

*El concepto de derecho en la teoría de Herbert Hart**

Perspectiva tridimensional

Por María I. Dabove

1. Algunas referencias sobre la vida y obra de Herbert Hart

Herbert Lionel Adolphus Hart nació en 1907, en Inglaterra; y murió recientemente, en 1992. Fue abogado por ejercicio (1932-1940) y filósofo, por estudio y vocación¹. Sobre el marco de una época histórica difícil, caracterizada por el desarrollo de dos guerras mundiales provocadas por regímenes totalitarios diversos –nazismo, fascismo, franquismo y comunismo–. En el contexto de la constitución de las Naciones Unidas, como bastión último de la vigencia y eficacia de los derechos humanos y la concordia internacional. Bajo el escenario de la revolución científica, ocasionada por el despliegue de la física cuántica y la tecnología en ascenso. En un mundo agitado por el proceso de liberación sexual, de la cultura hippie de los sesenta y el ascenso del rock and roll en el campo musical; Hart se convertirá en uno de los más representativos defensores del liberalismo político y jurídico de nuestro tiempo².

Entre sus antecedentes académicos más destacados cabe mencionar que llegó a ser profesor en la Universidad de Oxford, tanto de Filosofía durante 1946-1953; como de Jurisprudence, entre 1952 a 1968, sustituyendo al profesor A. L. Goodhart. En el ínterin (1940-1946) abandonó la práctica jurídica y se incorporó al Servicio de Inteligencia Británico. Allí, durante la Segunda Guerra Mundial, tuvo ocasión de vincularse con Ryle y Hampshire, filósofos pertenecientes a la Escuela Analítica, sirviéndole ello de estímulo para retomar sus actividades académicas. Cuando en 1968 Hart se retira de la actividad docente, su cátedra de Teoría del derecho fue ocupada

* Extraído del artículo publicado en “Investigación y Docencia”, n° 36, p. 35 a 54. [Bibliografía recomendada.](#)

¹ El propio Hart nos cuenta al respecto lo siguiente: “No fui estudiante de derecho, sino de historia y filosofía antigua y moderna. Durante mi juventud era frecuente en Inglaterra (aunque ahora lo es menos), para quienes pretendían –como yo hice en principio– ejercer la profesión de abogado, estudiar en la universidad alguna materia distinta de la de ciencias naturales. En efecto, la mayoría de los más prestigiosos abogados y jueces ingleses hicieron esto, y como consecuencia, al igual que yo, no obtuvieron grado de licenciatura en derecho o educación jurídica universitaria. En lugar de ello, nos habilitamos después de abandonar la universidad como abogados ejercientes mediante un período de estudio personal relativamente breve, para superar el, por entonces, no demasiado riguroso examen exigido para ejercer la profesión. Mientras ejercía como abogado pensaba que esa sería mi ocupación durante toda mi vida, sin plantearme el llegar a ser profesor de universidad. No obstante, desde mi época de estudiante, y en mis ratos libres, continuaba interesándome de manera no profesional en el estudio de la filosofía (que desde entonces me había fascinado)”. Páramo, Juan R. de, *Entrevista a H. L. A. Hart*, “Doxa”, n° 5, Alicante, 1998, p. 339 y siguientes.

² Al respecto ver la interesante semblanza de Hart que realizó el profesor Joseph Raz, *En memoria de H. L. A. Hart*, “Doxa”, n° 13, Alicante, 1993, p. 27 a 30. Y también: Páramo, *Entrevista a H. L. A. Hart*, p. 339 a 361.

por el profesor Ronald Dworkin. En la actualidad, está a cargo del filósofo iusnaturalista John Finnis³.

La producción intelectual de Hart es muy extensa y da testimonio de las influencias iusfilosóficas recibidas del positivismo, el utilitarismo y la filosofía analítica. Corrientes, todas ellas, prevalecientes en la Inglaterra de aquellos años. Su primer libro data de 1953 y el último fue elaborado estando ya próxima su muerte, razón por la cual, será su hija quien se ocupe de su publicación, en calidad de obra póstuma. Este texto será el *Post Scriptum*, apareciendo en el mercado editorial recién en 1994, como parte de una edición aumentada de *El concepto de derecho*, su obra principal, escrita a los 54 años. Además de los estudios mencionados, entre sus investigaciones más importantes pueden recordarse las siguientes⁴:

Definition and theory in jurisprudence, Oxford, Clarendon Press, 1953, tr. G. Carrió en "H. L. A. Hart. Derecho y moral. Contribuciones a su análisis", Bs. As., Depalma, 1962, p. 93 a 138.

Causation in the law, en colaboración con A. M. Honoré, Oxford, Clarendon Press, 1959.

The concept of law, Oxford, Clarendon Press, 1961, tr. G. Carrió, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1963⁵.

Law, liberty and morality, California, Stanford University Press, 1963.

The morality of law (crítica a Lon L. Fuller), "Harvard Law Review", n° 78, 1965, p. 1281 a 1296.

Punishment and responsibility. Essays in the philosophy of law, Oxford, Clarendon Press, 1968.

An introduction to the principles of morals and legislation and of law in general, London, The Athlone Press, 1970.

Essays on Bentham. Studies in jurisprudence and political theory, Oxford, Clarendon Press, 1982.

Essays in jurisprudence and philosophy, Oxford, Clarendon Press, 1993.

Post Scriptum, compilado por Jenifer Hart, en "The concept of law", Oxford, Clarendon Press, 1994, p. 238 a 276.

El profesor Hart realizó también relevantes contribuciones sobre temas específicos de la iusfilosofía, que fueron publicados en prestigiosas revistas nacionales e internacionales. Entre las cuestiones más destacadas, el maestro de Oxford abordó

³ Páramo, Juan R. de, *H. L. A. Hart y la teoría analítica del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984; *Entrevista a H. L. A. Hart*, Lorenzo, V., *El concepto de derecho y las relaciones entre derecho y moral en H. L. A. Hart*, "Prudentia Iuris", n° 54, marzo de 2001; The Oxford Companion to Philosophy, Hart, H. L. A. (1907-1902); Oxford University Press, en www.refer.com/entry/55226; Hart, Herbert L. A., *The Columbia Encyclopedia*, 6ª ed., 2001, en www.swif.uniba.it/foldoc/foldoc.cgi?Hart+Herbert+Lionel+Adolphus; Schiavello, Aldo, *Accettazione del diritto e positivismo giuridico*, en <http://sifa.unige.it/2eve/RO99/abs/sch.htm>.

⁴ Rodríguez, César, *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, Universidad de los Andes, Siglo del Hombre, 1996, p. 181 a 184.

⁵ En este trabajo se utilizará la versión traducida al castellano de Genaro Carrió.

aspectos relativos a las ideas de Hägerström⁶ y el realismo escandinavo⁷. Desarrolló interesantes investigaciones en torno a Kelsen⁸, Beccaria, Bentham⁹, Mill¹⁰ y el utilitarismo¹¹. Trabajó sobre la teoría jurídica de Von Ihering¹², Austin¹³, el realismo norteamericano y su jurisprudencia¹⁴. Así como también, efectuó significativos aportes sobre la conceptualización del iusnaturalismo y del positivismo¹⁵. El último foco de atención estuvo centrado en las propuestas iusfilosóficas de Dworkin¹⁶. Los resultados de esta aproximación no son otros que los plasmados en el *Post Scriptum*, la obra postrera citada con anterioridad.

2. Influencias recibidas

En el pensamiento jurídico de Hart es posible advertir el influjo de importantes escuelas vinculadas a la teoría del derecho y a la tradición filosófica general. Sin embargo, cabe aclarar que no todas las referencias ideológicas se destacan por causa de la adhesión del maestro de Oxford hacia ellas. Muy por el contrario, en algunos casos, como veremos, las teorías tomadas por Hart como punto de partida de su análisis funcionan como disparadores de polémicas, que concluyen en una decidida oposición hacia aquéllas por parte de nuestro autor. En este sentido, puede decirse que la teoría analítica jurídica (*analytical jurisprudence*), el positivismo y algunos rasgos del utilitarismo anglosajón, constituyen los paradigmas teóricos que Hart considera apropiados para el sostenimiento de sus afirmaciones acerca del dere-

⁶ Hart, Herbert L. A., *Crítica del libro de A. Hägerström. Inquiries into the nature of law and morals*, "Philosophy", n° 30, 1955, p. 369 a 373.

