

ANTIESENCIALISMO Y GIRO HERMENÉUTICO. DE NUEVO SOBRE LA METODOLOGÍA HARTIANA*

Anti Essentialism and Hermeneutic Turn. Again on Hart's Methodology

Dr. Francisco M. Mora-Sifuentes

Profesor de Titular de Filosofía del Derecho
Universidad de Guanajuato (México)
<https://orcid.org/0000-0002-9881-2730>
fm.mora@ugto.mx

Resumen

Este trabajo ofrece una reconstrucción de la aproximación al concepto de Derecho realizada por H.L.A. Hart, destacando su impulso por incorporar un método hermenéutico al análisis de los fenómenos jurídicos. Así, en una primera parte se ofrecen argumentos sobre el “antiesencialismo” por él asumido, los problemas involucrados en la naturaleza del Derecho y su “definición” del sistema jurídico en tanto unión de reglas primarias y secundarias. La segunda parte se dedica al punto de vista interno hartiano. A fin de tener un panorama más amplio, se vuelve a la discusión entre monismo y dualismo en el ámbito de las ciencias sociales para, luego, incidir en el contraste entre el punto de vista interno y externo hecho por Hart. Finalmente, se destacan las ambigüedades y críticas a su desarrollo, concluyendo con algunos problemas que la inclusión del punto de vista interno plantea para el enfoque iuspositivista del profesor de Oxford.

Palabras clave: Concepto de Derecho; giro hermenéutico; punto de vista interno; punto de vista externo; H.L.A. Hart.

Abstract

This paper offers a reconstruction of H.L.A. Hart's approach to the concept of law, especially on the centrality of a “hermeneutic method” to the analysis of legal

* Este trabajo forma parte del proyecto “Normatividad y justificación del castigo en H.L.A. Hart”, aprobado y financiado por el Departamento de Derecho de la Universidad de Guanajuato para el curso 2023-2024. Por su atenta lectura a este trabajo doy gracias a la Dra. Alicia I. SAAVEDRA-BAZAGA y al Dr. Alejandro NAVA TOVAR.

phenomena. Thus, the first part deals with the “anti-essentialism” assumed by the author, the topics involved in the Nature of Law and its “definition” of legal systems as a union of primary and secondary rules. The so-called hartian internal point of view is the core of the second part of this paper. In order to get a broader picture, we return to the discussion between monism and dualism in social sciences, a later on focuses Hart’s presentation of the internal and the external point of view. Then, some discussion on the ambiguities and criticism of that distinction are presented. This paper concludes with some problems related with the incorporation of the internal point of view for the legal positivists approach advocated by Oxford’s legal philosopher.

Key words: Concept of Law; Hermeneutical Turn; Internal Point of View; External Point of View; H.L.A. Hart.

Sumario

1. Introducción. 2. “Antiesencialismo” como estrategia definicional. 2.1. Qué es el Derecho y cómo podemos averiguarlo. 2.2. Antiesencialismo hartiano. 2.3. El Derecho como unión de reglas primarias y secundarias. 3. El giro hermenéutico: la importancia del punto de vista interno. 3.1. El problema del dualismo en ciencias sociales. 3.2. El desarrollo del punto de vista interno hartiano. 3.3. Ambigüedades y variaciones: críticas para una postura final. 4. A modo de conclusión. **Referencias bibliográficas.**

“Noch suchen die Juristen eine Definition
zu ihrem Begriffe vom Recht”

Immanuel Kant

1. INTRODUCCIÓN

En *Minos*, el diálogo atribuido a PLATÓN, SÓCRATES interpela a su anónimo amigo para discutir la pregunta siguiente: “dime, ¿qué es la ley?”; Ὁ νόμος ἡμῶν τί ἐστίν. Desde entonces, no es raro encontrar en las obras de muchos pensadores la cuestión planteada por el tábano de los atenienses, radicalizándose, por supuesto, en la literatura jurídica. La respuesta a la pregunta de qué sea el Derecho, es el núcleo de muchas polémicas. Filósofos, politólogos, sociólogos o juristas por igual han debatido con ahínco sin arribar a algún acuerdo concluyente, pues “pocas preguntas referentes a la sociedad humana han sido formuladas con tanta persistencia y respondidas por pensadores serios de maneras tan diversas, tan extrañas, y aún paradójicas, como la pregunta ‘qué es

Derecho”¹. Y, a decir verdad, no puede ser de otra manera: la disputa sobre la naturaleza del Derecho, de sus interrelaciones con la moralidad o la coerción, es el objeto mismo de la reflexión iusfilosófica. En este tema, como en otros tantos, la posición de H.L.A. HART sigue estando entre las más influyentes de nuestro tiempo.

Ofrezco en este ensayo una reconstrucción de la aproximación hartiana sobre el concepto de Derecho, la cual puede entenderse arrojando luz sobre dos aspectos principales. En primer lugar, me voy a referir a la que estimo es una estrategia antiesencialista en su aproximación iusfilosófica. En segundo lugar destacaré la importancia del “giro hermenéutico”, su contribución de que el análisis debe hacerse desde la perspectiva de quienes participan en su práctica, todo ello desde el más amplio mirador de la metodología de las ciencias sociales. Es decir, me ocuparé tanto de las peculiaridades como de las ambigüedades del “punto de vista interno” y del lugar que ocupa en su propuesta iusfilosófica. Por último, anotaré algunas críticas, así como algunas breves reflexiones finales. Con todo, una advertencia preliminar se impone: este trabajo no pretende ser una revisión de la vasta literatura secundaria sobre el tema. Más bien, lo que busco es “reconstruir” la posición hartiana con la intención de recordar algunas lecciones que podemos seguir derivando de sus enseñanzas.

2. “ANTIESENCIALISMO” COMO ESTRATEGIA DEFINICIONAL

Acaso el mejor comienzo para averiguar qué es Derecho consista en reconocer la dificultad de la empresa misma, pues “la profunda perplejidad que ha mantenido viva la pregunta no es ignorancia u olvido o falta de capacidad para reconocer los fenómenos a los que la palabra ‘Derecho’ comúnmente se refiere”. Como sostiene HART, resulta paradójico que las personas puedan brindar ejemplos de algo “jurídico” y que, no obstante, sigan desconcertadas.² Más aún: la perplejidad que la cuestión genera no es sólo para la persona de a pie, para el ciudadano común, para el carnicero o el dueño de la farmacia, sino también para el más culto de los doctrinistas legales, para el abogado más exitoso, para el juez más experimentado, es decir, “los equívocos, la confusión y la consiguiente necesidad de una mayor claridad acerca de ellos puede coexistir, aún en los espíritus de pensadores profundos, con un firme dominio y conocimien-

¹ HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, p. 1.

² HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, p. 6. *Quid est ergo ius?*, parafrasea a Agustín DE HIPONA a propósito de la pregunta qué es el tiempo y se responde algo similar: *Si nemo ex me quaret, scio; si quarenti explicare velim, nescio* (Confesiones, XI, 14).

to del Derecho”³. Con todo, debe quedar en claro desde ahora que la pregunta no se lanza de manera gratuita, esto es, no se lanza por el placer de la discusión académica que pudiese generar. No es un simple recreo intelectual. Profundizar en la naturaleza del Derecho es importante para comprender la estructura de prácticas sociales complejas y con ellas, con sus instituciones, en cierta medida, comprendernos también a nosotros mismos. ¿Cómo proceder entonces para deshacer el enredo?

2.1. QUÉ ES EL DERECHO Y CÓMO PODEMOS AVERIGUARLO

El primer capítulo de *The Concept of Law* (ECD en adelante) es una pieza metodológica que constatando la dificultad inherente a la interrogante ¿qué es Derecho?, nos ofrece un camino para su elucidación.⁴ En esas páginas, HART hace notar que la polémica a propósito de su naturaleza, vista con detenimiento, ha girado en torno a unos pocos temas centrales. Sostiene que si bien “la especulación sobre la naturaleza del Derecho tiene una historia larga y complicada”, no es menos cierto que vista en retrospectiva puede advertirse que “se ha centrado en forma casi continua en unas pocas cuestiones principales”. Tales cuestiones son las siguientes:

- a) ¿Cómo se relaciona y difiere el Derecho de la coerción?
- b) ¿Cómo se relaciona y difiere el Derecho de la moralidad?
- c) ¿Qué significa que sea el Derecho un fenómeno basado en reglas y cómo estas se interrelacionan y caracterizan?⁵

La respuesta que se dé a cada una de esas preguntas nos proporciona distintas perspectivas sobre la naturaleza del Derecho. En efecto, existen conceptos de lo jurídico que se vinculan esencialmente con alguna doctrina ética o moral, bien con la coacción o la violencia. En este último supuesto, el Derecho se nos presenta como una esfera de conducta que no es optativa, sino que es debida u obligada en algún sentido. Y del hecho de que alguna persona esté en posibilidad de “obligar” por medio de órdenes respaldadas con amenazas de sanción a

³ HART, H.L.A., *El concepto...*, cit., p. 7.

⁴ Véase KRAMER, M. H., *H.L.A. Hart. The Nature of Law*, cap. 1.

⁵ Cfr. HART, H.L.A., *El concepto...*, cit., p. 16. Adviértase que HART las enuncia de forma distinta, esto es, preguntándose por las respectivas relaciones y diferencias del Derecho con “las órdenes respaldadas con amenazas” (coerción); y entre las “obligaciones morales y las jurídicas” (moral).

otras, sostiene HART, “muchos han encontrado la esencia misma del Derecho”. Aunque resulte incompleto asociar su naturaleza únicamente a la coerción, no puede negarse que el Derecho presenta tal característica, y podríamos pensar –afirma nuestro autor– que el Derecho penal parece adecuarse a dicha imagen.⁶ Algo parecido puede decirse de las relaciones entre Derecho y moral. Muchos otros han tratado de establecer una conexión entre ambas cercana a la identidad, debido a que, por ejemplo, comparten el mismo vocabulario. Tanto en el Derecho como en la moral se utilizan palabras tales como ‘derechos’, ‘deber’, ‘obligación’, ‘norma’, etc. De ello se ha sugerido que el Derecho puede comprenderse mejor cuando se le tiene como “una ‘rama’ de la moral o de la justicia y que es su congruencia con los principios de la moral o justicia lo que hace a su esencia”.⁷ Pero sostener que “una norma jurídica injusta no es una norma jurídica”, como se hace desde algunas posiciones iusnaturalistas, le parecen a nuestro autor “afirmaciones tanto paradójicas como falsas”.⁸

H.L.A. HART renunció a dar una definición de Derecho si por tal entendemos “una regla según la cual se puede poner a prueba la corrección del uso de la palabra”.⁹ En lugar de ello, recuérdese, distingue tres órdenes de cuestiones vinculadas a fin de elucidar la naturaleza del objeto en estudio asumiendo, además, una finalidad doble. Por una parte, llevar a cabo “un análisis de la estructura jurídica distintiva de un sistema jurídico nacional” y, por otra, ofrecer “una mejor comprensión de las semejanzas y diferencias entre el Derecho, la coerción y la moral”.¹⁰ Podemos advertir que esas pretensiones abarcan las tres preguntas persistentes identificadas por él: la primera, el análisis de la estructura del sistema jurídico nacional, tiene que ver con la pregunta de qué significa que el Derecho esté constituido por normas, de cómo estas se caracterizan y cómo se relacionan entre sí. La segunda pretensión tiene que ver con la recurrente vinculación del Derecho con la moral, por un lado, como con la coerción, por otro, abarcando así las otras dos interrogantes enunciadas. En mi opinión, esto puede ser indicativo de por qué algunas interpretaciones de ECD oscilan entre quienes destacan las semejanzas de los elementos en juego (*i.e.*, Derecho, moral, coerción) y entre quienes, por el contrario, enfatizan sus diferencias. Aquí hay, considero, una primera enseñanza que derivar de nues-

⁶ HART, H.L.A., *El concepto...*, *cit.*, p. 8.

