

THE CONCEPT OF LAW. CINCUENTA AÑOS

(Borrador sin notas)

María Cristina Redondo

I

Tanto se ha escrito sobre la obra de Hart que resulta difícil seleccionar algún aspecto sobre el cual hablar en el poco tiempo de una intervención de este tipo con la esperanza de decir algo medianamente original. Sirviéndome de esta auténtica excusa anticipo que no diré nada que en algún modo no haya sido ya dicho. Lo que haré será poner en relación algunas tesis conocidas respecto del trabajo de Hart, tesis que me impactan especialmente por las razones que explicaré, y que me permitirán presentar algunas breves reflexiones sobre su obra.

Me voy a referir a dos aspectos de la teoría de Hart que han sido objeto de dos lecturas o interpretaciones netamente contrastantes. Estas interpretaciones incompatibles llaman la atención porque no provienen de enfoques filosóficos antagónicos entre sí, caso en el cual sería normal que se encuentren en desacuerdo. Se trata de dos lecturas que, en principio, están basadas en la misma corriente de pensamiento positivista a la que Hart pertenece. Puede decirse que ellas indican un punto de inflexión en su teoría, donde una marca una especie de evolución respecto de la otra en la interpretación de su obra.

Una cuestión importante, y a la que no me dedicaré en esta presentación, reside en evaluar en qué medida efectivamente cada una de estas interpretaciones ofrece una versión posible (coherente) e inclusive plausible de la propuesta de Hart. Lo que haré en cambio será detenerme sobre todo en una de estas lecturas, la que actualmente propone un grupo de estudiosos muy cercanos a Hart y mencionaré simplemente el contraste con la lectura alternativa. Lo que intentaré establecer es qué ganamos y qué perdemos si la aceptamos, cuál o cuáles son sus presupuestos y qué otras consecuencias se siguen de ella.

II

1. Una primera idea respecto de la cual se ha producido un cambio interpretativo como el que acabo de sugerir es la siguiente. A partir del capítulo I de *El concepto de derecho* sabemos que el estudio que en éste se propone respecto de la pregunta “qué es derecho” no consiste en ofrecer una definición, ni en recordar las convenciones existentes que rigen el uso de la expresión “derecho”. Sin embargo, leyendo a Hart como filósofo analítico, antimetafísico, es también natural entender que la propuesta central de su teoría tampoco debería ser entendida como un tentativo de desentrañar la 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 aún cuando “dejemos a un lado la especulación clásica y medieval acerca de la „naturaleza“ del derecho”¹. Asimismo, al mencionar algunas de las múltiples respuestas que estos problemas han recibido subraya 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.”²

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 mismo o las características esenciales del concepto que se refiere a él³. Probablemente los autores que hoy subrayan este modo de entender la teoría de Hart negarán que se haya producido un cambio interpretativo. Tal como presentan su interpretación, la teoría de Hart es y ha sido siempre una empresa metafísica de este tipo. En este caso, en mi opinión, se debería al menos conceder que en los años 60, 70 y 80 esto no se decía abiertamente. Quizás la aún potente influencia del “linguistic turn”, la familiaridad de Hart con los filósofos analíticos que sí entienden explícitamente la tarea filosófica como una terapia de tipo lingüístico y el énfasis que el propio Hart pone en los problemas lingüísticos de vaguedad y textura abierta del derecho 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 comprender “qué es el derecho” en general (tesis que la lectura actual a la que me estoy refiriendo pone en cuestión).

Asimismo, podría conjeturarse que Hart no está tratando de identificar cuál es el uso más general de la palabra “derecho” pero que igualmente su método filosófico es el análisis lingüístico entendido en este caso como un esfuerzo por modelar o reconstruir un concepto entre varios posibles. En este sentido su teoría no estaría informando ni sobre la naturaleza de un concepto ni sobre el uso de las palabras que lo expresan, estaría estipulando o atribuyendo un significado a la palabra 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. Concretamente, Hart se refiere a un concepto amplio „positivista“, que admite que el derecho puede ser injusto, y a un concepto restrictivo, el del iusnaturalismo, según el cual las normas injustas quedan fuera del alcance del concepto de derecho. Hart compara estos conceptos y subraya que el primero es mejor que el segundo porque tiende a evitar una serie de confusiones. Sin embargo, estas afirmaciones no impiden la lectura metafísica que hoy se propone ya que aún cuando Hart advierta que hay distintos conceptos posibles de derecho su empresa estaría dirigida a identificar uno sólo: aquel que efectivamente recoge las características esenciales del fenómeno o práctica que se está tratando de captar, es decir, del derecho. En esta visión la empresa hartiana vuelve a ser descriptiva pero no de una práctica de uso de las palabras sino de esas características esenciales del objeto, que dependen del comportamiento, las creencias y las actitudes de un grupo de personas.