⁷ Hart, Herbert L. A., *Scandinavian realism*, "Cambridge Law Journal", 1959, p. 162 y siguientes.

⁸ Hart, Herbert L. A., *Kelsen visited*, "UCLA Law Review", n° 10, 1963, p. 709 a 728; *Kelsen's doctrine of unity law*, en Munitz, M. K. - Kiefer, H. E., "Ethics and social justice", Albany, State University of New York Press, 1968-1970, p. 171 a 199.

⁹ Hart, Herbert L. A., *Beccaria and Bentham*, en "Atti del Convegno Internazionale su Cesare Beccaria", Turin, Academia delle Scienze di Torino, "Memorials of the Academy Series", n° 4-9, 1966. Sobre Bentham, en particular, Hart escribió siete trabajos, además de los libros reseñados con anterioridad.

¹⁰ Hart, Herbert L. A., *Natural rights: Bentham and J. S. Mill*, "New York Review of Books", vol. XXVII, 1980.

¹¹ Hart, Herbert L. A., *Utilitarianism and natural rights*, "Tulane Law Review", n° 53, 1979, p. 663 a 680; *Between utility and rights*, en A. Ryan (ed.), "The idea of freedom", Oxford, Oxford University Press, 1979, p. 77 a 98.

¹² Hart, Herbert L. A., *Ihering's heaven of concepts and modern analytical jurisprudence*, en "Ihering's Erbe", Göttingen, Vandenhoeck and Ruprecht, 1970, p. 68 a 70.

¹³ Hart, Herbert L. A., *Introduction to "The province of jurisprudence determined" de J. Austin*, London, Weindenfeld and Nicholson, 1954, p. VII a XXI; Austin, John, *Encyclopedia Britannica*, 15ª ed., 1974, vol. II, p. 772 y 773.

¹⁴ Hart, Herbert L. A., *Bentham and the United States of America*, "The Journal of Law and Economics", vol. XIX, 1976, p. 547 a 567; *American jurisprudence through english eyes: the nightmare and the noble dream*, "Georgia Law Review", n° 11, 1977, p. 969 a 989.

¹⁵ Hart, *Utilitarianism and natural rights; El nuevo desafío al positivismo jurídico*, tr. L. Hierro, F. Laporta y J. R. de Páramo, "Sistema", n° 36, 1980, p. 3 a 18.

¹⁶ Hart, Herbert L. A., *Comment (to Dworkin, R.; Legal theory and the problem of sense)*, en Gavison, R. (ed.), "Issues in contemporary legal philosophy. The influence of H. L. A. Hart", Oxford, Clarendon Press, 1987, p. 35 a 42; *Post Scriptum*, compilado por Rodríguez, César en "La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin", Universidad de los Andes, Siglo del Hombre, 1996, p. 89 y siguientes.

cho¹⁷. Mas, al propio tiempo, su obra ha sido el resultado de un manifiesto rechazo hacia perspectivas positivistas determinadas, tales como la concepción imperativista del derecho de Austin (1790-1859)¹⁸ y los postulados iusfilosóficos de Kelsen (1881-1973)¹⁹. Ahora bien, no obstante la riqueza teórica del maestro, a los fines de este estudio preliminar, nos abocaremos al análisis de los aspectos centrales de su posición, contenidos en *El concepto de derecho* y el *Post Scriptum*.

Así, pues, volviendo a la cuestión vinculada con las perspectivas filosóficas que le sirven de referencia, es obvio, reconoce Hart en el prefacio a la edición inglesa de *El concepto de derecho*, que tengo una enorme deuda frente a otros autores; en verdad buena parte del libro se ocupa de las deficiencias de un modelo simple de sistema jurídico, construido según las líneas de la teoría imperativista de Austin²⁰. En efecto, señala Hart más adelante, su obra está destinada a refutar básicamente la pretensión de que la clave para comprender el derecho ha de hallarse en la noción simple de orden respaldada por amenazas, que el propio Austin denominó mandato (*command*)²¹. Es por ello que el profesor anglosajón, destina tres capítulos de su obra más difundida²², a los fines de elaborar una propuesta teórica en torno a los componentes del derecho y a su dinámica.

Propuesta que, por lo demás, termina alineándolo dentro de un positivismo que él mismo califica de “suave”²³.

Dentro de este esquema de trabajo interpretativo, tres preguntas recurrentes, dice Hart, se manifiestan con persistencia en la teoría jurídica:

- 1) ¿En qué se diferencia el derecho de las órdenes respaldadas por amenazas y qué relación tiene con ellas?
- 2) ¿En qué se diferencia la obligación jurídica de la obligación moral y qué relación tiene con ella?

¹⁷ Robles, Gregorio, *Hart: algunos puntos críticos*, “Doxa”, n° 21-II, Alicante, 1998, p. 371 a 402.

¹⁸ La obra que Hart básicamente considera de J. Austin es *The province of jurisprudence determined* publicada por primera vez en 1832, de acuerdo al profesor J. G. Riddall, *Teoría del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1999, p. 34 y siguientes. La teoría de Austin no tuvo gran repercusión durante su vida. De hecho, las clases que impartía en la Universidad de Londres desde 1825 no eran muy concurridas, razón por la cual, en 1835, renuncia a su cargo y se dedica a escribir. La importancia de sus ideas fue reconocida por Sir Henry Maine, historiador del derecho de Cambridge, y a partir del último cuarto del siglo XIX las concepciones de Austin se establecieron como fuerza dominante en el pensamiento jurídico inglés.

¹⁹ En este caso, Hart hace referencia a la concepción de Kelsen básicamente plasmada en: *Teoría pura del derecho* y *Teoría general del derecho y del Estado*, publicadas por primera vez en 1934 y en 1949, respectivamente.

²⁰ Hart, *El concepto de derecho*, p. XII.

²¹ Hart, *El concepto de derecho*, p. 20.

²² Nos referimos a los capítulos II a III de la obra de referencia. También puede verse su *Post Scriptum*, p. 106 y siguientes.

²³ Al respecto pueden consultarse los capítulos V a 10 de la obra citada y también, entre otros, Hernández Marín, Rafael, *Historia de la filosofía del derecho contemporánea*, Madrid, Tecnos, 1986, p. 239 y ss.; Bobbio, Norberto, *El positivismo jurídico*, tr. R. de Asís y A. Greppi, Madrid, Debate, 1998; *El problema del positivismo jurídico*, 5ª ed., tr. E. Garzón Valdés, México, Fontamara, 1997; Nino, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho*, 2ª ed., Bs. As., Astrea, 1998, p. 105 y ss.; Rodríguez, *La decisión judicial*, p. 56 y siguientes.

3) ¿Qué son las reglas y en qué medida el derecho es una cuestión de reglas?²⁴

Para desentrañar estos problemas, el profesor de Oxford recurre a dos líneas de justificación: a los postulados de la filosofía analítica, de un lado; mas, de otro, al intento por demostrar que el criterio de identificación del derecho no puede encontrarse únicamente en el hábito de obediencia del ciudadano respecto del soberano; como propone Austin. En este sentido, nuestro autor entiende que, de ser ello así, no habría manera de diferenciar las órdenes, hábitos, obediencias y amenazas que rigen la vida de los asaltantes, de las que regulan la existencia de las comunidades complejas y civilizadas. Así, pues, el iusfilósofo anglosajón concluye que, para comprender jurídicamente el concepto de obligación o mandato, es imprescindible contar en primer término con la noción de regla, toda vez que es ésta quien prevé el contenido de la orden y sus casos de aplicación. De este modo, las reglas –y no las órdenes– constituyen los componentes principales del mundo jurídico, siendo ésta su primera tesis acerca del derecho.

