

THE CONCEPT OF LAW. CINCUENTA AÑOS*

María Cristina Redondo

Conicet-Universidad de Génova

RESUMEN: En este trabajo se discuten dos interpretaciones usuales hoy día de la obra de HART y se trata de evaluar su alcance para la comprensión coherente de este autor y para la teoría positivista del derecho. La primera es la postura que interpreta que el objetivo pretendido por HART en *El concepto de derecho* puede verse (a pesar de su orientación analítica y antimetafísica) como un intento de desentrañar la verdadera esencia o naturaleza del derecho, esto es, las características esenciales del concepto que se refiere a él. ¿Es coherente esta interpretación con el compromiso positivista con el empirismo? La segunda cuestión tiene que ver con la relación entre derecho y moral: a pesar de la explícita defensa hartiana de un concepto positivista de derecho, actualmente se afirma que HART no rechaza la tesis de la conexión necesaria entre derecho y moral. ¿Es posible conciliar esta tesis con el concepto y el método positivistas que HART supuestamente asume?

Palabras clave: HART, positivismo jurídico, relación derecho-moral.

The Concept of Law. Fifty Years

ABSTRACT: This paper discusses two currently usual interpretations of HART's work; its purpose is to assess how useful they are to coherently understand both HART and a positivist theory of Law. The first interpretation claims that HART's purported goal in his *The concept of Law* (in spite of his analytical anti-metaphysical approach) is to unravel the true essence or nature of Law, i.e. the essential features of its very concept. Still, is this interpretation coherent with empirism's positivistic commitment? The second question revolves around Law and Morality: in spite of HART's express defence of a positivistic concept of Law, these days it is claim that he does not reject the thesis of the necessary connection between Law and Morality. Now, is it possible to make this claim compatible with the positivist concept and methodology allegedly assumed by HART?

Keywords: HART, Legal positivism, the relation between Law and Morality.

* Fecha de recepción: 5 de septiembre de 2014. Fecha de aceptación: 21 de octubre de 2014.

Una versión inicial del presente trabajo se presentó en el XVIII Congreso Hispano-Italiano-Francés de Teoría del Derecho celebrado en la Universidad Carlos III de Madrid bajo la organización del Grupo de Investigación sobre el Derecho y la Justicia (GIDYJ).

1.

Mucho se ha escrito sobre *The Concept of Law* (HART, 1961: 1-21; en adelante CL) y, en tal sentido, es difícil decir algo sobre las ideas allí expuestas con la esperanza de ser, aunque sea mínimamente, original. Partiendo de esta excusa, valedera, en lo que sigue, me propongo poner en relación algunas conocidas tesis referidas a este trabajo de Herbert HART —tesis que me impactan de modo especial por las razones que explicaré más adelante—. Hacer esto me permitirá también presentar algunas breves consideraciones metodológicas sobre la teoría jurídica de este autor.

Me detendré en dos puntos de la propuesta hartiana que han sido, a su vez, objeto de dos lecturas netamente contrastantes entre sí. La incompatibilidad de estas interpretaciones llama la atención porque no resulta de la aplicación de enfoques filosóficos antagónicos —caso en el cual es normal que se produzcan lecturas incompatibles—, sino de un desacuerdo interno a la misma corriente de pensamiento ius-positivista a la que HART pertenece. Puede decirse que estas lecturas marcan una especie de mutación en el modo de entender el positivismo hartiano o, inclusive, que indican un punto de inflexión en el positivismo jurídico en general.

Una cuestión importante, a la que no me dedicaré en estas páginas, reside en evaluar en qué medida cada una de estas interpretaciones ofrece una versión coherente y plausible de la propuesta de HART. En este trabajo presupondré que ambas lecturas son posibles, y analizaré sobre todo aquélla «menos ortodoxa», por decirlo de algún modo. El propósito es identificar en qué premisas se basa y qué consecuencias se siguen de ella. Más concretamente, qué ganamos o qué perdemos —respecto de la lectura alternativa— cuando la aceptamos.

2.

Un primer punto sobre el que existen interpretaciones contrastantes como las que acabo de mencionar, es el siguiente. Atento a lo expuesto en el capítulo I de *El concepto de derecho* sabemos que el objetivo que en esta obra se persigue al afrontar la pregunta «qué es derecho» no consiste en ofrecer una definición, ni en recordar las convenciones que rigen el uso de la expresión «derecho». Asimismo, leyendo a HART como filósofo analítico, antimetafísico, es también natural entender que su teoría tampoco puede ser entendida como un tentativo de desentrañar la verdadera esencia o naturaleza del derecho. HART alienta explícitamente este rechazo cuando sostiene que los problemas recurrentes involucrados en la pregunta «qué es derecho», y que con su teoría intentará analizar, son problemas que se presentan aun cuando «dejemos a un lado la especulación clásica y medieval acerca de la “naturaleza” del derecho» (CL, 1). Al mismo tiempo, cuando menciona algunas de las múltiples especulaciones teóricas a las que estos problemas han dado lugar, subraya —yo diría en tono crítico— que a diferencia de lo que sucede en otros ámbitos de conocimiento, ellas se presentan «como si fueran revelaciones de verdades sobre el derecho, oscurecidas desde tiempo atrás por representaciones groseramente falsas de su *naturaleza esencial*» (CL: 1-2, la cursiva es mía).

