

LA SOCIOLOGÍA DESCRIPTIVA DE HART. UN ANÁLISIS CONCEPTUAL DEL DERECHO

por Andrés Muñoz Cárcamo*

0. INTRODUCCIÓN

Este ensayo busca mostrar cómo el concepto de derecho de H. L. A. Hart, propuesto en su célebre ensayo de mismo nombre publicado en 1961, comprende una concepción del fenómeno jurídico que es propiamente analítica. En otras palabras, la pretensión de estas páginas es señalar que el análisis de ‘sociología descriptiva’ del derecho de Hart es una tesis que se desarrolla en el seno de una determinada manera de hacer filosofía. Su propuesta no solo posee un parecido de familia con ideas que se han originado y evolucionado dentro de la teoría jurídica anglosajona o *analytical jurisprudence*; también el método que el autor utiliza en *El concepto de derecho*, a saber, un análisis descriptivo sobre un ‘gran concepto’, remite a una manera peculiar de hacerse preguntas filosóficas y aproximarse a sus respuestas. El análisis, según una definición general, puede entenderse como la “descomposición de algo en sus constituyentes”. Y la filosofía analítica se ocupa de ‘grandes conceptos’, tales como ‘conocimiento’, ‘verdad’, o ‘creencia’.¹ El concepto de derecho hartiano, consistente en la unión de reglas primarias y secundarias, las que son observables por los sujetos que se encuentran guiados por ellas, es en parte, fruto del estudio de los usos del lenguaje en la filosofía jurídica hecho por parte del autor y comprende un examen sobre el sentido y los hábitos según los cuales los partícipes de la práctica lingüística del derecho asumen.

* Egresado de Derecho, Universidad de Chile. Agradezco comentarios al correo andresmunozcar@gmail.com. Este artículo ha sido publicado en Derecho y Humanidades, N 22, 2013, p. 161-180.

¹ Ver STROLL, Avrum (2002). *La filosofía analítica del siglo XX*, capítulo 1: “El sistema de soleras”.

I. PARECIDOS DE FAMILIA: CONCEPTOS ANALÍTICOS

H. L. A. Hart se formó en el New College de la Universidad de Oxford, lugar en donde estudió *Classics* y se convirtió luego en abogado. Tras haber participado en una división de inteligencia de las fuerzas militares británicas durante la II Guerra Mundial, retornó a Oxford a comienzos de los años 50, esta vez a ejercer como profesor de *Jurisprudence*. Durante esos años de posguerra, pensadores como Gilbert Ryle, J. L. Austin, P. F. Strawson, entre otros, formaron parte de la llamada Escuela de Oxford (o también, la *ordinary language philosophy*), que defendió una posición filosófica centrada en el análisis de los usos del lenguaje, poniendo en relieve la variedad de cosas que podemos hacer mediante las palabras. Esta concepción cotidianista del lenguaje levantó un esfuerzo que remaba en dirección opuesta a la postura científicista que ya había penetrado el estudio del lenguaje, con investigaciones que intentaban desentrañar su estructura supuestamente lógica, pretendiendo hacer de él una ciencia. El científicismo, en tanto, es una doctrina según la cual únicamente los métodos de las ciencias naturales permiten generar conocimiento. Solamente la experiencia y comprobación empírica, así como las relaciones formales nos otorgan un conocimiento verdadero y científico del mundo. La filosofía, entonces, según la tesis científicista, es ‘continua’ con la ciencia, lo cual supone que las preguntas humanas, esas que, en el concepto del historiador de las ideas oxoniense, Isaiah Berlin, no son ni formales ni empíricas y de las que la “filosofía se debe encargar”, no son más que un residuo de dudas generadas por la ciencia.

Ahora bien, es posible distinguir tres posiciones respecto del rol de la ciencia y su relación con la filosofía dentro de la tradición analítica durante el siglo XX.² Y el científicismo doctrinario es una más de las variantes posibles. Con todo, es la versión más radical respecto a la función de la ciencia, por cuanto defiende una posición que señala que si acaso la filosofía tiene una función es, precisamente, no intentar dar una explicación genuina del mundo, dado que es la ciencia la que tiene esta prerrogativa. De otra parte, se encuentra la concepción ‘terapéutica’, según la cual cuando la filosofía se cultiva adecuadamente, sirve de extensión a la ciencia, y puede

² *Ibíd.*, p. 2.

aclarar los malos entendidos que esta última produce al generar problemas epistémicos. Finalmente, la tercera reacción ante la ciencia convoca diversos enfoques que rechazan el cientificismo, las que desde diferentes perspectivas, defienden la autonomía de la filosofía como disciplina. Aquí cabe recordar que la posición científicista encuentra un relevante antecedente histórico en el surgimiento del positivismo, doctrina iniciada con el sociólogo francés Auguste Comte, quien a mediados del siglo XIX formuló su célebre ley de los tres estadios, según la cual cada ciencia (“cada rama de nuestro conocimiento”) debe pasar por tres estados teóricos distintos. Estos tres estados son, a saber, el ‘teológico’, el ‘metafísico’ y, por último, el ‘positivo’. Comte sostuvo que solamente en el último estado la ciencia adquiere el carácter de tal, y que por tanto puede entregar conocimiento verdadero. En él, las ramas del conocimiento ya no se hacen la pregunta del ‘quién’ ni del ‘por qué’, sino que se preocupan del ‘cómo’: cómo medir y cuantificar los fenómenos observables para poder llevar el orden y el progreso a la humanidad. Para ello, el objetivo de la filosofía positiva debe ser, en palabras del autor, “resumir en un solo cuerpo de doctrina homogénea el conjunto de conocimientos adquiridos”. Así, la finalidad se traduce en unificar la ciencia, o en palabras del propio Comte, en “resumir en un solo cuerpo de doctrina homogénea el conjunto de conocimientos adquiridos”.³

El positivismo penetró todas las áreas del conocimiento propugnando la utilización de métodos científicos. Ya a fines del siglo XIX, emergieron las nuevas ‘ciencias sociales’, disciplinas que comenzaban a erigirse como autónomas, diferenciándose de la filosofía, y cuyo surgimiento se fraguó en conjunto a la configuración de la sociedad moderna y la necesidad por estudiarla. Así fue como nació la sociología, la antropología o la psicología, todas disciplinas que progresivamente se fueron imbuyendo de métodos científicos. De esta manera el positivismo, a través de su objetivo unificador, introdujo la prescripción a las ciencias de un carácter medible y cuantificable, como requisito para constituirse como tales y otorgar ‘conocimiento verdadero’.