3. Importancia del pensamiento de Hart

El pensamiento de Hart tuvo tanta resonancia para la cultura jurídica de su tiempo que puede decirse sin temor a equivocación, que marcó el desarrollo de las líneas iusfilosóficas de la segunda mitad del siglo XX hasta nuestros días. Diversos factores han incidido sin duda en la difusión de sus teorías. Algunos de corte histórico-político, tales como el fortalecimiento de la hegemonía anglosajona y del sistema capitalista con ocasión del fin de las guerras mundiales. Otros, de impronta ideológica, derivados de la expansión y el liderazgo del desarrollo científico e ideológico de esta región y el auge de las escuelas analíticas y relativistas, en el campo epistemológico contemporáneo. Sea ello como fuere, lo cierto es que entre los años 70 y los 80 la concepción hartiana del derecho generó muy ricos debates, cuyos contenidos aún hoy perduran como campos propicios para la reflexión.

Entre las polémicas más recordadas vale, sin duda, traer a colación las que se desarrollaron en torno a las tesis de la separación, negación o integración del derecho y la moral; la interpretación judicial y el valor que puede asignársele a las decisiones jurisprudenciales que en consecuencia se adopten. Sobre estos puntos, el maestro inglés mantuvo interesantes disputas con Lord Devlin, Lon L. Fuller y Ronald Dworkin, en particular. Tan importantes fueron estas interacciones que, en algunos casos, contribuyeron a la configuración del pensamiento de sus contrincantes. En este sentido, parece muy difícil comprender, por ejemplo, el desarrollo de las tesis de Dworkin sin el contrapunto de las ideas de Hart, pues éstas influyeron no sólo en el contenido de los temas discutidos, sino también en la difusión misma de sus teorías²⁵.

²⁴ Hart, *El concepto de derecho*, p. 16.

²⁵ Hart, *Post Scriptum*, p. 89 a 135; Rodríguez, *La decisión judicial*, p. 20 y ss.; Salmerón, Fernando, *Sobre moral y derecho. Apuntes para la historia de la controversia Hart-Dworkin*, en Vázquez, Rodolfo (comp.), "Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo", Barcelona, Gedisa, 1998, p. 80 y ss.; Nino, *Introducción al análisis del derecho*, p. 424 y siguientes.

Uno de los primeros debates en ser difundido fue el que mantuvo el profesor Hart con Lord Patrick Devlin, en la década del sesenta. La polémica se originó en torno al contenido del informe elaborado por la Comisión Wolfenden. Este organismo había sido creado en 1957 por el gobierno británico, con el propósito de resolver el problema de la conveniencia o inconveniencia de descriminalizar los comportamientos homosexuales y la prostitución²⁶. La Comisión, fiel a la tradición liberal anglosajona, entendió oportuno pronunciarse en favor de la desregulación de ambas actividades, sosteniendo básicamente que no son de incumbencia del Estado las actividades privadas realizadas entre adultos que consienten a ellas²⁷. De allí se derivó una interesante disputa de corte iusfilosófico respecto de la posibilidad que puede otorgársele al derecho para imponer una moral determinada. Sus protagonistas principales fueron, precisamente, Devlin y Hart. El primero se mostró a favor, el segundo, en contra²⁸. Por lo demás, resulta notable observar que la labor de esta Comisión coincidió precisamente con los inicios de la “revolución sexual europea” que desencadenó el fenómeno del mayo francés en 1968.

El segundo núcleo de controversias importante que mantuvo el profesor Hart está referido al problema de la demarcación del derecho y la moral y, sobre el mismo, debatirán tanto Fuller como Dworkin. El punto de partida de esta discusión puede encontrarse en un artículo que escribe Hart sobre el positivismo y la separación entre el derecho y la moral, publicado inicialmente en la *Harvard Law Review* en febrero de 1958²⁹, cuatro años antes de la edición de *El concepto de derecho*³⁰. En este texto, Hart hace especial referencia a la necesidad de separar el campo jurídico del ámbito moral.

Aunque, a causa de la textura abierta del lenguaje jurídico, termina reconociendo que el alcance de una regla de derecho puede ser mucho más amplio que el de las intenciones de los legisladores. Cuestión ésta que no resulta trivial para la dinámica jurídica, toda vez que su presencia abre las puertas al uso de la discrecionalidad judicial, en la cual la moral crítica juega, sin duda, su papel³¹.

4. Líneas iusfilosóficas principales

Cinco son los ejes temáticos sobre los cuales el profesor Hart construye su teoría del derecho. La necesidad de elaborar una concepción general del derecho (o *legal theory*).

La importancia jurídica que presenta el vínculo entre lenguaje y realidad (postulado que toma de la *Analytical jurisprudence*). La distinción entre el punto de vista

²⁶ Malem, Jorge, *La imposición de la moral por el derecho. La disputa Devlin-Hart*, en “Derecho y moral”, p. 59 y ss.; Nino, *Introducción al análisis del derecho*, p. 424 y siguientes.

²⁷ Malem, *La imposición de la moral por el derecho. La disputa Devlin-Hart*, p. 60.

²⁸ Para un análisis detallado de esta discusión puede verse: Malem, *La imposición de la moral por el derecho. La disputa Devlin-Hart*, p. 62 y siguientes.

²⁹ Hart, Herbert L. A., *Positivism and the separation of law and morals*, “*Harvard Law Review*”, vol. 71, n° 4, feb. 1958, p. 593 a 629.

³⁰ Salmerón, *Sobre moral y derecho. Apuntes para la historia de la controversia Hart-Dworkin*, p. 91 y siguientes.

³¹ Hart, *Post Scriptum*, p. 91 y ss.; Nino, *Introducción al análisis del derecho*, p. 434 y ss.; p. 436 y siguientes.

interno y el punto de vista externo, que permite observar dos problemas. De un lado, las razones prudenciales que podemos esgrimir para obedecer al derecho y, de otro, los límites entre el ámbito de actuación propio del derecho y el del campo moral. El cuarto punto de discusión está centrado en el análisis de los componentes del fenómeno jurídico. Más precisamente, trata sobre el concepto de regla y su clasificación en reglas primarias y reglas secundarias (de cambio; de adjudicación y de reconocimiento). En tanto que, por último, el maestro anglosajón aborda de lleno el problema de la demarcación entre el derecho y la moral y las relaciones que, a su juicio, presentan entre sí ambas disciplinas. A continuación, podremos observar los aspectos más salientes de las cuestiones centrales reseñadas.

a) “Legal theory”

En *El concepto de derecho* el profesor Hart manifiesta su propósito de desarrollar una teoría descriptiva del derecho que permita explicar la estructura general del pensamiento jurídico. Al propio tiempo, en esa obra señala la posibilidad de considerar sus postulados como un ensayo de sociología descriptiva³². Este aspecto de las ideas hartianas en torno a la necesidad de construir una teoría general del derecho merece sin duda destacarse, sobre todo, si recordamos la tradición altamente casuística de la iusfilosofía anglosajona³³. A título meramente ilustrativo respecto de esta cuestión vale mencionar, verbigracia, que en algunas universidades australianas aún hoy se discute la utilidad e importancia del dictado de materias que muestren perspectivas abstractas y de conjunto acerca del fenómeno jurídico³⁴.

b) Lenguaje y realidad

La segunda característica importante de la perspectiva de Hart se vincula con la adhesión manifiesta que nuestro autor expresa respecto de los postulados de la teoría jurídica analítica, o *Analytical jurisprudence*, desde los comienzos de su libro principal en la materia. En efecto, en el prefacio a la edición inglesa de *El concepto de derecho*, el profesor de Oxford se encarga de aclarar que su obra no tiene por qué ser entendida como un ensayo crítico del derecho o de política jurídica. Las razones aducidas, entre otras, descansan en el hecho de que sus tesis se refieren a problemas sobre los cuales bien puede decirse que versan sobre el significado de términos. Ciertamente, agrega más adelante, uno de los temas centrales del libro es que ni el derecho, ni ninguna otra forma de estructura social, puede ser comprendido sin una apreciación de ciertas distinciones cruciales entre dos tipos diferentes de

³² Hart, *El concepto de derecho*, prefacio a la edición inglesa, p. I. Sobre esta cuestión volverá en *Post Scriptum*, p. 91 y ss.; Páramo, *Entrevista a H. L. A. Hart*, p. 348 y siguientes.

