

Glosas, en claves de criticismo realista, para aquilatar el iusnormativismo «suave» de H. L. A. Hart

Enrique P. Haba *

The field of Law reaches both forward and back from the Substantive Law of school and doctrine.

En su intento por «reconstruir racionalmente» el trabajo intelectual de los juristas, lo que ofrecen es un modelo en apariencia muy racional, pero que no se asemeja en nada a lo que los juristas hacen cotidianamente. La «reconstrucción» parece más bien una cirugía estética¹.

No me referiré aquí a Dworkin; me parece suficiente el análisis presentado en otro sitio sobre por qué, a mi juicio, los planteamientos básicos de dicho autor no merecen ser tomados propiamente «en serio» para la disciplina especializada Teoría del Derecho². En cambio, considero que constituyen unos exámenes de singular penetración los estudios de Hart en la materia, quien en el *Post-scriptum*³ retoma unos puntos-eje de sus propios planteamientos generales básicos al respecto. Y justamente porque los exámenes de este autor son tan agudos, ¡de veras!, tanto más vale la pena poner sobre el tapete las carencias de realismo que, a mi juicio, aun estos contribuyen a consagrar. En efecto, al fin de cuentas se mantienen sujetos, ellos también, a unas preconcepciones metodológicas propias de las aproximaciones racionormativistas acerca del razonamiento jurídico.

Voy a reconsiderar uno por uno los epígrafes del *Post-scripum*, siguiendo su mismo orden, para tratar de hacer ver esas omisiones en cuanto a realismo. Pero no puedo, claro está, abordar la totalidad de los meandros argumentales suscitados allí; me concentraré en lo que constituye, si no me equivoco, las tesis centrales de Hart en la manera como se presentan recaladas ahí por él. Las iré haciendo objeto de unas acotaciones donde pongo sobre el tapete ciertos aspectos clave de los que no se puede hacer abstracción si el propósito es conocer cómo funcionan los razonamientos jurídicos *en la práctica*.

* Catedrático de la Universidad de Costa Rica | e.p.haba.m@gmail.com | enrique.haba@ucr.ac.cr

¹ Llewellyn, K.N., «Some Realism about Realism — Responding to Dean Pound», *Harvard Law Review*, n° 44, 1931, pp. 1222-1256: ahí p. 1222. C. Courtis, en Id. (Ed.), *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, Madrid, 2006: p. 14.

² Haba, E. P., «El bluff Dworkin. Su rehabilitación del no-saber en la actual Teoría del Derecho», *Criterio Jurídico*, n° 9-1, 2009, pp. 155-258 [hay una versión abreviada, anterior: *Doxa*, n° 24, 2001, pp. 165-201].

³ Mis citas aquí de ese texto las tomaré de la versión: Hart, H. L. A., *Post scriptum al concepto del derecho* (trad. R. Tamayo y Salmorán), Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.

1. LA NATURALEZA DE LA TEORÍA JURÍDICA

Toda descripción acerca de en *qué* consiste («naturaleza») la *teoría jurídica* entiende asentarse, cabe darlo por descontado, en unos usos habituales de la susodicha etiqueta lingüística. [Cabe pensar que esta traducción para la expresión *legal theory* se refiere a la misma disciplina *específica* que actualmente se suele llamar, en un especial sentido restringido: Teoría del Derecho.] Mas esos usos ofrecen contenidos no poco variados, conforman una gran «familia» (Wittgenstein) de aproximaciones y de referentes. Es inevitable que la descripción ofrecida ponga sus énfasis sobre todo en ciertos tipos de estos, aun si no fuere en forma que excluya por fuerza otros de esa «familia». Cuáles sean tales énfasis depende de los intereses de conocimiento privilegiados por el autor. Si este no sobreentiende tales énfasis de manera *linguo-esencialista*⁴, por pre-suponer implícitamente que cabe *una sola* definición acertada («Superstición del Único Significado Verdadero», I. A. Richards) sobre qué contenidos abarca la «familia»-Teoría Jurídica [y esa «sola» va a ser, naturalmente, la presentada por él mismo], no hay por qué ver dificultad en que las definiciones al respecto no sean coincidentes; hasta pueden ser relativamente contradictorias entre sí.