⁷ HART, H.L.A., *El concepto...*, *cit.*, p. 9.

⁸ *Ibidem*, pp. 9 y 10.

⁹ *Idem*, pp. 20 y 21.

¹⁰ *Idem*, p. 21.

tro autor: si no deseamos pagar el alto precio de deformar nuestro objeto de estudio, si no queremos distorsionar groseramente algunos aspectos centrales este, podemos afirmar que *el fenómeno jurídico no debe reducirse a coerción desnuda ni a moralidad pura*.

Intentando evitar cualquier reduccionismo indeseable, HART recurrirá al “análisis conceptual”, pero, ¿en qué consiste?, o de modo más básico, ¿qué entendemos por “concepto”? Diré que un concepto sirve para referir las “posibles situaciones cubiertas por las *palabras* que usamos para hacer nuestras preguntas”.¹¹ Pero con esto avanzamos muy poco en nuestra indagación. Como sostiene Ian P. FARREL, en ocasiones resulta muy difícil unificar todo el conjunto de dominios que una palabra abarca (v.gr., la palabra “ley” puede referirnos una ‘de la naturaleza’, ‘divina’, ‘jurídica’ o ‘moral’). Sin embargo, si existe una demanda de coherencia entre las situaciones cubiertas por la misma palabra, entonces los conceptos pueden entenderse como teorías: explícitas, como en el caso de las teorías científicas o de los conceptos jurídicos; o bien son tácitas, como en el caso de los conceptos “ordinarios”. Esto último ya es más interesante para nuestros fines pues el ámbito del análisis conceptual, típicamente se ocupa de conceptos ordinarios o “populares”, según el propio FARREL.¹² Así, el método en cuestión escudriña “cuándo y si una historia contada en un vocabulario se hace verdadera por otra historia contada en algún vocabulario supuestamente más

¹¹ En esta parte me baso en: FARREL, I. P., “H.L.A. Hart and The Methodology of Jurisprudence”, *Texas Law Review*, No. 84, 2006, pp. 983-1011, p. 996 y ss. El modelo de análisis conceptual referido por este último autor es el de Frank JACKSON (*From Metaphysics to Ethics*). Véanse también: HIMMA, K. E., “Conceptual Jurisprudence. An Introduction to Conceptual Analysis and Methodology in Legal Theory”, *Revus*, No. 26, 2015, pp. 65-92; y LEITER, B., “Más allá del debate Hart/Dworkin: el problema de la metodología en la teoría del Derecho”, en B. Leiter, *Naturalismo y teoría del Derecho*, pp. 209-243.

¹² Cfr. FARREL, I. P., “H.L.A. Hart and The Methodology...”, *cit.* p. 997. Como observó el profesor Juan Carlos BAYÓN, resulta paradójico hablar de “teorías tácitas”, puesto que –si le interpreto bien– una teoría no sería otra cosa sino un conjunto de hipótesis, tesis o argumentos, *explicitados*. FARREL cita a Robert CUMMINGS (*Reflection on Reflective Equilibrium*) al sostener que los conceptos populares pueden entenderse como “teorías tácitas”, derivado de cierta exigencia de *coherencia* entre los casos cubiertos por la palabra-concepto relevante. Me parece que una forma simple de decir que los conceptos ordinarios son “teorías tácitas” es lo que suponemos en el análisis conceptual mismo, esto es, acudimos a la precomprensión que de un concepto se tiene (implícito) para, a partir de ahí, elucarlo (explicitarlo) filosóficamente, esto es, creando una “teoría” propiamente dicha (véase “H.L.A. Hart and The Methodology...”, *cit.*, p. 998). Es muy probable que esta respuesta no sea satisfactoria. En cualquier caso, entiendo que el planteamiento de CUMMINGS está en el marco más amplio de la legitimidad del método del equilibrio reflexivo y sus fundamentos epistemológicos, problema que excede el objetivo de este trabajo.

fundamental”.¹³ De igual forma, este análisis debe “sobrevivir al método de los casos posibles: la metodología aplicada debe producir un relato del concepto que se ajuste a nuestras intuiciones claras sobre tal concepto”.¹⁴ Adviértase que ambas notas van de la mano: el análisis conceptual busca, por un lado, agudizar nuestra comprensión de una palabra-concepto y, por otro, dicha propuesta de comprensión tiene que superar en última instancia la prueba de nuestras intuiciones compartidas sobre este.¹⁵

El “análisis conceptual” alude entonces a una forma de hacer filosofía que parte de la precomprensión que la gente común tiene, esto es, parte del *uso* ordinario que los hablantes tienen de una palabra-concepto, para ofrecernos luego una aclaración filosófica del mismo. En el caso del concepto (popular) de Derecho, cualquier “persona instruida” –según Hart– sabría que existen normas que prohíben privar de la vida a los demás, que hay otras que obligan a pagar impuestos o que hay jueces que deciden cuándo alguien violó una regla. Asimismo, la mayoría de la gente tendría cierta idea de que cada país, *i.e.*, México o España, tienen sus propias reglas o que integran un sistema jurídico independiente. En definitiva, sería de esperar que toda persona sea capaz de identificar un conjunto de rasgos destacados sobre los sistemas jurídicos (*i.e.*, que hay reglas que prohíben ciertas conductas; reglas que obligan a indemnizar a quienes hemos causado daños; reglas que especifican qué debe hacerse para otorgar testamentos o celebrar contratos; tribunales que aplican el Derecho; y una legislatura que crea nuevas leyes y deroga las anteriores¹⁶). Desde tales premisas, HART desarrollará una empresa que no es lexicográfica. No es una mera recolección o clasificación de significados, “porque la sugerencia de que las investigaciones de los significados de las palabras arrojan luz sobre éstas, es falsa”,¹⁷ sino que consiste en el “análisis”, esto es, en la depuración o aclaración filosófica de un concepto.

En el prefacio a *El concepto de Derecho* puede leerse que “además de su compromiso con el análisis”, tal libro también puede considerarse “un ensayo de

¹³ Cfr. FARREL, I. P., “H.L.A. Hart and The Methodology...”, *cit.* pp. 997 y 998 (citando en este punto nuevamente a Frank JACKSON).

¹⁴ *Ibidem*, p. 998.

¹⁵ *Idem*.

¹⁶ HART, H.L.A., *El concepto...*, *cit.*, pp. 3 y 4.

¹⁷ *Ibidem*, p. XI-XII.

sociología descriptiva”¹⁸ Esta afirmación ha generado gran perplejidad, pues muy poco hay, si es que algo, de evidencia empírica a lo largo de dicha obra. No obstante, a este respecto se ha dicho que el compromiso hartiano con la sociología descriptiva derivaría del método de análisis conceptual por él adoptado. Para Neil MACCORMICK, por ejemplo, la sociología descriptiva hartiana puede entenderse en el sentido de que aquello que el Derecho sea se corresponde con la ontología social. En otras palabras: el Derecho no es un “hecho natural” o “bruto”. Está supeditado, o mejor, se constituye a través de la comprensión que del propio fenómeno tienen sus participantes (sus actitudes, creencias, acciones, etc.). Esto quiere decir que, ontológicamente hablando, el concepto de Derecho y los sistemas jurídicos están contruidos socialmente.¹⁹ Si el Derecho está contruido socialmente y el lenguaje es constitutivo de dicha realidad institucional, entonces, que tengamos que usar “una conciencia agudizada de las palabras para agudizar nuestra percepción de los fenómenos”,²⁰ no sólo adquiere pleno sentido, sino que convierte la empresa hartiana de un solo golpe tanto en análisis del lenguaje como en sociología descriptiva.²¹ Señalado esto, pasemos a analizar su estrategia definicional.

2.2. ANTIESENCIALISMO HARTIANO

Considero que la metodología hartiana es antiesencialista en su pretensión y contexto. En mi opinión, existen dos argumentos, uno conceptual y otro histórico o sociológico, que apuntan en esa dirección. El primero radica en su aceptación de los casos marginales o periféricos del concepto de Derecho, la “porosität” o vaguedad de los conceptos.²² El segundo consiste en el propio *humus* filosófico en el que desarrolló su propuesta, esto es, bajo los desarrollos del “segundo” *Wittgenstein*, así como de la filosofía del lenguaje ordinario oxonien-se.²³ En dicho marco se explican sus reparos a brindar una definición por género y diferencia específica o la relevancia concedida al “punto de vista interno” para

¹⁸ *Idem*, p. XI.

¹⁹ MACCORMICK, N., *H.L.A. Hart*, p. 103 y ss. En sentido similar, LEITER, B. y A. LANGLINAI, “The Methodology of Legal Philosophy”, en H. Cappelen *et al.* (eds.), *The Oxford Handbook of Philosophical Methodology*, pp. 675 y 676.

²⁰ HART, H.L.A., *El concepto...*, *cit.*, p. XII.

²¹ LEITER, B. y A. LANGLINAI, “The Methodology...”, *cit.*, p. 676.

²² Véase HART, H.L.A., *El concepto...*, *cit.*, p. 5.

²³ Sobre esta cuestión, remito a MORA-SIFUENTES, F. M., “H.L.A. Hart: Vida y contexto filosófico”, *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría Derecho*, No. 13, 2019, pp. 273-319, esp. p. 293 y ss. Sobre el carácter antiesencialista de la empresa hartiana, se han pronunciado, entre otros, GREEN, L., “The Concept of Law Revisited”, *The Michigan Law Review*, Vol. 94, No. 6, 1996, pp. 1687-1717,

la adecuada intelección del fenómeno jurídico. Pero esa afirmación no está exenta de polémica. Se confrontan con la opinión de quienes, por el contrario, estiman que la propia empresa por él cultivada es en su núcleo esencialista. Por un lado, esta diversa interpretación vendría apoyada en algunas citas textuales de ECD que generan dudas; por otro se soporta también en el hecho de que algunos que dicen seguir la metodología hartiana entienden que su empresa consiste en buscar aquellas propiedades que algo, con independencia de quienes usan el lenguaje, esencial o necesariamente debe poseer para ser considerado como Derecho.²⁴ Aquí sólo me ocuparé de aquellos argumentos que justifican el antiesencialismo hartiano.

Desde sus primeros escritos, HART estimó que partir de preguntas del tipo “¿qué es X?” resulta una estrategia equivocada y que las dificultades a las que debe enfrentarse todo teórico del Derecho surgen, a menudo, por recurrir a ese modo de definir. En no pocas ocasiones, las investigaciones jurídicas comienzan con preguntas del tipo: “¿qué es el Derecho?, ¿qué es el Estado?, ¿qué es un derecho subjetivo?, ¿qué es la posesión?”²⁵ A diferencia de otros ámbitos en donde la palabra pudiera tener una “contrapartida en la realidad”, es decir, tiene una equivalencia directa con el mundo de los hechos, en el ámbito jurídico no es así, pues “nada hay que simplemente corresponda a (los) términos jurídicos”.²⁶ Esto va a dificultar utilizar esa forma de definición; si bien esta puede resultar útil en otros campos o dominios:

“El método tradicional es la forma más simple de definición, y, además de una forma peculiarmente satisfactoria, ya que nos ofrece un conjunto de palabras que pueden siempre sustituir a la palabra definida, en todos los casos en que se emplea; nos ofrece un sinónimo o una traducción comprensibles para la expresión que nos desconcierta. Es particularmente apropiada cuando las

p. 1692; SCHAUER, F., “Hart’s Anti-Essentialism”, en L. Duarte d’Almeida *et al* (eds.), *Reading H.L.A. Hart’s The Concept of Law*, pp. 237-246.