¹ The Concept of Law (El concepto de derecho, trad. de Genaro Carrió) p. 1.

² Ibidem, pp. 1-2.

³ Cf. J. Raz

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 análisis de la esencia del objeto derecho en la presente óptica no es otra cosa que el análisis de las características definitorias de un concepto situado espacio-temporalmente, y que es un constructo social. Ciertamente, es el 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 aquel método de control social al que llamamos con la palabra “derecho”.

Esta interpretación de Hart puede considerarse totalmente inocua, y creo que lo es al menos en el sentido que no supone el abandono de una concepción positivista del derecho ni implica el retorno a una concepción superada de aquello en lo que consiste la empresa filosófica. El que sea inocua, sin embargo, no significa que sea banal o carente de relevancia. Entre otras cosas, supone sí un alejamiento de la concepción del análisis conceptual como análisis del uso del lenguaje. En la actual perspectiva el estudio del uso de las palabras conserva profundo interés, pero sólo como indicador parcial e indirecto del modo en el que se concibe una determinada realidad que es la que interesa explicar⁴.

Si admitimos, entonces, que no se trata de un cambio irrelevante, es decir, carente de consecuencias teóricas y prácticas y nos preguntamos qué hemos ganado o perdido si lo aceptamos, me animo a responder que no hemos perdido nada puesto que este enfoque no implica el abandono de los beneficios del análisis lingüístico ni la desatención al modo en el que se usa el lenguaje. Sin embargo, y contemporáneamente, puede decirse que sí hemos ganado algo ya que este enfoque permite decir ciertas cosas que en la perspectiva anterior podrían haberse erróneamente entendido como un compromiso con un método iusnaturalista, anti-científico, anti-empirista. Concretamente, la actual perspectiva permite decir explícitamente que el objeto de la teoría general o la filosofía del derecho radica en el estudio del objeto derecho, es decir, de la realidad social en el que éste consiste, y que al igual que otras disciplinas como la historia, la sociología, el análisis económico etc. lo entiende como un fenómeno empírico radicado en un tiempo y en un lugar determinados, aunque a diferencia de ellas, la filosofía del derecho o la teoría general están interesada en captar y explicar los elementos esenciales de este objeto en todos los casos que éste se presenta, es decir, está tratando de captar y explicar el concepto general de derecho⁵. En resumen, admitir que la teoría general del derecho estudia la esencia o las propiedades necesarias del concepto de derecho, cuando la expresión “propiedades necesarias” se entiende en un sentido post-quineano de la expresión, a mi entender, en ningún sentido implica una contradicción con el método positivista o la asunción de método anti-empirista o incompatible con un enfoque científico.

2. El segundo punto que me interesa destacar es el siguiente. Como sabemos, entre los aspectos problemáticos 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 casi como dos características incuestionables de la propuesta de Hart, parecía aceptarse, en primer lugar, que ella se compromete con una concepción positivista y, en segundo lugar, que ser

⁴ Cf. J. Raz

⁵ Cf. Coleman

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 obra de Hart ha sufrido un notable deslizamiento.

La posición de Hart sobre la relación entre derecho y moral es detallada. Cuando reflexiona sobre las dos 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 entre dos posiciones que entienden de modo diferente el concepto de derecho. La posición positivista que 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” y una posición no-positivista que entiende el derecho en modo restringido, conforme al cual “excluiremos del significado de „derecho” esas reglas moralmente ofensivas”⁶. 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”.

