

RELEYENDO A HART*, **

Riccardo Guastini

Università degli Studi di Genova
guastini@unige.it

RESUMEN. El autor repasa las ideas centrales de *The Concept of Law* de H. HART tratando de evaluar su originalidad y novedad y de discutir su corrección. De esta manera, se discuten las nociones hartianas de regla social, punto de vista interno y externo, obligación, reglas primarias y secundarias y regla de reconocimiento, así como la teoría de HART de la interpretación jurídica y su crítica al realismo.

Palabras clave: HART, teoría del Derecho, teoría de la interpretación, crítica al realismo jurídico.

Reading Hart Again

ABSTRACT. The author examines the central ideas in *The Concept of Law* by H. L. A. HART to assess and discuss their originality and soundness. The hartian notions of social rule, internal and external point of view, obligation, primary and secondary rules and rule of recognition are under discussion as well as HART's theory on legal interpretation and his criticism against realism.

Keywords: HART, legal theory, theory of interpretation, criticism against legal realism.

* 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).

Sin duda *The Concept of Law* (1961) —conjuntamente con la segunda edición de la *Reine Rechtslehre* de Kelsen (1960), *On Law and Justice* de ROSS (1958) y *Normative Systems* de ALCHOURRÓN y BULYGIN (1971)— es uno de los más estimulantes trabajos de teoría analítica del derecho publicados en la segunda mitad del siglo pasado.

Sin embargo, tengo dificultad para comprender las razones de su éxito planetario. No sólo en el mundo anglosajón (esto es fácilmente explicable con banales observaciones de historia de la cultura jurídica y, tal vez, de sociología de la academia) sino, sorprendentemente, también en Italia y, sobre todo, en los países de lengua española.

Estoy de acuerdo en que casi todas las ideas centrales de este libro son sugestivas pero casi todas, a mi modo de ver, son también imprecisas o decididamente equivocadas y algunas de ellas, realmente, son poco interesantes.

1. REGLA SOCIAL

Comenzamos por el concepto de regla social que muchos consideran como una de las contribuciones fundamentales de HART a la teoría del derecho. A mí me parece que es un concepto no original y poco interesante por tres razones:

a) HART está preocupado por la confusión que según su opinión se encuentra en AUSTIN, entre reglas (o normas) y regularidades. Las reglas sociales son precisamente reglas, subraya HART, no meros hábitos y los súbditos obedecen al soberano no por mera costumbre, como pensaba AUSTIN, sino en cumplimiento de una regla (la regla de reconocimiento que, nótese, aparece aquí como una regla de conducta que ordena obedecer al soberano).

Esto es correcto (salvo por el problema del que hablaré más adelante), pero la distinción entre reglas y regularidades, a pesar de la nueva formulación (es nuevo el concepto de «aspecto interno» de las reglas), no tiene nada de original. Que las meras regularidades sean algo diferente de las reglas es francamente una obviedad, tanto como la distinción entre hechos y normas.

b) Por otro lado, el concepto hartiano de regla social no es más que la reformulación, por muy sofisticada que sea, del concepto corriente de costumbre. En particular, el aspecto interno de las reglas no parece nada diferente de la tradicional *opinio juris seu necessitatis*, concebida por los juristas como elemento esencial de cualquier norma consuetudinaria.

c) La teoría del derecho de HART —de manera no muy diferente a la de AUSTIN— tiene por objeto los sistemas jurídicos de los estados modernos y no el derecho internacional o los ordenamientos primitivos (o la denominada *lex mercatoria*). Sin embargo, en el Estado moderno casi todas las reglas jurídicas vigentes son reglas no ya consuetudinarias sino «puestas» deliberadamente, promulgadas por una u otra autoridad normativa (el poder constituyente, el poder legislativo, el poder ejecutivo y al menos, en algunos casos, el poder jurisdiccional). Así pues, es evidente que el concepto de regla social reviste un papel bastante limitado en la descripción de la naturaleza y de la estructura de los ordenamientos estatales. Admitamos por hipótesis que este

concepto lanza alguna luz sobre la naturaleza de la regla de reconocimiento, como pretende HART. Sin embargo, su utilidad heurística se acaba aquí.