²⁴ Brindemos un ejemplo: “a la jurisprudencia analítica –escribe Julie DICKSON– le interesa explicar la naturaleza del Derecho intentando aislar y explicar aquellas características que hacen al Derecho lo que es. Una teoría jurídica de esta naturaleza, es una teoría que consiste en proposiciones del Derecho que a) son necesariamente verdaderas, y b) explican adecuadamente la naturaleza del Derecho. [...] utilizo ‘la naturaleza del Derecho’ para referirme a aquellas *propiedades esenciales* que determinado grupo de fenómenos tiene que exhibir para ser considerado Derecho”. Véase DICKSON, J., *Evaluación y teoría del Derecho*, pp. 21 y 22.

²⁵ HART, H.L.A., “Definición y teoría en la ciencia jurídica”, en H.L.A. Hart, *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, pp. 93-138, p. 94.

²⁶ HART, H.L.A., “Definición y teoría...”, *cit.*, p. 95.

palabras desempeñan la función lisa y llana de representar cierta clase de cosa, o cualidad, persona, proceso o acontecimiento, porque aquí no nos engañamos ni nos sentimos desconcertados ante las características generales de nuestro objeto, sino que requerimos una definición simplemente para ubicar dentro de esta clase o tipo general familiar alguna clase o tipo especial subordinado”.²⁷

Pero en el caso del Derecho no estamos representando una clase de “cosa”, “cualidad” o “persona”, pues el objeto mismo se vincula con todas ellas de alguna forma compleja. De ahí que HART afirmase que si las palabras no siempre representan “cosas”, entonces es poco fructífero preguntarse qué hay detrás de las palabras. Es más: el tipo de pregunta “¿qué es x?” puede entenderse de maneras ambiguas, pues *la misma forma verbal* es empleada “para pedir una definición, la causa, o el propósito, o la justificación o el origen de una institución jurídica o política”.²⁸ Si prestamos atención a las distintas entidades, dominios o fenómenos a las cuales acudir para responder la solicitud que la forma verbal reclama, podemos percatarnos de que estamos frente a un problema de gran envergadura. En primer término, la definición puede venir dada de diferentes maneras (reales, léxicas, estipulativas, etc.);²⁹ las “causas”, en segundo lugar, nos introducen al terreno de las regularidades; la “justificación”, por su parte, nos remite al ámbito normativo, al “reino del deber ser”; por no hablar, en fin, de los diversos presupuestos ontológicos desde los cuales teorizar cualquier institución social.³⁰

Así, no sorprende que para HART resulte erróneo conectar los conceptos o el lenguaje jurídico al de las condiciones necesarias y suficientes. La postura iuspositivista es reacia, en general, a las definiciones esencialistas (o reales) por su pesada carga metafísica. Como sostiene Massimo LA TORRE, el esencialismo

²⁷ *Ibidem.*

²⁸ *Idem.*

²⁹ HART se pronuncia sobre esta cuestión en concreto, sobre los problemas que los diversos tipos de definición tienen para el Derecho en su escrito: HART, H.L.A., “The Problems of the Philosophy of Law”, en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*.

³⁰ Buscando el “ser” del Derecho, para enseñarlo a quien nada sabe de él, nos dice LA TORRE: “podemos referirnos a: (a) ciertos sujetos; (b) ciertos objetos; (c) ciertos textos y ‘significados’; (d) ciertos hechos o acontecimientos, o aun, (e) a ciertas ideas o principios; y en fin, a (f) emociones y sentimientos, o a (g) fantasías e, incluso, alucinaciones. Se trata de una serie de ‘entidades’ muy diversas, y difícilmente reducibles a la unidad. Cfr. LA TORRE, M., “Ontología y Derecho. ‘Eencialismo’ vs. Existencialismo”, en M. La Torre, *Contra la tradición. Perspectivas sobre la naturaleza del Derecho*, p. 172.

está asociado a planteamientos aristotélicos o platónicos y, sobre todo, a la discusión tardomedieval de los universales que confrontó las posturas realistas, conceptualistas y nominalistas. De estas últimas surgió una deriva marcadamente antiesencialista, en una suerte de “rebelión contra la ontología”, que queda capturada con el paso “de la esencia a la existencia”, santo y seña de la modernidad. Pero no fue así en las filas iusnaturalistas, que, según el propio LA TORRE, sigue afirmándose con referencia a “una esencia (*grosso modo* a la ‘ousía’ de PLATÓN) que contiene una determinada propiedad moral y una cantidad de ‘bienes’ que si fuesen negados en la actualidad de la forma real que asume el concepto se derivaría de ello o una defectuosa tipificación de la misma o algo que está completamente fuera de su naturaleza”.³¹ En cambio, el positivismo jurídico sería afín al nominalismo, pues participa de la creencia de que tras los conceptos no hay “esencia” alguna. Es decir, se afirma sobre una tesis convencionalista, según la cual el Derecho “es producto de una decisión, de una disposición o bien –desde un punto de vista diferente– de la convergencia de conductas que se refiere la una a la otra, en una práctica consuetudinaria o cooperativa o también simplemente imitativa. Aquí no se da una ‘esencia’ del Derecho a la que la disposición o la convergencia de conductas deba orientarse o frente a la cual detenerse”.³² A este respecto, HART se mantiene, considero, en los márgenes iuspositivistas.

Pero, ¿acaso podríamos satisfacer la finalidad de desentrañar la naturaleza o esencia de algo transformándola en una pregunta distinta?, es decir, ¿podemos hacer de lado el plano ontológico y pasar simplemente al semántico? HART da cuenta de esta posibilidad cuando sugiere replantear “¿qué es X?” por cuestiones del tipo: ¿cuál es el significado de la expresión Derecho?, ¿cuál es el significado de la palabra ‘Estado’?, ¿cuál el de la expresión derecho subjetivo?, y así sucesivamente.³³ Nótese que con ese giro se lograría otra suerte de transmutación: el paso “de la esencia al significado”. Todavía cabe a su vez cuestionarse en qué medida resulta satisfactoria esa estrategia. Para H.L.A. HART, tal propuesta tiene el inconveniente de que algunos pudiesen llegar a pensar que la respuesta a la pregunta sobre la naturaleza del Derecho puede encontrarse en un diccionario, algo que él niega expresamente.³⁴ Aún más, al proceder así estaríamos dudando de las aptitudes intelectuales de quienes nos inquieren

³¹ LA TORRE, M., “Ontología y Derecho...”, *cit.*, p. 181.

³² *Ibidem*, p. 182.

³³ HART, H.L.A., “Definición y teoría...”, *cit.*, p. 97.

³⁴ *Ibidem*, p. 95.

¿qué es el Derecho?, generando la molestia que ello conlleva. Esa molestia, afirma, escondería algo más profundo. Escondería nada más ni nada menos que un llamado de respeto: “quienes hacen estas preguntas no piden que se les enseñe a usar correctamente dichas palabras. Esto ya lo saben, y sin embargo siguen desconcertados”.³⁵ Con esto se reafirma la idea de que el ejercicio de análisis conceptual por él desplegado no es equiparable a un ejercicio lexicográfico, mucho menos a su “glorificación”. Para entender que hablamos de empresas diferentes, basta con comparar cualquier definición de Derecho contenida en algún diccionario con el contenido de *El concepto de Derecho*.³⁶

El afán por buscar la “esencia” de las cosas puede achacarse, según HART, a una lealtad obstinada con el ideal lógico –persuasivo pero engañoso– de que todos los conceptos deben ser susceptibles de una definición estricta. Pero ya en sus primeros trabajos insistirá y se esforzará en mostrarnos cómo utilizamos el lenguaje para hacer cosas distintas. No se trata de buscar “esencias” tras las palabras, tampoco de meras disputas verbales. El reto consiste, más bien, en descubrir y hacer explícito el contexto social que confieren a las palabras su sentido profundo, porque “prestando atención a las palabras podemos hacer averiguaciones sobre el mundo”.³⁷ Esta última afirmación está en consonancia con algunos desarrollos de la filosofía del análisis del lenguaje ordinario de su tiempo:

“... aunque el tema de las definiciones jurídicas tiene su historia –escribió–, es sólo con el beneficioso giro de la atención filosófica al lenguaje que han surgido las características generales de todo ese estilo de pensamiento y discurso humano que se ocupa de las reglas y de su aplicación a la conducta. Yo por lo menos no pude percibir cuánto de esto era visible en la obra de nuestros predecesores hasta que mis contemporáneos me enseñaron cómo mirarla”³⁸

³⁵ *Idem*.

³⁶ La expresión “glorified lexicography” (traducida como ‘lexicografía con pretensiones’) es de LEITER, B., *Naturalismo y teoría...*, *cit.*, p. 238. El argumento de confrontar un diccionario con *El concepto de Derecho* para disipar la duda sobre el distinto carácter de la empresa que se está llevando a cabo lo tomo de: FARREL, I. P., “H.L.A. Hart and The Methodology...”, *cit.* p. 998. Este mismo argumento es también utilizado y desarrollado por HIMMA, K. E., “Conceptual Jurisprudence...”, *cit.*

³⁷ La afirmación es de MACCORMICK, N., *H.L.A. Hart*, *cit.*, p. 85.

³⁸ Véase HART, H.L.A., “Definición y teoría...”, *cit.*, p. 138.

Tal metodología fue ensayada en *The Ascription of Responsibility and Rights* (1949). Hart defendió ahí el carácter irreductible de los conceptos jurídicos a cuestiones de hecho, pues, en su opinión, los mismos no pueden analizarse completamente haciendo referencia a un conjunto verificable de condiciones. Para ejemplificarlo, introdujo, entre otras, la idea de “derrotabilidad” [*defeasibility*], en concreto, aplicada al concepto de contrato en el Derecho inglés. Según él, dicho concepto sería derrotable por ciertas excepciones que no es posible enumerar de forma *ex ante*. Su explicación es la siguiente: para la existencia de un contrato se requiere que concurren dos partes, una oferta de la primera y la aceptación de la segunda, etc. Pero también resulta indispensable que no se actualice alguna excepción. Por ejemplo, que dicho contrato no se celebre mediando vicio de voluntad de alguna de las personas que en él intervienen. Así, por ejemplo, la coacción o violencia de alguna parte sobre la otra sería un hecho o condición “derrotante”. De tal forma que las excepciones, así vistas, conformarían “listas abiertas” que imposibilitan la formulación de las condiciones suficientes para pertenecer al concepto en cuestión.³⁹ Ahora bien, debe dejarse constancia de que HART desautorizó con posterioridad este trabajo.⁴⁰ Sin embargo, la idea de que las normas jurídicas son derrotables, o sujetas a excepciones innumerables *ex ante*, subsistió. En su opinión, la tesis central desarrollada ahí, de que algunos conceptos son “adscriptivos” en lugar de descriptivos, era errónea. Aunque buscaba refutar las posiciones reduccionistas que privan a los enunciados jurídicos de su carácter práctico o normativo, fracasó en su intento. La función que iba a cumplir el pretendido carácter adscriptivo de los conceptos jurídicos en su teoría fue sustituida luego por el “punto de vista interno”. Es decir, fue sustituida con la introducción de una especie particular de enunciados que expresan “aceptación” y serían, por tanto, genuinamente normativos.