En opinión de Hart nada se gana, ni a fines teóricos ni a fines prácticos, adoptando el concepto más restringido. Nada sino confusión, ya que el concepto restringido divide el estudio del método específico de control social en que consiste el derecho, excluyendo de su alcance y dejando a otra disciplina el estudio de las reglas inicuas. 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”; 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 ellas están otras, como la cuestión sobre si se debe o no aceptar el castigo, o si se debe o no castigar bajo leyes de este tipo. Un concepto restringido que niega validez jurídica a las reglas inicuas puede cegarnos ante esta multiplicidad de temas y dificultar el tratamiento correcto de cuestiones morales delicadas y complejas. En suma, es claro que por razones teóricas y prácticas Hart considera “superior” al concepto de derecho positivista.

Ahora bien, a pesar de estas consideraciones, actualmente se afirma que Hart, sin lugar a dudas, admite que el derecho puede estar en diversos modos necesariamente relacionado con la moral⁷. 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 esto con el concepto positivista que Hart supuestamente asume? Pues bien, la respuesta es que sí, porque esta tesis no 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, de múltiples maneras, necesariamente conectado con exigencias morales no implica que sus normas sean moralmente correctas ni que deban ser obedecidas.

Desde este punto de vista cabe observar que, según Hart, ningún positivista niega ciertos hechos, como por ejemplo, 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.

⁶ p. 258.

⁷ Gardner, Green, Coleman, Shapiro,

- a. Según Hart, en aquellos derechos basados en constituciones similares a las de EEUU, por ejemplo, “los criterios últimos de validez jurídica incorporan explícitamente principios de justicia o valores morales sustantivos”⁸.
- b. Asimismo, en su opinión, al interpretar las leyes los jueces a menudo realizan una elección entre valores morales. Concretamente, según Hart, en la tarea interpretativa de los jueces aparece el esfuerzo por hacer justicia en medio de intereses en conflicto⁹. 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”.
- c. Asimismo, como sabemos, para Hart el derecho es un conjunto de reglas generales, y según él afirma expresamente: “en la mera noción de aplicar una regla general de derecho tenemos por lo menos el germen de la justicia”.¹⁰ Además, “para que funcione un control social de este tipo las reglas tienen que satisfacer ciertos requisitos” (las reglas no deben ser generalmente retroactivas, deben ser claras, aplicables de igual modo a casos iguales etc.); requisitos éstos que hacen referencia a aquello que se ha denominado “la moral interna del derecho”¹¹.
- d. Por último, extendiendo analógicamente lo que Hart sostiene cuando critica el concepto restringido de derecho que excluye necesariamente del derecho el „mal“ ejemplar (las reglas injustas)¹², podemos inferir que él estaría de acuerdo con Raz cuando afirma que el análisis del concepto de derecho incluye el estudio del „buen“ ejemplar. Es decir, comprender qué es y cómo es el derecho supone comprender cómo es un mal derecho y un buen derecho, i.e. aquel que, según Hart, se adecua en ciertos puntos a las exigencias de la justicia y la moral¹³.

Ahora bien, según Hart, la verdad de estas afirmaciones sobre la relación entre derecho y moral “Infortunadamente, es compatible con una enorme iniquidad”. Es decir, es claro que el derecho no implica necesariamente la bondad moral ni el deber moral de obediencia. Sin embargo, decir esto no significa negar, sin aditamentos, que el derecho pueda tener otras formas de relación necesaria con la moral.

Se podría decir que quienes sostienen que el positivismo se define por el rechazo de “la” conexión necesaria entre derecho y moral reducen los distintos aspectos en los que esta conexión se puede verificar a un único problema: el de la relación entre derecho y deber moral de obediencia. En otras palabras, decir que el positivismo rechaza, en general, “la” tesis de la conexión necesaria entre derecho y moral es engañoso porque es sobre incluyente. En realidad, la única tesis que el positivismo rechaza es la de la conexión entre derecho y corrección moral de sus normas, o entre derecho y obligación moral de obediencia. Ahora bien, además del problema moral del deber de obediencia están, entre otros, por ejemplo, el problema moral referido a cómo se deben formular los requerimientos

⁸ p. 252.

⁹ p. 253.

¹⁰ p. 255.