2. PUNTO DE VISTA INTERNO Y PUNTO DE VISTA EXTERNO

Una idea central en el libro de HART es, sin duda, la distinción entre «punto de vista interno» y «punto de vista externo» ante el derecho. Esta idea ha tenido un gran éxito en la literatura pero me parece una idea carente de precisión.

HART caracteriza los dos «puntos de vista» de dos modos diferentes. Por un lado, utiliza los conceptos psicológicos de «comportamiento» y de «aceptación». Por el otro, utiliza los conceptos lógicos (o lingüísticos) de «enunciado interno» y «enunciado externo». Dejemos de lado la caracterización psicológica que no parece muy promisoría ya que no sabemos cómo averiguar el estado psicológico de los ciudadanos, de los juristas, de los jueces, o de los funcionarios de las administraciones. Conviene, por el contrario, hacer un comentario sobre la caracterización lógica.

a) El estatuto lógico de los enunciados externos es bastante claro: se trata de enunciados del lenguaje descriptivo. Pueden ser proposiciones meramente fácticas (punto de vista externo «extremo») o bien proposiciones normativas (punto de vista externo «moderado»). Pero en ambos casos son enunciados de los que se pueden predicar su verdad y la falsedad.

Parece natural pensar que el discurso «externo» sea típicamente el discurso de la ciencia jurídica entendida como *expository jurisprudence*: descripción axiológicamente neutra del derecho vigente (*law in force*). Pero, por lo que parece, no es esta la opinión de HART. Según él, aparentemente, no se puede conocer el derecho si no desde el punto de vista interno.

Escribe ROSS, recensionando *The Concept of Law*: «Ante todo Hart está interesado en el lenguaje interno [...]. Manifiesta poco interés en el lenguaje externo. Cuando ocasionalmente se refiere a él parece considerar a los miembros de minorías disidentes en un grupo como los usuarios de este lenguaje. Al rechazar las reglas, los disidentes hablan acerca de las reglas sólo desde el punto de vista de lo que probablemente ocurrirá si las reglas son violadas. Es para mí sorprendente que Hart no vea, o de todas formas no mencione, el uso más obvio del externo en boca de un observador que, como tal, ni acepta ni rechaza las reglas sino que solamente informa sobre ellas: el dogmático en tanto que su tarea no consiste en formular enunciados verdaderos acerca del derecho actualmente vigente» (ROSS, 1990: 321; trad., 1994: 472).

b) Según HART, como decía, parece que no se puede conocer el derecho si no es desde el punto de vista interno y es por esta razón que el estatuto lógico de los enunciados internos resulta, como poco, oscuro.

HART parece pensar —y con él muchos de sus seguidores (entre los que se encuentra RAZ) piensan claramente— que los enunciados internos tienen valores de verdad, o sea que *describen* el derecho. Según parece, su opinión es que no se puede sensatamente hablar de reglas (en la medida que serían cosas diferentes de las regularidades) si no han sido *previamente aceptadas*. Así que los enunciados internos resultan el único

modo apropiado de describir un sistema jurídico: incluso, sorprendentemente, en el caso de un sistema jurídico que ya no está vigente como el derecho romano (¿pero en qué sentido puede haber «aceptación» del derecho romano o de su regla de reconocimiento?).

Sin embargo, es bastante obvio que los enunciados internos pertenecen al lenguaje *normativo*: ellos no describen reglas, sino que reproducen o aplican reglas. Los enunciados que reclaman derechos, promueven pretensiones o critican un comportamiento (son ejemplos ofrecidos por el propio HART) no admiten una interpretación descriptiva. Para decirlo con BULYGIN, los enunciados internos «no son enunciados en absoluto: son prescripciones disfrazadas (reglas aplicadas o pretensiones basadas en reglas). No son, por cierto, idénticas a las reglas: una cosa es *crear una regla* (como, por ejemplo, cuando una autoridad dicta una norma) y otra muy distinta, *usar una regla ya dictada*. Pero los enunciados internos comparten con las reglas una propiedad importante: ambos son prescriptivos y ninguno de ellos es un enunciado fáctico y, por consiguiente, carecen de valores de verdad. No se puede sostener que los enunciados internos son prescriptivos o normativos y al mismo tiempo verdaderos o falsos [...]. Un positivista consecuente sólo puede describir el derecho por medio de enunciados externos» (BULYGIN, 1995: 103 y 105; trad., 1991: 180 y 182).