En efecto, cada autor o grupo de ellos tiene su buen derecho a interesarse nada más que en tales o cuales ítems o aspectos de ítems, entre la multiplicidad de aquellos abarcados por estudios de teoría jurídica; siempre y cuando no pretenda ubicar bajo la categoría *no-verdad* otros aspectos de ella, los enfatizados mediante definiciones diferentes acerca de esos terrenos discursivos. Eso sí, cabría requerir (digo yo) que la delimitación definitoria escogida sea lo suficientemente precisa en la enunciación de sus propias notas conceptuales, lo bastante intersubjetiva en su significado propio. Vale decir que entonces, tanto si se esté como si no se esté de acuerdo con preferir esa misma definición, de todas maneras sea dable identificar inequívocamente, casi siempre, *qué* «entra» —y sobre todo *qué no* «entra»! (aunque otros prefieran que sí entre)— dentro del campo definitorio acotado justamente *así*.

Por ende, también en cuanto a la caracterización proporcionada por Hart de «teoría jurídica», lo atinado no puede consistir en preguntar si ella es o no es *cierta*, supuestamente más o menos «verdadera» que las ofrecidas por otros autores. Sería de lo más asombroso que aquella fuese falsa, que estuviera denominando «derecho» a unas cosas que nadie llama así. Por cierto, él no deja de hacer la necesaria advertencia al respecto, señala que entiende referirse al: «... *amplio conocimiento común* de las características distintivas de un orden jurídico nacional...»⁵.

⁴ Véase el imprescindible libro de Robinson, R., *Definition*, Oxford, 1954: esp. los §§ 2 y 7 del cap. VI («Real definition»).

⁵ *Post-scríptum...*: p. 11 *in fine*/12 *in limine*. — Advertencia: en esta transcripción, y las demás que efectúo a lo largo del presente texto, los énfasis mediante *cursivas* se incorporan por mi propia cuenta, (E.P.H.)

Así y todo, cabe preguntar: ¿en la manera como Hart define su objeto de estudio, esa «teoría de lo que es derecho» (p. 11), ¿QUÉ logra esta abarcar verdaderamente? Para poner en claro ese «qué», nos lo presenta de la manera siguiente:

«... busca dar una *descripción* explicativa y esclarecedora del derecho como institución *social y política* compleja, gobernada por *normas* (...) analizar de forma iluminante la variedad de instituciones y *prácticas* jurídicas...» (pp. 11 y 12). Para tener esta «descripción»/«análisis», específicamente la tarea cognoscitiva consiste en examinar «cuestiones tales como: ¿Qué son las *reglas*? ¿Cómo difieren las *reglas* de los meros hábitos o regularidades del comportamiento? ¿Existen tipos radicalmente de *reglas* jurídicas? ¿Cómo pueden ser relacionadas las *reglas*? ¿Cómo es que las *reglas* forman un *orden*? ¿Cómo se relacionan las *reglas* jurídicas y la autoridad que tienen, con las amenazas, por un lado, y con los requerimientos morales, por el otro?» (p. 12). Eso sí, tal «explicación es *descriptiva* [curs. del A.] en que es moralmente neutral y no tiene ningún propósito *justificativo*» (p. 12).

Aun cuando el «qué» de tal programa de investigación no deja lugar a dudas sobre que ahí *no* se trata de «una jurisprudencia evaluativa/justificativa» (p. 14), no consiste en toma de posición *valorativa* alguna ni a favor ni en contra de las ideas jurídicas que se «describan» mediante aquel, en cambio no queda claro (a mi juicio) lo siguiente. Bien puede suscitar dudas ahí, digamos a primera vista, determinar hasta *dónde* vaya a alcanzar esa «descripción» en materia «social y política» con respecto a las normas jurídicas consideradas, esto es: ¿qué tipos de «*prácticas* jurídicas» serán puestas sobre el tapete, y cuáles *no*, en virtud de TAL orden de «descripciones»? La respuesta parece venir dada por la enumeración que en las líneas transcritas sigue a las palabras: «cuestiones tales como: ...».