Vinculado a lo anterior, para otros autores el carácter antiesencialista del *approach* hartiano se puede sostener en la utilización de nociones tales como “parecido de familia”, “caso paradigmático” o “central”.⁴¹ HART pretende esclarecer una institución social, *i.e.*, el Derecho, misma que “generalmente ha conservado su forma y estructura, por mucho que en torno a ella hayan surgido diversos

³⁹ Cfr. HART, H. L. A., “The Ascription of Responsibility and Rights”, *Proceedings of the Aristotelian Society*, No. 49, 1948-1949, pp. 171-194, p. 176.

⁴⁰ Cfr. HART, H. L. A., “Preface”, en *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, p. III.

⁴¹ Véase, nuevamente, GREEN, L., “The Concept of Law Revisited”, *cit.*, p. 1692. De la misma opinión son BIX, B., “Algunas reflexiones sobre la metodología de la filosofía del Derecho”, *Doxa*, No. 26, 2003, pp. 609-633, p. 615; y LA TORRE, M., “Ontología y Derecho...”, *cit.*, p. 206.

equivocos y ficciones que inducen a confusión”. Esto se aprecia cuando dice que esa tarea aclaratoria, recuérdese, parte de “la idea general que tiene una persona instruida acerca de las principales características de un régimen jurídico moderno y de carácter nacional”.⁴² Con ello reconoce que así como existen casos típicos o paradigmáticos de los sistemas jurídicos modernos, también hay casos discutibles, como los del Derecho primitivo o el Derecho Internacional de su época, por ejemplo. En su opinión, en tales supuestos existirían razones que harían dudosa la aplicación del uso convencional de la palabra “Derecho”. Es la famosa “open texture” de F. WAISMANN. Pues bien, pienso que todo esto se adecua a la estrategia antiesencialista y, sobre todo, con el análisis conceptual utilizado por HART. Finalmente, sobre el análisis conceptual referido y su utilización, nuestro autor parece no reconocer a Max WEBER en su obra como influencia específica, yendo el crédito del desarrollo del “punto de vista interno” al trabajo de Peter WINCH.⁴³ Pero antes de ocuparnos de él, recordemos su concepto de Derecho en tanto “unión de reglas primarias y secundarias”.

2.3. EL DERECHO COMO UNIÓN DE REGLAS PRIMARIAS Y SECUNDARIAS

HART sostuvo que el Derecho puede ser elucidado en tanto “unión de reglas primarias y secundarias”, siendo estas últimas centrales para la comprensión de todo sistema jurídico moderno. Según el profesor de Oxford:

“Hay, pues, dos condiciones necesarias y suficientes mínimas para la existencia de un sistema jurídico. Por un lado, las reglas de conducta válidas según el criterio de validez último del sistema tienen que ser generalmente obedecidas, y, por otra parte, sus reglas de reconocimiento que especifican los criterios de validez jurídica, y sus reglas de cambio y adjudicación, tienen que ser efectivamente aceptadas por sus funcionarios como pautas o modelos públicos y comunes de conducta oficial”.⁴⁴

⁴² HART, H.L.A., *El concepto...*, *cit.*, pp. 3 y 4.

⁴³ Sobre esta cuestión, puede verse SIMPSON, B. W., *Reflections on “The concept of Law”*, p. 110 y ss.

⁴⁴ HART, H.L.A., *El concepto...*, *cit.*, p. 145. Es precisamente de esta referencia de la que algunos han extraído el carácter esencialista en la empresa hartiana; o al menos, la posibilidad de interpretarlo en dicha clave. Si bien HART fue un antiesencialista “reacio”, al decir de B. LEITER, esta cita textual sólo admite una lectura esencialista. Véase “The Methodology...”, *cit.*, p. 674. De la misma opinión es BIX, B., “Algunas reflexiones...”, *cit.*, p. 615. Para KRAMER, por el contrario, esta afirmación no tendría tal implicación “esencialista” contra su programa anunciado, si tenemos en cuenta que él quiere referirse al concepto estándar o caso central de sistema jurídico. Véase KRAMER, M., *H.L.A. Hart*, *cit.*, pp. 7 y 8.

Es posible afirmar que si los sistemas jurídicos tienen algún rasgo definitorio, este no consiste en la intrínseca moralidad o en el carácter coactivo de sus normas, sino en que está constituido por reglas tanto primarias como secundarias. Ahora bien, esta propuesta debe estar en condiciones de superar las objeciones formuladas al imperativismo que, basado en la noción de órdenes respaldados por amenazas, dificultaba explicar la persistencia del Derecho o la idea de obligación jurídica, entre otras. Como ya se ha dicho en este trabajo, HART reconstruye el punto de vista del ciudadano instruido, el "concepto popular" de Derecho, y desde ahí busca superar tales obstáculos. Pues bien, considero que su "definición" es apta para explicar la persistencia del Derecho y por tanto la existencia de autoridades –i.e., el carácter institucional del Derecho– con la noción de reglas secundarias, la noción de reglas *sobre* reglas. Por otra parte, del aspecto normativo o prescriptivo del Derecho puede reconstruirse, sobre todo, con la idea de reglas primarias que prescriben conductas, entendidas desde el "punto de vista interno", esto es, vistas como una práctica social compleja, mediada por acciones y creencias de sus participantes, en especial la de los oficiales del sistema o jueces. Es en este preciso sentido que para HART si "es algo" el Derecho, es un asunto de reglas primarias y secundarias.

Ciertamente, si el Derecho es un asunto de reglas, lo es porque tiene que estar acompañado de la idea de que hay conductas no optativas, sino obligatorias, en algún sentido. Esta es la noción de regla primaria, de aquellas reglas que ordenan que algo sea realizado o no. Según las reglas de este tipo, a las que HART no duda en calificar como las más básicas, "se prescribe que los seres humanos hagan u omitan ciertas acciones, lo quieran o no". Estas reglas "imponen deberes" o "se refieren a acciones que implican movimiento o cambios físicos".⁴⁵ Es en este sentido que la idea de obligación para HART implica, sin género de duda, la existencia de una regla (primaria).⁴⁶ En general, podría afirmarse que de la existencia de reglas primarias depende la propia existencia del Derecho en tanto sistema normativo. Como afirma Juan Carlos BAYÓN, "resultaría francamente difícil de entender la idea de un 'sistema normativo' que no incluyera ni una sola regla regulativa".⁴⁷ Con todo, para HART es posible que una sociedad pueda vivir únicamente con tales reglas primarias, siempre y cuando se satisfagan claramente dos condiciones. La primera es que tales reglas de alguna manera sirvan al "contenido mínimo del Derecho Natural", es decir, "esas reglas tienen que restringir, de alguna manera, el libre uso de la violencia, el robo, el

⁴⁵ HART, H.L.A., *El concepto...*, cit., p. 101.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 107.

⁴⁷ BAYÓN, J. C., *La normatividad del Derecho. Deber jurídico y razones para la acción*, p. 249.

engaño”, pero también, junto a ellas, otras reglas que imponen “ciertos deberes positivos diversos, como cumplir ciertos servicios o hacer contribuciones a la vida común”. La segunda condición a satisfacer es que el grupo que acepta tales reglas primarias sea mayoritario, es decir, que la mayoría viva “de acuerdo con las reglas vistas desde el punto de vista interno”.⁴⁸ Ahora, que sea posible no significa que un sistema de tales características no acuse varios defectos. Veamos.

El problema básico de un “sistema puro” de reglas primarias radica en su escasa o nula institucionalización. Y es en este momento cuando entran a escena las reglas secundarias, que no sólo solventan ese defecto: con ellas se cambia el ser del Derecho y su fenomenología, dándole una dimensión institucional. Ese tipo de reglas –que también podríamos denominar “constitutivas”– “establecen que los seres humanos pueden, haciendo o diciendo ciertas cosas, introducir nuevas reglas del tipo primario, extinguir o modificar reglas anteriores, o determinar de diversas maneras el efecto de ellas, o controlar su actuación”.⁴⁹ Son de un género distinto pues, al ocuparse de las reglas primarias, no restringen el ámbito de conducta humana, sino que lo amplían, “confieren potestades públicas o privadas”, previendo “actos que conducen no simplemente al movimiento físico, sino a la creación o modificación de deberes u obligaciones”.⁵⁰ Al rostro regulativo o prescriptivo de las reglas primarias se le añade una cara constitutiva. En consecuencia, HART identificó tres tipos de reglas secundarias: a) las *reglas de reconocimiento*, que especifican las características cuya posesión por una regla sería indicación de que esta pertenece al sistema; b) las *reglas de adjudicación*, que facultan a determinar de modo autoritativo si en una ocasión particular se ha transgredido una regla primaria; y, en fin, c) las *reglas de cambio*, que facultan a un individuo o grupo de individuos a introducir nuevas reglas primarias o a dejar sin efecto reglas anteriores.⁵¹ La importancia de las reglas secundarias es tal que su introducción supone una radical transformación en nuestra manera de entender y ejercer autoridad a través de normas, podría suponer nada más ni nada menos que “el paso desde el mundo prejurídico al mundo jurídico”.⁵² Por tanto, si utilizamos el *dictum* de John AUSTIN, la verdadera “llave de la ciencia

⁴⁸ HART, H.L.A., *El concepto...*, *cit.*, p. 114.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 101.

⁵⁰ *Idem*.

⁵¹ Cfr. HART, H.L.A., *El concepto...*, *cit.*, pp. 117-120. Para un análisis crítico de la distinción entre reglas primarias y secundarias hecha por HART, puede verse RUIZ MANERO, J., *Jurisdicción y normas. Dos estudios sobre función jurisdiccional y teoría del Derecho*, p. 100 y ss.

⁵² HART, H.L.A., *El concepto...*, *cit.*, p. 117.

de la jurisprudencia” para HART sería aquella que lo elucida en el vocabulario más fundamental de la unión de reglas primarias y secundarias.

3. EL GIRO HERMENÉUTICO: LA IMPORTANCIA DEL PUNTO DE VISTA INTERNO

Otro aspecto a destacar es que HART produjo lo que podría denominarse “giro hermenéutico” en la teoría del Derecho contemporánea. Ese giro se materializa en la idea de que para tener una adecuada representación de lo jurídico debemos comprender una práctica social compleja gobernada por reglas *desde el punto de vista de quienes participan en ella*. En efecto, para el profesor de Oxford la distinción entre el “punto de vista interno” y “punto de vista externo” es de suma importancia no sólo para el Derecho, sino para cualquier estructura social de tipo normativo. En ese tipo de instituciones sociales, hay que tener presente que una cosa es el comportamiento normado “tal como aparece para sus participantes, quienes lo ven de conformidad, o no, con ciertos estándares de conducta compartidos”. Y lo que es más relevante para el planteamiento de este ensayo: HART sostuvo que para comprender la conducta gobernada por reglas “la metodología de las ciencias empíricas es inútil”, precisando, en su lugar, un “método hermenéutico”.⁵³ De esta forma, al afirmar que la adecuada comprensión del Derecho como fenómeno normativo, esto es, de las reglas en tanto criterios o parámetros de crítica de conducta de los miembros de una comunidad sobre otros, debe tenerse presente un punto de vista comprometido con esta práctica, lo cual produjo otro giro en la teoría del Derecho. Desde entonces se ha vuelto un lugar común identificar los puntos de vista “interno” y “externo”. Ahora bien, si deseamos calibrar los alcances de la afirmación de que la metodología de las ciencias empíricas no es fructífera en este terreno, resulta necesaria una breve incursión en el ámbito de la metodología de las ciencias sociales; concretamente, en la discusión entre monismo y dualismo metodológico.