Finalmente, los enunciados internos de HART se revelan anfibios, como las «proposiciones del derecho» de DWORKIN (1978); no son normas, evidentemente, ya que presuponen normas, pero no son ni siquiera proposiciones normativas (*i. e.* descriptivas de normas) porque, evidentemente, ellas mismas tienen carácter normativo. La idea de una descripción «no comprometida» de reglas o normas —la idea misma de ciencia jurídica— parece del todo extraña al pensamiento de HART. Podríamos decir que no distingue entre el conocimiento del derecho propiamente dicho (que exige la adopción del punto de vista externo) y la dogmática jurídica (que es una práctica «interna» al derecho no meramente descriptiva). Esto emerge con claridad también de su análisis del concepto de obligación.

3. OBLIGACIÓN

HART critica el análisis predictivo (benthamiano y austiniano) de los enunciados existenciales sobre las obligaciones —«Ticio tiene la obligación *x*» significa «Ticio probablemente incurrirá en una sanción si no hiciera *x*»— aduciendo principalmente dos argumentos.

En primer lugar, no es plausible afirmar que un juez, cuando formula enunciados de este tipo, esté haciendo previsiones en torno a su propio comportamiento.

En segundo lugar, no es en absoluto contradictorio decir que alguien tiene una obligación y que, sin embargo, probablemente no recibirá ninguna sanción.

a) Esta última observación es correcta. Es bastante obvio que el enunciado «Ticio tiene una obligación», entendido como proposición *normativa* (*i. e.* como enunciado existencial sobre una norma), no contradice la proposición *fáctico* probabilista «Ticio no incurrirá en una sanción» por la banal razón de que las dos proposiciones tienen objetos diferentes e inconexos (normas y hechos respectivamente).

Sin embargo, a HART se le olvida el problema subyacente a la tesis benthamita: ¿Cuáles son las condiciones de verdad de la proposición normativa que afirma la existencia de una obligación? La idea de BENTHAM es que la verdad del enunciado fáctico «Ticio probablemente incurrirá en una sanción» es condición necesaria de la verdad de la proposición normativa «Ticio tiene una obligación», esto es, de la proposición que afirma que una norma dada tiene vigencia (*in vigore*). Evidentemente, HART piensa de forma cándida que la existencia de una formulación normativa es condición suficiente de verdad de una proposición normativa.

b) Aunque la primera observación de HART (los jueces no hacen predicciones sobre sus propias decisiones) es, a primera vista, impecable, está, sin embargo, totalmente fuera de lugar.

Cualquiera debería comprender que el análisis predictivo de los enunciados sobre obligaciones pretende capturar no ya los usos lingüísticos de los jueces, sino los de la ciencia jurídica; de la *expository jurisprudence* para decirlo con BENTHAM. Aquello que BENTHAM y AUSTIN pretendían no era «reemplazar a un enunciado teórico formulado por quienes desean expresar su aceptación del derecho, ni formular pretensiones o reclamos, sino que pretenden describir —en forma científicamente neutral— el derecho tal y como es y no como debe ser» (BULYGIN, 1995: 107; trad., 1991: 184).

Para quien sólo pretende describir el derecho en vigor —lo que es diferente de aplicarlo o de repetirlo como el eco— es completamente sensato sostener que no subsiste ninguna obligación en ausencia de sanción previsible.

c) Según HART, los enunciados en términos de obligación justifican la crítica de las conductas desviadas. Esto es tanto como decir que se trata de enunciados normativos («internos») que se refieren a reglas *previamente aceptadas*; en otras palabras: no se puede hablar de obligaciones si no es desde el punto de vista interno. Desde el punto de vista externo —o sea, sin aceptación previa de una regla— se puede decir que alguien está «obligado», es decir, constreñido, no que tenga una obligación.

De nuevo parece que HART no consigue ni siquiera imaginar un discurso separado, «*detached*», meramente descriptivo, sobre obligaciones y/o sobre normas.