Ahora bien, lo singular de esa enumeración es que todos sus ítems están centrados en el término «reglas». Significa que se trata de una «descripción» de *normas*. Por supuesto, no se puede hablar sobre «derecho» sin ubicar eso mediante un filtro de normas, precisamente las identificadas como «*jurídicas*», para identificar y circunscribir el objeto de referencia correspondiente a los exámenes de que se trate. Pero he aquí que las normas en cuestión pueden ser descritas de dos grandes maneras, diferencia no señalada por Hart . 1) Es dable «describir» simplemente tales o cuales órdenes de contenidos en *significados* presentes mentalmente, en muchos o pocos individuos: cómo sean *entendidas*, por parte de los hablantes, las presentaciones lingüísticas de unas u otras ideas imputadas, por ellos mismos, a esas normas. 2) También cabe «describir» confrontando además dichos contenidos con sus repercusiones efectivas —positivas, negativas o inexistentes— sobre el ejercicio de las conductas *reales* de sus locutores cuando invocan tales normas y sobre los destinatarios

de estas conductas mismas. Vale decir, se trata de la conocida diferencia entre *semántica* (1) y *linguo-pragmática* (2).

Esas dos grandes maneras pueden, desde luego, manejarse complementariamente entre sí. Mas también es posible, como tan abundantemente lo ponen de manifiesto minuciosas elucidaciones que ocupan mucho sitio en la filosofía o en las ciencias sociales (pero no solo en ellas dos), que las exposiciones se limiten a examinar nada más lo primero para determinado tema, haciendo abstracción enteramente (o muy poco menos) de lo segundo. Con respecto a la «teoría jurídica», hacia tal diferencia entre planos de examen dirige la atención la conocida distinción entre *law in books* (unas semánticas jurídicas) y *law in action* (pragmáticas jurídicas).

El advertir sobre la presencia, no excepcional, de muy importantes *no-isomorfismos* entre contenidos de la primera de estas dos categorías de examen y sus realizaciones homónimas en la segunda, no significa entender que lo primero no ejerza influencias sobre lo segundo, que la pragmática del derecho sea simplemente independiente de cuanto se diga en los *books* de la materia. Sólo quiere decir que: a) conocer en qué medidas se producen tales influencias mismas o qué aspectos normativo-semánticos resulten letra muerta, no es dable detectarlo con sólo fijarse en los *books* de teoría jurídica; b) como tampoco resulta posible enterarse así sobre cuáles sean los condicionamientos prácticos de hecho para que los discursos de los operadores jurídicos tengan lugar de unas u otras maneras, ni las repercusiones individuales o sociales *efectivas* producidas mediante aquellas influencias, aun cuando estas se den realmente en tales o cuales medidas.

En fin, lo cierto es que mediante la teoría jurídica entendida como elucidaciones que consistan apenas en analizar unos u otros aspectos de cuanto sea dable *decir* normalmente como juegos-de-lenguaje a título de *reglas-«derecho»*, y sea o no sea que también se discriminen comparaciones con cualesquiera otros tipos de reglas de comportamiento humanas («meros hábitos», «requerimientos morales», etc.), no resulta posible conocer de veras las *prácticas* de derecho. Para ponerlo aun en terminología de Wittgenstein, a quien Hart entiende seguir en sus propios planteamientos: con describir meramente las *gramáticas* en sí mismas de esos juegos-normas, la «descripción» se queda no poco lejos, por cierto, de describir las «formas de *vida*» correspondientes. (Presuponer, si bien es tácitamente, que de estas prácticas consigue dar cuenta la «descripción» presentada de ciertas funciones semánticas de tales o cuales ideas-reglas, aun cuando a menudo estas formen *parte* de las prácticas en cuestión, viene a ser como confiar en que se sabe el cómo es la anatomía de una persona por conocer las medidas y el

material de la ropa que se pone al realizar sus ejercicios de entrenamiento).

* * *

La pregunta que tenemos pendiente es: por cuanto hace a esa «descripción ... *social* y *política*» que Hart propone sobre la dinámica de «reglas», ¿ahí los contenidos de lo «social» y lo «político» señalados se limitan a desglosar tales o cuales posibles contenidos *semánticos* reconocidos para las reglas en cuestión y destacar ciertas relaciones entre estos *mismos*? ¿O será que en cuanto a dichos contenidos, esos rasgos lingüísticos así desglosados, es cuestión de ver cómo y en qué grados sirven de veras para impulsar o coartar conductas mundanas corrientes, en las propias prácticas —*pragmáticas* lingüísticas— de ciertas esferas «social» o «política» donde tales reglas sean invocadas?