El Círculo de Viena —grupo de ‘positivistas lógicos’ formado en 1922 y disuelto definitivamente en 1936—, constituye el mejor ejemplo de la fuerza de dicha aspiración. Demostrando una actitud radical en la pretensión de lograr la unificación de las ciencias, sostuvieron que toda

³ COMTE, Auguste (1948). *Principios de filosofía positiva*, p. 95.

pregunta que no fuese susceptible de ser respondida empíricamente o a través de razonamientos lógicos, es decir, a través de un mecanismo de verificación, carece de sentido y no constituye un problema genuino. En su manifiesto, expresaron que todo lo que no es posible de cuantificar (lo que no es apto de experimentación científica) resulta banal o fútil en términos científicos. Pero, además, gritaron guerra: “la concepción científica del mundo rechaza la filosofía metafísica”.⁴

Este cientificismo doctrinario o duro impregnaría también a la teoría jurídica. En la *Teoría pura del derecho*, Hans Kelsen vislumbró el problema del derecho de una manera formal, concibiendo el fenómeno jurídico como un sistema lógico (‘puro’) de normas, según el cual la existencia de ellas se otorga mediante una cadena de validez formal. El punto inicial (o último) de dicha cadena de validez proviene de la norma hipotética fundamental o *Grundnorm*, presupuesto base del ordenamiento jurídico que también proporciona la eficacia coactiva de la que las normas legales están dotadas, sin atención acerca de la justicia o injusticia material de dichas normas. La pregunta filosófica acerca de qué es lo que se encuentra detrás de la norma que da eficacia y validez al sistema de normas es eludida por Kelsen, no tiene relevancia, pues está fuera de lo que se debe entender como derecho. Con esto, el autor elimina cualquier tipo de relación entre derecho y moral, toda vez que el análisis debe ceñirse a cuestiones puramente formales. Si bien no sería posible calificar a Kelsen como un teórico analítico, sí es posible sostener que su enfoque cientificista respecto del derecho es análogo a la posición radical anteriormente descrita dentro de la tradición analítica acerca del rol de la ciencia y su relación con la filosofía.

Con todo, este cientificismo duro, que ya había impregnado diversas disciplinas y, por cierto, se había expresado en la filosofía del lenguaje por medio es, como se ha señalado, una más de las corrientes dentro de la tradición analítica. Otra posición, cuya asignación de valor respecto del rol de la ciencia y su relación con la filosofía es bastante disímil, por cuanto no rechaza el mérito de la ciencia ni se niega a reconocer, no sin reservas, los enormes avances que trajo la aplicación del método científico en diversas áreas, sostiene, no obstante, que el énfasis en el análisis lógico del lenguaje no arroja todas las luces que éste ofrece. En este bando se ubica la

⁴ CÍRCULO DE VIENA (2007). *La concepción científica del mundo. El Círculo de Viena*, p. 6.

concepción del lenguaje ordinario o 'cotidianista', si se quiere. Y surge como una respuesta a la posición científicista y que se da dentro de las mismas instituciones académicas, pero cuyo germen se encontraba en el segundo Wittgenstein.

A principios de 1950, el filósofo de la Escuela de Oxford P. F. Strawson, planteó objeciones planteó serias objeciones a la célebre teoría de las descripciones definidas de Bertrand Russell expuesta en el conocido artículo de 1905, "Sobre el denotar". La teoría de Russell consistía en una fórmula referencial: a través de frases denotativas —funciones proposicionales— que contienen propiedades de aquello acerca de lo que referimos —es decir, que dicen algo de algo, aun cuando el objeto no exista—, es posible predicar y obtener conocimiento acerca de lo que no conocemos directamente.⁵ Así, el ejemplo "El actual rey de Francia es calvo", es una frase denotativa que, en realidad, no denota nada pues no hay un objeto definido ya que actualmente no existe un rey de Francia que, además, sea calvo. A través de las descripciones, entonces, podemos acceder al conocimiento de las propiedades de los objetos (la materia) y del mundo. Esta concepción lógica y científica de las descripciones sirvió para mostrar que la lógica aristotélica, asentada en un principio empírico que remite a clasificaciones, silogismos y juicios o aserciones, era insuficiente. Esta manera de abordar el lenguaje desde una perspectiva científica fue sin lugar a dudas una enorme contribución en orden a comprenderlo como un sistema formalizable, como un lenguaje que puede ser ideal. Strawson, sin embargo, refutó dicha teoría mostrando que el problema que Russell había creído resolver era algo como un castillo construido en el aire. El punto fundamental del oxoniense en "Sobre el referir" (1950) es que el significado es una función de una oración o expresión y no puede identificarse con el objeto al que nos referimos a través del uso de las palabras, pues el significado es dado por las personas que comparten sus usos y así, él se determina por un "conjunto de reglas, hábitos, convenciones" y no por las expresiones o descripciones que hagamos.⁶

⁵ "Ahora bien, cosas como la materia (en el sentido en que la materia aparece en la física) y las mentes de otras personas, sólo las conocemos por medio de frases denotativas, esto es, no tenemos conocimiento directo de ellas, sino que las conocemos como lo que tiene tales y cuales propiedades", Bertrand RUSSELL (1973). "Sobre el denotar", p. 47.

⁶ STRAWSON, P. F. (2000). "Sobre el referir", pp. 67-68.

Esta postura da cuenta de la arremetida de algunos filósofos del lenguaje en contra de la pretensión de construir un lenguaje ideal, pretensión que había sido llevada a punto cumbre por el Wittgenstein del *Tractatus*, en donde el austriaco reduce todos los problemas de la filosofía a la estructura lógica del lenguaje, construyendo un código, una forma que lo contiene. Más que desentrañar la naturaleza de los hechos que componen el mundo, mostró que ellos deben ‘estar en el mundo’, es decir, que pueden formar parte de él a través del lenguaje (pues el lenguaje es “todo lo que es el caso”), ya que tienen significado si acaso podemos hablar de ellos. La filosofía debe estudiar los límites del pensamiento al determinar los límites de la expresión lingüística, ya que la verdadera filosofía estructura lógicamente lo que el lenguaje puede expresar. Wittgenstein traza así un límite entre lo decible y lo indecible, y que el §7 del *Tractatus* sentencia al final del libro: “de lo que no se puede hablar, mejor es callar”.⁷ ¿No se parece esto a la disposición frente a la metafísica en el manifiesto del Círculo de Viena?