³³ Un análisis más profundo de este aspecto de la teoría hartiana en el cual se muestran los rasgos ambiguos sobre el tema puede consultarse en: Jori, Mario, *Il metodo giuridico tra scienza e politica*, Milano, Giuffrè, 1976, cap. 4, p. 185 y siguientes.

³⁴ Me permito, en este caso, traer a colación los debates sostenidos sobre el tema en el marco de la Universidad de Melbourne, a los que tuve ocasión de acceder gracias a la posibilidad realizar una pasantía durante febrero y marzo de 2001, en el Institute for Comparative Law, School of Law, Melbourne University.

enunciados, que he denominado “internos” y “externos” y que pueden ser observados dondequiera se observan reglas sociales³⁵.

Por otra parte, recordemos también que la Escuela Analítica constituye una de las corrientes filosóficas más influyentes en la teoría jurídica actual. Subraya, en particular, que el fin de la filosofía consiste en el análisis del lenguaje, pues sólo en él pueden observarse las distintas maneras en que el ser humano percibe la realidad. Ahora bien, no obstante lo señalado, esta Escuela entiende asimismo que ningún lenguaje representa la esencia de los objetos de conocimiento, o la realidad en sí. En efecto, los lenguajes sintetizan meras convenciones generalizadas en una comunidad, acerca de lo que ésta percibe del mundo (en sentido amplio), observándose luego este consenso en las palabras empleadas en el lenguaje cotidiano o natural.

Los orígenes de esta corriente se remontan hacia las décadas de 1920-1930. Entre sus representantes históricos más importantes se destacan Schlick, Carnap, Moore, Russell y Wittgenstein. Gracias a sus contribuciones, la filosofía analítica se irá haciendo cada vez más compleja, adoptando métodos de investigación constitutivos de la lógica simbólica o lógica cuántica. Tres líneas de desarrollo se generarán desde entonces en Oxford, Cambridge y Viena, dando origen al llamado “positivismo lógico o neopositivismo”³⁶.

Dentro de este marco teórico analítico Hart propone considerar al derecho como un tipo de lenguaje, del cual pueden predicarse todas las características de los discursos naturales antes mencionados. Desde las primeras páginas de *El concepto de derecho* y en el propio capítulo VII, el iusfilósofo anglosajón nos advierte clara e ilustrativamente acerca del problema de la textura abierta que presentan los términos jurídicos. Afirma, en este sentido, que en todos los campos de experiencia, no sólo en el de las reglas, hay un límite, inherente en la naturaleza del lenguaje, a la orientación que el lenguaje general puede proporcionar. Habrá por cierto casos obvios, que aparecen constantemente en contextos similares, a los que las expresiones generales son claramente aplicables. Pero habrá también casos frente a los que no resulta claro si aquéllas se aplican o no. Por ello, continúa nuestro autor, cualquiera sea la técnica, precedente o legislación, que se escoja para comunicar pautas o criterios de conducta en algún área, resultarán ser indeterminadas; tendrán lo que se ha dado en llamar una “textura abierta”³⁷.

Así, pues, en el mundo simbólico lingüístico del derecho existen zonas de certeza y zonas de penumbra que permiten, por otra parte, catalogar a los casos como “paradigmáticos” –o estándares–; o bien, como “difíciles”, respectivamente. En este

³⁵ Hart, *El concepto de derecho*, p. I y II.

³⁶ En relación a este punto, la bibliografía es abundante. De todas formas, puede consultarse básicamente: Santos Camacho, Modesto, *Ética y filosofía analítica. Estudio histórico-crítico*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1975; Abbagnano, Nicolás, *Historia de la filosofía*, tr. J. Estelrich y J. Pérez Ballester, Barcelona, Hora, 1982, vol. 3, p. 555 y ss.; Dabove, María I., *Aproximación a la filosofía analítica desde la bioética y el bioderecho*, “Bioética y Bioderecho”, n° 3, Rosario, FIJ, 1998, p. 25 a 32; Ciuro Caldani, Miguel Á., *Panorama trialista de la filosofía del derecho en la postmodernidad*, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, n° 19, Rosario, FIJ, 1995, p. 43 y ss.; Jori, *Il metodo giuridico tra scienza e politica*, p. 190 y ss.; Glavich, Eduardo E. - Ibáñez, Ricardo R. - Lorenzo, María R. - Palma, Héctor A., *Notas introductorias a la filosofía de la ciencia*, t. I, 2ª ed., Bs. As., Eudeba, 1998, p. 41 y ss.; Robles, *Hart: algunos puntos críticos*, p. 371 y siguientes.

³⁷ Hart, *El concepto de derecho*, cap. VII, p. 157 y ss.; *Post Scriptum*, p. 95 y siguientes.

contexto, imprescindible resulta entonces la tarea de “interpretación” de los operadores, ya que ella hace posible realizar una elección entre los intereses en conflicto de la manera más satisfactoria³⁸. Dicha elección en ninguna circunstancia debe ser entendida como la “única correcta”. Es, simplemente, una de entre las diversas alternativas de solución que se advierten en los conflictos. Respuesta jurídica que, por lo demás, será considerada por un sujeto determinado como la más apropiada al litigio puntual que se intenta resolver en un campo del derecho. En palabras de Hart, la textura abierta del derecho significa que hay, por cierto, áreas de conducta donde mucho debe dejarse para que sea desarrollado por los tribunales o por los funcionarios que procuran hallar un compromiso, a la luz de las circunstancias, entre los intereses en conflicto, cuyo peso varía de caso a caso³⁹.

c) Punto de vista interno y externo

La distinción que propone Hart entre el punto de vista interno y el punto de vista externo se vincula con la pregunta en torno a los fundamentos que justifican la obediencia al derecho en general y a las reglas, en particular. ¿Tiene el ciudadano que acatar las órdenes, mandatos u obligaciones que imparte el gobernante y por qué debe hacerlo? Éstos constituyen los interrogantes centrales que se derivan de la crítica a la teoría imperativista de Austin y justifican, por otra parte, esta clasificación. En efecto, según el maestro de Oxford, la observación sociológica de estas perspectivas permite distinguir con claridad qué tipo de razones sustentan la conducta jurídica –sean éstas morales o prudenciales–, a partir de las cuales se desarrolla la convivencia. De modo tal que, descubiertas aquéllas, sabremos si los fundamentos de nuestro accionar se desarrollan en un plano moral de aceptación, o en uno estrictamente jurídico o positivo. En suma, señala Hart, si reconocemos que el derecho se compone de reglas que contienen obligaciones, es posible preguntarse acerca de las razones sobre las que descansan aquéllas. Según cuál sea el punto de vista que los ciudadanos adopten sobre las éstas, podremos inferir el grado de eficacia del sistema jurídico en cuestión.

En este sentido, Hart también advierte que es posible reconocer la presencia de diversas fuentes de legitimidad de las obligaciones jurídicas. Algunas provienen de mandatos concretos, pero otras derivan de las costumbres; es decir, de la exigencia general e insistente de una comunidad en favor de la conformidad a las reglas, y de la presión social que se ejerce sobre quienes se desvían o amenazan con hacerlo, generando en el infractor culpa, vergüenza o incomodidad. Cuando la presión es del tipo mencionado, escribe nuestro autor, podemos sentirnos inclinados a clasificar las reglas como parte de la moral social del grupo, y la obligación impuesta por ella, como obligación moral. Pero, a la inversa, cuando entre las formas de presión las sanciones físicas ocupan un lugar prominente o son usuales, aunque no estén definidas con precisión ni sean administradas por funcionarios, sino que su aplicación queda librada a la comunidad en general, estaremos inclinados a clasificar las reglas como una forma rudimentaria o primitiva de derecho⁴⁰.

³⁸ Hart, *El concepto de derecho*, p. 161.

³⁹ Hart, *El concepto de derecho*, p. 168.

