, no hay forma de desmentirlos. Ejemplos del primer sentido son las declaraciones que antes hemos dicho se refieren a los hechos. Ejemplos del segundo son los que antes hemos llamado “juicios de preferencia”.

Parece plausible aceptar que el desacuerdo que nos interesa explicar en el derecho no podría ser un desacuerdo insalvable. Así, deseamos sostener la idea Dworkiniana de que nuestras declaraciones pueden ser verdaderas o falsas. Y por lo tanto, que nuestros desacuerdos pueden tener solución. Que ante el desacuerdo podemos decir que una postura es correcta y la otra equivocada.

Ahora intentaremos explicar lo que Dworkin ha presentado como desacuerdo teórico desde una perspectiva analítica. Retomando el ejemplo del caso Elmer, parece que Dworkin nos invita a pensar que en un caso así, pese a que los hechos y los enunciados que expresan la regla sean claros, y por ello, la manera en la que el caso se subsume a la regla también (no obstante una corte podría estar en desacuerdo sobre cuál es la solución que debe dar ante tal escenario); el desacuerdo del que podría ser objeto la corte parece poder ser expresado por la verdad o falsedad de un enunciado como “Elmer debe recibir la herencia que le dejó su abuelo”. Así, parece que la corte podría “establecer” el desacuerdo conforme a los siguientes enunciados:

“Elmer debe recibir la herencia que le dejó su abuelo” (A)

“Elmer debe no recibir la herencia que le dejó su abuelo” (B)

Siguiendo una semántica de casos paradigmáticos, pero rechazando una teoría interpretativa del derecho, podríamos decir que cada uno de los enunciados anteriores funciona como una instancia incontrovertible, un caso paradigmático, de otra declaración, expresada tal vez por el enunciado:

“X debe recibir la herencia si y sólo si X no ha asesinado a su testador” (R)

Dado que el enunciado (R) excluye al enunciado (A) este no puede ser un caso paradigmático de (R). Caso contrario en el que, digamos Juan, heredero de su abuelo,

hubiese esperado a que éste muriera de causas naturales. En este caso la declaración expresada por el enunciado

“Juan debe recibir la herencia que le dejó su abuelo” (J)

indudablemente sería un caso paradigmático de (R). El problema de una concepción así, es que parece nada impide que surjan casos de indeterminación. Es decir, debido a la generalidad de los términos (asesinar por ejemplo) del enunciado (R), parece que no hay razón para pensar que casos de incertidumbre podrían presentarse. Sin embargo, como hemos visto, da la impresión de que este problema es insalvable no sólo en el sistema jurídico, sino en el lenguaje mismo. Como parece hemos demostrado, la teoría de Dworkin misma no es inmune a este problema. Por tanto, la plausibilidad de la explicación consiste en mostrar una alternativa no interpretativa para explicar el desacuerdo teórico, a través de una semántica de casos paradigmáticos.

Lo que decimos es que, lo que los jueces hacen frente a un desacuerdo respecto de las “bases del derecho” es discriminar si sus enunciados (aquellos en los que pueden establecer la cuestión controvertida) funcionan como casos paradigmáticos de una “meta-declaración” conocible a jueces, cortes y abogados.

Un problema resta por aclarar en una concepción como la anterior. A saber, cómo entender esta “meta-declaración”. En dónde se origina. Dado que resolver ésta y otras interrogantes necesitaría la realización de una teoría del razonamiento y la argumentación jurídica completa, para el presente trabajo baste decir que sospechamos, la cuestión puede rastrearse desde la racionalidad discursiva.

Es importante subrayar que este argumento más que perfilarse como una crítica a la teoría interpretativa de Dworkin, tiene como intención mostrar una manera posible en la que una teoría analítica podría explicar la tesis del desacuerdo teórico.

CONCLUSIONES

1. Como la teoría de las ficciones de Jeremy Bentham demuestra, los términos que integran el discurso jurídico son de una naturaleza extraña a los términos del discurso común. Ya que la clase de entidades a la que se refieren es distinta, lo anterior implica que no existe el mismo tipo de correspondencia entre objetos del mundo físico en el caso de palabras como “gato” o “dolor” y palabras como “derecho” o “deber”, para las que no existe cosa alguna en el mundo que constituya su referencia.