Ahora bien, a pesar de esto, hoy es usual sostener no sólo que sería un error pensar que HART en *El concepto de derecho* intenta analizar el significado de la palabra «derecho», sino que es claro que su interés era explicar la naturaleza del derecho o, lo que es lo mismo, las características esenciales del concepto que se refiere a él (*cf.* RAZ, 1998: 249-282). Probablemente los autores que hoy sostienen esta lectura metafísica de la teoría de HART negarán que estemos ante un cambio interpretativo. Tal como se presenta, ésta es, y siempre ha sido, la forma correcta de entenderla. En mi opinión, sin embargo, se debería al menos subrayar que, aunque así lo pensarán los autores que hoy la defienden, en los años sesenta, setenta y ochenta no lo decían abiertamente. Quizás, la aún potente influencia del *linguistic turn*, la familiaridad de HART con los filósofos analíticos que sí entendían explícitamente la tarea filosófica como una terapia de tipo lingüístico y el énfasis que el propio HART pone en los problemas semánticos de vaguedad y textura abierta del lenguaje crearon la apariencia de que el análisis lingüístico era entendido por HART no sólo como un dato fundamental para determinar el contenido de las normas de un sistema jurídico (tesis que nadie niega) sino también como la clave o el método filosófico para alcanzar el objetivo central que se plantea la teoría, es decir, intentar comprender «qué es el derecho» en general (tesis que la lectura a la que me estoy refiriendo pone profundamente en cuestión).

Podría aceptarse que, efectivamente, el objetivo de la teoría de HART no es identificar cuáles son los usos, o el uso más general, de la palabra «derecho» y, sin embargo, seguir insistiendo en que su método o enfoque sí consiste en un tipo de análisis lingüístico, entendido en este caso como un esfuerzo de reconstrucción conceptual. En este caso, lo que estaría buscando es recortar o precisar un concepto en modo tal que resulte teórica y/o prácticamente útil, sin alejarse demasiado del modo en el que la comunidad lingüística usa la palabra «derecho» (por ejemplo, ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1975: 29-31). En este sentido, la teoría hartiana no estaría informando ni sobre la naturaleza del concepto de derecho ni sobre el uso de las palabras que lo expresan. Estaría, en alguna medida, estipulando o atribuyendo un significado a la palabra «derecho», guiada por ciertos fines teóricos y prácticos. Esta idea puede considerarse avalada por el hecho de que HART acepta la existencia de más de un concepto de derecho y expresa su preferencia por aquél que considera más fructífero. Concretamente, HART se refiere a un concepto amplio, «positivista», que admite que el derecho pueda ser injusto, y a un concepto restrictivo, el del iusnaturalismo, según el cual las normas injustas quedan fuera del alcance del concepto de derecho. Según HART: «Si hemos de hacer una elección razonada entre estos dos conceptos, ello será porque uno es superior al otro en la forma como auxilia nuestras indagaciones teóricas o promueve y clarifica nuestras deliberaciones morales, o hace ambas cosas» (CL: 258). De hecho, luego de haber comparado ambos conceptos concluye que el primero es mejor que el segundo porque tiende a evitar una serie de confusiones (los argumentos que sostienen esta conclusión pueden verse en CL: 258-261).

Ahora bien, estas afirmaciones, aun cuando sean verdaderas, no impiden la lectura metafísica que hoy se propone. Puede decirse que, efectivamente, HART advierte que hay distintos conceptos posibles de derecho, es decir, distintas «maneras de clasificar reglas que pertenecen a un sistema generalmente efectivo en la vida social». No obstante ello, su empresa está dirigida a identificar sólo un concepto: aquel que recoge verdaderamente las características esenciales del fenómeno que está tratando de captar, es decir, del derecho.

En esta visión la empresa hartiana vuelve a ser descriptiva, pero no ya de la práctica de uso de la palabra «derecho», sino de la práctica social en la que consiste el derecho. Su objetivo es describir cuáles son sus propiedades esenciales.

Ciertamente, debería ser claro que el análisis metafísico o la explicación de la naturaleza del objeto derecho que estaría proponiendo HART no puede entenderse en el sentido medieval de la búsqueda de una estructura única e inmutable de una realidad independiente de nuestras creencias. El derecho no es inmutable y no es independiente de nuestras creencias. El análisis de *la esencia* del objeto derecho, en la presente óptica, no es otra cosa que el análisis de un concepto situado espacio-temporalmente, y que es un constructo social. Es claro que se trata del análisis de una idea abstracta, pero no de «la» única idea verdadera ni de aquella que el teórico prefiere o estipula. Es el análisis de la idea que capta las características definitorias del método de control social que identificamos con la palabra «derecho».

Esta interpretación de HART puede considerarse coherente con su proyecto en la medida en que no supone el abandono de una concepción positivista del derecho ni implica el retorno a una concepción superada respecto de aquello en lo que consiste la empresa filosófica. Sin embargo, ello no significa que sea banal o carente de relevancia. Entre otras cosas, por ejemplo, esta lectura supone alejarse de la concepción del análisis conceptual como análisis del uso del lenguaje. En esta perspectiva, el estudio del uso de las palabras conserva ciertamente interés, pero sólo como indicador de la posesión de un concepto y del modo en el que se concibe una determinada realidad, que es la que interesa explicar (*cfr.* RAZ, 2005: 324-342).