⁵³ Cfr. HART, H.L.A., “Introduction”, en *Essays in Jurisprudence...*, cit., p. 13. Hablar de giro hermenéutico en HART puede ser todavía desconcertante. Jorge A. PORTOCARRERO QUISPE me observó que la etiqueta posee una carga muy pesada en la tradición filosófica continental, por lo que difícilmente podría asociarse, sin más, a HART. Por su parte, el profesor Alfonso RUIZ MIGUEL me recordó que el adjetivo “hermenéutico” se ajusta más al tipo de teoría cultivada por DWORKIN con su “interpretativismo”. Lo anterior, siendo ajustado, no obstaculiza hablar de giro hermenéutico, pues, en mi opinión, con ello se enfatiza el rechazo que HART tendría al naturalismo como metodología apropiada para la intelección del fenómeno jurídico. Sobre estas cuestiones, puede verse BIX, B., “H.L.A. Hart y el giro hermenéutico en la teoría del Derecho”, en B. Bix, *Teoría del Derecho: Ambición y límites*, pp. 127-165 (advuértase, por lo demás, que BIX hablaba en iguales términos).

3.1. EL PROBLEMA DEL DUALISMO EN CIENCIAS SOCIALES⁵⁴

Como sabemos, en el ámbito de las ciencias sociales la pregunta fundamental es si es posible estudiar –y en caso de ser afirmativo, cómo– las actividades de las personas, sus relaciones sociales, la estructura de la realidad social, con los mismos métodos y técnicas empleados para adquirir conocimiento en el ámbito de las ciencias naturales.⁵⁵ El afán de querer asimilar las ciencias sociales a las ciencias exactas se vincula al prestigio que estas últimas adquirieron durante el siglo XVIII, en particular la física, de lo que no me ocuparé. La cuestión central aquí es la posibilidad misma de una “ciencia social” moldeada de conformidad con los parámetros de las ciencias naturales, lo que nos lleva a la problemática entre el naturalismo y no-naturalismo.

Por naturalismo podemos entender aquella postura que sostiene que las ciencias naturales son nuestra mejor guía para conocer qué es lo que existe en la realidad y que sus métodos son la mejor forma de aproximarnos a ella. Es decir, para saber qué es lo que existe en la realidad –en materia ontológica– y para conocerla –en materia epistemológica–, el naturalismo abanderará la idea de que la ciencia es la autoridad.⁵⁶ El naturalismo sostendría además que no hay discontinuidad entre las ciencias naturales y las ciencias sociales y que, por tanto, la conducta humana es moldeable a través de los parámetros de las ciencias naturales. John Stuart MILL fue de los primeros en sostener que una ciencia de la conducta humana es posible, si bien no con el mismo grado de precisión. Como indica M. SALMON, el estudio de la conducta humana propuesta por MILL se llamaba “naturalista” porque consideraba que pensamientos y sentimientos humanos, así como las acciones que ellos generan, forman parte del mundo natural. Creía en la posibilidad de realizar generalizaciones tanto de individuos como de unidades sociales y que con ellas era posible obtener, de igual forma, explicaciones o predicciones razonablemente precisas de la conducta humana y social. De esta forma admitía que no era posible predecir la conducta humana *exactamente*, pero decía que esto tampoco imposibilita el desarrollo de la ciencia social.⁵⁷

⁵⁴ Retomo aquí, con leves modificaciones, parte de un trabajo ya publicado: MORA-SIFUENTES, F. M., “El problema del método en el Derecho. Una introducción a su problemática”, en *Cuestión de método(s). Ensayos sobre metodología e investigación jurídica*, México, pp. 15-61.

⁵⁵ SALMON, M. H., “Philosophy of the Social Sciences”, en AA.VV., *Introduction to the Philosophy of Science*, pp. 404-424, p. 404.

⁵⁶ Cfr. GUALA, F., “Philosophy of the Social Sciences. Naturalism and Anti-naturalism in the Philosophy of Social Science”, en *The Oxford Handbook of Science*, p. 466.

⁵⁷ Cfr. SALMON, M. H., “Philosophy of...”, *cit.* p. 406.

En mi opinión, lo que se plantea en el fondo es que tanto las ciencias naturales como las sociales participan de un conjunto de problemáticas o preguntas, aunque hablar de su unidad sea difícil. Si bien la posibilidad de moldear verdaderas leyes causales en las ciencias sociales se considera una empresa mucho más compleja que en las naturales, lo cierto es que, al menos, ciertas generalizaciones empíricas pueden obtenerse.⁵⁸ Esto nos lleva a la famosa distinción entre “explicación” (*Erklären*) y “comprensión” (*Verstehen*) de los fenómenos en las ciencias sociales.⁵⁹ Desde la primera postura, habría cierta continuidad entre ambas, es decir, tanto ciencias naturales como ciencias sociales pretenden “explicar” determinados fenómenos, si bien con alcances distintos. Esto ha sido denominado como “explicacionismo” y adopta, en alguna medida, el parámetro de las ciencias naturales. Se trata de una empresa cultivada por no pocos de quienes se autodenominan “científicos sociales”. Sin embargo, contra esta pretensión se ha dicho que *no puede haber una ciencia de individuos con libre albedrío*. Como afirma SALMON, los seres humanos no estamos constreñidos en nuestras voluntarias relaciones sociales por el mismo tipo de leyes que operan en el mundo físico y, por tanto, no podemos *predecir* la conducta humana con el nivel mínimo de precisión que cualquier ciencia respetable requiere.⁶⁰ Para decirlo con HABERMAS, habría un desfase de las categorías con su objeto.⁶¹

La segunda posición parte de ese punto: no es la explicación de los fenómenos el núcleo de las ciencias sociales, sino la aprehensión de su “sentido”, su “comprensión”. Asumiendo que resulta casi imposible descubrir regularidades o leyes en sentido estricto en las relaciones sociales, por un lado, y reconociendo, por otro, que el tipo de entidades con las que lidian los científicos sociales son sistemas complejos constituidos por la interacción de individuos con inteligencia y voluntades dispares, esta posición metodológica da un vuelco por medio de la hermenéutica hacia la “comprensión del sentido”. En lo que se ha venido a llamar “revolución antipositivista de finales siglo XIX”, como señala

⁵⁸ Esto se asemeja a lo que HEMPEL entendía como los dos modelos de explicación científica: explicación nomológico-deductiva y explicación probabilística en las ciencias naturales. A juicio de dicho autor, esos dos tipos básicos de explicación sirven también de soporte al modelo de explicación histórico. Véanse HEMPEL, C.G., “La explicación en las ciencias y en la historia”, en C.G. Hempel, *Teoría de la historia*, p. 32; “La función de las leyes generales de la historia”, en C.G. Hempel, *La explicación científica. Estudios sobre filosofía de la ciencia*.

⁵⁹ A decir de VON WRIGHT, debemos tal distinción al filósofo e historiador alemán DROYSEN, quien acuñó el sentido de los nombres “explicación” y “comprensión”. Véase VON WRIGHT, G. H., *Explicación y comprensión*, p. 23.

⁶⁰ SALMON, M. H., “Philosophy of...”, *cit.* p. 405.

⁶¹ HABERMAS, J., *La lógica de las ciencias sociales*, p. 23.

VON WRIGHT, muchos autores impugnaron el monismo metodológico planteado por el positivismo, así como el enfoque de explicación derivado de él. La cuestión es que la comprensión, a diferencia de la explicación, cuenta con una “resonancia psicológica”, es decir, se trata de “una forma de empatía o recreación en la mente del estudioso de la atmósfera espiritual, pensamientos, sentimientos y motivos, de sus objetos de estudio”.⁶² De esta forma, a partir de trabajos señeros de J. G. DROYSEN, W. DILTHEY, G. SIMMEL o M. WEBER, se abrió un pluralismo de posturas sobre lo que la “comprensión” supone (¿acciones?, ¿textos?, ¿reglas?, etc.), aproximando a la filosofía analítica del *Wittgenstein* de las *Philosophische Untersuchungen* con la continental y que llega, por ejemplo, a la hermenéutica o la Escuela de Frankfurt. A este respecto resulta de particular interés la postura de Peter WINCH.

En su *The Idea of Social Science and its Relation to Philosophy*, WINCH abordó el problema de seguimiento de reglas diferenciado de los meros hábitos o regularidades de comportamiento. Influidor por el segundo *Wittgenstein*, para WINCH el punto básico que distingue a las ciencias sociales de las ciencias naturales es el siguiente: las primeras se caracterizan por estar guiadas por reglas que resultan significativas en su contexto social. Esa “autoconciencia” de las ciencias sociales se expresa en su carácter reflexivo y filosófico, la importancia de las creencias de sus participantes, de las distintas formas de vida, toda vez que cada una de ellas –nos dice– ofrecen distintas explicaciones para la intengibilidad de las cosas.⁶³ Una idea o un concepto –sostiene– sólo puede entenderse en su contexto, puesto que su relación es una de tipo interno. Es decir, la idea adquiere su sentido en el rol que desempeña en el sistema o en la forma de vida determinada. Este es el núcleo de las ciencias sociales: su adecuada comprensión no puede ser para WINCH meramente observacional o experimental en el sentido más aceptado del término, esto es, no puede comprenderse “científicamente”.⁶⁴ Con todo, debe tenerse en cuenta la siguiente precisión del propio WINCH: “No quiero decir, por supuesto, que sea imposible tomar como dato que una determinada persona, o grupo de personas, sostiene una determinada creencia –por ejemplo, que la tierra es plana– sin suscribirla uno mismo”.⁶⁵ Esto

⁶² Cfr. VON WRIGHT, G. H., *Explicación y comprensión*, cit., p. 24.

⁶³ Cfr. WINCH, P., *The Idea of Social Science and its Relation to Philosophy* (1958), p. 103.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 110.

⁶⁵ *Idem*, p. 111. Si la interpretación que hago de WINCH es correcta, no es ajustada la afirmación de Juan Ramón DE PÁRAMO, cuando dice que “a diferencia de Winch, Hart admite la posibilidad de dos tipos de discurso descriptivo con relación a las reglas jurídicas. [...] Ahora bien, los enunciados hechos desde el punto de vista externo pueden referirse también a los signifi-

es importantísimo en mi opinión, puesto que aquí el autor de *The Idea of Social Science* parece admitir la posibilidad de proposiciones “externas moderadas”.

WINCH enfatiza el uso de conceptos y significados diferenciándolos de los datos empíricos. Y aquí es donde establece la distinción entre un punto de vista “interno” y otro “externo”, misma que adopta la posición de una tercera persona embarcada en el estudio y en el análisis de cierta institución social. Criticando la propuesta metodológica de Max WEBER, WINCH recalca otra vez en *Wittgenstein* para afirmar que la idea de comprensión no puede basarse en última instancia en la acumulación de datos que *predigan* lo que la gente hará en ciertas circunstancias, tal y como WEBER propuso. A juicio de WINCH, esto es incorrecto. Lo que está en juego no es predecir, sino comprender, puesto que “comprender, en circunstancias como las descritas, es comprender el sentido o significado de lo que se está haciendo o diciendo”.⁶⁶ Es una noción alejada del mundo de las leyes causales. Desde la perspectiva o punto de vista externo, lo que podemos observar son regularidades de comportamiento, hechos que no están revestidos de significado alguno. Desde la perspectiva “interna”, en cambio, lo que intentamos indagar es el significado, el sentido dado por los participantes inmersos en la práctica social respectiva. HART retomará las distinciones propuestas por WINCH –a quien cita de manera expresa–, aunque con alguna polémica respecto hasta qué punto o con qué fidelidad siguió sus planteamientos.