2. La naturaleza anómala de los términos jurídicos tiene origen en el lenguaje. Es decir, es una cualidad de nuestro lenguaje conducirnos a utilizar las palabras legales en términos que suponen la existencia de los objetos a los que aparentemente refieren. Lo cual quiere decir que las personas no tenemos opción al utilizar los términos del discurso legal, excepto concebir los objetos a los que hacen referencia “como si fueran reales”.

3. La idea de Bentham de que las palabras jurídicas refieren a otro tipo de entidades distinto al que refieren las palabras del discurso ordinario, más su idea de que el lenguaje mismo constriñe a las personas a utilizar tanto palabras jurídicas, como palabras del discurso común, de la misma manera, esto es, en términos que suponen su existencia; constituyeron la piedra de toque de la concepción hartiana del derecho. En particular, de su método de elucidación de conceptos.

4. La teoría de los juegos del lenguaje, apoyada por la concepción de regla de Ludwig Wittgenstein y, en general, las ideas que expuso en las *Investigaciones Filosóficas* acerca de la pertinencia de dilucidar los significados de nuestros términos en razón de la forma en la que los hablantes los usan, además de su intención metodológica de buscar elucidaciones basadas en las prácticas, en lugar de la construcción de sistemas filosóficos complejos al

explicar las cosas; determinaron el carácter de las propuestas que aportó a la teoría jurídica H.L.A. Hart.

5. Hart sigue a la teoría de los actos de habla, en particular, la diferencia entre la forma de utilizar el lenguaje para proferir un enunciado declarativo y uno performativo. Su método de elucidación de conceptos, requiere que las palabras por “definir” sean tomadas de oraciones donde cumplan su función habitual. En el caso de oraciones del ámbito jurídico, se puede aceptar que dicha función se cumple a través del uso performativo del lenguaje y no por vía de descripciones.

6. Hart aporta un método innovador que permite la elucidación conceptual de las palabras que se utilizan en el ámbito jurídico. Este método es distinto al método de definición clásico y responde a la necesidad de enfrentar la naturaleza “anómala” de los términos jurídicos.

7. Hart concibe al derecho como una práctica exclusivamente social. Emplea el término social en dos sentidos. Uno, como opuesto a individual, lo que significa que un orden jurídico sólo puede existir ahí donde una comunidad de individuos se relacionan motivados por intereses diversos. Otro sentido, como opuesto a metafísico, esto es, los sistemas legales existen en un orden propio a las personas, no a la naturaleza o las entidades divinas. Sólo donde exista una comunidad de personas hará sentido hablar de la existencia de un sistema jurídico.

8. La idea de sistema jurídico, está condicionada en la teoría de Hart a la interrelación entre dos tipos distintos de reglas: las reglas primarias o de obligación, que son aquellas que establecen deberes, las reglas secundarias son aquellas que confieren poderes. Dentro de las reglas secundarias encontramos: las reglas de cambio, las reglas de adjudicación y las reglas de reconocimiento.

9. Hart demuestra que los modelos explicativos de filosofía jurídica basados en la idea de que los deberes jurídicos funcionan como órdenes

respaldadas por amenazas que emite un soberano quien, sin hábito de obedecer a alguien más, es habitualmente obedecido, fracasan.

10. Que la existencia de una regla se actualiza toda vez se satisfacen dos condiciones. El aspecto interno, tiene que ver con la actitud reflexiva y crítica que muestran las personas de aceptar un cierto patrón de comportamiento como una regla obligatoria para su conducta y la de los demás. El aspecto externo, tiene que ver con la conducta positiva, es decir, con la realización habitual de la conducta imperada en dicho patrón.

11. Existen más de dos formas en las que las personas pueden enfrentarse a las reglas. En principio, el punto de vista interno y el punto de vista externo. Este último tiene, por lo menos, dos maneras de presentarse: i) El punto de vista externo extremo que consiste en la actitud de una persona que reporta desde fuera la conducta que llevan a cabo los miembros de una comunidad, al estilo de un científico social, y ii) un punto de vista externo no extremo que se refiere a una aceptación no entusiasta; esto es, el punto de vista que detenta una persona que obedece una regla sin aceptarla, por ejemplo, por razones prudenciales. Además, concluimos que la literatura tradicionalmente ha hecho una lectura, según la cual, la teoría hartiana sólo reconoce el punto de vista interno y el punto de vista externo extremo. Es decir, lo que comúnmente se ha conocido como el punto de vista del participante y el punto de vista del observador.