⁴⁰ Hart, *El concepto de derecho*, p. 107 y siguientes.

Por otra parte, el maestro de Oxford señala asimismo que, en la vida jurídica, el punto de vista interno funciona como “guía”, o “razones”, para la acción, aceptadas por la generalidad de un grupo de individuos. En tanto que, la perspectiva externa sólo nos facilita aserciones vinculadas al papel de mero espectador del fenómeno normativo de que se trate. Así, pues, desde este lugar, sólo podremos aspirar a la facultad de predecir relativamente las consecuencias o reacciones que se derivarán de alguna situación jurídica observada. Por ello, sintetizando este punto, cabe decir que desde la perspectiva interna no hacemos otra cosa que preguntarnos si aceptamos o no las reglas vigentes. Si las asumimos, las reglas se transforman entonces en verdaderas “razones” para la acción. En caso contrario, nos situaremos en el punto de vista externo, desde el cual únicamente nos será factible realizar descripciones de acontecimientos jurídicos. Esta consecuencia descriptiva también es importante ya que sobre su contenido, será posible efectuar cálculos de utilidad –ventajas y desventajas– que se derivarían normativamente, de actuar conforme a éstas.

A causa de la existencia de estos dos puntos de vista, escribe Hart, es probable que la vida de cualquier sociedad que se guía por reglas, jurídicas o no, genere tensión entre quienes, por una parte aceptan las reglas y voluntariamente cooperan en su mantenimiento y ven por ello su conducta y la de otras personas en términos de las reglas; y quienes, por otra parte, rechazan las reglas y las consideran únicamente desde el punto de vista externo, como signos de un posible castigo. Por último, es importante subrayar también que la consideración de esta distinción permite evitar distorsiones en la comprensión del fenómeno jurídico. Quizás, expresa el propio Hart, las críticas dirigidas a la teoría austiniana podrían incluso sintetizarse, diciendo que la perspectiva predictiva de la obligación niega la existencia del punto de vista interno⁴¹.

d) Componentes del derecho. Reglas primarias y secundarias

Según el iusfilósofo anglosajón, el mundo jurídico se compone básicamente de dos tipos de reglas: primarias y secundarias. Las reglas primarias son aquellas que imponen “deberes”, ya sean éstos positivos o negativos, a los individuos de una comunidad. Fundan, en suma, la estructura normativa, estableciendo las obligaciones y cargas a las que debe ajustarse un sujeto para que actúe en el marco legal. Las reglas secundarias, por su parte, otorgan “potestades” –públicas o privadas–, a los operadores del derecho. De modo tal que, gracias a su participación, las personas adquieren capacidad para crear, modificar, transferir o extinguir efectos contenidos en las normas del primer grupo. Por ello puede decirse que, estas reglas secundarias, hacen referencia a la dinámica del sistema normativo y a su capacidad de adaptación, respecto de necesidades sociales en constante mutación.

El desarrollo de estos dos grupos de reglas es muy significativo para el derecho porque, según Hart, nos permiten saber cuándo estamos frente a sociedades poco evolucionadas, o bien, frente a comunidades modernas. En efecto, el profesor Hart entiende que los pueblos primitivos se caracterizan en particular, por el hecho de contar con un orden jurídico constituido exclusivamente por reglas primarias. Estas

⁴¹ Hart, *El concepto de derecho*, p. 112 y siguientes.

reglas se erigen sobre la base de costumbres ancestrales, arraigadas en el grupo; razón por la cual, el campo jurídico que establece con su consagración formal será “inelástico y conservador”. Las sociedades modernas, en cambio, sólo aparecen cuando han sido capaces de generar reglas de ambos tipos (primarias y secundarias). De modo tal que, sus integrantes intervienen activamente en la construcción del ámbito normativo. Son, por tanto, comunidades más complejas que las anteriores, dinámicas y de vanguardia.

Así, pues, avanzando en los aspectos precedentes, Hart afirma también que en las sociedades poco desarrolladas el derecho adolece, al menos, de tres defectos: falta de certeza, carácter estático de las normas e ineficaz sistema de presión social respecto del cumplimiento de las obligaciones que las reglas primarias contienen⁴². Son precisamente estas inconsistencias las que sustentan la necesidad de desarrollar herramientas jurídicas que las subsanen, dando así origen a la existencia de tres categorías específicas de reglas secundarias, correlativas a los defectos previamente enunciados: las reglas de reconocimiento, de cambio y de adjudicación. La presencia de este conglomerado normativo resulta sumamente relevante pues, como vimos, otorgan a las comunidades carta de ciudadanía en la categoría de las sociedades jurídicamente maduras. Veamos ahora brevemente, las características principales de cada una de ellas.

La regla de reconocimiento se configura a fin de paliar la falta de certeza respecto de las normas vigentes otorgando, precisamente, los criterios de validez del sistema de referencia. Por ello, permite detectar las características de una norma para saber si pertenece o no al campo del derecho. En suma, la regla de reconocimiento determina el concepto mismo de “regla o norma jurídica”⁴³. Ahora bien, no obstante esta peculiaridad, la regla de reconocimiento en nada se asemeja a la idea de “norma hipotética fundamental” sostenida por Kelsen. Entre otras razones, porque aquélla sólo aparece cada vez que en la práctica jurídica los operadores identifican, en forma generalizada, una serie de características consideradas –por ellos mismos– como constitutivas del campo del derecho.

Estas consideraciones, dice Hart, hacen que esta regla sólo exista como una práctica compleja, pero normalmente concordante, de los tribunales, funcionarios y particulares, al identificar el derecho por referencia a ciertos criterios. Su existencia, pues, es una cuestión de hecho⁴⁴.

Esta manera de entender la regla de reconocimiento resulta, al parecer, muy significativa, porque permite identificar al derecho positivo con parámetros independientes de la moral. En efecto, la regla en cuestión pone a prueba el linaje o pedigree de las fuentes del derecho, acudiendo a los criterios de admisión efectivamente

⁴² Hart, *El concepto de derecho*, p. 114 y siguientes.

⁴³ Al respecto, Rodríguez, *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, p. 48, señala: A lo largo de *El concepto de derecho*, Hart llama “reglas jurídicas” a las normas identificables mediante la regla de reconocimiento. De este modo, cabe inferir que la teoría hartiana no distingue entre principios y reglas. Así, por ejemplo, en Hart, *El concepto de derecho*, p. 129 puede leerse lo siguiente: “Decir que una determinada regla es válida es reconocer que ella satisface todos los requisitos establecidos en la regla de reconocimiento y, por tanto, que es una regla del sistema”. Sobre la regla de reconocimiento también puede consultarse: Guibourg, Ricardo, *Hart, Bulygin y Ruiz Manero: Tres enfoques para un modelo*, “Doxa”, n° 14, Alicante, 1993, p. 429 a 434.

⁴⁴ Hart, *El concepto de derecho*, p. 137; *Post Scriptum*, p. 100 y siguientes.

utilizados por los sujetos que componen las relaciones jurídicas. De manera que, son esos hechos, y no las especulaciones lógicas o axiológicas, los que necesariamente indican el contenido concreto del ordenamiento normativo. En suma, la última regla de reconocimiento, la más importante, será, en palabras del profesor Peces Barba, un puro hecho fundante básico⁴⁵.

Las reglas de cambio, por su parte, permiten corregir el carácter estático propio de las reglas primarias, ya que facultan a los individuos o a las instituciones a introducir nuevas reglas primarias para la conducción de la vida del grupo, o de alguna clase de hombres que forman parte de él, y a dejar sin efecto las reglas anteriores⁴⁶. El desenvolvimiento de estas reglas hace factible la creación, modificación y derogación de normas jurídicas en términos simples o complejos. Al tiempo que, este desarrollo, habilita la concesión de potestades de todo tipo para el cumplimiento de aquellos cometidos⁴⁷. Por otra parte, Hart admite también que entre la regla de reconocimiento y las de cambio se establece una estrecha relación interactiva, que hace que el sistema adquiera dinamismo.