3.2. EL DESARROLLO DEL PUNTO DE VISTA INTERNO HARTIANO

Entre las contribuciones centrales de *El concepto de Derecho* se encuentra la introducción de un “punto de vista interno” al análisis de los enunciados y proposiciones jurídicas. El papel que tal distinción desempeña para esclarecer la fuerza normativa del Derecho y como identificador de obligaciones jurídicas, difícilmente puede subestimarse, pues es “de enorme importancia para comprender no sólo el Derecho, sino la estructura de cualquier sociedad”.⁶⁷ A pesar de su relevancia, dicho punto de vista ha sido muchas veces desfigurado por la doctrina.⁶⁸ HART tuvo que reconfigurarlo y para ello comienza haciéndonos notar el hecho de que cuando un grupo social tiene reglas de conducta se

cados internos de las acciones, aunque el observador no comparta los puntos de vista de los sujetos sociales cuyas acciones se estudian”. Véase DE PÁRAMO, J. R., *H.L.A. Hart y la teoría analítica del Derecho*, p. 99.

⁶⁶ WINCH, P., *The Idea of Social Science...*, cit., p. 111.

⁶⁷ HART, H.L.A., *El concepto...*, cit. p. 110.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 70.

abre ante ellos la posibilidad de que se puedan proferir *dos tipos de aserciones* que, si bien están estrechamente relacionadas entre sí, son diferentes, toda vez que “es posible ocuparse de las reglas como un mero observador que no las acepta, o como un miembro del grupo que las acepta y que las usa como guía de conducta. Podemos llamar a estos puntos de vista, el ‘punto de vista externo’ y el ‘interno’, respectivamente”⁶⁹.

La conducta reglada debe distinguirse del simple hábito de obediencia porque esta no se aprehende a través de la compulsión psicológica o la expectativa de la futura sanción jurídica, tampoco en la predicción de que tal coerción acaecerá. En términos sucintos, esta es la crítica que HART infligirá tanto a la teoría imperativista de las normas como al realismo jurídico. El punto de la existencia de una regla social, efectivamente, no radica en la conducta externa observable, aunque se trate de la mayor parte de los miembros de un grupo. No es, como digo, mero hábito o convergencia de conductas. Esta línea de pensamiento quedó asentada ya en su trabajo “Scandinavian Realism” (1959), que reseña el libro *On Law and Justice* de Alf Ross. En dicho escrito, el profesor de Oxford reconoce la proximidad existente entre la teoría analítica inglesa y la escandinava, sobre todo por lo que hace a su rechazo a las versiones escolásticas del Derecho natural. Inclusive, admite que Ross distingue un aspecto externo y un aspecto interno del fenómeno presentado por reglas (sociales). No obstante, para HART la distancia entre sus perspectivas teóricas radica en la insistencia de los realistas por reducir el análisis de los conceptos jurídicos a las ciencias empíricas, en plantear la dimensión interna del Derecho en términos de emociones o sentimientos. Esto último es lo que, en su opinión, abocaría al fracaso la empresa realista de Ross y de tantos otros.⁷⁰

⁶⁹ *Idem*, p. 111.

⁷⁰ Cfr. HART, H.L.A., “Realismo escandinavo”, en P. Casanovas y J.J. Moreso (eds.), *El ámbito de lo jurídico*, p. 456 y ss. Sin embargo, debe decirse, tal y como por el propio HART reconoció tiempo después (véanse las notas contenidas como *Postscript* a la reimpresión de su “Scandinavian Realism”, en HART, H.L.A., *Essays in Jurisprudence...*, *cit.*, p. 169, citando a Liborio HIERRO), que es muy dudoso, en primer lugar, que Ross hubiese hecho la interpretación reduccionista en *On Law and Justice* que HART le imputa y, en segundo lugar, que el británico “colapsará” o confundiera bajo el rótulo “Scandinavian Realism”, teorías tan dispares como la de HÄGERS-TRÖM, OLIVECRONA y el propio Alf Ross. Sobre la primera cuestión puede verse VON HOLTERMANN, J., “A Straw Man Revisited: Resettling the Score between H.L.A. Hart and Scandinavian Legal Realism”, *Santa Clara Law Review*, Vol. 57, No. 1, 2017, pp. 1-41; sobre la segunda, LEITER, B., “Legal Realisms: Old and New” (Seegers Lecture), *Valparaiso University Law Review*, Vol. 47, 2013, pp. 449-463.

La existencia de una regla social radica en el hecho de que algunos de los miembros de ese grupo tienen que ver la conducta de que se trata “como una pauta o criterio general de comportamiento a ser seguido por el grupo como un todo”.⁷¹ Se trata de “una actitud crítica reflexiva en relación con un determinado patrón de conducta”.⁷² Este es *el punto* del “punto de vista interno”, es decir, la conducta reglada requiere que haya una actitud crítica reflexiva frente a ciertos modelos de comportamiento en tanto pautas o criterios de conducta comunes, y que ella se despliegue en la forma de crítica (que incluye la autocrítica), exigencias de conformidad, y en el reconocimiento de que tales críticas y exigencias están *justificadas*, todo lo cual halla expresión característica en la terminología normativa: “yo debo”, “deber”, “tienes que”, “él debería”, “correcto”, “incorrecto”, etcétera.⁷³

El observador externo, en cambio, no repara en dicho ámbito normativo. Su labor queda satisfecha “con registrar regularidades observables en que parcialmente consiste la conformidad con las reglas, y aquellas regularidades adicionales, en la forma de reacción hostil, reprobaciones, o castigos, que enfrentan las desviaciones”. Es cierto –explica HART– que después de observar durante cierto tiempo, un observador puede estar capacitado para correlacionar desviaciones con ciertas reacciones hostiles e incluso predecir, con ciertos niveles aceptables de acierto, que a determinada conducta seguirá una determinada reacción del grupo. Esto será importante para el propio observador, pues lo capacitará para alejarse y prevenirse de las consecuencias desagradables que se siguen de tales conductas. Pero con ello –continúa el profesor de Oxford– no logra reproducir el *uso* o, mejor, el *significado* que los participantes en la práctica dan a tales desvíos. Si el observador se atiene realmente en forma rígida a este punto de vista extremo y no da ninguna explicación de cómo, o la manera en que los miembros de ese grupo social que aceptan las reglas contemplan su propia conducta regular, la descripción que aquel hace de la vida de estos no podrá ser, en modo alguno, una descripción en términos de reglas ni, por lo tanto, en términos de las nociones de obligación o deber que “son dependientes de la noción de regla”.⁷⁴

⁷¹ Cfr. HART, H.L.A., *El concepto...*, cit. p. 71.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ Cfr. HART, H.L.A., *El concepto...*, cit. p. 72 (énfasis añadido).

⁷⁴ *Ibidem*, p. 112.

Como se desprende de la postura hartiana, que sigue de cerca la de WINCH, el punto de vista externo no puede reproducir la normatividad implícita en ciertas prácticas sociales, en este caso la jurídica. Esto es, “no verá una dimensión de la vida social de aquellos que observa, ya que para éstos la luz roja no es un mero signo de que los otros se detendrán: los miembros del grupo ven en la luz roja una señal para que ellos se detengan, y, por ello, una razón para detenerse de conformidad con las reglas que hacen que el detenerse sea una pauta o criterio de conducta y una obligación”.⁷⁵ En definitiva,

“... lo que no puede reproducir el punto de vista externo, es la manera en que las reglas funcionan como tales en la vida de quienes normalmente constituyen la mayoría de la sociedad. Estos son los funcionarios, abogados, o particulares que las usan, en situación tras situación, como guías para conducir la vida social, como fundamento de reclamaciones, demandas, reconocimientos, críticas o castigos, esto es, en todas las transacciones familiares de la vida conforme a las reglas”.⁷⁶

El aspecto interno de las reglas es entender que la violación de una regla “no es simplemente una base para la predicción de que sobrevendrá una reacción hostil, sino una *razón* para esa hostilidad”.⁷⁷ Todo lo dicho parece indicar que la teorización del punto de vista interno dada por H.L.A. HART presupone que la aceptación dada por los participantes es moralmente comprometida o que las razones para la acción que suministra el Derecho son auténticas, es decir, son razones de tipo moral y no meramente prudenciales, como en el caso del miedo a la sanción o castigo de las propuestas que él mismo criticó. Pero no es así, según el propio profesor de Oxford. Y aquí es donde su teoría ha generado gran perplejidad.

HART afirmó líneas más adelante, haciendo referencia a la autoridad y estabilidad del sistema jurídico, que la aceptación que se predica desde el punto de vista interno no es una de tipo moral, que tal estabilidad es posible aun cuando “enormes cantidades de personas sean coaccionadas por normas que ellas no consideran moralmente obligatorias, sino que ni siquiera es verdad que aquellos que aceptan voluntariamente el sistema tengan que sentirse

⁷⁵ *Idem.*

⁷⁶ *Idem*, pp. 112 y 113.

⁷⁷ *Idem*, p. 113.

moralmente obligados a hacerlo”.⁷⁸ Es cierto, se dice en *El concepto de Derecho*, que “quienes aceptan la autoridad de un sistema jurídico lo ven desde el punto de vista interno y expresan su apreciación a las exigencias de aquél en enunciados internos acuñados en el lenguaje normativo que es común al Derecho y a la moral [...], sin embargo, eso no los compromete a un juicio *moral* en el sentido de que es moralmente correcto hacer lo que el Derecho prescribe”.⁷⁹ En definitiva, como sostuvo nuestro autor: “el acatamiento al sistema puede estar basado en muchas consideraciones diferentes: cálculos interesados a largo plazo, interés desinteresado en los demás; una actitud tradicional o una actitud reflexiva heredada; o el mero deseo de comportarse como los demás lo hacen”.⁸⁰

3.3. AMBIGÜEDADES Y VARIACIONES: CRÍTICAS PARA UNA POSTURA FINAL

El punto de vista interno, y con él la adopción del método hermenéutico en la teoría jurídica, fue saludado como una gran innovación. No obstante, varios autores se percataron de que la presentación hecha por HART parece asumir que la persona que profiere ese tipo de enunciados internos siempre acepta la validez o fuerza obligatoria del Derecho en cuestión.⁸¹ Pero no es así. En *The Concept of a Legal System*, Joseph RAZ observó agudamente que una cosa es decir que el recurso al lenguaje normativo como el que se presupone en el punto de vista interno, normalmente implica la aceptación de la validez, de la obligatoriedad de las reglas jurídicas respectivas; y una cosa muy distinta es decir que tal punto de vista *necesariamente* supone dicha aceptación. En efecto, “una persona que describe situaciones jurídicas mediante el uso de términos normativos tácitamente implica su aceptación de la obligatoriedad de las reglas sobre los cuales sus enunciados descansan” [*committed legal statements*]. A esto, señala RAZ, “puede denominarse el uso comprometido del lenguaje normativo”. Pero junto a este uso comprometido existe otro uso del lenguaje, que denomina “no-comprometido”.⁸² Es decir, en ocasiones las personas usan ese mismo lenguaje normativo para describir el punto de vista normativo de otra gente, sin estar ellas mismas comprometidas con su fuerza u obligatoriedad [*detached legal statements*]. Pueden por tanto hacerse dos clases de enunciados al interior del

⁷⁸ HART, H.L.A., *El concepto...*, cit., pp. 250 y 251.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 251.

⁸⁰ *Idem*.

⁸¹ Significativamente, a este respecto, Ross, A., “H.L.A. Hart sobre el concepto del Derecho”, en P. Casanovas y J.J. Moreso (eds.), *El ámbito de lo jurídico*, pp. 466-474.

⁸² RAZ, J., *El concepto de sistema jurídico. Una introducción a la teoría del sistema jurídico*, p. 279.

punto de vista interno: unos “comprometidos” y otros “no-comprometidos”. Con el segundo tipo de enunciados se posibilita que la reconstrucción del “punto de vista jurídico”, esto es, del punto “hermenéutico” de HART, pueda hacerse sin la necesidad de que quien lo describe tenga que asumir su valor o fuerza justificativa de forma necesaria.