12. Las declaraciones que formula, por un lado un participante y, por otro, un observador serán distintas. Esto nos permite distinguir entre declaraciones internas y declaraciones externas. Para explicar la existencia de reglas sólo son útiles las declaraciones hechas desde el punto de vista interno, es decir, las declaraciones internas.

13. El concepto de regla de reconocimiento, es un concepto fundamental de la teoría hartiana. Dicha regla provee de criterios que permiten a las personas identificar las reglas válidas y las no válidas. La regla de reconocimiento no es válida o inválida, su existencia es una cuestión de hecho

que se manifiesta en la práctica generalizada de jueces e individuos ordinarios de ubicar las reglas válidas del ordenamiento de acuerdo con los criterios que estipula.

14. Para aseverar la existencia de un orden legal en la teoría hartiana son necesarias dos cosas: un hábito de obediencia generalizada, y una visión uniforme de la regla de reconocimiento por parte de quienes la aplican.

15. El control social en las comunidades actuales se consigue únicamente a través de estándares generales. Esto significa pautas de comportamiento expresadas en términos que refieren a clases de objetos, cosas, sucesos, personas, etc. La generalidad de las palabras en las que son expresadas estas pautas debe entenderse como opuesta a la referencia particular que llevan a cabo, por ejemplo, los nombres propios. Es decir, son generales en tanto refieren a colecciones completas de objetos, y no, a objetos singulares. Entiéndase por objetos: cosas, personas, sucesos, etc.

16. La generalidad de nuestros términos ineludiblemente trae como consecuencia casos de incertidumbre. Lo anterior debido a la naturaleza de nuestro lenguaje. Es decir, es un “defecto” ajeno al ámbito jurídico y propio a la naturaleza misma del lenguaje natural, que la forma de fijar la referencia de nuestros términos generales, de ocasión a casos de incertidumbre. Esto gracias a que en el lenguaje contamos con el recurso de atribuir nuevos usos a nuestros términos, y a nuestra imposibilidad para fijar con anticipación la totalidad de casos o circunstancias que podrían caer dentro del alcance del significado de nuestras palabras.

17. Una crítica que se ha hecho a la teoría hartiana consiste en sostener que los sistemas jurídicos, además de reglas, cuentan con otros estándares del razonamiento judicial, que permiten a los jueces justificar sus decisiones, específicamente cuenta con principios. La teoría hartiana reconoció a los principios pero únicamente como estándares interpretativos que podían coadyuvar a la solución de un caso, pero que no justificaban en sí mismos

decisión alguna. Es decir, que la teoría de Hart falla al momento de dar cuenta de los principios en el derecho.

18. La teoría hartiana no puede escapar a la justificación de tipo deductivo sobre la decisión judicial, ya que al concebir a los sistemas jurídicos como sistemas integrados exclusivamente por reglas, los jueces no pueden ni deben más que discriminar las circunstancias del escenario actual que les permiten o les impiden subsumir un caso a alguna regla válida.

19. No obstante la inclusión de principios como estándares del razonamiento jurídico, es posible, al menos en sentido lógico que existan casos de incertidumbre lingüística. Pues aún los principios están expresados en términos generales, y como parece estar demostrado desde Hart, es imposible para nosotros considerar con anticipación la totalidad de circunstancias a las que nuestras palabras hacen referencia.

20. Se requiere de una investigación más profunda para traer nuevas luces a la interrogante sobre si la indeterminación lingüística en el derecho necesariamente da lugar a la indeterminación jurídica. Es decir, falta aclarar si es un hecho necesario que, ante ciertos escenarios, los jueces están imposibilitados de proveer a su decisión una justificación que no resulte “ex pos facto”, a causa de la naturaleza misma de los términos del lenguaje natural. O si por el contrario, el derecho se nutre de más elementos que permiten a los jueces justificar siempre su decisión no obstante se encuentren ante casos de textura abierta.