¹¹ p. 256

¹² Hart sostiene explícitamente que el estudio del método de control social en el que consiste el derecho implica el estudio de su uso y de su abuso. p.

¹³ p. 253 in fine.

jurídicos, cómo se deben hacer conocer, cómo se deben interpretar, cómo se deben aplicar, etc. Todos estos son problemas diferentes y, siguiendo a Hart, es menester considerar en forma independiente cada uno de ellos. Una posición conceptual amplia que no unifique todos estos puntos en los que se puede verificar una relación entre derecho y moral bajo la tesis general de “la” conexión entre derecho y moral nos habilita a ver la complejidad y variedad de las distintas cuestiones, mientras que una posición restringida que unifica todas estas cuestiones y rechaza, sin distinciones, “la” conexión conceptual entre derecho y moral puede cegarnos frente a ellas. En este caso, estoy prácticamente extrapolando las palabras que Hart emplea para criticar el concepto iusnaturalista y restringido de derecho según el cual éste no incluye reglas injustas. Como he citado antes, negar que las normas inicuas puedan ser parte del derecho, dice Hart, puede llevar a simplificar en forma excesiva y tosca la variedad de cuestiones que se ponen en juego cuando se habla de la conexión entre derecho y moral. Del mismo modo, negar la *posibilidad* de que el derecho en diversos modos esté necesariamente conectado con la moral puede conllevar el mismo defecto. En resumen, no podemos afirmar, en general, que el positivismo rechaza la tesis de “la” conexión necesaria entre derecho y moral sencillamente porque a partir del reconocimiento de que el derecho no implica la obligación moral de obediencia no se sigue que el derecho no implique ningún tipo de exigencia moral.

Si estas consideraciones se aceptan, la respuesta a la pregunta acerca de qué ganamos y qué perdemos al sostener que Hart y su concepción del positivismo no rechazan la tesis de “la” conexión necesaria entre derecho y moral es clara. No perdemos nada, porque podemos seguir diciendo que desde una óptica positivista el derecho no implica necesariamente la corrección moral de las reglas que lo componen ni el deber de obedecerlas. Sin embargo, ganamos algo: podemos advertir que la noción de derecho puede implicar varias exigencias morales relativas a la formulación, comunicación, interpretación y aplicación de sus normas.

III

¿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 pre-teórica de que el derecho es una realidad social que depende de los comportamientos, creencias y actitudes de un grupo de personas, es decir, que satisface lo que aquí llamaré la “tesis de la dependencia”.

A este punto es importante cobrar conciencia de que hay dos premisas metodológicas que pueden ser, y de hecho se han revelado incompatibles. Podemos sostener que la teoría del derecho positivista se compromete fundamentalmente con la tesis general de “la” no conexión necesaria entre derecho y moral. Si hacemos esto estamos imponiendo una limitación al concepto de derecho, con total independencia de cómo este sea concebido desde el punto de vista interno de la práctica social. En contraposición con esta perspectiva, podemos sostener que la teoría del derecho positivista se compromete fundamentalmente con la tesis de la dependencia, es decir, con la tesis según la cual “qué es derecho” es algo que depende de una práctica social. Si hacemos esto estamos asumiendo que el concepto

de derecho es aquel que emerge del punto de vista interno. Si conforme a este punto de vista el concepto de derecho implica o presupone la satisfacción de ciertas exigencias morales, el concepto positivista de derecho no podrá ser otro que aquel que capte estas relaciones necesarias entre derecho y moral.

Como se ve, el „concepto positivista” de derecho es diferente según se entiendan las exigencias metodológicas que el positivismo impone. Lo que me interesa subrayar aquí es que si entendemos que la primera exigencia del positivismo es la de respetar la tesis de la dependencia entonces el positivismo no puede sostener en modo general ninguna tesis acerca del tipo de relaciones que el concepto de derecho tiene o deja de tener con la moral, la economía, el poder, etc. La única tesis general que el positivismo puede sostener acerca del concepto de derecho es que el tipo de propiedades y relaciones que él tiene con otros conceptos dependen del punto de vista interno de una práctica social. Esto significa que no hay “un” concepto positivista de derecho sino que el concepto de derecho que el positivista intentará analizar es, en virtud de sus propias exigencias metodológicas, aquel que emerge de la práctica social relevante¹⁴.