Sin embargo, en las *Investigaciones filosóficas*, obra publicada póstumamente por su discípula G. E. M. Anscombe en 1953, en lugar de defender una estructura definida que encierre al lenguaje, el filósofo vienés explora con genialidad la vastedad de cuestiones que el lenguaje puede suscitar. La ampliación del problema mediante un método mayéutico que ayuda a vislumbrar la diversidad de cosas y de maneras de entender lo que las palabras pueden ofrecer, demuestra una postura radicalmente distante del pensamiento expresado en el *Tractatus*. Por ejemplo, en el §23 de las *Investigaciones*, Wittgenstein se pregunta cuántas especies de sentencias existen. Hay innumerables, responde; siempre hay nuevos ‘juegos del lenguaje’ que pueden aparecer, y lo interesante radica en evidenciar la diversidad de herramientas del lenguaje, la forma en las que son usadas, la variedad de palabras y oraciones.⁸ En definitiva, Wittgenstein asume que la tendencia del lenguaje es natural y no ideal, por lo que admite múltiples usos e interpretaciones, no siendo susceptible de configurarse bajo reglas determinadas y rígidas. Asimismo, en el §43, Wittgenstein sostiene que, en la mayoría de los casos, “el significado de una palabra es su uso en el lenguaje”.⁹

⁷ “Whereoff one cannot speak, theroff one must be silent”, en WITTGENSTEIN, Ludwig (2003). *Tractatus logico-philosophicus*, p. 155.

⁸ WITTGENSTEIN, Ludwig (2009). *Philosophical Investigations*, pp. 14-15.

⁹ *Ibid*, p. 25 (traducción propia).

Habiendo realizado los anteriores contrastes respecto de las dos concepciones más fuertes de la filosofía analítica, es posible afirmar que si bien la concepción cotidianista comparte un parecido de familia con la concepción científicista, en tanto ambas posiciones se albergan en la tradición analítica de la filosofía al centrar su preocupación fundamental en el lenguaje y compartir, son posiciones conceptualmente contrarias pues tanto su método de análisis lingüístico como sus pretensiones filosóficas son distintas. A este respecto, Orellana Benado ha afirmado que para la concepción cotidianista o del lenguaje ordinario:

“La verdad está más relacionada con lo que los seres humanos hacen con los respectivos usos lingüísticos que con una supuesta forma lógica de las proposiciones. El lenguaje humano es un conjunto de formas de acción diversas que carecen de una lógica exacta”.¹⁰

En suma, ¿de qué hablamos cuando hablamos de filosofía analítica? Siguiendo a Strawson, la filosofía analítica, a diferencia de una clase de filosofía que constituye un género sistemático de reflexión acerca de la naturaleza humana y su condición moral, se ocupa del “análisis conceptual”, el que se puede entender como una partición o descomposición y cuyo objetivo es develar los elementos que componen una idea o concepto.¹¹

En lo que sigue intentaré argumentar porqué el concepto hartiano de derecho forma parte de la tradición analítica al ser tributaria de la posición que valora los diversos usos del lenguaje, tratando, además, de mostrar algunos puntos problemáticos de *El concepto de derecho*.

2. HART Y EL PROBLEMA DE LA DEFINICIÓN

En su clase inaugural como profesor de *Jurisprudence* en la Universidad de Oxford, dictada el 30 de Mayo de 1953 (8 años antes de la publicación de *El concepto de derecho*), H. L. A. Hart

¹⁰ M. E. ORELLANA BENADO (2011), p. 345.

¹¹ P. F. STRAWSON (1997), p. 44.

sostuvo que los términos jurídicos —tales como ‘derecho subjetivo’, ‘deber’ o ‘persona jurídica’— no pueden ser delimitados de manera satisfactoria si lo que se hace es reducirlos a una definición de las que se pueden encontrar en un diccionario.¹² Esto pues la pregunta, por ejemplo, sobre qué es un derecho subjetivo —o, estirando la cuestión, la propia pregunta “¿qué es el derecho?”— presenta grandes ambigüedades que no pueden resolverse respondiendo con una descripción escueta que pretenda ser esclarecedora. El método tradicional de definición es apropiado cuando las palabras desempeñan la función de representar alguna clase de cosa, o cualidad, persona, proceso o hecho, sin embargo, según Hart, no es apropiado para definir los términos jurídicos pues estos carecen de una correspondencia o conexión directa con ‘contrapartidas’ en el mundo empírico que caracteriza a las palabras más habituales. Así, y siguiendo el ejemplo anterior, aunque generalmente quien tiene un derecho subjetivo tiene alguna expectativa o poder, el término ‘derecho subjetivo’ no es sinónimo de ‘expectativa’ o ‘poder’ (aun cuando se agregue que dicha expectativa o poder “está fundada en el derecho o amparada por él”). El uso de estas palabras en una definición de ‘derecho subjetivo’ es inadecuado pues puede no representar ni describir nada.

Así, para Hart, los términos jurídicos no pueden considerarse de manera aislada, y su aproximación requiere de un análisis que considere el contexto particular en el que estos términos se desenvuelven. Recomienda utilizar el ‘método de paráfrasis’ —ir frase por frase y no palabra por palabra— y señala que, en lugar de intentar elucidar la expresión ‘derecho subjetivo’, se debe partir por analizar la frase “X tiene un derecho subjetivo”. Con todo, el autor señala que este método debe ser refinado, pues este enunciado permite aclarar lo que un derecho subjetivo sea en un contexto determinado en la medida que se satisfagan ciertas condiciones: que exista un sistema jurídico; que conforme a una regla o reglas del sistema, otra persona Y esté, bajo estas circunstancias, obligada a hacer o a no hacer alguna acción; que el orden jurídico haga depender esta obligación de la elección de X (esto es, que Y está obligado a realizar o a omitir cierta acción sólo si X así lo quiere, o mientras X no quiera otra cosa). Es de esta manera, afirma

¹² HART, H. L. A. (1961). “Definición y teoría en la ciencia jurídica”.