En un sentido parecido, Neil MACCORMICK⁸³ sostuvo que lo que está involucrado en el punto de vista interno en tanto “actitud reflexiva y crítica” puede comprenderse de mejor forma si nos damos cuenta de que este posee un elemento “cognitivo” –captado por el término reflexión– y un elemento “volitivo” –captado por el término crítica–. El elemento cognitivo, escribe MACCORMICK, “cubre la noción misma de ‘patrón de conducta’ una capacidad para concebir en términos generales algún tipo de correlación abstracta entre un cierto acto y una serie de circunstancias”; “también cubre una capacidad para evaluar las acciones reales o previsibles tomando como medida el patrón general y abstracto, así como registrar casos de conformidad, casos de no conformidad, y casos irrelevantes respecto al patrón”.⁸⁴ El elemento volitivo, por su parte, “comprenderá el deseo o *preferencia* de que el acto, o la abstención del mismo, se realice una vez que se verifiquen sus circunstancias. Este deseo o preferencia no tiene por qué ser incondicional; lo normal es que esta preferencia pueda estar condicionada a que sobre el patrón en cuestión exista o siga existiendo una preferencia compartida entre al menos un grupo ampliamente identificable de individuos”.⁸⁵ Advertir ambos elementos involucrados en el punto de vista interno abre la posibilidad de otro tipo de enunciados que capten el elemento cognitivo a la vez que no asuman el elemento volitivo, aunque sí lo comprendan. Es decir, se abre la posibilidad para un “punto de vista externo no extremo”. Como señala el propio MACCORMICK, este punto de vista supone “compartir completamente el elemento cognitivo del punto de vista interno, es decir, entender el contenido del patrón de conducta o los patrones de conducta y –por otra parte– captar completamente pero no necesariamente compartir el elemento volitivo, la voluntad o la preferencia por la observancia del patrón como modelo de conducta”.⁸⁶

⁸³ MACCORMICK, N., *H.L.A. Hart*, p. 103 y ss.

⁸⁴ MACCORMICK, N., *H.L.A. Hart, cit.*, pp. 108 y 109.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 109.

⁸⁶ *Idem*, p. 115.

Otros han señalado que la presentación hartiana del punto de vista externo e interno no es tan ajustada si traemos a escena la racionalidad del *bad man* holmesiano.⁸⁷ Se recordará que Oliver Wendel HOLMES propuso abordar el fenómeno jurídico en *The Path of the Law* desde la “perspectiva del hombre malo”, esto es, desde el punto de vista de aquellos que quieren saber lo que el Derecho determina para prever las consecuencias de sus acciones. Afirma ahí: “Si quieres conocer el Derecho y nada más, debes mirarlo como un hombre malo, que sólo se preocupa por las consecuencias materiales que dicho conocimiento le permite predecir, no como un hombre bueno, que encuentra las razones de su conducta, ya sea dentro o fuera del Derecho, en las sanciones más vagas de su conciencia”.⁸⁸ Es evidente que desde tal enfoque, las normas jurídicas suministran razones prudenciales. También es claro que ello fundamenta una visión predictivista del Derecho en línea con la definición dada por el propio HOLMES (“las profecías de lo que los tribunales harán, y no algo más ambicioso, es lo que yo entiendo por Derecho”⁸⁹) y que fue criticada en ECD. Sin embargo, la perspectiva del *bad man* no es una “externa extrema”, sino algo cercano al punto de vista “externo moderado”. En la opinión de Stephen PERRY, ello supone al menos dos problemas. Por una parte, el punto de vista “prudencial” no puede capturarse fácilmente en la distinción externo/interno delineada por HART; por otra parte, si ambos puntos de vista son próximos, ¿por qué debe preferirse aquel que asume que el punto de vista interno supone que el Derecho proporciona auténticas razones para actuar sobre el “prudencial” del *bad man*, sin sacrificar la neutralidad valorativa asumida por nuestro autor?⁹⁰

Dicho lo anterior, debe señalarse que es dudoso que el autor de *El concepto de Derecho* no alcanzara a percibir la diferencia entre enunciados “comprometidos” y “no-comprometidos”, esto es, entre el aspecto volitivo y el aspecto cognitivo

⁸⁷ Cfr. PERRY, S.R., “Interpretation and Methodology in Legal Theory”, en M. Andrei (ed.), *Law and Interpretation*, pp. 97-135; Véase también, SHAPIRO, S., “What Is the Internal Point of View”, *Fordham Law Review*, Vol. 75, Issue 3, 2006, pp. 1157-1170.

⁸⁸ HOLMES, O. W., “The Path of the Law”, *Harvard Law Review*, Vol. 10, No. 8, 1897, pp. 457-478, p. 459. En todo caso, para HOLMES, “se puede ver de forma clara que un hombre malo tiene tantas razones como uno bueno para desear evitar un encuentro con la fuerza pública y, por lo tanto, se puede ver la importancia práctica entre moralidad y Derecho. A un hombre a quien no le importa nada una regla ética que creen y practican sus vecinos probablemente le importa mucho evitar que le obliguen a pagar dinero, y querrá mantenerse fuera de la cárcel si puede” (*idem.*).

⁸⁹ HOLMES, O. W., “The Path of the Law”, *cit.*, p. 461.

⁹⁰ PERRY, S. R., “Interpretation and Methodology...”, *cit.*, pp. 110-113.

del punto de vista interno. Para Juan Carlos BAYÓN lo anterior es inexacto, pues HART parece admitirlo implícita o explícitamente en varias ocasiones. Lo hace implícitamente, nos dice BAYÓN, “cuando apunta que con los enunciados internos acerca de la validez de una norma jurídica se manifiesta *normalmente*, la aceptación de quien habla de la regla de reconocimiento del sistema (lo que implica, que también es posible, aunque quizá menos frecuente, formular enunciados semejantes de parte de alguien que no lo acepta)”. En sentido similar, HART lo acepta explícitamente, nuevamente en palabras del catedrático de la Autónoma de Madrid, cuando:

“... después de haber ofrecido una caracterización preliminar del punto de vista externo con arreglo a la cual éste es propio de quien *rechaza* las reglas y de quien es *incapaz* de discernir si cierta regularidad observable ha de ser interpretada como el seguimiento de una regla por parte de los actores implicados –sugiriendo entonces que hay una clase de conexión entre una cosa y otra–, admite ulteriormente hasta tres enunciados diferentes que es posible formular desde el punto de vista externo, el tercero de los cuales (el ‘menos externo’ de los tres) sería propio de aquel que no se limita a registrar regularidades de conducta y reacciones críticas, sino que *entiende* que los agentes cuyo comportamiento se observa *aceptan* ciertas reglas como criterios de evaluación y realizan aquellas conductas en tanto requeridas por dichas reglas o manifiestan aquellas reacciones críticas en tanto que justificadas por ellas (sin necesidad de que el observador las acepte a su vez)”⁹¹

El ajuste derivado de las críticas de RAZ o MACCORMICK fue adoptado por el propio Herbert HART, convirtiéndose en canónica dentro de la teoría del Derecho. Así, en la nota introductoria de sus *Essays in Jurisprudence and Philosophy* reconoció que cometió un error al presentar el punto de vista interno y las proposiciones desde tal punto de vista como necesariamente “comprometidas”⁹². Advértase que esto último puede interpretarse en el sentido de que la aceptación dada al Derecho por sus participantes es una de tipo moral. Su teoría parecería empujarnos a tener el fenómeno jurídico como “una rama de la moralidad”, como empresa eminentemente *justificativa*. Si esto fuese correcto,

⁹¹ Véase BAYÓN MOHINO, J. C., *La normatividad del Derecho...*, cit., p. 26.

⁹² “I drew a distinction between internal statements which manifest their authors’ acceptance of a rule and external statements which simply state or predict certain regularities of behaviour whether it is rule-governed or not. But I wrongly wrote as if the normative vocabulary of ‘ought’, ‘must’, ‘obligation’, ‘duty’ were only properly used in such internal statements”. Véase HART, H.L.A., “Introduction”, cit., p. 14.

paradójicamente, sería el propio HART quien con la introducción del punto de vista interno tendería “una rama de olivo” a los detractores de la tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral. Se trata de un deslizamiento sumamente problemático que, por supuesto, HART negó en reiteradas ocasiones y que no es pacífico, ni mucho menos. Para entender su movimiento hay que tener presente dos aspectos diferenciados.

En primer término, las críticas recibidas eran apropiadas y el ajuste se hacía necesario, toda vez que HART tuvo poco cuidado al tratar los distintos tipos de enunciados que pueden proferirse con el lenguaje normativo. De esta forma, y en su opinión, “para haber aclarado todo esto, debería haber enfatizado que, además de la distinción entre meras regularidades de comportamiento [p.v. externo] y comportamiento gobernado por reglas, necesitamos una distinción entre la aceptación de reglas [p.v. interno] y el reconocimiento de su aceptación por otros [p.v. hermenéutico]”.⁹³ Esto es, debió haber aclarado de forma fehaciente que el uso normativo del lenguaje también “se utiliza con bastante propiedad en otras formas de declaración, y particularmente en abogados; enunciados de obligaciones o de deberes que describen el contenido del sistema jurídico (sea el propio o sea ajeno) cuyas reglas ellos mismos de ninguna manera respaldan o aceptan como estándares de conducta. Al hacerlo, los abogados informan en forma normativa el contenido de una ley desde el punto de vista de aquellos que aceptan sus reglas sin compartir ese punto de vista”.⁹⁴ Es patente entonces que ese uso normativo “no-comprometido” supone que quienes lo utilizan *comprenden el punto de vista de quienes sí aceptan las reglas* y precisamente por ello puede denominarse “hermenéutico”, constituyendo un tercer tipo de proposición que puede agregarse a las dos ya señaladas (proposiciones internas y externas), que el propio HART distinguió en su momento.

En segundo término, cabe preguntarse, de nueva cuenta, si la aceptación dada por los oficiales del sistema, por quienes toman las normas jurídicas como premisas para un razonamiento práctico y cuya aceptación convergente da contenido a la regla de reconocimiento, puede ser una que no sea comprometida.⁹⁵ Lo que está en juego aquí es el punto de vista interno propiamente

⁹³ HART, H.L.A., “Introduction”, *cit.*, p. 14.