Admitamos, entonces, que no se trata de un cambio irrelevante, es decir, carente de consecuencias teóricas y/o prácticas, y nos preguntemos qué es lo que se gana, o se pierde, al aceptarlo. Es posible conjeturar que nada se pierde, puesto que este enfoque no implica desatender al modo en el que se usa el lenguaje, es decir, no implica el abandono de los beneficios del análisis lingüístico. Sin embargo, contemporáneamente, puede decirse que sí se gana algo interesante ya que este enfoque permite decir ciertas cosas que en la perspectiva anterior habrían podido entenderse erróneamente como comprometidas con un método iusnaturalista incompatible con la teoría de HART, o, peor aún, con un método anti-científico, anti-empírico. Me explico. Concretamente, la actual perspectiva permite destacar abiertamente que el objeto de estudio de la teoría general o de la filosofía del derecho no es el lenguaje sino el derecho, es decir, la realidad social en la que éste consiste. En este sentido, permite destacar que el objeto que se está estudiando y tratando de comprender no es, o no es solamente, un objeto lingüístico. Asimismo, permite poner de manifiesto que, al igual que otras disciplinas como la historia, la sociología, el análisis económico, etc., la teoría del derecho entiende su objeto como un fenómeno empírico radicado en tiempos y lugares determinados. Aunque, a diferencia de estas disciplinas, ella está interesada en captar y explicar sus elementos o características esenciales, aquellas que todo derecho presenta. En otras palabras, está tratando de captar y explicar el concepto de derecho¹. En resumen, admitir que la teoría general del derecho estudia la esencia o las propiedades necesarias del concepto de derecho, cuan-

¹ Esta relación necesaria entre la comprensión de las propiedades esenciales de un objeto y la del concepto que se refiere a él puede verse en los trabajos citados de RAZ pero también en otros autores, como por ejemplo, COLEMAN, 2010.

do la expresión «propiedades necesarias» se entiende en un sentido post-quineano de la expresión, en ningún sentido implica una contradicción con el método positivista, la asunción de un método anti-empirista, o incompatible con un enfoque científico.

3.

El segundo punto que me interesa destacar es el siguiente. Como sabemos, entre los problemas recurrentes que se presentan al tratar de responder a la pregunta «qué es derecho» HART señala la relación de éste con la moral. Al respecto, y de manera prácticamente unánime, se acepta que la teoría hartiana defiende una concepción positivista, y que ser positivista significa negar la tesis de la conexión necesaria entre derecho y moral. Ahora bien, también sobre este punto el modo en el que se interpreta la posición de HART ha sufrido un notable deslizamiento.

La tesis de HART sobre la relación entre derecho y moral es articulada y, sin duda, está afectada por las premisas metodológicas que él acepta. Cuando reflexiona sobre las posiciones que desacuerdan sobre si las normas inicuas pueden ser jurídicamente válidas subraya que no se trata de un desacuerdo verbal sino de un desacuerdo en el modo de entender el concepto de derecho. La posición positivista asume un concepto amplio que puede incluir «reglas que atenten contra la moral de nuestra sociedad o contra lo que podemos considerar que es una moral verdadera o esclarecida». La posición no-positivista entiende el derecho en un modo restringido, conforme al cual «excluiremos del significado de “derecho” esas reglas moralmente ofensivas». Como ya mencioné, según HART «si hemos de hacer una elección razonada entre estos dos conceptos, ello será porque uno es superior al otro en la forma como auxilia nuestras indagaciones teóricas o promueve y clarifica nuestras deliberaciones morales, o hace ambas cosas» (todas las expresiones entrecomilladas son de CL: 258).

En opinión de HART nada bueno se gana, ni a fines teóricos ni a fines prácticos, adoptando el concepto más restringido. En realidad, se agrega confusión, ya que asumir ese concepto implica dividir el estudio de la técnica de control social en que consiste el derecho en modo tal que las reglas inicuas, al no estar incluidas en su alcance, deben ser estudiadas por otra disciplina. Además, desde un punto de vista práctico, «negar reconocimiento jurídico a las reglas inicuas puede simplificar en forma excesiva y tosca la variedad de cuestiones morales a las que ellas dan lugar» (CL: 260). Esto porque la cuestión de si se debe o no se debe obedecer el derecho injusto no es la única cuestión importante o la única forma en la que se establece la relación entre derecho y moral. Además de ella están otras, como la cuestión de Sócrates, sobre si se debe o no aceptar el castigo injusto, o como la que debieron enfrentar los tribunales de post-guerra alemanes sobre si se debe o no castigar a quienes actuaron autorizados por un derecho injusto (CL: 260). Un concepto restringido, que niega de plano carácter jurídico a las reglas inicuas puede cegarnos ante esta multiplicidad de problemas morales. En opinión de HART, estos problemas son delicados y complejos y, sobre todo, «es menester considerar en forma independiente los unos de los otros» (CL: 260-261). En suma, es claro que HART considera *superior* al concepto de derecho positivista. *Superior* en el sentido de que capta mejor las características del método específico de control social en que consiste el derecho.

Ahora bien, a pesar de esta explícita defensa hartiana de un concepto positivista de derecho, actualmente se afirma que HART admite que el derecho puede estar necesariamente relacionado con la moral (por ejemplo, COLEMAN, 2010 y también GARDNER, 2012: 221-237). En otras palabras, que HART no rechaza la tesis de la conexión necesaria entre derecho y moral. Ciertamente, la primera pregunta que viene en mente es ¿se concilia esta tesis con el concepto y el método positivistas que HART supuestamente asume?