Hart, que un enunciado de la forma “X tiene un derecho subjetivo”, permite extraer una conclusión de derecho en un caso particular que cae bajo tales reglas.¹³

Con esto, no se está diciendo que el lenguaje natural no condicione el lenguaje jurídico; no se hace necesario aquí justificar algo que parece irrefutable: que los términos jurídicos provienen del lenguaje natural. Lo que Hart problematiza es el hecho que el lenguaje jurídico es un conjunto particular de términos complejos, pues se subsumen dentro de una práctica también compleja que es el derecho y, en consecuencia, el intento por elucidar estos términos arrojará mayores luces en la medida en que se analicen en virtud de las reglas que determinan la existencia y características de estos términos. La ‘peculiaridad’ —dice el autor— del lenguaje jurídico radica en “las características distintivas de las expresiones empleadas en la enunciación y aplicación de las reglas”.¹⁴ De esta manera, lo que Hart parece proponer es un ‘giro lingüístico’, esto es, un análisis de los términos jurídicos que se dé de manera conceptual, esto es, componiendo (o descomponiendo) los términos en sus elementos constituyentes. Así, para que sea posible esclarecer con mayor provecho qué se entiende por ‘derecho subjetivo’, se debe construir un concepto de ‘derecho subjetivo’, lo que supone considerar las condiciones bajo las cuales el uso de un enunciado como “X tiene un derecho subjetivo” es verdadero. Entonces, para que un análisis como el pretendido sea correcto se hace necesario incluir las demás consideraciones conceptuales que hacen posible dicha aseveración, lo que lleva inevitablemente —como se podrá advertir— a la formulación de un concepto de derecho.

3. NOTAS SOBRE UN CONCEPTO ANALÍTICO DE DERECHO

En el prefacio (a la edición inglesa) de *El concepto de derecho*, publicado en 1961, Hart afirma que el libro es “un ensayo de teoría jurídica analítica (*analytical jurisprudence*), porque se ocupa de la clarificación de la estructura general del pensamiento jurídico”.¹⁵ Con esto, el autor adscribe a una determinada manera de hacer filosofía jurídica, a saber, la teoría jurídica

¹³ *Ibid.*, pp. 117-118.

¹⁴ HART, H. L. A. (1961). “Definición y teoría en la ciencia jurídica”, p. 30.

¹⁵ HART, H. L. A. (1963). *El concepto de derecho*, p. XI.

anglosajona o *analytical jurisprudence*, de la que es heredero. Sin embargo, para ilustrar su idea de derecho, Hart enseguida introduce un novedoso método que denomina 'sociología descriptiva'. Así, el autor afirma lo siguiente:

"A pesar de su preocupación por el análisis, el libro puede también ser considerado un ensayo de sociología descriptiva; porque la sugestión de que las investigaciones sobre los significados de las palabras simplemente arrojan luz sobre éstas, es falsa".¹⁶

Este método remite a la idea de 'metafísica descriptiva' formulada por P. F. Strawson en su *Individuos: un ensayo en metafísica descriptiva*, publicado dos años antes. Según el filósofo de Oxford, la metafísica descriptiva, a diferencia de la que denomina 'metafísica revisionaria', no busca reformular la realidad, sino descomponerla para develar y analizar los conceptos generales que la constituyen; en sus palabras, "se ciñe a describir la actual estructura de nuestro pensamiento sobre el mundo".¹⁷ Esta actitud filosófica de aproximación metafísica no pretende crear nuevas estructuras sobre el mundo, como la filosofía de Nietzsche o Heidegger, sino que pretende estructurar una descomposición de conjuntos de impresiones e ideas acerca de las formas del mundo exterior. No se trata, entonces, de resignificar los conceptos ni de cambiar los códigos de entendimiento de la realidad, sino de aplicar una observación empírica de manera realista, pragmática, cotidiana. Strawson defiende, así, una concepción de la filosofía analítica según la cual esta no "promete ninguna visión reveladora", en donde su actividad predilecta, el análisis conceptual, consiste en descubrir "cuáles son los elementos en los que se descompone un concepto o una idea".¹⁸

Por su parte, el concepto de derecho hartiano se encuentra fundamentado en la observación sobre la naturaleza social de las normas jurídicas. En la primera parte del libro, Hart formula la noción hegemónica en la *Jurisprudence* decimonónica, cuyos exponentes más célebres son Jeremy Bentham y John Austin, a quienes alude para luego formular objeciones a su concepción de derecho, la que, según la fórmula general, consiste en un conjunto de órdenes respaldadas

¹⁶ *Ibid.*, pp. XI-XII.

¹⁷ STRAWSON, P. F. (1971). *Individuals: an essay in descriptive metaphysics*, p. 9 (traducción propia).

¹⁸ STRAWSON, P. F. (1997). *Análisis y metafísica. Una introducción a la filosofía*, p. 44.

por amenazas. Hart desestima que todas las reglas pueden ser reformuladas en términos de mandatos coercitivos, según la idea de John Austin (*The providence of jurisprudence determined*, 1832), y señala que las reglas permiten también hacer una diversidad de cosas con ellas, y esta variedad de potestades que se entregan a los sujetos ubicados bajo el imperio del derecho es percibida de distintas maneras por los mismos sujetos según sea la naturaleza de la norma. El método observacional y descriptivo permitió a Hart vislumbrar eso que ahora nos parece tan evidente acerca de las reglas jurídicas; que las normas sirven para otorgar potestades a las personas:

“Las reglas jurídicas que definen la manera de realizar contratos, celebrar matrimonios u otorgar testamentos válidos, no exigen que las personas actúen de modos determinados, lo quieran o no. Tales normas no imponen deberes u obligaciones. En lugar de ello, acuerdan a los particulares facilidades para llevar a cabo sus deseos”.¹⁹

Apoyándose en esta crítica, Hart vio al derecho en su conjunto como un sistema de reglas de carácter social y empírico; propuso así concebir el derecho es una unión entre las reglas primarias, a saber, las que, aunque de modo impropio, sí podrían reformularse en términos de mandatos u órdenes respaldadas por amenazas (*commands*), y las reglas secundarias, que son tres: la regla de reconocimiento, la regla de cambio y la regla de adjudicación.²⁰ A primera vista, el análisis de Hart dista de uno de orientación científicista sobre la naturaleza del derecho. El autor no pretende definir ni formalizar el fenómeno jurídico, al contrario, pues respecto de la pregunta “¿qué es el derecho?” señala que “nada lo suficientemente conciso como para ser considerado una definición, puede proporcionarle una respuesta satisfactoria”.²¹ Con todo, la pretensión es descomponer el concepto mediante un examen empírico que atiende a los usos y

¹⁹ HART, H. L. A. (1963). *El concepto de derecho*, p. 35.