4. REGLAS PRIMARIAS Y SECUNDARIAS

Es opinión común que una de las ideas más importantes del libro de HART es la distinción entre reglas primarias y secundarias. La distinción no es particularmente original (salvo en la terminología). Aquélla se encuentra ya en KELSEN y en la Escuela de Viena (el derecho, insiste KELSEN, disciplina su propia creación y aplicación). En la versión de HART, además, es una distinción muy imprecisa que deja abiertos más problemas de los que resuelve.

Los conceptos de regla primaria y de regla secundaria no son claros en absoluto. A veces, HART caracteriza los dos tipos de reglas por su contenido normativo (por su modalidad hohfeldiana): son primarias las reglas que imponen obligaciones, secundarias las que confieren poderes. Otras veces, por el contrario, las caracteriza por la posición que ocupan en el sistema jurídico: las reglas primarias son reglas de conducta (tiene

como objeto la conducta), y las reglas secundarias tienen como objeto a las propias reglas primarias (o sea, versan sobre ellas: son metarreglas).

Evidentemente, las dos caracterizaciones no son equivalentes y las clases de reglas identificadas de uno y otro modo no son coextensivas. Intentemos, de todos modos, tomarnos en serio ambas caracterizaciones.

a) *Obligación frente a poder*. Es bastante evidente que esta pareja conceptual no agota el universo de las reglas jurídicas y deja abiertos numerosos problemas de análisis del lenguaje jurídico.

¿Qué debemos pensar de las reglas permisivas, por ejemplo aquellas que confieren derechos de libertad? Son, evidentemente, reglas de conducta del mismo modo que las que imponen obligaciones. Sin embargo, *prima facie* no imponen obligaciones, ni tampoco confieren poderes (a menos de «reducirlas», mediante las oportunas manipulaciones conceptuales, a reglas de otro tipo, en contraste con el programa antireduccionista perseguido por HART).

¿Qué debemos pensar de las reglas de derogación expresa («queda derogada la regla R»)? Tampoco éstas imponen obligaciones ni confieren poderes. Son metarreglas pero no son reglas de conducta ni reglas de competencia.

¿Qué decir además de las reglas que imponen obligaciones a los poderes públicos (al legislador, al juez, etc.)? *Prima facie* son primarias ya que, precisamente, imponen obligaciones. Pero parece más natural considerarlas secundarias desde el momento que circunscriben poderes (si bien no se puede decir, en sentido estricto, que los confieran).

¿Y qué decir, todavía, de la regla de reconocimiento? Se puede sostener (algunos sostienen) que impone la obligación de observar las reglas primarias, pero esto la convierte, paradójicamente, en una (meta-)regla primaria de conducta. Por otro lado, se puede sostener que confiere poderes sólo si se la identifica con la conjunción de las reglas de cambio, pero esto le priva de cualquier tipo de autonomía conceptual que era tan deseada por HART. Se puede, por el contrario, concebirla como una regla que simplemente permite identificar las restantes reglas del sistema jurídico (es la tesis de BULYGIN, «Sobre la regla de reconocimiento») pero, entonces, ni impone obligaciones ni confiere poderes de ningún tipo. Ahora bien, sobre la regla de reconocimiento volveré dentro de poco.

b) *Reglas frente a metarreglas*. Si las normas secundarias son metarreglas, como sugirió BOBBIO en numerosas ocasiones, alguno de los problemas indicados más arriba se resuelven. Por ejemplo, una regla de derogación expresa es claramente secundaria, aunque queda el problema de que ni impone ni confiere poderes. Las reglas de conducta permisivas son reglas y no metarreglas, pero queda el problema de que no imponen obligaciones.

Por otro lado, la distinción de HART parece sugerir que los niveles de lenguaje normativo presentes en un sistema jurídico se reducen a dos: el nivel «primario» (lenguaje-objeto) y el «secundario» (metalenguaje). Esto —como ha observado BOBBIO (1975)— no es convincente.