Si consideramos que esta nueva interpretación no torna incoherente a la teoría de HART, la respuesta a este interrogante ha de ser que sí, que adoptar un concepto y un método positivistas es conciliable con admitir la existencia de una o más conexiones necesarias entre derecho y moral. Y ello es así en la medida en que *a)* pueden establecerse distintos tipos de relaciones necesarias entre derecho y moral, y *b)* no se pone en cuestión el tipo de conexión necesaria que el positivismo rechaza: aquella entre el derecho y deber moral de obediencia. Decir que el derecho puede estar, y que de hecho en muchas ocasiones está, de múltiples maneras, necesariamente conectado con exigencias morales en ningún caso implica que sus normas sean moralmente correctas ni que deban ser obedecidas.

Desde este punto de vista cabe recordar que, según HART, ningún positivista niega que los sistemas jurídicos reflejan la moral en numerosísimas formas que todavía no han sido suficientemente estudiadas. Pero sobre todo que, según él, la tesis de la conexión necesaria entre derecho y moral debe ser concedida si con ella se quieren sostener tesis como las siguientes:

a) Que en algunos sistemas jurídicos la corrección moral de las normas es criterio de validez jurídica. Concretamente, según HART, en aquellos derechos basados en constituciones similares a las de Estados Unidos, por ejemplo, «los criterios últimos de validez jurídica incorporan explícitamente principios de justicia o valores morales sustantivos» (CL: 252).

b) Que la interpretación judicial del derecho supone o expresa específicos valores morales. Así, en opinión de HART, en la tarea interpretativa de los jueces aparece el esfuerzo por hacer justicia en medio de intereses en conflicto. Además, los jueces despliegan ciertas virtudes características como «la imparcialidad y la neutralidad al examinar las alternativas; consideración de los intereses de todos los afectados; y una preocupación por desarrollar algún principio general aceptable como base razonada de la decisión» (CL: 253).

c) Que hay una implicación conceptual entre lo que significa aplicar una regla jurídica y realizar, aun cuando sea en modo incipiente, el valor de la justicia. En tal sentido, tal como expresamente admite HART, «en la mera noción de aplicar una regla general de derecho tenemos por lo menos el germen de la justicia» (CL: 255). O, por último.

d) Que «para que funcione un control social de este tipo, las reglas tienen que satisfacer ciertos requisitos». Requisitos éstos que hacen referencia a aquello que se ha denominado «la moral interna del derecho» (las reglas no deben ser generalmente retroactivas, deben ser claras, aplicables de igual modo a casos iguales, etc.) (CL: 255).

En todo caso, la verdad de estas afirmaciones sobre la relación entre derecho y moral «infortunadamente, es compatible con una enorme iniquidad» (CL: 256). El derecho, aunque por distintas vías puede estar necesariamente relacionado con la moral,

no por ello es moralmente correcto. En otras palabras, sobre la relación entre derecho y moral, lo que HART hace es señalar su carácter complejo y la necesidad de que sea objeto de una adecuada investigación, que discrimine las distintas formas en las que podría establecerse. Por supuesto, en virtud de las premisas metodológicas de las que parte, también defiende una tesis conceptual al respecto: el concepto restringido, que excluye las normas injustas, merece ser dejado de lado. Que algo sea derecho no implica que sea moralmente adecuado ni que deba ser obedecido.

Se podría decir que quienes hablan de «la» conexión necesaria entre derecho y moral, conscientemente o no, sostienen una tesis reduccionista: presentan las distintas relaciones que entre derecho y moral pueden verificarse como si fuesen una sola. Así, quienes afirman que el positivismo jurídico metodológicamente se compromete con el rechazo de «la» tesis de la conexión necesaria entre derecho y moral afirman una tesis engañosa, por sobre-incluyente. En realidad, la conexión necesaria que el positivismo rechaza es aquélla entre el derecho y la corrección moral de sus normas, o entre el derecho y la obligación moral de obediencia. Sin embargo, como nos recuerda HART, además del problema relativo al deber de obediencia hay otras cuestiones morales sobre las cuales es necesario tomar posición, como, por ejemplo, la referida a cómo se deben formular los requerimientos jurídicos, cómo se deben hacer conocer, cómo se deben interpretar, cómo se deben aplicar, etc. Siguiendo a HART, es menester considerar en forma independiente cada una de ellas. Sólo así podremos apreciar sus específicas características. Si adoptamos una posición que reduzca todos estos puntos a uno solo y hable, sin más, del rechazo o la aceptación de «la» conexión necesaria entre derecho y moral corremos el peligro de cegarnos frente a la variedad y la complejidad de las distintas cuestiones. En estas líneas estoy prácticamente extrapolando las palabras que HART emplea para criticar el concepto iusnaturalista de derecho según el cual éste necesariamente no incluye reglas injustas. Como he citado antes, según HART, negar que las normas inicuas puedan ser parte del derecho puede llevar a simplificar en forma excesiva y tosca la variedad de cuestiones que se ponen en juego ante la presencia de este tipo de normas. Puede decirse que, negar que el derecho, desde diversos puntos de vista, pueda estar necesariamente conectado con la moral conlleva el mismo defecto. En resumen, no parece correcto asociar la tesis positivista, que HART pretende defender, con el rechazo, en general, de «la» conexión necesaria entre derecho y moral. Sencillamente, porque ello sugiere erróneamente que la relación necesaria entre derecho y justicia, o entre derecho y deber de obediencia —que son las que todo positivista niega— constituyen el único tipo de relación en la que una conexión necesaria entre derecho y moral puede manifestarse. Asimismo, porque a partir del reconocimiento de que el derecho no está conceptualmente relacionado con el valor justicia ni implica la obligación moral de obediencia no podemos inferir que no está conceptualmente conectado con otros valores morales, que no sea el de justicia, o no implique algún tipo de exigencia moral, que no sea la obediencia.