21. Existen dos formas en las que las personas pueden estar en desacuerdo respecto de sus proposiciones normativas. Estas formas de desacuerdo han sido bien expuestas por Ronald Dworkin, quien les da el nombre de desacuerdo empírico y desacuerdo teórico. El desacuerdo empírico es aquél que se establece sobre los hechos, en el cual nos cuestionamos si el caso actual constituye una instancia del alcance del término acerca del cual estamos en desacuerdo. El desacuerdo teórico es aquél que se establece sobre el concepto

mismo del término que debatimos; es decir, sobre lo que el término mismo refiere.

22. Existen dos sentidos en los que usamos la palabra “desacuerdo”. Uno, como diferencia insalvable o irreconciliable de opiniones contrapuestas, en la cual no tiene caso suponer que alguien tenga razón o que alguien esté equivocado en formular la declaración que prefiera. Por ejemplo, los juicios de preferencia. Otro en el que nuestra diferencia de opinión puede ser solucionada, lo cual conduce al entendido de que en el desacuerdo entre declaraciones opuestas, una es correcta y la otra incorrecta.

23. Las declaraciones que tienen lugar en el discurso jurídico no revelan preferencias o gustos. Esto implica que el sentido en el que usamos la palabra desacuerdo cuando nos referimos a declaraciones en el ámbito del derecho, es aquel que nos permite decir que existe una solución, y en el que podemos juzgar la corrección y la incorrección de proposiciones contradictorias.

24. Dworkin se equivoca cuando acusa a la teoría de Hart de ser una “teoría semántica”, si es que hemos de entender por “semántica”, aquella explicación que sufre del “aguijón semántico”. En otras palabras, hemos sostenido aquí que la teoría de Hart no defiende una semántica de criterios, sino una semántica de casos paradigmáticos. Al mismo tiempo, que el uso de “criterios” en la teoría hartiana tiene como intención únicamente, responder a la pregunta sobre la validez de reglas y no, sobre el significado de nuestros términos.

25. Que a partir de una semántica de casos paradigmáticos se puede proporcionar una alternativa analítica a la tesis del desacuerdo teórico. Esto implica que no es un hecho necesario que una teoría analítica del derecho, este incapacitada para explicar este tipo de desacuerdo, ya que una teoría puede ser analítica pero no semántica en el sentido Dworkiniano del término.

26. La conclusión de esta tesis es, pues, que la teoría hartiana interpretada como una teoría semántica de casos paradigmáticos puede ser compatible con la idea de Dworkin de que existen desacuerdos teóricos en el derecho (y no solamente desacuerdos empíricos).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

1. Alchourrón, Carlos E. y Bulygin Eugenio, “Norma jurídica”, en Garzón Valdés, Ernersto, Laporta, Francisco J. (eds.), *El derecho y la justicia*, Trotta, Madrid, 2000.
2. Alexy, R., “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, Manuel Atienza (trad.), en *Doxa*, No. 5, España, 1988.
3. Åqvist, Lennart, “Some Remarks on Performatives in the Law”, en *Artificial Intelligence and Law*, No. 11, Netherlands, 2003.
4. Atienza, Manuel y Ruiz Manero Juan, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados Jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996.
5. Austin, J.L., “Performative Utterances”, en Stainton, Robert, *Perspectives in the Philosophy of Language: a Concise Anthology*, Broad View Press, Canadá, 2000.
6. Austin, John, *The Province of Jurisprudence Determined*, B. Franklin, New York, 1970.
7. Bentham, J., *Bentham`s Political Thought*, (ed.) Bhikhu Parekh, Ebenezer Baylis & son LTD, Inglaterra, 1973.
8. Bentham, J., *Of Laws in General*, The Athlone Press, University of London, Inglaterra, 1970.
9. Bix, Brian, “H.L.A. Hart and the “Open Texture” of Language”, en *Law and Philosophy*, Vol.10, No. 1, 1991.
10. Dickson, Julie, “Is the Rule of Recognition Really a Conventional Rule?”, en *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 27, No. 3, 2007.
11. Dworkin, Ronald, “¿Es el derecho un sistema de reglas?”, en *Cuadernos de crítica*, No. 5, UNAM, 1977.
12. Dworkin, Ronald, “Hard Cases”, en *Harvard Law Review*, Vol. 88, No. 6, 1975.
13. Dworkin, Ronald, ”The Model of Rules”, en *The University of Chicago Law Review*, Vol. 35, No. 1, 1967.
14. Dworkin, Ronald, *Law`s Empire*, Harvard University Press, USA, 1986.
15. Dworkin, Ronald, *Taking Rules Seriously*, Duckworth, 1978.
16. Endicott, Timothy “¿Existen las reglas?”, en *Palabras y reglas: ensayos en filosofía del derecho*, Fontamara, México, 2004.