²⁰ Sería impropio identificar la idea de reglas como órdenes respaldadas de amenazas con las normas del derecho penal según las cuales si un agente incurre en la acción típica debe ser castigado con la pena señalada. Sin embargo, la analogía no es del todo desatinada. “Podría decirse, a costa de alguna impropiedad, que mientras las reglas semejantes a las del derecho penal imponen deberes, las reglas que confieren potestades son fórmulas para la creación de ellos”, *Ibid.*, p. 42.

²¹ *Ibid.*, pp. 19-20.

hábitos que se reflejan a partir de ellas en el ejercicio del derecho que, por esencia, es una práctica social.

Asimismo, Hart refutó el entendimiento de la nulidad de una regla sea equivalente a una sanción. Nulidad y sanción son términos sinónimos, pero no exactos y la pretensión de uniformación de las reglas jurídicas en tanto órdenes, que aquí se traduce en una asimilación entre nulidad y sanción constituye una deformación de la noción de regla. Por ejemplo, una ley que permita obtener registros de propiedad industrial ciertamente contiene reglas sobre los requisitos formales que se exigen para que se conceda el registro. Esta ley podría disponer que, en caso que no se cumplan estos requisitos (i.e. que, en el caso de una marca comercial, que se incumplan estándares, por ejemplo, de originalidad siendo una marca genérica), dicho registro será nulo. Sin embargo, igualar estas exigencias razonables a una fórmula según la cual la denegación del permiso sería una sanción sería para Hart no comprender la amplitud de configuraciones de prácticas sociales que, de acuerdo las reglas, el derecho significa.

Por otra parte, Hart ofreció tres objeciones específicas a la teoría de las órdenes respaldadas por amenazas, a saber, las que se refieren al 'contenido' de las normas jurídicas, a su 'origen', y a su 'ámbito de aplicación'.²² Por ejemplo, en cuanto a su contenido, señala que "las reglas que confieren potestades son concebidas, aludidas y usadas en la vida social en forma diferente de las reglas que imponen deberes, y se las valora por razones diferentes".²³ Esto se hace más claro si se piensa en un padre de familia, para quien la regla que confiere la potestad de patria potestad sobre los hijos es concebida y percibida distintamente de como una regla que impone el deber de alimentarlos hasta cierta edad. El sentido o significado para las personas que se sujetan a esta norma son, a todas luces, diferentes. Tal como en el caso de una regla que confiera la potestad de ejercer el voto obligatorio es recibida por los potenciales votantes en un sentido diverso de una que permita votar de forma voluntaria, también varía la valoración de parte de las personas según una regla que, establecido el voto —sea en cualquiera de las dos variantes antes mencionadas—, prescriba un deber legal de inscripción, estipulando, además,

²² *Ibid.*, p. 34.

²³ *Ibid.*, p. 52.

determinados requisitos. Estirando el argumento, también tiene otro sentido impreso una regla que imponga una multa a quien no ejerza el deber de votación en caso de ser obligatorio.

Esta interpretación claramente difiere de otra variante de la concepción del derecho como normas primarias y según la cual las reglas que confieren potestad son 'fragmentos de normas jurídicas' concebidas de la fórmula del mandato y que, en la clave de Kelsen, serían órdenes a los funcionarios públicos que 'si realiza X u ocurre y, aplique la sanción Z'. Las reglas que confieren potestades son reglas que tienen otro propósito, que es significativo para el sujeto. Su estructura no puede reducirse a una definición en donde la sanción sea parte esencial de las prácticas que guían. Y, para elucidar la naturaleza de una norma en cada caso, señala Hart, hay que acudir a la regla de reconocimiento, que a su vez es una norma secundaria por cuanto permite hacer algo, a saber, identificar las cualidades que posee cualquier regla auténtica del ordenamiento jurídico que, en tanto norma revestida de autoridad, se encuentra dotada, por tanto, de una fuerza coactiva que permite concebir a la norma como capaz de guiar la conducta.

Sin embargo, aquí es posible vislumbrar una dificultad teórica. Hart sostiene que una norma es válida si se reconoce que esta, en tanto regla del sistema jurídico, reúne todas las condiciones que de ella se exigen por la regla de reconocimiento. Pero, ¿qué ocurre con la validez de la regla de reconocimiento? Surge, entonces, el problema de su validez: la regla de reconocimiento, como regla última, carece de referencia normativa ulterior. Este problema parece ser análogo a la justificación de la norma hipotética fundamental propuesta por Kelsen. En la *Teoría pura del derecho*, Kelsen sostiene que el fundamento de validez de cada norma radica en la que le confiere otra norma superior, lo que supone una cadena lógica de validez jurídica que se deriva en último lugar de la norma fundante básica o *Grundnorm*, la que no se encuentra dentro del ordenamiento positivo, por lo que solamente puede ser presupuesta o pensada.²⁴ Con todo, precisamente porque la norma fundante básica se encuentra fuera del derecho, es que la pregunta por su validez adquiere sentido. Sin embargo, Kelsen no se hace cargo de este problema ya que su construcción teórica pretende ser 'pura', lo que supone concebir el derecho como una ciencia más, como ya se ha dicho, con una estructura lógica cuyo método de

²⁴ KELSEN, Hans (1991). *Teoría pura del derecho*, capítulo V: "Dinámica jurídica".

verificación respecto de qué es o no derecho radica en la cadena de validez de las normas jurídicas, lo que a su vez supone la irrelevancia de cualquier consideración moral respecto de la validez de ellas y, por consiguiente, de la norma que funda el sistema. En el caso de la regla de reconocimiento en el sistema de Hart, se debe hacer una distinción previa. El autor sostiene que existen dos condiciones necesarias para la existencia de un sistema jurídico, a saber, de una parte que las reglas de conducta validas según el criterio de validez último del sistema (la regla de reconocimiento) deben ser generalmente obedecidas; y, por otra, que las reglas secundarias (incluida, por supuesto, la regla de reconocimiento) deben ser aceptadas por los funcionarios como pautas o modelos públicos y comunes de conducta oficial.²⁵ De lo anterior se desprende que la obediencia, tanto de los ciudadanos ordinarios como de los funcionarios al derecho vigente, o más bien a los criterios de validez de las normas, supone que la regla de reconocimiento, al ser el referente normativo final no puede ser válido ni inválido, sino meramente aceptado en tanto existe el sistema jurídico.