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

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, milenaria en este caso, en el que éste se ha desarrollado efectivamente. En tal sentido, cabe subrayar que si bien el teórico general del derecho no está interesado en describir 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 (la del derecho en general) también existente en momentos y lugares determinados. En otras palabras, 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 cuyas características específicas 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 concepto necesario, inmutable, o independiente de una práctica radicada. Estamos hablando de aquellas características que delimitan la identidad de un concepto presente en un tiempo y lugar determinados.

Si esto es así no es correcto pensar que la teoría jurídica analiza el significado de la palabra “derecho” en su acepción más amplia. Es decir, tal como ésta efectivamente se usa para hacer referencia a la institución derecho en general, y no a un específico sistema. Por supuesto, los significados de las palabras “derecho”, “obligación”, “principio”, “regla” interesan sobremanera a quien intenta captar el concepto de derecho en general. No obstante, no es verdad que la misión del teórico y su objeto de estudio sea desentrañar el modo en el que se usan estas palabras. Si así fuese, estaríamos violando el presupuesto metodológico del que hemos partido ya que el teórico no estaría dando cuenta del punto de vista interno, de aquello de lo que hablan y en lo que creen los participantes, que ciertamente no hablan de las palabras “derecho”, “obligación”, “principios”, “reglas”, sino del derecho, las obligaciones, los principios, las reglas etc.

¹⁴ En contra de esta opinión, véase la presentación de C.S.Nino.

Todo esto significa que la teoría tiene que aceptar que el concepto en el que está interada está fijado por aquello que los participantes entienden. En tal medida, por ejemplo, si tal concepto es impreciso o contradictorio, el teórico deberá informar que es impreciso o contradictorio¹⁵. Y aún cuando el teórico piense 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, este no capta el modo en el que la práctica lo constituye. Es decir, el teórico no puede imponer un concepto. En el mejor de los casos, puede tratar de mostrar las ventajas que un concepto comporta pero, en la medida en que haga esto ha dejado de actuar como alguien que pretende simplemente comprender y explicar el derecho y ha pasado a actuar como un participante más que intenta influir sobre él.

2. En la visión de Hart, el que el teórico tenga que adoptar una perspectiva hermenéutica no significa, como a mi entender sí significa en la teoría de Dworkin, que él tenga que seguir el punto de vista interno, ni que el discurso del teórico sea del mismo tipo que el del aceptante. En otras palabras, no supone que deba adherir a las creencias de los aceptantes respecto del derecho ni que sus juicios sean normativos o justificativos. Sin embargo, sí quiere decir que el teórico, por una parte, no sólo debe tener en cuenta esas creencias sino que debe basarse en ellas. Debe darlas por buenas o *aceptarlas* a los fines teóricos que él persigue, es decir, para comprender y explicar en sus características esenciales el fenómeno que intenta comprender y explicar. Por otra parte, quiere decir que debe hablar de lo mismo que hablan los participantes.

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 se apoya en la suposición a la que me he referido como la “tesis de la dependencia”. Es decir, si queremos conocer e identificar el derecho debemos suponer que las creencias de las cuales éste depende no son sistemáticamente falsas o, en otras palabras, que ellas no están en un error global¹⁶. La tesis del error global de un conjunto de creencias relativas a un objeto está en contradicción con la tesis de que aquello que ese objeto es está determinado por dichas creencias. Así, si sostuviésemos la tesis del error global de las creencias de los participantes en la práctica del 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 afirmamos que el objeto está determinado por las creencias de los agentes, pero en este caso no podemos afirmar que es posible un error global. O bien afirmamos que las creencias acerca del objeto en cuestión pueden ser sistemáticamente falsas, pero entonces debemos abandonar la tesis según la cual dicho objeto depende o está al menos parcialmente constituido por tales creencias.