En una palabra: ¿«descripción» de «reglas»-*in books* o también de las relaciones entre estas y sus «reglas»-*in action*, en cuanto a dichas esferas? Todavía más: en cuanto a esas reglas-*in-books*, aun si examinadas sólo en sus contenidos meramente *semánticos*, ¿ahí serán sacadas a luz también sus propias opciones retórico-interpretativas o se «describirá» solamente su «letra» in-cuestionada?

Esas maneras distintas de «descripción» corresponden respectivamente, *grosso modo*, a las dos orientaciones capitales para optar hacia *cuál* «naturaleza de la teoría jurídica» se orientan centralmente los estudios en la materia: *NORMATIVISMO* jurídico —*ius-semántica* idealista— y *REALISMO* jurídico —des-mitificaciones sobre las «técnicas» del razonamiento jurídico normal—. Esto es, respectivamente: entender la «naturaleza» de esa teoría ya sea como indagación sobre unas formas *ideales* de razonamientos jurídicos (*i.e.*, elucidaciones como las de Alchourrón y Bulygin, Alexy, Dworkin, Ferrajoli, Nino, Atienza, etc.) o, en cambio, antes bien efectuar exámenes de des-velamiento sobre rasgos básicos que caracterizan a la retórica de los discursos desempeñados por los operadores jurídicos *reales* (*i.e.*, puntualizaciones como las efectuadas por Jhering, Kantorowicz, Holmes, Llewellyn, Frank, Arnold, Cardoso, Ross, Perelman [1ª etapa⁶], Viehweg, Tarello, Carrió, Marí, Goodrich, etc.).

Claro que no es cuestión de calificar a un estudio sobre cuestiones jurídicas de «normativista» por el mero hecho de dirigir su atención hacia contenidos de reglas jurídicas, sino por la manera

⁶ *De la justice*, 1945; *Traité de l'argumentation*, 1956.

cómo se fija en ellas, y sobre todo por cómo NO se fija en aspectos decisivos para los manejos prácticos de estas. También los realistas se ocupan, por cierto, primordialmente de cuestiones de *semántica* del derecho; pero lo peculiar es que ellos, a diferencia de los normativistas, ponen el dedo en la «llaga» al respecto, justamente por su ineludible:

«... insistencia sobre el *abismo* que existe entre la norma jurídica como esta aparece en los textos y lo que es en la realidad»⁷; «este decidido propósito de demostrar, no lo que *deben* hacer los juristas, sino lo que *hacen* en la realidad»⁸; y «ahí las palabras “real”, “realidad” o “realismo” se emplean en oposición a todo lo que en la moderna ciencia del Derecho existe como pura fantasía, divagación doctrinal o tendencia romántica a olvidar que esencialmente el Derecho depende de la *efectiva* realización, no de cuanto pueda afirmarse en el papel»⁹.

Desde luego, no está descartado que aun estudios que son *predominantemente* normativistas pueden contener también unas anotaciones realistas (p. ej., reconocer que existen conceptos jurídicos indeterminados y el propio intérprete quien *elige* entre significados posibles al respecto). Mas al fin de cuentas todas esas aproximaciones dan por descontado —por lo general es antes bien implícita que explícitamente— que hay unas fórmulas semánticas *racionalistas*, sean estas cuales fueren y provengan de donde provengan (textos jurídicos oficiales o doctrina), mediante las cuales el susodicho «abismo» viene a ser inexistente o muy poco menos. De ahí que, como esas fórmulas —las respectivamente puestas de relieve por cada uno de esos estudios normativistas— asegurarían (o muy poco menos) el ISOMORFISMO por lo general entre dichas *law in books* y la *law in action*, se sobreentiende que al elucidar las primeras no hay por qué ni para qué llamar a esta palestra cuestiones como esas sobre las cuales «insisten» los realistas.

[[Nota.— Muy singular es, también en cuanto a ello, la *Teoría pura del derecho* de Kelsen. Si bien este autor suele ser calificado de «normativista», esa obra no calza propiamente con ninguna de esas dos categorías. A diferencia de la generalidad de los estudios normativistas, la manera cómo ella examina el pensamiento por reglas jurídicas no presenta ningún «embellecimiento» del razonamiento mediante estas; y es de lo más insólita la franqueza de *no-idealismo* con que se da cuenta allí (esp. § 47, en la 2ª ed.) sobre la

⁷ Pekelis, A. H., «La tecla para una ciencia jurídica estimativa» (trad. R. Sandoval), en AA.VV., *El actual pensamiento norteamericano*, Buenos Aires, 1951, pp. 117-172: ahí p. 121.