De cualquier modo, lo anterior lleva a la pregunta por el soberano, y a este respecto Hart señala que son las propias reglas las que constituyen al soberano como tal y que la obediencia al mismo no se puede explicar por meros hábitos de obediencia al soberano, sino que en virtud de reglas sociales, las que contienen un 'aspecto interno', bajo el cual los ciudadanos se hacen partícipes de la regla jurídica y se ven, de algún modo, obligados a seguirla (volveré sobre esto en la sección siguiente). Con todo, en cuanto al ámbito de aplicación de una norma jurídica al soberano, para Hart es siempre una cuestión de interpretación de la norma, y que "puede incluirse o excluirse a aquellos que la dictaron y, por supuesto, hoy se aprueban muchas leyes que imponen obligaciones jurídicas a sus autores".²⁶ Lo anterior refuta abiertamente a la teoría de John Austin, según la cual el soberano tiene un poder que, en principio, es ilimitado. En este sentido, con respecto a los modos de origen, Hart afirma que la teoría que utiliza el modelo de órdenes coercitivas asume que toda norma jurídica es tal desde que existe un acto deliberado de creación jurídica por parte del soberano, lo que es incorrecto por cuanto "el soberano puede

²⁵ HART, H. L. A. (1963). *El concepto de derecho*, p. 145.

²⁶ *Ibid.*, p. 53.

manifestar su voluntad de manera menos directa”.²⁷ De esta manera, las órdenes del soberano pueden ser tácitas, siendo claro ejemplo de ello la costumbre que es reconocida como derecho dentro de un sistema jurídico.

Respecto de los hábitos sociales, estos se diferencian de las reglas por varios motivos. En primer lugar, el hecho que un grupo de personas presenten un determinado hábito supone que hay una convergencia en su conducta. Sin embargo, esta convergencia no es suficiente a efectos de constituir la existencia de una regla social que exija dicha conducta. Del mismo modo, si existe una regla tal que la prescriba, también es posible hacer una crítica al participante que falte al hábito y no despliegue una conducta conforme a la regla, pero la existencia de la regla implica una buena razón para que las críticas a las desviaciones de conducta sean formuladas. Ahora, en el caso en que tal regla no exista, las razones y los límites al criterio o estándar de la crítica a las desviaciones que pueden hacer los partícipes del hábito que sí despliegan una conducta conforme a este, no tienen el mismo nivel de justificación práctica. Por último, la tercera característica que permite distinguir las reglas sociales de los hábitos es el llamado ‘aspecto interno’ de las reglas: no es lo mismo que un grupo de personas despliegue una determinada comportamiento debido simplemente a que los demás la despliegan, a que exista una pauta o criterio de conducta exigible a todo un grupo establecido por una regla social que impone una práctica a quienes se supeditan a ella. Aquí se muestra el punto interno, que es distinto del aspecto externo que consiste en el comportamiento uniforme que un observador puede experimentar.²⁸

Por otra parte, Hart establece una función que cada una de las tres especies de normas secundarias (que “confieren potestades, públicas o privadas”), tiene con respecto a ciertos problemas del funcionamiento jurídico que la interpretación del derecho como conjunto de órdenes no puede resolver. En primer lugar, la regla de reconocimiento remedia la falta de certeza del régimen de reglas, entregando la potestad a los sujetos de identificar y especificar las características que posee cualquier regla revestida de autoridad y considerarla así una

²⁷ *Ibid.*, pp. 56-57.

²⁸ *Ibid.*, p. 70.

auténtica norma del ordenamiento jurídico que genera la obligación de cumplirla; la regla de cambio, por su parte, faculta a ciertas personas para que, por vía legislativa, creen, modifiquen o eliminen reglas primarias, solucionando así el carácter 'estático' del modelo constituido únicamente por reglas respaldadas por amenazas; y, por último, la regla de 'adjudicación', a través de la cual se enmienda la difusa presión social para el cumplimiento de las reglas, entregando potestades jurisdiccionales a ciertas personas para que estas juzguen, con carácter de autoridad, si en una ocasión determinada una regla primaria ha sido o no transgredida.

Ahora bien, se hace evidente que este nuevo concepto de derecho consistente en la unión de reglas primarias y secundarias y que se ha caracterizado sucintamente en los párrafos recientes tiene un influjo analítico. En primer lugar, el autor descompone mediante el método de la sociología descriptiva la idea abstracta de derecho para intentar dar cuenta del fenómeno jurídico sin hacer —en principio— referencia a ningún sistema legal o cultura jurídica en particular, ilustrando al derecho como una institución social y política compleja.²⁹ Pero, por otra parte, constituye también una postura dentro de la tradición jurídica que se distancia y, además, objeta la posición positivista dura del cientificismo doctrinario en la teoría jurídica, toda vez que visualiza el derecho una práctica social conforme a un sistema de reglas las que, según el uso, objetivo normativo y calidad de cada norma, varían la significación y los hábitos de quienes se sujetan a ellas. Se hace patente que Hart estuvo lejos de construir un lenguaje artificial, lógico y perfecto que diera cuenta del funcionamiento jurídico. Como ya se ha repetido, rechazó la pretensión cientificista que dominó por buena parte del siglo XX la filosofía occidental y comprendió que el significado del lenguaje está dado por su uso, y que ese significado será correcto siempre y cuando las palabras y conceptos se apliquen claramente a determinadas instancias. Así, según el profesor Fernando Atria, para Hart “la capacidad de reconocer las instancias como referentes de la palabra o concepto en cuestión es entender las palabras o conceptos en cuestión”.³⁰ Y, precisamente, lo que hace la teoría jurídica de Hart es aquello: concibe el derecho como un sistema constituido por el lenguaje natural, lo que implica una transposición de las diversidades de uso del lenguaje en sus usos en tanto conformantes de las

²⁹ HART, H. L. A. (1997), “Post-scriptum”, p. 227.