El último grupo de normas secundarias lo constituyen las denominadas reglas de adjudicación. De acuerdo al profesor anglosajón, estas reglas contribuyen a remediar el problema de la penalización difusa, que se deriva de los insuficientes mecanismos de presión social, propios de las sociedades primitivas. Su cometido consiste, entonces, en otorgar poder sancionatorio, estableciendo quiénes pueden ejercerlo, cómo lo deben hacer y en qué marco institucional. Las reglas de adjudicación, subraya Hart, no imponen deberes sino que confieren potestades jurisdiccionales y acuerdan un estatus especial a las declaraciones judiciales relativas a la transgresión de obligaciones, dentro de un marco de relativa discrecionalidad⁴⁸. Ahora bien, no obstante esta especificidad, las reglas de adjudicación comparten algunas de las características observadas en las otras reglas. Así, por ejemplo, al igual que las anteriores, estas reglas producen conceptos jurídicos muy importantes tales como: el de juez, tribunal, jurisdicción y sentencia y permiten poner en marcha un sistema jurídico de mayor complejidad⁴⁹.

Todos los componentes jurídicos reseñados, nos dice Hart, a su vez, se relacionan entre sí indefectiblemente, dando lugar a un ordenamiento normativo abierto y flexible.

Así, por ejemplo, los vínculos generados entre las reglas de adjudicación y las de reconocimiento muestran con especial claridad este fenómeno. En este punto, el maestro anglosajón llega incluso a admitir que las reglas antedichas no son otra cosa que dos caras de un mismo problema, dado que la regla que confiere jurisdicción

⁴⁵ Peces Barba, Gregorio, *Derecho positivo de los derechos fundamentales*, Madrid, Debate, 1987; *Escritos sobre derechos fundamentales*, Madrid, Eudema, 1988; *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Madrid, Eudema, 1991; *Derecho y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993; Peces Barba, Gregorio - Fernández, Eusebio - De Asís Roig, Agustín, *Curso de teoría del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2000.

⁴⁶ Hart, *El concepto de derecho*, p. 119.

⁴⁷ Dice Hart que los actos que tales reglas hacen posible son el otorgamiento de testamentos, la celebración de contratos, y muchas estructuras de derechos y deberes creadas voluntariamente, que tipifican la vida bajo el derecho (*El concepto de derecho*).

⁴⁸ Hart, *El concepto de derecho*, p. 120; *Post Scriptum*, p. 135 y siguientes.

⁴⁹ Hart, *El concepto de derecho*, p. 120 y siguientes.

es también una regla de reconocimiento, que identifica a las reglas primarias a través de las decisiones de los tribunales, y estas decisiones se convierten en una “fuente” de derecho⁵⁰.

Como puede observarse, la perspectiva dinámica del profesor Hart muestra a las claras que su teoría responde al esquema jurídico anglosajón, dentro del cual, el precedente resulta la herramienta central para la construcción del derecho. En suma, si recapitulamos, continúa el profesor anglosajón, y consideramos la estructura que ha resultado de la combinación de las reglas primarias de obligación con las reglas secundarias de reconocimiento, cambio y adjudicación, es obvio que tenemos aquí, no sólo la médula de un sistema jurídico, sino una herramienta muy poderosa para el análisis de mucho de lo que ha desconcertado tanto al jurista como al teórico de la política⁵¹.

e) Distinción entre derecho y moral

El último punto sobre el cual Hart desarrolla su teoría es el referido al plano de justificación valorativa del derecho. Para poder llevar a cabo sus reflexiones, nuestro autor se pregunta si existe una conexión necesaria y central entre el derecho y la moral, de la cual pueda derivarse alguna tesis que afirme la inclusión de la justicia entre los elementos esenciales del mundo jurídico. A Hart no se le escapa la complejidad de esta cuestión y la rica historia iusfilosófica que la acompaña. Por ello, comienza su análisis repasando los argumentos principales de las posturas iusnaturalistas que contestan positivamente al interrogante anterior. En *El concepto de derecho*, Hart destina dos capítulos a su tratamiento⁵², y retoma esta discusión en el *Post Scriptum*⁵³. Veamos ahora, brevemente, la posición adoptada por el filósofo inglés en torno a esta problemática.

De acuerdo a la teoría hartiana, es posible reconocer la existencia de vinculaciones entre el derecho y la moral. Pero, estas relaciones no tienen por qué ser comprendidas con criterio uniforme y mucho menos, en términos esencialistas. Para dar cuenta de esta posición, el profesor Hart analiza los argumentos principales de las perspectivas iusnaturalistas, que sí afirman el carácter necesario y central del vínculo entre derecho y moral, observando que, ni siquiera ellos se salvan de padecer el problema de la textura abierta del lenguaje normativo. La historia misma de estas líneas iusfilosóficas, advierte Hart, da cuenta de la diversidad de interpretaciones que aquéllas le han otorgado a las palabras, “moral”, “derecho” y “necesario”. De manera que el maestro de Oxford se ve forzado a concluir que, entre el derecho y la moral, sólo pueden admitirse conexiones “contingentes”⁵⁴.

Nuestro autor no niega, en definitiva, que las normas jurídicas puedan tener un contenido moral. No obstante, sí rechaza la posibilidad de considerar este hecho como un síntoma que corrobore la tesis partidaria de reconocer en la moral a la fuente principal del mundo jurídico. Así, pues, para nuestro iusfilósofo, la expresión “el derecho injusto es igualmente derecho”, debe ser entendida en toda la extensión

⁵⁰ Hart, *El concepto de derecho*.

⁵¹ Hart, *El concepto de derecho*.

⁵² Hart, *El concepto de derecho*, cap. VIII, p. 193 a 228; cap. I, p. 229 a 263.

⁵³ Hart, *Post Scriptum*, p. 130 a 141.

⁵⁴ Hart, *El concepto de derecho*, p. 229 y siguientes.

de sus términos. De manera tal que, en caso de estar en presencia de alguna fuente formal contraria a la moral, no se abriría la posibilidad jurídica de violar la obligación de obedecer al derecho⁵⁵.

Ahora bien, admitida la vinculación “abierta” entre el derecho y la moral, Hart se ve compelido a desarrollar el análisis de otras tres cuestiones, estrechamente asociadas con aquella. En este sentido, el profesor inglés manifiesta la necesidad de realizar tres tipos de distinciones conceptuales: 1) la diferenciación entre moral y justicia; 2) la demarcación entre reglas morales y reglas jurídicas; 3) la determinación de la función del derecho natural en el campo jurídico y el reconocimiento de un contenido mínimo del mismo.

La distinción entre moral y justicia aparece con nitidez, según Hart, cuando se reconoce que el campo de la moral es genérico y amplio, en tanto que el de la justicia es específico o particular. La justicia –escribe el maestro–, constituye un segmento de la moral que no se refiere primariamente a la conducta individual, sino a las formas cómo son tratados “clases” de individuos. Es, por ello, la más pública y la más jurídica de las virtudes. Pero, los principios de justicia no agotan la idea de moral; y no toda crítica del derecho hecha sobre fundamentos morales es formulada en nombre de la justicia⁵⁶.

Desde esta perspectiva, pues, es posible hablar de la justicia en los términos aristotélicos de distribución (justicia distributiva) o compensación (justicia correctiva). Cabe referirnos a la justicia como equidad o bien común. Así como también es factible diferenciar entre la justicia legal (relativa a concreción formal de la igualdad ante la ley) y la justicia en la aplicación de las normas (es decir, la justicia del caso concreto)⁵⁷.

Para resolver el problema de la demarcación entre normas morales y jurídicas Hart, por otra parte, acude a los argumentos esgrimidos para diferenciar a las sociedades primitivas de las modernas. Al respecto recordemos que, según este enfoque, las primeras se caracterizan por contar con reglas primarias únicamente y las segundas, por haber sido capaces de desarrollar un conglomerado normativo más complejo, generador de reglas de reconocimiento, de cambio y de adjudicación. Por ello, Hart no duda en afirmar que en las comunidades primitivas sólo rigen reglas morales; en cambio, en las otras, reglas jurídicas.