Si estas consideraciones son adecuadas, la pregunta acerca de qué ganamos y qué perdemos al sostener que HART no rechaza la tesis de «la» conexión necesaria entre derecho y moral tiene una respuesta bastante clara. Nada se pierde, en la medida en que podemos continuar afirmando que, para el positivismo hartiano, el derecho no implica la corrección moral de las reglas que lo componen ni el deber de obedecerlas. Sin embargo, ganamos algo: estamos en condiciones de analizar, sin superponer, dis-

tintos modos en los que las relaciones entre derecho y moral pueden establecerse. Más precisamente, podemos advertir que al asumir una noción positivista de derecho estamos efectivamente comprometiéndonos con la tesis de la no-conexión necesaria entre derecho y justicia, o entre derecho y deber de obediencia. No obstante, no estamos afirmando que la noción de derecho no implique una conexión necesaria con otros valores morales u otras exigencias morales relativas a la formulación, comunicación, interpretación y/o aplicación de sus normas.

4.

¿En qué se basa, o qué premisas justifican, esta «nueva» interpretación de HART? No creo estar en condiciones de dar una respuesta exhaustiva a esta pregunta, pero sí creo que es posible sostener que parte de la respuesta se encuentra en que esta interpretación parece imponerse si se toma en serio una de las premisas metodológicas centrales de la teoría de HART: que para comprender qué es y cómo es un objeto como el derecho es preciso tener en cuenta —y, en este sentido, aceptar— la perspectiva de los participantes, el punto de vista interno. Esta idea, a su vez, se apoya en la presuposición preteórica de que el derecho es una realidad social que se «construye» a partir de los comportamientos, creencias y actitudes de un grupo de personas, es decir, que satisface lo que aquí llamaré «la tesis de la construcción social del objeto»².

Cabe subrayar que el positivismo jurídico ha sido vinculado a dos premisas metodológicas que pueden revelarse, y de hecho se han revelado, incompatibles. En primer lugar, se suele sostener que la teoría del derecho positivista se compromete metodológicamente con la tesis general de «la» no-conexión necesaria entre derecho y moral. Al asumir esta tesis estamos imponiendo un límite al concepto de derecho, con total independencia de cómo éste sea concebido desde el punto de vista interno. Es decir, aun cuando los participantes lo conciban como necesariamente conectado a la moral, según el positivismo, el derecho no está necesariamente conectado con la moral. En contraposición con esta perspectiva, se suele sostener también que la teoría del derecho positivista se compromete fundamentalmente con la tesis de la construcción social del objeto, es decir, con la idea según la cual aquello que el derecho depende de los comportamientos y actitudes de los participantes en una práctica social. Si hacemos esto estamos asumiendo que el concepto de derecho es aquel que emerge del punto de vista interno de la práctica relevante, aun cuando bajo ese concepto el derecho esté, por distintas vías, necesariamente conectado con la moral. En otras palabras, si desde la perspectiva de los participantes la noción de derecho implica o presupone la satisfacción de ciertas exigencias morales, el concepto positivista de derecho no podrá ser otro que aquel que capte correctamente estas relaciones entre el derecho y la moral.

Como se ve, el «concepto positivista» de derecho será diferente según se entiendan las exigencias metodológicas que el positivismo impone. Lo que interesa subrayar aquí es que

² La existencia del derecho es un ejemplo paradigmático de realidad construida socialmente, lo cual no implica que sea convencional. Al respecto, *cf.* SEARLE, 2010.

si entendemos que la primera exigencia del positivismo es la de dar cuenta del derecho respetando la tesis de la construcción social del mismo, entonces el positivismo no puede sostener en modo general y externo, *i. e.* independientemente del punto de vista interno de la práctica relevante, ninguna tesis acerca del tipo de relaciones que el derecho tiene o deja de tener con la moral, la economía, el poder, la fuerza, etc. La única tesis general que el positivismo puede sostener acerca del derecho es que las propiedades que él tenga y las relaciones en las que se encuentre con otros fenómenos dependerán del modo en el que es concebido en la práctica social. Esto significa que no existe algo como «el» concepto positivista de derecho³. En realidad, aun cuando existan muchos conceptos posibles, el concepto de derecho que el positivista intentará identificar es, en virtud de sus propias exigencias metodológicas, aquel que emerge de la práctica social relevante⁴.

En la medida en que asumamos esta posición se siguen algunas consecuencias dignas de destacar:

4.1. En primer lugar, al estudiar el concepto de derecho, el teórico tiene que asumir una perspectiva hermenéutica, su objetivo es comprender aquello en lo que consiste el derecho a partir de la práctica en el que éste se ha desarrollado efectivamente. En tal sentido, cabe destacar que, si bien el teórico general del derecho no está interesado en relevar las características de un específico derecho, existente en un momento y en un lugar determinados, sería un error pensar que no está interesado en identificar las características sobresalientes de una práctica también existente en momentos y lugares determinados. El concepto de derecho en el que está interesado el teórico general está tan radicado espacio-temporalmente cuanto lo están los específicos sistemas jurídicos en cuyos rasgos particulares este teórico no está interesado. De ello se sigue que cuando decimos que la teoría del derecho indaga sobre la naturaleza del derecho, o las características esenciales del concepto, no estamos hablando de un conjunto de propiedades inmutables, o de un concepto necesario. Estamos hablando de aquellas características que, en un tiempo y lugar determinados, captan la identidad de un objeto contingente y mutable. Es decir, estamos hablando de un concepto que al igual que el objeto al que se refiere es construido socialmente y puede variar con el transcurso del tiempo.