¿Las reglas de cambio versan sólo sobre reglas de conducta o también sobre las reglas de adjudicación? Si versan también sobre las reglas de adjudicación, como pa-

rece natural pensar, entonces se colocan no en el segundo sino en el tercer nivel de lenguaje.

Tal vez, la distinción de HART debería ser banalmente reconducida a la distinción tradicional de reglas de conducta frente a reglas de competencia, si bien luego habría que introducir cuidadosamente distinciones dentro de cada una de las dos clases. De modo que, la regla de reconocimiento no pueda ser persuasivamente subsumida ni en la clase de las reglas de conducta ni en las de competencia.

5. REGLA DE RECONOCIMIENTO

La idea de regla de reconocimiento es, sin duda, una muy buena idea (a condición de precisarla). Por lo demás, es todavía mejor la tesis de que tal regla, situándose en el ápice del sistema jurídico, no es —ni puede ser por razones lógicas— ni válida ni inválida. Sin embargo, en el modo en que HART la caracteriza hay una serie de problemas.

a) Sobre la naturaleza de la regla de reconocimiento, HART tiene, evidentemente, ideas poco claras. Al criticar a AUSTIN por no distinguir entre reglas y regularidades (o hábitos), sugiere aparentemente que la regla de reconocimiento es un imperativo —y por tanto una (metarregla) de conducta— que ordena obedecer a las (ulteriores) reglas de conducta que son o serán promulgadas por el «soberano» (*i. e.* por las diferentes autoridades normativas de conformidad con las reglas de cambio). Se vuelve a plantear la pregunta: ¿pero las reglas de conducta no son «primarias»?

A pesar de esto, de todo lo que dice de la regla de reconocimiento cuando la trata expresamente, parece claro que se trata no ya de una (meta-)regla de conducta sino más bien de un criterio —o de un conjunto de criterios, un macrocriterio— de identificación de las restantes reglas de sistema. Ahora bien, evidentemente —como ha aclarado bien BULYGIN (1976)— un criterio de identificación *no* es una regla de conducta; es más bien una regla conceptual, esto es, una definición (una definición de «regla válida» o de «regla perteneciente al sistema»). Sea dicho incidentalmente, del mismo modo que un criterio de identificación no disciplina la conducta, tampoco confiere poderes. Como bien dice CARACCIOLO («Sistema jurídico y regla de reconocimiento», 1991), aceptar una regla conceptual no es lo que mismo que aceptar las reglas identificadas con los criterios que ella establece.

b) Por otra parte, HART repite varias veces que la regla de reconocimiento es objeto de «aceptación» por parte de los jueces y de los funcionarios públicos, del mismo modo que son objeto de aceptación las reglas primarias de conducta. Parece evidente que una regla conceptual no puede ser «aceptada» en el mismo sentido en que puede ser «aceptada» una regla de conducta. Desdichadamente, no se encuentra en HART la distinción —sugerida por CARACCIOLO— entre una «aceptación» meramente cognitiva —un «reconocimiento» propiamente dicho— y una «aceptación» ético-política (volitiva) valorativamente comprometida. Una cosa es usar un criterio para identificar o reconocer algo y otra es adherirse a una prescripción, o sea, conformarse a la misma.

c) Pero el problema principal de la regla de reconocimiento es, tal vez, el que se ha apuntado antes: ¿qué relación mantiene la regla de reconocimiento con las reglas

de cambio? ¿Las menciona o, por el contrario, se identifica con ellas (o las sintetiza)? No está claro.

En un pasaje, HART dice que la regla de reconocimiento se refiere a las reglas de cambio. Pero en otros pasajes —especialmente en la nota en la que discute la norma fundamental de KELSEN— HART parece identificar la regla de reconocimiento con el conjunto de reglas de cambio (así lo considera también BOBBIO, 1975).

«*Enactment by the Queen in Parliament*» —dice HART— es el criterio de validez, o sea, la regla de reconocimiento, del Reino Unido. El problema es que «*Enactment by the Queen in Parliament*» es, al mismo tiempo, una regla de cambio. Desde este punto de vista, como decía más arriba, la regla de reconocimiento carece de cualquier tipo de autonomía conceptual.