Sentada esta distinción evolutiva, a continuación nuestro autor, procede a determinar cuáles son las características formales que definen a cada grupo normativo. Realizaremos un repaso muy sucinto de ellas.

a) *Importancia*. El cumplimiento de las normas morales siempre es considerado vital por el grupo, a diferencia de lo que sucede en el campo de las reglas jurídicas⁵⁸.

b) *Inmunidad al cambio deliberado*. Las reglas morales no pueden ser implantadas, modificadas o eliminadas con facilidad por la acción humana deliberada. Como contraposición, las reglas jurídicas sí pueden serlo dado que cuentan con nor-

⁵⁵ Hart, *El concepto de derecho*, p. 193 y ss.; Lorenzo, *El concepto de derecho y las relaciones entre derecho y moral en H. L. A. Hart*, p. 4 y siguientes.

⁵⁶ Hart, *El concepto de derecho*, p. 208 y siguientes.

⁵⁷ Hart, *El concepto de derecho*.

⁵⁸ Hart, *El concepto de derecho*, p. 215 y siguientes.

mas específicas que determinan el contenido y el procedimiento a seguir (verbigracia, las reglas de cambio)⁵⁹.

c) *Carácter voluntario de las transgresiones morales.* La violación de las reglas morales sólo genera responsabilidad si se actúa con la intención expresa de actuar en su contra. Sin embargo, ello no es necesariamente así entre las reglas jurídicas. En este campo, se suelen admitir criterios objetivos de responsabilidad⁶⁰.

d) *La forma de presión moral.* Dado que las reglas morales se refieren a los aspectos internos de las conductas, generan en consecuencia un sistema peculiar de presión social, basado en el desarrollo de fuertes sentimientos negativos de culpabilidad (o remordimientos). En las reglas jurídicas, la presión social se ejerce mediante el uso de la fuerza sancionadora, por parte de algún organismo estatal⁶¹.

El tercer problema que el profesor anglosajón aborda en este ámbito de discusión, como ya anunciamos, es el referido a la función del derecho natural en el campo jurídico y a la posible admisión de un contenido mínimo para él. Sobre este tema, Hart claramente admite la función crítica de la moral respecto del contenido del derecho positivo. Por ello observa que no puede discutirse seriamente que el desarrollo del derecho, en todo tiempo y lugar, ha estado de hecho profundamente influido tanto por la moral convencional y los ideales de grupos sociales particulares, como por formas de crítica moral esclarecida. Pero, de esta interacción no puede inferirse lícitamente que la validez del derecho esté condicionada por el contenido de aquellas exigencias morales⁶².

Así, pues, establecida la separación conceptual entre derecho y moral y la histórica influencia de esta última sobre la primera, Hart se aboca a la tarea de esbozar algunas ideas que puedan servir para identificar el contenido mínimo de aquellas exigencias no positivadas o de derecho natural. Estos principios son los siguientes: vulnerabilidad humana; igualdad aproximada; altruismo limitado; recursos limitados; comprensión y fuerza de voluntad limitadas⁶³. Para Hart, es claro que todos ellos constituyen verdades tan simples que nos develan el núcleo de buen sentido que hay en la doctrina del derecho⁶⁴. Su influencia, incluso, puede ser observada en el uso que los operadores del sistema hacen de los mismos en las tareas de elaboración de normas (por parte de legisladores y jueces), en la interpretación fundante de las decisiones judiciales, en la crítica del derecho proveniente de la doctrina y en su resistencia⁶⁵. No obstante, reitera, el desconocimiento de estos criterios morales no invalida la pretensión de admitir como jurídica cualquier regla que así sea reconocida por el sistema⁶⁶. No es lícito pensar, señala Hart, que un sistema jurídico “tiene que” exhibir alguna concordancia específica con la moral o con la justicia, o “tiene que” apoyarse en una convicción ampliamente difundida de que hay una obli-

⁵⁹ Hart, *El concepto de derecho*, p. 217 y siguientes.

⁶⁰ Hart, *El concepto de derecho*, p. 220 y siguientes.

⁶¹ Hart, *El concepto de derecho*, p. 222 y siguientes.

⁶² Hart, *El concepto de derecho*, p. 229 y ss.; *Poscriptum*, p. 130 y siguientes.

⁶³ Hart, *El concepto de derecho*, p. 239 y siguientes.

⁶⁴ Hart, *El concepto de derecho*, p. 245.

⁶⁵ Hart, *El concepto de derecho*, p. 250 y ss.; *Poscriptum*, p. 123 y siguientes.

⁶⁶ En este punto, nos remitimos a lo ya analizado, en el apartado referido a las reglas de reconocimiento.

gación moral de obedecerlo⁶⁷. Por esta razón, el propio maestro anglosajón se ha encargado de calificar a su teoría como expresión de un tipo de positivismo suave⁶⁸.

5. Perspectiva tridimensional

La comprensión del derecho desarrollada por el maestro Hart presenta puntos de conexión y de diferenciación con los postulados de la teoría trialista de Goldschmidt y Ciuro Caldani, que nos sirve de referente en este trabajo. Así, pues, al hilo del trialismo mencionado, el derecho es concebido como un fenómeno complejo, constituido por hechos o conductas, adjudicatarias de potencia e impotencia (repartos y distribuciones), normas y valores, entre los cuales se destaca la justicia de modo particular⁶⁹. Cada uno de estos elementos, a su vez, puede ser estudiado en forma aislada (enfoque micro-jurídico); o bien, de manera conjunta (enfoque macro-jurídico). En tanto que, además, cabe la posibilidad de abordar el fenómeno jurídico desde una óptica estática y dinámica.

Para la perspectiva hartiana, según hemos observado, el derecho se constituye y funciona al hilo de una relación circular entre lo que el trialismo denominaría, los elementos sociológicos y los componentes normológicos del mundo jurídico. En efecto, tal como puede recordarse, para el maestro de Oxford existe una vinculación muy estrecha entre el concepto de “regla” y el de “hábitos generalizados” entre los operadores del sistema jurídico. Al punto que esta conexión se manifiesta con claridad, por lo menos, en dos situaciones: frente a las reglas de reconocimiento y respecto del punto de vista interno y externo que la sociedad o los individuos adopten respecto del ordenamiento normativo en su conjunto.

Estos rasgos característicos de la comprensión hartiana del derecho se corresponden, a mi parecer, con el análisis trialista del orden de las adjudicaciones, o conjunto de hechos constitutivos del fenómeno jurídico. Así, pues, desde esta óptica macro jurídica el trialismo señala que la vida del derecho se desenvuelve al hilo de una serie de hechos llamados adjudicaciones, que pueden mostrarse concatenadas entre sí, dando lugar a un verdadero orden; o no, generando situaciones de desorden sociológico. El trialismo señala también que, en el derecho, suelen observarse dos maneras de ordenar aquellas adjudicaciones. Una, voluntaria y previsible, constitutiva de una planificación. La otra, espontánea y consuetudinaria, denominada ejemplaridad. En el desorden, en cambio, las adjudicaciones se vinculan anárquicamente, sin que respondan a costumbres, a criterios de reparto previamente estable-

⁶⁷ Hart, *El concepto de derecho*, p. 229.

⁶⁸ Hart, *Post Scriptum*, p. 106 y ss.; *El concepto de derecho*, p. 229 y siguientes.

⁶⁹ Si pasamos revista a lo que en la vida cotidiana suele llamarse “lo jurídico”, nos encontramos en primer lugar, con una congerie de conductas llevadas a cabo por jueces, secretarios, funcionarios del ministerio público, abogados, etc., y por cualquier habitante del país, en segundo lugar, nos enteramos de lo jurídico cuando estudiamos los códigos del país y el sinfín de manuales y tratados dedicados a su análisis; en tercer lugar, conductas y normas nos conmueven, sea que su justicia nos complazca y reconforte, se que su injusticia nos indigne o subleve. Goldschmidt, Werner, *Introducción filosófica al derecho*, 6ª ed., Bs. As., Depalma, 1987, p. 8 y ss.; Ciuro Caldani, Miguel A., *Panorama trialista de la filosofía del derecho en la posmodernidad*, “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, n° 20, 1997; *Lecciones de historia de la filosofía del derecho*, Rosario, FIJ, 1994; *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología jurídica*, Rosario, FIJ, 2000.

cidos, o a decisiones que provengan del ejercicio del poder o de la autonomía de la voluntad⁷⁰.