³⁰ ATRIA, Fernando (1999), p. 80.

normas que son significadas en la práctica jurídica por los sujetos. Entender el derecho de esta manera, no solo permite, por ejemplo, dejar espacio para la 'penumbra' o la existencia de normas parcialmente indeterminadas, sino que, y esto es más relevante, permite al ciudadano común comprender el derecho y actuar conforme a las normas jurídicas, y también poner en duda su significado o incluso rechazarlas. En suma, queda más claro que el concepto de derecho hartiano se inserta en la concepción del lenguaje ordinario de la filosofía analítica. En palabras de Hans-Johann Glock:

"H. L. A. Hart (1962) proporcionó un gran estímulo a la teoría jurídica y política. Evitó inútiles disputas metafísicas sobre la naturaleza de las obligaciones y derechos a través del análisis de los conceptos jurídicos. Bajo la influencia de ideas wittgensteinianas rechazó la búsqueda de definiciones analíticas en favor de una aclaración más contextual de la función que desempeñan estos conceptos en el discurso jurídico".³¹

4. SEPARABILIDAD ENTRE DERECHO Y MORAL

Ya se ha caracterizado el concepto hartiano de derecho como un concepto que es propiamente analítico y en el que los problemas teórico-jurídicos devienen en una cuestión de delimitación lingüística que se zanja mediante un análisis funcional de los términos jurídicos, a partir de la descripción aclaratoria de sus usos en el lenguaje ordinario, lo que da cuenta del carácter tributario de esta teoría jurídica respecto de la concepción del lenguaje ordinario en la filosofía analítica.

Con todo, queda pendiente abordar la tesis de la separabilidad entre derecho y moral que Hart plantea. Si bien el autor rechaza la idea que el derecho tenga una conexión 'necesaria' con la moral, tal como abogan quienes adscriben a la tradición tomista del derecho y según la cual deben existir criterios de evaluación moral del derecho, señala que esta relación puede ser contingente. Es decir, que la moral válida (es decir, la moral aceptada o compartida por la

³¹ GLOCK, Hans-Johann (2008). *What is analytic philosophy?*, p. 58 (traducción propia).

mayoría de los sujetos normados) puede coincidir con las normas del derecho positivo, como puede no coincidir. Sin embargo, Hart se considera a sí mismo un positivista jurídico, lo que supone aceptar una tesis de separabilidad entre el derecho y la moral, separación que, como veremos, no es en un sentido fuerte y que cuya 'blandura' es posible de apreciar en la aceptación de la regla de reconocimiento por parte de los sujetos normados.

A mayor abundamiento, en el Post scriptum (al concepto de derecho), publicado póstumamente en 1994 y en el que contesta algunas objeciones planteadas por el filósofo estadounidense formado en Oxford, Ronald Dworkin, Hart afirma que su teoría del derecho es descriptiva en el sentido de ser neutral en términos morales. Si bien es posible afirmar que el autor se vio a sí mismo como un positivista normativo, sosteniendo que entre el derecho y la moral no existe una conexión necesaria, sino más bien una relación meramente contingente, es posible afirmar que dicha intención fue lograda parcialmente, por cuanto al describir la estructura conceptual del derecho mediante un análisis lingüístico —de carácter naturalístico, centrado en la funcionalidad y formas de uso del lenguaje dentro de las normas jurídicas—, la postura de Hart lleva a la descripción de valoraciones que los sujetos hacen de las reglas, en tanto sujetos del derecho, lo que finalmente introduce evaluaciones y nociones de valor. De esta manera puede etiquetarse a Hart como un positivista jurídico 'blando' para distinguirlo de los positivistas 'duros' quienes rechazan cualquier tipo de conexión entre derecho y moral, toda vez que el autor, aun intentando explicar el fenómeno jurídico de manera neutral sin inmiscuirse en cuestiones valorativas, terminó igualmente describiendo cuestiones de orden moral. Esto se hace más patente al examinar su concepto del aspecto interno de las reglas jurídicas, consistente en una 'actitud crítica reflexiva' frente a los modelos de comportamiento, según la cual los partícipes de la norma despliegan exigencias comunes de conducta y se sienten finalmente obligados a situarse debajo de ella. La tesis de separabilidad que propone Hart supone asumir que la existencia de la regla de reconocimiento es de hecho, esto es, que su validez no puede ser cuestionada por la moralidad o inmoralidad de una norma determinada, ya que el hecho que dicha norma exista implica su validez. Ya se ha comentado la dificultad que esto presenta y la posible semejanza respecto de la *Grundnorm* como base del sistema normativo. Sin embargo, hay que aclarar una importante diferencia. A diferencia de Kelsen, Hart no niega la relación entre derecho y moral

dentro del sistema normativo: la moral puede establecer ideales para el derecho y este debe estar a su altura.³² Con todo, la moral no necesariamente debe determinar el sentido las normas; moral y derecho están relacionados de manera contingente.

Ahora bien, la facticidad de la regla de reconocimiento no es problemática si se concibe como un hecho institucional³³, en la que los individuos normados por ella habitualmente creen en su validez y la obedecen, aceptando el derecho que la regla de reconocimiento valida. Que sea un hecho institucional implica que es un hecho social, constituido por el elemento lingüístico y al que se le ha sido impuesto colectivamente un *status* constitutivo y que, en este caso, se hace necesario para cumplir la función asignada de identificar y validar las reglas que forman parte del derecho positivo. La regla de reconocimiento se constituye así como autorreferencial, es decir, que se caracteriza y define por su *status*, por existir como un hecho institucional que está, y que debe ser aceptado, lo que, en consecuencia, supone que la regla de reconocimiento tiene una función que no puede ser desobedecida, más allá de consideraciones morales respecto de una norma en particular. Así, se ratifica la contingencia de la relación entre el derecho y la moral, o al menos entre la moral aceptada o compartida, que en palabras del propio Hart, consiste en:

“[P]autas o criterios de conducta que son ampliamente compartidos en una particular sociedad, y que deben ser contrapuestos a los principios o ideas morales que pueden regir la vida de un individuo [...] El elemento básico de la moral compartida o aceptada de un grupo social; consiste en reglas del tipo que hemos ya descrito en el capítulo V, cuando nos ocupamos de elucidar la idea general de obligación, y que llamamos allí reglas primarias de obligación. Estas reglas se distinguen de otras, tanto por la seria presión social que las sustenta, como por el considerable sacrificio de interés o inclinación individual que su cumplimiento trae aparejado”.³⁴

La moral compartida o aceptada, entonces, se distingue de la moral individual por cuanto exige una presión social que apremia el cumplimiento de una obligación determinada. Sin embargo,

³² GREEN, Leslie (2010). “El positivismo y la inseparabilidad del derecho y la moral”, p. 211.