Por otro lado, la regla que confiere a «*the Queen in Parliament*» el poder legislativo es también una regla constitucional; es, por así decir, el núcleo mismo de la constitución del Reino Unido. Una constitución —al menos en un sentido «sustancial» de esta palabra— consiste, precisamente, en un conjunto de reglas de cambio o de reglas sobre las fuentes (como piensa KELSEN y como parece pensar el propio HART). De aquí se sigue que identificar la regla de reconocimiento con las reglas de cambio equivale a confundir la regla de reconocimiento con la constitución.

Escribía HART, ya en 1954, introduciendo la edición por él preparada de *The Province of Jurisprudence Determined* de AUSTIN «afirmar que un sistema jurídico existe implica [...] que hay una general aceptación de una regla constitucional, simple o compleja, que define el modo en que las reglas ordinarias del sistema deben ser identificadas» (xii). Aunque aquí HART no usa de nuevo la expresión «regla de reconocimiento», la confusión resulta evidente.

Confundir regla de reconocimiento y constitución es un error macrosópico. Por un lado, la regla de reconocimiento no puede ser la constitución misma porque, como dice en ocasiones el propio HART, ella *se refiere* (hace remisión, mencionándola) a las reglas de cambio, o sea, a la constitución. Por otro, la regla de reconocimiento no puede identificarse con la constitución por banal razón de que también debe ser «reconocida» mediante tal regla.

6. INTERPRETACIÓN

La teoría de la interpretación de HART es tan simple y clara como ingenua y engañosa: desde su punto de vista, los problemas de interpretación son *exclusivamente* (ya que no menciona otros) problemas de subsunción de casos concretos —los «casos difíciles»— en las clases de casos determinados en el antecedente de las reglas.

Tales problemas —problemas de «reconocimiento» en la terminología de AL-CHOURRÓN y BULYGIN— derivan de la inevitable vaguedad de los predicados (en sentido lógico: términos que denotan clases) en los lenguajes naturales así como de la incapacidad de la autoridad normativa de prever toda posible circunstancia de hecho. (Paso por alto la circunstancia de que HART no distingue claramente entre problemas de subsunción y lagunas).

He comentado ya en muchas ocasiones este modo de ver y no pretendo aburrir al lector: me limito a un apunte.

Esta teoría de la interpretación —que pretende ser intermedia entre «formalismo» y «escepticismo»— es completamente ciega de cara a los problemas de equívocidad (ambigüedad en sentido amplio) de los enunciados normativos: asume que los enunciados normativos tienen un sentido objetivo *unívoco* (si bien extensionalmente indeterminado) susceptible de conocimiento simplemente aplicando las reglas sintácticas y semánticas en uso. De modo que los jueces tienen discrecionalidad (sólo) en la decisión de (algunos, marginales) casos concretos, los «casos difíciles», que caen en la zona de penumbra del campo de aplicación de las reglas. Pero no tienen ninguna discrecionalidad en la identificación de las reglas mismas en cuanto tales: la interpretación «en abstracto» —la identificación de las reglas— es un acto de conocimiento, no de decisión. Se trata por tanto de una teoría cognoscitivista de la interpretación.

Pregunta: ¿es ésta una teoría descriptiva o prescriptiva?

Se puede sostener que el discurso de HART incorpora (tácitamente) la discutible tesis *prescriptiva* según la cual los textos jurídicos —al estar formulados en lenguaje natural— *deben* ser interpretados *literalmente*, de conformidad con las reglas sintácticas y semánticas de la lengua de que se trate. Tesis tanto respetable cuanto, obviamente, discutible.

Sin embargo, intentemos tomar en serio su pretensión *descriptiva*. Pues bien, la tesis de HART —si se entiende como genuina descripción *a*) de los problemas de interpretación jurídica y *b*) de la práctica interpretativa de los jueces (y aún más de los juristas)— es miope y, de últimas, banalmente falsa.

a) En primer lugar, la teoría es miope en su representación de los problemas de la interpretación. Muchos enunciados normativos hacen surgir graves problemas de interpretación que no son en absoluto reconducibles a la «*open texture*» de los predicados.