En este contexto, entonces, parecen existir similitudes entre la comprensión trialista de la ejemplaridad y la planificación y el concepto de regla de reconocimiento. Así como también, pueden encontrarse semejanzas entre el punto de vista externo y externo, asociando el primero al orden horizontal y espontáneo de la ejemplaridad en tanto que, el segundo, a los planes verticales que se imponen desde quienes detentan la posibilidad de ejercer algún grado de poder.

Las diferencias más importantes, en cambio, aparecen a la hora de advertir la falta de un análisis micro-sociológico sistemático del campo jurídico, en la teoría del profesor Hart. En ese sentido resulta interesante recordar que, para la teoría trialista, la dimensión sociológica del derecho se estructura y funciona en base al despliegue de dos tipos de adjudicaciones. Las conductas intersubjetivas, denominadas repartos, y el desenvolvimiento de hechos provenientes de la naturaleza, el azar o de las influencias humanas difusas, llamadas distribuciones⁷¹. Cada una de ellas, a su vez, puede ser estudiada apelando a los elementos que las configuran (repartidores, beneficiarios, objeto, forma, razones, clases y límites), de manera tal que, al final, salen a la luz datos asociados a la dinámica del mundo jurídico. Por ello, acercando las dos perspectivas, podría decirse que el concepto de reparto constituiría la base teórica para la comprensión sociológica de las reglas de cambio y de adjudicación, propuestas por el profesor anglosajón.

Otros elementos ricos para el análisis comparativo, los encontramos en la dimensión normológica del derecho. En este caso, la teoría trialista considera que el mundo jurídico se compone de normas, imperativos y fuentes, descriptivos de los repartos y las distribuciones consideradas en la perspectiva anterior⁷². Sin embargo, para Hart, el mundo jurídico se constituye en forma completa cada vez que advirtamos la presencia de dos tipos de reglas: las primarias y las secundarias (de cambio, adjudicación y reconocimiento). En ningún caso se refiere al concepto de norma y al problema de su estructura, que sí es abordado por la perspectiva de Goldschmidt. En efecto, para el trialismo, la norma es una “construcción teórica”, elaborada con los datos aportados por las fuentes del derecho (materiales o formales). Razón por la cual, creo, Goldschmidt puede sostener que la norma describe e integra la realidad social, sin predicar estas funciones para las reglas o preceptos legales que le sirven de referente (leyes, decretos, sentencias, hechos y actos jurídicos)⁷³.

Por otra parte, según el trialismo, las normas y fuentes del derecho pueden presentarse de manera ordenada, dando origen al ordenamiento normativo; o bien, desordenada, dando lugar al reconocimiento de lagunas o carencias normativas. Cuando el ordenamiento normativo es completo y autosuficiente, permite consolidar un sistema jurídico⁷⁴; mientras que, la situación contraria nos coloca ante un mero

⁷⁰ Goldschmidt, *Introducción filosófica al derecho*, p. 87 y siguientes.

⁷¹ Ambas constituyen la categoría de las adjudicaciones. Goldschmidt, *Introducción filosófica al derecho*, p. 47 y siguientes.

⁷² Goldschmidt, *Introducción filosófica al derecho*, p. 195 y siguientes.

⁷³ Para profundizar en esta temática puede consultarse Goldschmidt, *Introducción filosófica al derecho*, p. 195 y siguientes.

⁷⁴ La codificación es la materialización de la idea de sistema jurídico. Goldschmidt, *Introducción filosófica al derecho*, p. 323 y siguientes.

orden jurídico⁷⁵, dependiente de la actividad legislativa. En este sentido cabe recordar que, para el profesor anglosajón, los ordenamientos se diferencian entre sí por su capacidad de producir reglas secundarias, específicamente.

Ahora bien, como decíamos al inicio de este apartado, para el legalismo el derecho se compone de realidad social (adjudicaciones), normas y valores. Motivo por el cual, es necesario reconocer en este marco, la presencia de un último aspecto constitutivo de lo jurídico: la dimensión deontológica, referida a la justicia, en especial, y a los valores, en general. Es aquí, pues, donde tienen lugar los elementos más disímiles entre ambas teorías.

Para Hart, según vimos en el desarrollo anterior, lo axiológico forma parte sólo del campo moral. Aunque, admite a renglón seguido, que éstos pueden incorporarse al derecho a través de los “usos” que de ellos realicen sus operadores, a causa de la textura abierta del lenguaje jurídico. El legalismo, en cambio, admite la presencia de valores en el ámbito jurídico al entender que, las normas y los hechos, plasman criterios de justicia, construidos por la sociedad de referencia.

Así, pues, recogiendo la tradición del liberalismo filosófico y el igualitarismo político de nuestra cultura jurídica, Goldschmidt propone un principio de justicia “abierto”, para las conductas y normas jurídicas. Este criterio axiológico consiste, básicamente, en asegurar una esfera de libertad para que cada individuo pueda desarrollar sus planes de vida, sus proyectos, en suma, se personalice, sin afectar el ámbito de libertad de los demás⁷⁶. Pero, este principio orientador, debe ser comprendido en un marco posible de variaciones en su contenido; dado que, según el profesor Ciuro Caldani, el concepto de justicia no es más que el resultado de construcciones valorativas diversas, sostenidas en el tiempo por una comunidad⁷⁷.

Finalizando ya con este análisis comparativo, me gustaría señalar además que, la integración de los tres componentes del fenómeno jurídico (adjudicaciones, normas y valores) se manifiesta con claridad, a la hora de analizar la perspectiva dinámica del derecho, constitutiva del problema del funcionamiento de las normas y el ordenamiento.

Para Goldschmidt esta problemática podía comprenderse en forma sistemática, mediante la labor de interpretación; determinación y elaboración, si fuesen necesarias; como así también, a través de la puesta en marcha de la etapa de aplicación⁷⁸. No obstante, en este plano merece destacarse en particular, la incorporación de la tarea del reconocimiento de las fuentes aplicables al caso, realizada por Ciuro Caldani en clara referencia a la teoría de Hart⁷⁹.

⁷⁵ La recopilación es la materialización del orden jurídico.

⁷⁶ Goldschmidt, *Introducción filosófica al derecho*, p. 439 y siguientes.

⁷⁷ Ciuro Caldani, *Metodología jurídica*, p. 77 y siguientes.

⁷⁸ Goldschmidt, *Introducción filosófica al derecho*, p. 251 y ss.; Ciuro Caldani, *Metodología jurídica*, p. 76 y siguientes.

⁷⁹ Ciuro Caldani, *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas*, p. 18 y siguientes.

6. Conclusiones

La teoría del derecho del profesor Hart constituye, sin dudas, uno de los aportes más ricos y significativos para la cultura jurídica de este tiempo. Tanto es así que, según hemos recordado, sus ideas dieron ocasión para el desarrollo de múltiples debates que permitieron ampliar las fronteras de trabajo de la filosofía del derecho occidental. Sus reflexiones relativas a la textura abierta del lenguaje jurídico, la distinción entre reglas primarias y secundarias, y su clasificación en reglas de cambio, adjudicación y reconocimiento, han contribuido vigorosamente a la comprensión de los diversos tipos de sistemas jurídicos y su dinámica. Así como también lo han hecho, sus ideas en torno a la interpretación de las fuentes del derecho y su teoría relativa al problema de la demarcación entre derecho y moral.

Por ello, y más allá de cualquier diferencia iusfilosófica que consideremos necesario sustentar como las reseñadas en torno a la teoría trialista del mundo jurídico, vale la pena reconocer en las ideas de Hart, las características propias de la obra de un verdadero maestro: coherencia de criterio, espíritu abierto y caminos de investigación vanguardistas.

© Editorial Astrea, 2015. Todos los derechos reservados.