³³ Ver SEARLE, John (1997). *La construcción de la realidad social*, capítulo 2: “La creación de hechos institucionales”.

³⁴ HART, H. L. A. (1963). *El concepto de derecho*, p. 210.

las normas legales también poseen una presión social que apremia su cumplimiento. ¿Cuál es la diferencia? El cumplimiento del derecho puede ser apremiado coactivamente, o bien se pueden establecer sanciones jurídicas ante su incumplimiento, a diferencia del cumplimiento de una obligación debida en virtud de la moral aceptada. Examinemos cómo puede el nivel de aceptación de una determinada norma variar entre los partícipes de la misma. Por ejemplo, en Chile existe una obligación legal de izar la bandera en fiestas patrias (18 y 19 de Septiembre). Esta obligación se encuentra establecida en el Decreto Supremo 1534 de 1967, sobre el uso de los emblemas nacionales. Y la regla de reconocimiento, contenida en nuestra Constitución Política, según la cual el Presidente de la República puede dictar decretos supremos en virtud de su potestad reglamentaria (artículo 31 n° 6) valida este decreto supremo. Con todo, a partir de este ejemplo podemos identificar que el nivel de aceptación de parte de los ciudadanos que se ven ante la obligación de izar una bandera chilena en su domicilio en fiestas patrias puede ser de distintos niveles. Así, podemos identificar al menos cuatro niveles de aceptación (o posiciones) frente a esta norma. En primer lugar, es posible identificar al sujeto que iza la bandera con la convicción que ello supone un acto y deber patriótico, estando completamente de acuerdo con la exigencia de la norma. Luego, se puede identificar al sujeto que considera que la obligación de esta norma en particular no sea demasiado importante de seguir, pero que la cumple de igual modo por un respeto genérico hacia las obligaciones jurídicas. En tercer lugar, está quien solamente cumple con esta obligación para evitar la multa contemplada ante el incumplimiento. Por último, es posible identificar a quien no acepta la regla y considera innecesario realizar este acto (sea por cualquier razón, por ejemplo, porque el sujeto en cuestión estima que la exacerbación del uso de los emblemas nacionales constituyen actos propios del fascismo) y no iza la bandera nacional en fiestas patrias, arriesgándose a la multa respectiva. De esta manera, se puede afirmar que la aceptación ante una norma particular puede tomar distintos niveles de aprobación o reprobación, lo que, además de confirmar la facticidad de la regla de reconocimiento y la contingencia, según la teoría hartiana, de la relación entre el derecho y la moral, permite la pluralidad de posiciones morales ante las normas jurídicas.

Para finalizar, cabe agregar una última consideración respecto del vínculo entre derecho y moral. Como se sostuvo, para Hart el derecho consiste en una práctica social que no necesariamente

está relacionada con la moral pero que tampoco está necesariamente separada de ella pues la moral puede establecer ideales para el derecho. De lo anterior se desprende que el autor concibió al derecho y a la moral como dos códigos diferentes pero que se interrelacionan mediante el lenguaje. Esto lleva a un punto conocido de las *Investigaciones filosóficas*, obra en la que Wittgenstein señala que cada juego de lenguaje adopta distintas formas y que, así, el lenguaje es una actividad guiada por reglas, cuyo significado está determinado por las reglas que lo guían.³⁵ Del mismo modo, puede decirse que Hart vislumbró el hecho que la moral y el derecho, siendo prácticas diferentes que se encuentran guiadas por reglas distintas, contingentemente pueden convergir en tanto ambas prácticas son compuestas por el lenguaje.

³⁵ §199: “[...] To follow a rule, to make a report, to give an order, to play a game of chess, are *customs* (usages, institutions).

To understand a sentence means to understand a language. To understand a language means to have mastered a technique”, en WITTGENSTEIN, Ludwig (2009), p. 87.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ATRIA, Fernando (1999). "Del derecho y el razonamiento jurídico", en *Doxa*, N° 22.
- GLOCK, Hans-Johann (2008). *What is analytic philosophy?* Cambridge: Cambridge University Press.
- GREEN, Leslie (2010). "El positivismo y la inseparabilidad del derecho y la moral", en ORELLANA BENADO, Miguel (compilador) *Causas perdidas*. Santiago de Chile: Catalonia.
- HART, H. L. A. (1961). "Definición y teoría en la ciencia jurídica", en *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*. Buenos Aires: Depalma.
- (1963). *El concepto de derecho* (traducción: Genaro Carrió). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- (1997). "Post scriptum", en *Revista de estudios públicos* (Centro de Estudios Públicos), N° 65.
- KELSEN, Hans (1991). *Teoría pura del derecho* (traducción: Roberto Vernengo). México D.F.: Porrúa.
- ORELLANA BENADO, Miguel (2011). "Pluralismo: una ética del siglo XXI" en del mismo *Prójimos Lejanos*. Santiago de Chile: Universidad Diego Portales.
- RUSSELL, Bertrand (1973). "Sobre el denotar", en MORO SIMPSON, Tomás (editor) *Semántica Filosófica: Problemas y Discusiones*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno.
- SEARLE, John (1997). *La construcción de la realidad social* (traducción: Antoni Domènech). Barcelona: Paidós.
- STRAWSON, P. F. (1997). *Análisis y metafísica. Una introducción a la filosofía* (traducción: Nieves Guasch). Barcelona: Paidós.
- (1971). *Individuals. An essay in descriptive metaphysics*. Londres: Routledge.

STROLL Avrum (2002). *La filosofía analítica del siglo XX* (traducción: José Francisco Álvarez). Madrid: Siglo XXI.

WITTGENSTEIN, Ludwig (2009). *Philosophical investigations*. London: Blackwell (translation: G. E. M. Anscombe). London: Wiley-Blackwell.

-----, Ludwig (2003), *Tractatus logico-philosophicus*. New York: Barnes and Noble.