Lo dicho no significa que el teórico que adopta una perspectiva hermenéutica no pueda impugnar o mostrar el carácter incoherente, o directamente falso, de ciertas creencias referidas ya sea a caso individuales o a clases de casos relacionados con el objeto. Dar cuenta del punto de vista interno no implica tener que asumir *todas* las creencias que los participantes tienen acerca del objeto. El teórico podría intentar mostrar que algunas creencias individuales son erradas o que inclusive *toda una clase* de creencias con relación a

¹⁵ Cf. J. Raz

¹⁶

él es sistemáticamente falsa. Por dar un ejemplo, el teórico podría intentar mostrar que, a pesar que los participantes creen que hay una respuesta correcta en *todos* los casos de desacuerdo sobre el contenido del derecho, tal creencia general es sistemáticamente falsa. En resumen, si bien no es posible sostener una teoría del error respecto de todas las creencias referidas a lo que es derecho en general, sí es posible sostener no sólo el error circunstancial sino también una teoría del error o un escepticismo externo respecto de ciertas clases de creencias involucradas.

Dicho sea por inciso, queda claro que en la medida en que seamos escépticos respecto de toda una clase de creencias estamos negando, respecto del objeto de las mismas, la tesis de la dependencia. En ese caso, no estaríamos tratando de comprender o explicar dicho objeto desde un punto de vista interno sino que estaríamos tratando de disolverlo. Se presupone que, en el marco de un estudio de carácter hermenéutico, hacemos esto en el entendimiento de que, de ese modo, logramos explicar mejor aquello que sí queremos explicar. Es decir, ser escépticos y denunciar el error global respecto de una clase de creencias ayudaría a comprender en mejor manera el fenómeno en su conjunto.

Si admitimos lo dicho se sigue que una teoría hermenéutica acerca del derecho en general es incompatible con una posición externamente escéptica respecto del mismo. Dicha teoría se apoya en la suposición de que el derecho, cuyas características fundamentales intenta indagar existe y que esta existencia depende de los comportamientos, creencias y actitudes de un grupo relevante.

3. Una ulterior consecuencia de la tesis metodológica que exige dar cuenta del punto de vista interno, como dije anteriormente, es que esta perspectiva supone que 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 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 describir el significado que ella adquiere cuando es usada en su acepción más general. Si así fuera los discursos del teórico y del participante estarían en niveles de lenguaje distintos y estarían hablando de cosas distintas. A partir del discurso del teórico no podríamos obtener ninguna conclusión 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 la teoría habla acerca del concepto de derecho, el aporte del estudioso, a pesar de ser conceptual no es metateórico. Al menos no lo es en el sentido de que se coloque 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 para referirse 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 supone que del discurso acerca del concepto de derecho se sigan consecuencias deónticas. Sin embargo, en la medida en que los enunciados deónticos usan y se apoyan en un 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 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 discursos¹⁷.

IV

En conclusión. Conforme a este enfoque, la teoría de Hart, por una parte, está interesada en problemas ontológicos y, por otra parte, en algún sentido no es neutral, asume un compromiso con la práctica. Podría pensarse que entender a Hart de esta manera supone un doble movimiento auto destructivo que termina por retornar al enfoque metodológico que el positivismo pretendía superar. En tal dirección, diferentes autores han criticado a Hart por haber propuesto una teoría que, lo quiera él o no, conduce al abandono o a la autodestrucción del positivismo jurídico¹⁸.

Desafortunadamente si aceptamos esta opinión también se siguen algunas consecuencias desconcertantes, difíciles de aceptar. En primer lugar, aunque esta no es una buena razón para criticar esta opinión, de ella resulta que Hart no es un autor positivista puesto que su teoría viola lo que el método positivista exige.

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 (el concepto positivista que no guarda alguna conexión necesaria con la moral) aún 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 dependencia. Es decir, en esta visión, tanto el derecho como el concepto que se refiere a él no son contrucciones o frutos de una práctica social. El derecho y sus características fundamentales son construcciones de las teorías, donde cada teoría una opera con su concepto (el que consideran más útil a fines teóricos y prácticos) sin poder, consecuentemente, entrar en diálogos recíprocos.

No quisiera sostener que la “nueva” lectura de la propuesta de Hart no esté ligada a una serie de dificultades¹⁹. Y tampoco es posible afirmar que esté 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 la inadvertencia o la manipulación no hay nada en esta „nueva” lectura de Hart que indique una tensión entre ella y un enfoque empírico y positivista acerca del derecho.

¹⁷ Raz

¹⁸

¹⁹