Utilizando un ejemplo pedagógico bastante claro —si bien recuerda al famoso ejemplo de HART— el caso del ingreso de una ambulancia al parque en donde está prohibido el acceso de los vehículos *no* es un problema de vaguedad del predicado «vehículo» (o de «*open texture*» del lenguaje, como HART parece pensar. ¿Quién negaría que las ambulancias son vehículos? Es un problema de identificación de la regla en abstracto: ¿La regla se refiere a todos los vehículos en todas las circunstancias o, al revés, es *defeasible*, *i. e.* sobrentiende una o más excepciones implícitas? En un caso, la regla tiene (esquemáticamente) el contenido siguiente: «Para todo *x*, si *x* es un vehículo, entonces el acceso está prohibido». En el otro caso, la regla tiene el siguiente contenido: «Para todo *x*, si *x* es un vehículo y no es una ambulancia, entonces el acceso está prohibido». Debería quedar claro que se trata de *dos* reglas *diferentes* y no de diversos casos de aplicación de una misma regla.

O bien, queriendo dar un ejemplo no escolástico y un poco más serio, tomemos el art. 40 de la Constitución italiana que dispone que «el derecho de huelga se ejerce en el ámbito de las leyes que lo regulan». Pues bien, ¿debemos entender que, a falta de leyes reguladoras del derecho de huelga, tal derecho se ejerce sin límites o, por el contrario, que no se ejerce en absoluto hasta que tales leyes sean promulgadas? ¿Qué tiene que ver un problema de este tipo con la *open texture* del lenguaje?

b) En segundo lugar, la teoría es falsa en cuanto a la descripción de la práctica interpretativa. Los jueces y los juristas muy raramente se limitan a la interpretación literal, según el uso común de la lengua. Los juristas han elaborado, a lo largo de los siglos, innumerables técnicas interpretativas (el argumento *a contrariis*, el argumento *a simili*, el argumento teleológico, el argumento sistemático, etc.) que permiten no sólo descartar el significado literal *prima facie* sino también construir reglas «implícitas» que ninguna autoridad normativa ha formulado nunca.

En efecto, precisamente por esta razón —su tan evidente falsedad— se sugiere interpretar la tesis de HART como una teoría *prescriptiva* (disfrazada) de la interpretación.

7. DEFINITIVO FRENTE A INFALIBLE

Para confutar la tesis realista según la cual «el derecho es aquello que los jueces dicen que es», HART introduce la distinción entre la definitividad (el carácter de *res judicata*) y la infalibilidad de las decisiones jurisdiccionales. La distinción es impecable pero el discurso de HART, lamentablemente, no es convincente.

a) Es bastante obvio que definitividad y infalibilidad son propiedades diferentes, tanto como los elefantes son diferentes de las fresas*. ¿Quién confundiría alguna vez las fresas con un elefante? ¿Y quien ha confundido, *de hecho*, alguna vez infalibilidad y definitividad? Nadie que yo sepa. Entonces la distinción es un poco fútil.

b) Decir que las decisiones jurisdiccionales son «falibles» no es diferente de decir que son discutibles o criticables (lo que suena un poco al descubrimiento del agua caliente). Pero debe quedar claro que el aserto de que una determinada sentencia es definitiva es una proposición fáctica, mientras que la crítica de las sentencias —contrariamente a lo que HART parece pensar— es una empresa valorativa, no cognitiva.

Se puede considerar que la crítica de la jurisprudencia es un acto de conocimiento antes que de valoración, pero solamente si se adhiere a una teoría cognitivista de la interpretación: la teoría —ingenua o, tal vez, simplemente insulsa— según la cual los enunciados normativos incorporan un único significado objetivo susceptible de comprobación, de modo que es posible distinguir entre la (única) interpretación «verdadera» y el resto de interpretaciones «falsas». Solo los seguidores de HART, a día de hoy, parecen compartir una teoría de la interpretación tan evidentemente falsa.

c) La crítica de HART a los iusrealistas no da en la diana. Los realistas no sostienen que las decisiones jurisdiccionales son infalibles: se desinteresan de la crítica de la jurisprudencia. Ellos sostienen simplemente que las decisiones de última instancia son definitivas, o sea que (cuando toman fuerza de cosa juzgada) determinan de manera definitiva «cuál es el derecho» sobre la cuestión planteada al juez. Esto, me parece, es un hecho (no un hecho en bruto sino un hecho institucional) incontrovertible.