Si esto es así, no es correcto pensar que la teoría jurídica analiza el significado general de la palabra «derecho». Es decir, los criterios con los que esta palabra efectivamente se usa para hacer referencia a la institución del derecho en general, y no a un específico sistema. Por supuesto, los significados de las palabras «derecho», «obliga-

³ Esta posición se contrapone a una presentación ampliamente aceptada del positivismo jurídico, entendido como un método de aproximación al derecho. Por ejemplo, según C. S. NINO, este positivismo se define por el rechazo de una tesis acerca del concepto de derecho, o, lo que es lo mismo, se compromete, independientemente del punto de vista interno de los participantes, con un determinado concepto de derecho. Concretamente, el positivismo defiende una caracterización totalmente empírica del derecho y rechaza una definición en términos valorativos. Dicho con otras palabras, rechaza que pueda existir una conexión conceptualmente necesaria entre derecho y valores morales (*cf.* NINO, 1984: 37-38).

⁴ Aunque aquí hablo del positivismo jurídico, sin aditamentos, cabe recordar que estoy refiriéndome al positivismo hartiano. En la teoría positivista de este autor como en la de COLEMAN, por citar otro ejemplo, explicar el concepto de derecho equivale a explicar la naturaleza del objeto derecho. En contraste con esta posición, otro positivista como J. RAZ entiende que la indagación sobre las propiedades esenciales de «nuestro» concepto local y mutable de derecho ayuda a comprender la naturaleza universal e inmutable del derecho. Al respecto *vid.* RAZ, 2005: 324-342.

ción», «principio», «regla», interesan sobremanera a quien intenta captar el concepto de derecho en general. No obstante, no es verdad que el objeto de estudio del teórico sea el modo en el que se usan estas palabras. Si dijésemos que sí lo es estaríamos abandonando el presupuesto metodológico del que habíamos partido: no estaríamos dando cuenta del punto de vista interno, es decir, de aquello de lo que los participantes hablan cuando se refieren al derecho. Éstos, ciertamente, no hablan de las palabras «derecho», «obligación», «principios», «reglas», sino del derecho, las obligaciones, los principios, las reglas, etcétera.

En síntesis, bajo esta perspectiva, el teórico está constreñido a aceptar que el concepto en el que está interesado viene fijado por aquello que entienden quienes lo usan. Aun cuando, en modo justificado, el teórico sostenga que un concepto diferente sería preferible a ciertos fines teóricos o prácticos, no podrá sostener verdaderamente que ese es el concepto de derecho si, de hecho, éste no refleja las propiedades y relaciones con que los participantes lo han construido. Es decir, el discurso teórico acerca del concepto de derecho y los análisis que se ofrecen de él tienen una dirección de ajuste mente-a-mundo, son descriptivos. Al concepto de derecho lo construye la práctica social, no la teoría del derecho. Ciertamente, esto no obsta a que el teórico pueda abogar a favor de un específico concepto y trate de mostrar las ventajas que su adopción comporta. Pero, en la medida en que haga esto ha dejado de actuar como alguien que pretende simplemente comprender y explicar qué es el derecho y ha pasado a actuar como un participante más que intenta influir sobre él.

4.2. En esta perspectiva, adoptar un punto de vista hermenéutico no significa, como a mí entender sí significa en la teoría de DWORKIN, que el teórico adhiera al punto de vista interno de los participantes, o que su discurso sea del mismo tipo que el de los aceptantes. En otras palabras, que el teórico asuma y use el concepto establecido en la práctica no supone que esté de acuerdo con él, ni que sus juicios al respecto sean normativos o justificativos, como sí lo son los juicios de los aceptantes.

Adoptar el punto de vista hermenéutico quiere decir al menos dos cosas. Por una parte, que el teórico no sólo debe tener en cuenta las creencias de los participantes sino que debe basarse en ellas. Debe darlas por buenas y, en este sentido, *aceptarlas* a los fines cognoscitivos que él persigue, es decir, para poder comprender y explicar las características esenciales del fenómeno que intenta comprender y explicar. Por otra parte, quiere decir que el teórico, al hablar del concepto de derecho, está haciendo referencia al mismo objeto del que hablan los participantes. Es decir, el concepto que estudia es el mismo concepto que los participantes usan en la práctica cuando se refieren al derecho.

La idea de que el estudioso, aunque sea provisoriamente y para satisfacer su objetivo cognoscitivo, tiene que (no puede no) aceptar la mayor parte de las creencias de los participantes es un principio de caridad impuesto por lo que aquí he llamado «la tesis de la construcción social del objeto». Es decir, si queremos identificar el concepto que capta un objeto social como es el derecho debemos suponer que las creencias de las cuales éste depende no son sistemáticamente falsas o, en otras palabras, que no estamos frente a un error global (*cf.* DICKSON: 117-156; también GAIDO: 41-44). Admitir la posibilidad del error global del conjunto de creencias relativas a un objeto social está en contradicción con la tesis de que dicho objeto es un constructo basado

en tales creencias. Así, si sostuviésemos la posibilidad del error global de las creencias de los participantes respecto de qué es o no es el derecho estaríamos negando lo que hemos afirmado como premisa inicial: que aquello que el derecho es resulta de, o está constituido por, las creencias de dichos participantes. O sea que, una de dos, o bien sostenemos que el objeto está determinado por las creencias de los agentes, y en este caso no podemos afirmar que sea posible el error global de las creencias acerca del mismo. O bien sostenemos que las creencias acerca del objeto en cuestión podrían ser todas sistemáticamente falsas, pero en este caso debemos abandonar la tesis según la cual dicho objeto es un objeto social, es decir, que depende de, o está constituido por, tales creencias.