17. Endicott, Timothy, "Herbert Hart and the Semantic Sting", en *Legal Studies*, No. 4, 1998.
18. Endicott, Timothy, "Law and Language", en *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, (ed.) Jules Coleman and Scott Shapiro, Oxford University Press, Inglaterra, 2002.
19. Endicott, Timothy, "Linguistic Indeterminacy", en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 16, No. 4, Oxford University Press, 1996.
20. Hacker, P. M. S., "Definition in Jurisprudence", en *The Philosophical Quarterly*, Vol. 19, No. 77, 1969.
21. Hart, H.L.A., "Definition and Theory in Jurisprudence", en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 2001.
22. Hart, H.L.A., *Post Scriptum al concepto del derecho*, Bulloch, Penelope A. y Raz, Joseph (eds.), Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2000.
23. Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, Oxford University Press, Inglaterra, 1961.
24. Hartnack, Justus, *Breve historia de la filosofía*, Cátedra, Madrid, 1985.
25. Hernández Marín, Rafael. "Ficciones Jurídicas", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 3, España, 1986.
26. Leiter, Brian, "American Legal Realism", en *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, (ed.) Golding P, Martin y Edmundson William, Blackwell Publishing, USA, 2005.
27. McCormick, Neil, *H.L.A. HART*, 2da edición, Stanford University Press, USA, 2008.
28. McCormick, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford Clarendon Press, Inglaterra, 1994.
29. Manero Ruiz, Juan, "Principios Jurídicos", en *El derecho y la justicia*, Garzón Valdés, Ernesto, Laporta, Francisco J. (eds.), Trotta, Madrid, 2000.
30. Moreso Mateos, José Juan, "Las ficciones en Jeremy Bentham. El método de la paráfrasis", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 3, España, 1986.
31. Ogden, C.K., *Bentham`s Theory of Fictions*, Routledge, Inglaterra, 2000.
32. Puppo, Alberto, *Reglas últimas y convenciones profundas: una relectura de Hart y Kelsen*, disponible en:
http://www.upf.edu/filosofiadeldret/_pdf/Puppodraft190309.pdf

33. Rodríguez, César, “La decisión judicial: el debate Hart/Dworkin”, Universidad de los Andes, Colombia, 1997.
34. Shapiro, Scott, “The ‘Hart-Dworkin’ Debate: A Short Guide for the Perplexed”, en *Public Law and Legal Theory Working Paper*, No. 77, University of Michigan, 2007.
35. Shapiro, Scott, What is the Rule of Recognition (and Does It Exist)?, en *The Rule of Recognition and the U.S. Constitution*, (eds.) Matthew Adler, Kenneth Himma, Oxford University Press, Inglaterra, 2009.
36. Smith, Dale, “The Theoretical Disagreement and the Semantic Sting” en *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 30, No. 4, 2011.
37. Tomasini Bassols, A., *Enigmas filosóficos y filosofía Wittgensteniana*, Edére, México, 2002.
38. Tucker, Adam, “Uncertainty in the Rule of Recognition and in the Doctrine of Parliamentary Sovereignty”, en *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 31, No. 1, 2011.
39. Villoro Toranzo, Miguel. “El realismo jurídico Escandinavo”, en *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, No. 19, México, 1988.
40. Waismann, Friedrich, “Verifiability”, en *Logic and Language First Series*, (ed.) Flew Antony, Basil, Blackwell Oxford, Inglaterra, 1968.
41. Xirau, Ramón, *Introducción a la historia de la filosofía*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000.