* *N. del T.*: El autor está haciendo referencia implícita a un aforismo italiano cuya traducción sería «¿Qué diferencia hay entre las fresas y un elefante? Que tienen enfermedades diferentes: las fresas urticaria y los elefantes paperas».

Se puede discutir si es conceptualmente apropiado identificar el derecho con el conjunto de las decisiones jurisdiccionales sin ulteriores precisiones. Yo mismo encuentro que el eslogan realista «el derecho es aquello que los jueces dicen que sea» supone un concepto de derecho demasiado simple y un poco engañoso. De un lado, porque una cosa es escribir (*ex nihilo*) un texto normativo y otra cosa es interpretarlo. Además, este modo de ver desatiende aquella parte del derecho, especialmente el constitucional, que no está sujeta a aplicación jurisdiccional. Pero no se puede negar que los jueces —en particular, los jueces de última instancia— «hacen» (en algún sentido que habría que precisar) el Derecho. Que sus decisiones sean «falibles» —o sea, discutibles, criticables— es irrelevante desde el punto de vista de la descripción avalorativa del derecho vigente.

Veamos un ejemplo fácil que incluso un seguidor de HART debería comprender. Supongamos que hay una constitución (rígida y garantizada) que prohíbe «las penas crueles». Supongamos, además, que la comunidad entera (ético-lingüística por así decir) está de acuerdo en que la pena de muerte es cruel. Supongamos, finalmente, que, no obstante, la jurisprudencia constante del tribunal constitucional afirma que las leyes que prevén la pena de muerte *no* violan la constitución. Pues bien, ¿cuál es el derecho vigente en estas circunstancias? ¿Sería una descripción verídica del derecho vigente decir que la pena de muerte está prohibida? ¿O no deberíamos más bien decir que la pena de muerte —a pesar de que está prohibida según la interpretación generalmente compartida de la constitución— está permitida?

Quien considera que, en estas circunstancias, es derecho vigente el que la pena de muerte está, a pesar de todo, prohibida, está inclinado a la *consorial jurisprudence* pero no hay ninguna actitud en favor de la *expository jurisprudence*, esto es, en favor de la ciencia del derecho.

(Traducción de José María Sauca)

BIBLIOGRAFÍA

- BOBBIO, N., 1975: «Per un lessico di teoria generale del diritto», en *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova: Cedam, 47-55, ahora en N. BOBBIO, «Norme secundarie», en *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino: Giappichelli, 1994, 233-243.
- BULYGIN, E., 1995: «Norme, proposizioni normative, e asserti giuridici», en E. BULYGIN, *Norme, validità, sistemi normativi*, Torino: Giappichelli, 89-115. Versión española, «Normas, proposiciones normativas, y enunciados jurídicos», en E. BULYGIN y C. ALCHOURRÓN (1991), *Análisis lógico y derecho*, Madrid: CEPC, 169-193.
- 1991: «Sobre la regla de reconocimiento», en E. BULYGIN y C. ALCHOURRÓN, *Análisis lógico y derecho*, Madrid: CEPC, 383-391.
- CARACCILO, R., 1991: «Sistemas jurídicos y regla de reconocimiento», en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 9, 295-309.
- DWORKIN, R., 1978: «No Right Answer?», *New York University Law Review*, vol. 53, núm. 1, abril, 1 a 32.
- HART, H. L. A., 1954: «Introduction» a Austin, John», *The province of jurisprudence determined and the uses of the study of jurisprudence*, London: Weidenfld & Nicolson, i-xxxii.

ROSS, A., 1990: «Il concetto di diritto secondo Hart», en S. CASTIGNONE y R. GUASTINI (eds.), *Realismo giuridico e analisi del linguaggio. Testi di Karl Olivecrona e Alf Ross*, II ed., Genua: ECIG, 195-203. Versión española, «El concepto de Derecho según Hart», en P. CASANOVA y J. J. MORESO (eds.) (1994), *El ámbito de lo jurídico*, Barcelona, Crítica, 1994, 466-474.