Ahora bien, quien adopta una perspectiva hermenéutica, aun cuando tenga que basarse en las creencias de los participantes, puede impugnar —ya sea por incoherentes o directamente falsas— ciertas creencias o conjuntos de creencias referidas al objeto. Dar cuenta del punto de vista interno no implica tener que aceptar *todo* lo que los participantes sostienen acerca del objeto. El teórico podría mostrar no sólo que algunas creencias sobre casos individuales son falsas sino, inclusive, que todas las creencias sobre cierta clase de casos son sistemáticamente falsas. A título de ejemplo: el teórico podría mostrar que, dadas las características esenciales que el derecho tiene (tal como lo entienden los participantes desde el punto de vista interno) la posibilidad de que se presenten casos con más de una respuesta jurídicamente admisible es inevitable. En tal sentido, estaría mostrando que, aun cuando los participantes crean que hay *una* respuesta correcta para *todos* los casos de desacuerdo sobre el contenido del derecho, esas creencias son sistemáticamente falsas. En resumen, si bien el teórico del derecho no puede sostener una teoría del error global respecto de todas las creencias referidas a lo que el derecho es, obviamente, sí puede admitir la existencia de errores circunstanciales, individuales, *per inclusive* puede defender también una teoría del error (o, lo que es lo mismo, una posición escéptica) respecto de ciertas *clases* determinadas de creencias de los participantes⁵.

Dicho sea por inciso, sostener el carácter sistemáticamente falso de *todas* las creencias que presuponen o implican la existencia de un objeto equivale a sostener una posición escéptica respecto de dicho objeto. Es decir, equivale a sostener que dicho objeto no existe. Por ejemplo, la tesis del error sistemático de *todas* las creencias que presuponen la existencia de normas (o de brujas) implica y es implicada por la tesis escéptica respecto de la existencia de normas (o de brujas). Por tal motivo, no podemos sostener que estamos, desde un punto de vista hermenéutico, tratando de comprender y explicar un objeto social como el derecho y, al mismo tiempo, que todas las creencias relativas a él son sistemáticamente falsas. Al decir esto último, hemos abandonado el objetivo de comprender o explicar dicho objeto. Lo que estamos haciendo es ponerlo en cuestión, tratando de disolverlo, de mostrar que no existe. En contraste, si en el contexto de un estudio hermenéutico denunciáramos el carácter sistemáticamente falso de algunas creencias relativas al objeto lo hacemos en el entendimiento de que, de ese

⁵ La posibilidad de denunciar la falsedad sistemática de una clase de creencias referidas a un objeto presupone que hay otras creencias que se consideran inimpugnables. En palabras diferentes, presupone que ciertas creencias identifican propiedades esenciales al objeto, en modo tal que no pueden negarse sin que éste deje de ser lo que es.

modo, logramos comprenderlo o explicarlo mejor. Así, denunciar el error de una delimitada clase de creencias relativas a un aspecto del derecho, efectivamente, significa ser escépticos respecto del específico objeto de tales creencias, pero de ello no se sigue que seamos escépticos respecto del derecho en general que, por hipótesis, es lo que estamos tratando de comprender y explicar.

En resumen, si admitimos lo dicho, cabe subrayar que al ofrecer una teoría hermenéutica acerca del derecho, por una parte, y aunque sea provisoriamente, estamos admitiendo su existencia. Es decir, no nos colocamos en una posición escéptica respecto del mismo, por el contrario, actuamos bajo la presuposición de que existe algo tal como el derecho, que es susceptible de ser comprendido y explicado. A su vez, estamos asumiendo la tesis de la construcción social del objeto. Es decir, estamos admitiendo que el derecho depende, o es el resultado de, un conjunto de acciones, creencias y actitudes que son aquellas en las que la teoría se apoya para poder comprenderlo y explicarlo.

4.3. Una ulterior idea ligada a la premisa metodológica que exige adoptar una perspectiva hermenéutica y dar cuenta del punto de vista interno es la siguiente. Como indiqué antes, tanto el teórico como el participante están hablando de *lo mismo*. Si bien el teórico general está guiado por un interés diferente al del participante y se coloca en un nivel más alto de abstracción, sus respectivos discursos no se encuentran en *niveles de lenguaje* diferentes. Es decir, no es el caso que los participantes *usen* la palabra «derecho», para hablar del objeto derecho mientras que el teórico sólo la *mencione* para definirla, para referirse a sus distintos significados, o para informar acerca del sentido que ella adquiere cuando es usada en su acepción más general. Si así fuera los discursos del teórico y del participante no estarían refiriéndose a lo mismo. A partir del discurso teórico no sería posible obtener conclusión alguna en el lenguaje-objeto acerca del derecho, podríamos sólo obtener conclusiones acerca de los usos, o de un uso muy general de la palabra «derecho». Por el contrario, si admitimos que la teoría se refiere al derecho, su aporte, a pesar de ser conceptual no es metalingüístico. Al menos no lo es en el sentido de que se coloca en un nivel de lenguaje diferente del de aquellos que hablan del objeto derecho. El teórico, al hacer aserciones acerca de las características necesarias del concepto de derecho, está usando el lenguaje y se refiere al mismo objeto al que se refieren los aceptantes en la práctica. En tal medida, sus aserciones pueden tener consecuencias relevantes en esa práctica. Concretamente, por ejemplo, cuando el concepto que el teórico ha ayudado a identificar se usa para hacer aserciones específicas, o enunciados deónticos acerca de lo que jurídicamente se debe, o no se debe, hacer en un caso individual.