⁹⁴ *Idem.*

⁹⁵ En efecto, la duda aquí tiene que ver con el punto de vista de quienes aceptan las normas jurídicas y las usan como fundamento para obligar a terceros con sus determinaciones. Nótese que lo que nos estamos preguntando ahora no es si resulta posible entender el punto

hablando: ¿pueden los oficiales del sistema justificar sus sentencias sin que en su razonamiento operen como premisas auténticas razones morales y no meramente prudenciales? Veamos. Según HART, dado el carácter convencional de la regla de reconocimiento, dicho punto de vista interno no supone que la aceptación sea una moralmente comprometida, y tampoco adhiere a la idea de que lo único que puede funcionar como premisa de un razonamiento justificativo necesariamente sean razones de tipo moral.⁹⁶ Aunque ello puede ser ajustado para los destinatarios de las normas jurídicas en general, resulta francamente dudoso con respecto a quienes las utilizan sinceramente como premisas para un razonamiento justificativo: con tales normas se imponen deberes sobre personas distintas de los propios oficiales del sistema jurídico –los denominados “jueces” en un sentido no técnico–, por lo que la justificación de la aceptación de la regla de reconocimiento sólo puede basarse en razones morales.⁹⁷ Si no fuera el caso, el punto de “vista interno” no sería normativo o sería indistinguible de la perspectiva del *bad man* holmesiano, es decir, no podríamos distinguir entre “quienes aceptan las reglas” y “quienes se comportan como lo harían quienes aceptan las reglas”. La genuina aceptación de las reglas, por tanto, parece poner en una situación delicada a la preciada tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral, y que el propio HART defendió a toda costa.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN

A lo largo de estas páginas me he ocupado de la metodología hartiana, su aproximación a la naturaleza del Derecho, sobre dos aspectos principales: su antiesencialismo y el “giro hermenéutico” consistente en la centralidad del punto de vista interno para la adecuada intelección del fenómeno jurídico. Entre ellos, el más relevante, quizá, sea el segundo. Su análisis conceptual pretende mediar entre

de vista de quienes participan en la práctica gobernada por reglas, su “aceptación”, sin que esa persona a su vez adhiera a estas (de nuevo, el punto de vista hermenéutico). Resulta claro, insisto, que ello es perfectamente posible y también que es distinguible, por supuesto, de quienes “observan” o “constatan” meras regularidades de comportamiento (el punto de vista externo).

⁹⁶ “I have only argued that when judges or others make committed statements of legal obligation it is not the case that they must necessarily believe or pretend to believe that they are referring to a species of moral obligation”. Véase HART, H.L.A., *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*, p. 161.

⁹⁷ Esta postura fue desarrollada principalmente por J. RAZ. Véase RAZ, J., *La autoridad del Derecho*, p. 187 y ss. (capítulo VIII); en un sentido similar: RUIZ MANERO, J., *Jurisdicción y normas...*, cit., p. 116 y ss.; y BAYÓN, J. C., *La normatividad del Derecho...*, cit., p. 729 y ss. En contra de esta posición, GUASTINI, R., “Riconoscimento”, *Analisi e diritti*, No. 1, 2019, pp. 9-20.

las posturas imperativistas, iusrealistas y las propuestas de Derecho natural sobre el fenómeno jurídico. En mi opinión, H.L.A. HART pretende un equilibrio entre quienes privan al Derecho de su componente normativo y quienes, por el contrario, lo ven como fuente directa de estrictos deberes éticos. Su “definición” de Derecho en tanto “unión de reglas primarias y secundarias” busca articular de manera adecuada tanto el componente prescriptivo del Derecho como el hecho de que este es una práctica social e institucional compleja que se relaciona, pero que puede distinguirse tanto de la coacción como de la moralidad. La regla de reconocimiento es, en tal sentido, la pieza clave para armonizar ambas pretensiones por medio de la introducción del punto de vista interno. Pero a poco que reparemos en su estrategia, nos daremos cuenta de que hay una tensión muy fuerte.

Distanciado de los enfoques imperativistas o predictivistas, el aspecto “hermenéutico” de la teoría hartiana parece empujarnos a asumir una postura que reconozca el carácter normativo del Derecho, conectándolo con la moral, al menos, en el plano justificativo. Sin embargo, y como pudimos apreciar, HART se resistió pertinazmente a esta conclusión. El punto de vista “hermenéutico” delineado por él se mantiene fiel en sus ambiciones metodológicas hasta sus últimos escritos: permite alejarnos del reduccionismo y pretende no ser moralmente comprometido, siendo por tanto un punto de vista “externo moderado”. Aquí no hay problema alguno. La dificultad se da cuando se trae a escena el punto de vista interno propiamente hablando, es decir, el punto de vista de quienes aceptan y usan las reglas del sistema –preponderantemente, los jueces–, para imponer cargas o juicios de deber sobre terceros. HART insistió hasta el final de su producción académica en que tal justificación no se da necesariamente en términos morales, intentando salvar así su preciada tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral. No sorprende, por tanto, que la metodología hartiana propuesta en *El concepto de Derecho* haya sido criticada tanto por un “desafío naturalista” y, sobre todo, por varios desafíos “interpretativistas”, que ponen en duda el carácter neutral de su teoría. Pero un análisis de tales desafíos deberá esperar una mejor ocasión.^{98*}

⁹⁸ *Un primer borrador se discutió en el CEPC, así como en el Seminario Permanente de Filosofía del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Agradezco a Luis M. LLOREDO-ÁLIX por la organización, así como a todos los catedráticos del área que me honraron con su presencia. En particular, quiero dejar constancia de mi deuda con el profesor Juan Carlos BAYÓN por sus comentarios y sugerencias. Los errores e insuficiencias subsistentes siguen siendo solo imputables a mí. Para la culminación de este trabajo, finalmente, me he beneficiado del año sabático concedido por la Universidad de Guanajuato.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BAYÓN MOHINO, J. C., *La normatividad del Derecho. Deber jurídico y razones para la acción*, CEC, Madrid, 1991.
- BIX, B., "Algunas reflexiones sobre la metodología de la filosofía del Derecho", trad. de P. Navarro, *Doxa*, No. 26, 2003, pp. 609-633.
- BIX, B., "H.L.A. Hart y el giro hermenéutico en la teoría del Derecho", en B. Bix, *Teoría del Derecho: Ambición y límites*, Marcial Pons, Madrid, 2006.
- DE PÁRAMO, J. R., *H.L.A. Hart y la teoría analítica del Derecho*, CEC, Madrid, 1984.
- DICKSON, J., *Evaluación y teoría del Derecho*, trad. de J. Vega, IJ-UNAM, México, 2006.
- FARREL, I. P., "H.L.A. Hart and The Methodology of Jurisprudence", *Texas Law Review*, No. 84, 2006, pp. 983-1011.
- GREEN, L., "The Concept of Law Revisited", *The Michigan Law Review*, Vol. 94 No. 6, 1996, pp. 1687-1717.
- GUALA, F., "Philosophy of the Social Sciences. Naturalism and Anti-naturalism in the Philosophy of Social Science", en *The Oxford Handbook of Science*, ed. by P. Humphreys, OUP, Oxford, 2015.
- GUASTINI, R., "Riconoscimento", *Analisi e diritti*, No. 1, 2019, pp. 9-20.
- HABERMAS, J., *La lógica de las ciencias sociales*, trad. de M. Jiménez Redondo, Tecnos, Madrid, 1988.
- HART, H., *El concepto de Derecho*, trad. de G.R. Carrió, Abeledo-Perrot, reimp., Buenos Aires, 2007.
- HART, H., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1982.
- HART, H., *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Clarendon Press, reimp., Oxford, 2001.
- HART, H., "The Ascription of Responsibility and Rights", *Proceedings of the Aristotelian Society*, No. 49, 1948-9, pp. 171-194.
- HART, H., "Definición y teoría en la ciencia jurídica", trad. de Genero R. Carrió, en H. HART, *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, Depalma, Buenos Aires, 1961.
- HART, H., "The Problems of the Philosophy of Law", en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1982.
- HART, H., "Preface", en *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, 2nd. ed., J. Gardner (introduction), OUP, Oxford, 2008.

- HART, H., "Realismo escandinavo", trad. de J.J. Moreso, en P. Casanovas y J.J. Moreso (eds.), *El ámbito de lo jurídico*, Crítica, Barcelona, 1994.
- HEMPEL, C. G., "La explicación en las ciencias y en la historia", en C. G. Hempel, *Teoría de la historia*, Terranova, México, 1981.
- HEMPEL, C. G., *La explicación científica. Estudios sobre filosofía de la ciencia*, 2ª. ed., Paidós, Buenos Aires, 1996.
- HEMPEL, C. G., "La función de las leyes generales de la historia", en C. G. Hempel, *La explicación científica. Estudios sobre filosofía de la ciencia*, 2ª. ed., Buenos Aires, Paidós, 1996.
- HIMMA, K. E., "Conceptual Jurisprudence. An Introduction to Conceptual Analysis and Methodology in Legal Theory", *Revus*, No. 26, 2015, pp. 65-92.
- HOLMES, O. W., "The Path of the Law", *Harvard Law Review*, Vol. 10, No. 8, 1897, pp. 457-478.
- KRAMER, M. H., *H.L.A. Hart. The Nature of Law*, Polity Press, Cambridge, 2018.
- LA TORRE, M., "Ontología y derecho. 'Esencialismo' vs. Existencialismo", en M. La Torre, *Contra la tradición. Perspectivas sobre la naturaleza del Derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016.
- LEITER, B., "Más allá del debate Hart/Dworkin: el problema de la metodología en la teoría del Derecho", en B. Leiter, *Naturalismo y teoría del Derecho*, trad. de G.B. Ratti, Marcial Pons, Madrid, 2012.
- LEITER, B., "Legal Realisms: Old and New" (Seegers Lecture), *Valparaíso University Law Review*, Vol. 47, 2013, pp. 449-463.
- LEITER, B. y A. LANGLINAI, "The Methodology of Legal Philosophy", en H. Cappelen et al. (eds.), *The Oxford Handbook of Philosophical Methodology*, OUP, Oxford, 2016.
- MORA-SIFUENTES, Francisco M., "H.L.A. Hart: Vida y contexto filosófico", *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría Derecho*, No. 13, 2019, pp. 273-319.
- MORA-SIFUENTES, F. M., "El problema del método en el Derecho. Una introducción a su problemática", en F. M. Mora-Sifuentes (ed.), *Cuestión de método(s). Ensayos sobre metodología e investigación jurídica*, Tirant Lo Blanch, México, 2023.
- MACCORMICK, Neil, *H.L.A. Hart*, trad. J. Pérez Bermejo, Madrid, Marcial Pons, 2010.
- PERRY, S. R., "Interpretation and Methodology in Legal Theory", en M. Andrei (ed.), *Law and Interpretation*, OUP, Oxford, 1995.
- RAZ, J., *El concepto de sistema jurídico. Una introducción a la teoría del sistema jurídico*, trad. de R. Tamayo y Salmorán, UNAM, México, 1986.

- RAZ, J., *La autoridad del Derecho*, trad. de R. Tamayo y Salmorán, 2ª. ed., UNAM, México, 1985.
- ROSS, A., "H.L.A. Hart sobre el concepto del Derecho", en P. Casanovas y J.J. Moreso (eds.), *El ámbito de lo jurídico*, Crítica, Barcelona, 1994.
- RUIZ MANERO, J., *Jurisdicción y normas. Dos estudios sobre función jurisdiccional y teoría del Derecho*, CEC, Madrid, 1990.
- SALMON, M. H., "Philosophy of the Social Sciences", en AA.VV. *Introduction to the Philosophy of Science*, Hackett Publishing Company, Indianapolis/Cambridge, 1992.
- SHAPIRO, S., "What Is the Internal Point of View", *Fordham Law Review*, Vol. 75, Issue 3, 2006, pp. 1157-1170.
- SCHAUER, F., "Hart's Anti-Essentialism", en L. Duarte d'Almeida *et al.* (eds.), *Reading H.L.A. Hart's The Concept of Law*, Bloomsbury Publishing, London, 2013.
- SIMPSON, B. W., *Reflections on "The concept of Law"*, OUP, Oxford, 2011.
- VON HOLTERMANN, J., "A Straw Man Revisited: Resettling the Score between H.L.A. Hart and Scandinavian Legal Realism", *Santa Clara Law Review*, Vol. 57, No. 1, 2017, pp. 1-41.
- VON WRIGHT, G. H., *Explicación y comprensión*, trad. de L. Vega Reñón, Alianza, Madrid, 1971.
- WINCH, P., *The Idea of Social Science and its Relation to Philosophy* (1958). 2nd ed., Routledge, London, 2003.

Recibido: 28/1/2024
Aprobado: 2/3/2024