Debería ser claro que esto no significa que del discurso teórico se sigan consecuencias deónticas relativas a cómo actuar en un caso concreto conforme a un determinado derecho. Sin embargo, en la medida en que estas consecuencias deónticas presuponen el uso del concepto de derecho, éste y la tarea del teórico que lo identifica cobran, aunque sea indirectamente, relevancia práctica. En resumen, si el teórico está hablando de lo mismo que los dogmáticos, los abogados, los jueces, etc., emerge una consecuencia importante. El discurso de la teoría, si bien no es un discurso normativo acerca de lo que se debe o no se debe hacer, sí forma parte de las premisas descriptivas más abstractas sobre las que se apoya el discurso normativo de

los participantes. En otros términos, no hay total independencia entre los respectivos discursos (RAZ, 1998).

5.

En conclusión. Conforme a esta lectura, la teoría de HART, por una parte, afronta una cuestión metafísica acerca de aquello que el derecho es, y, por otra parte, en algún sentido, no es neutral, puesto que no puede evitar comprometerse respecto de aquellas consecuencias prácticas que se siguen al asumir dicha teoría. Podría pensarse que entender a HART de esta manera supone un doble movimiento destructivo que termina conduciendo al enfoque metodológico que el positivismo pretendía superar. En tal dirección, algunos autores han sostenido que la teoría de HART, por diversas razones, conduce al abandono o a la autodestrucción del positivismo jurídico (GOLDSWORTHY, 1990: 449-486).

Desafortunadamente, si aceptamos esta opinión también se siguen algunas consecuencias desconcertantes, difíciles de aceptar. En primer lugar, y aunque ésta no es una buena razón para criticar esta opinión, de ella resulta que HART, o bien inadvertidamente viola aquello que el método positivista exige, o bien conscientemente abandona el positivismo. En segundo lugar, de esta lectura se sigue necesariamente que la teoría jurídica positivista tiene carácter estipulativo puesto que propone y trabaja con «su» concepto de derecho (*i. e.* el concepto positivista que satisface la tesis de la no conexión necesaria con la moral) aun cuando de la práctica social surja un concepto completamente diferente.

Por último, y a mi entender esto sí da lugar a una razón de peso para rechazar esta interpretación, ella niega la tesis de la construcción social del objeto. Es decir, en esta visión, tanto el derecho como el concepto que se refiere a él no son fenómenos resultantes del comportamiento y actitudes de un grupo social. El derecho es una construcción humana, pero más precisamente es una construcción de las teorías. El problema es que cada teoría opera con «su» concepto —el que considere más útil a fines teóricos y prácticos—, lo cual hace muy probable que ellas no estén hablando de lo mismo y que, consecuentemente, carezca de sentido el diálogo entre las mismas.

La «nueva» lectura de la teoría de HART, ciertamente, no está libre de dificultades. Y, sobre todo, no está libre del riesgo de que, efectivamente, ya sea por inadvertencia o manipulación intencional, termine provocando un retorno a reflexiones metafísicas de un tipo que creíamos ya superado. Sin embargo, dejando por el momento de lado estas posibilidades de mala comprensión o manipulación —de las que ninguna lectura está exenta—, no parece haber en esta interpretación de HART algo que indique una tensión entre ella y un enfoque empírico y positivista acerca del derecho.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCHOURRÓN, C., y BULYGIN, E., 1975: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*, Buenos Aires: Astrea, 29-31. Versión original: *Normative Systems*, New York-Wien: Springer Verlag, 1971.

- COLEMAN, J., 2010: «The Architecture of Jurisprudence: Part I», *1st Conference on Philosophy and Law*, Girona, 22-22 de mayo 2010.
- DICKSON, J., 2004: «Methodology in Jurisprudence. A Critical Survey», *Legal Theory*, 10, 117-156.
- GAIDO, P., 2011: *Las pretensiones normativas del derecho. Un análisis de las concepciones de Robert Alexy y Joseph Raz*, Madrid: Marcial Pons.
- GARDNER, J., 2012: «Hart on Legality, Justice and Morality», en *Law as a Leap of Faith*, Oxford: Oxford University Press, 221-237.
- GOLDSWORTHY, J. D., 1990: «The Self Destruction of Legal Positivism», *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 10, núm. 4 (Winter), 449-486.
- HART, H. L. A., 1977: *El concepto de derecho*, trad. de Genaro CARRIÓ, Buenos Aires: Abeledo Perrot. Versión original (1961), *The Concept of Law*, Oxford: Oxford University Press.
- NINO, C. S., 1984: *Introducción al análisis del Derecho*, Buenos Aires: Astrea, 2.^a ed.
- RAZ, J., 1998: «Two Views of the Nature of the Theory of Law: A Partial Comparison», *Legal Theory*, 4, 249-282.
- 2005: «Can There be a Theory of Law», en M. P. GOLDING y W. A. EDMUNSON (eds.), *The Blackwell Guide to Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford: Blackwell Publishers, 324-342.
- SEARLE, J., 2010: *Making the Social World. The Structure of human Civilization*, Oxford: Oxford University Press.