⁸ Puig Brutau, J., *La jurisprudencia como fuente del Derecho*, Barcelona, s./f. (probablemente 1951 o 1952): p. 29.

⁹ *Ibíd.*: pp. 26 y s.

naturaleza («obrepciones lógicas»¹⁰) de las interpretaciones que efectúan los juristas. Sin embargo, también es cierto que, justamente por la metodología que propone dicha obra, tampoco hay lugar en ella misma para exámenes como los ofrecidos en estudios clásicos del realismo jurídico¹¹.]

Ahora bien, el programa de la «descripción» esbozada por Hart en el pasaje transcrito se podría acaso entender, en cuanto a *qué* será examinado en esas preguntas sobre las «reglas» consideradas, orientado hacia cualquiera de esos dos grandes tipos de «naturaleza» para la teoría jurídica. Mas las puntualizaciones que él ofrece a continuación, a lo largo de ese *Post-Scriptum*, hacen patente que también sus propios planteamientos constituyen, después de todo, unas maneras, aunque lúcidas, de *normativismo* jurídico. Sí, incluso mediante estas son relegadas a permanecer tras de las bambalinas las principales comprobaciones destacadas en los estudios realistas sobre la discursividad jurídica. Procuraré hacerlo notar para cada uno de los puntos tratados por Hart allí. — Pienso que bien podría decirse, parafraseando al propio Hart [*infra* § II.3], que ese es, por no estar desprovisto de dicha lucidez, algo así como un *normativismo* jurídico *suave*

[Si bien se mira, esta discusión consiste en puntualizaciones destinadas a tratar de fijar unos lineamientos básicos para lo que se suele entender como: *ciencia* del derecho. En el presente comentario procuraré sobre todo des-lindar en qué medida esos planteamientos de Hart pueden resultar propicios, ¡o no!, para desempeñar una *ciencia* jurídica *realista*¹².]

2. LA NATURALEZA DEL POSITIVISMO JURÍDICO

No hay lugar para pensar que Hart estuviera al tanto, tampoco él, de lo puntualizado en los exámenes más penetrantes consagrados a examinar específicamente qué aplicaciones caben para la etiqueta «positivismo» al pensamiento jurídico (*i.e.*, los estudios al respecto de Bobbio, Scarpellí, Carrió, o

¹⁰ Así dice él en otro sitio: Kelsen, H., *¿Qué es la teoría pura del derecho?* (trad. E. Garzón Valdés), Córdoba (Arg.), 1858, p. 23.

¹¹ Cf. Haba, E. P., «Kelsenismo» à la carte... Sobre repercusiones del Kelsen imaginario en la doctrina jurídica (Cómo la Teoría Pura del Derecho aparece metamorfoseada en una ideología profesional)», en Roberth Uribe Álvarez, R. & Sierra Sorockinas, D., (Eds.), *Sobre la Teoría pura del derecho. Homenaje a Hans Kelsen por los 80 años de la primera edición de Reine Rechtslehre*, Universidad Externado de Colombia, 2016, pp. 17-59. [También en: *emporioidireito.com.br* (8/03/2017).]

¹² Para exámenes mucho más detallados y multifacéticos sobre tal cuestión puede verse: Haba, E. P., *La ciencia de los juristas: ¿qué «ciencia»? De la ciencia jurídica normal a la ciencia jurídica exquisita*, San José (C.R.), Editorial Jurídica Continental, 2015, 473 p.

acaso otros con precisiones básicas indispensables similares a las puestas de relieve por estos tres autores en especial). Así y todo, a él no se le escapó que tal denominación comprende ángulos variados de referencia, los cuales respectivamente conciernen a suertes *diferenciales* de aspectos fundamentales: ¡por lo menos son cinco!¹³. Estas diferencias remiten a complejidades que, en cambio, de modo alguno son puestas sobre el tapete en la simplista manera cómo Dworkin delimita ese asunto.

De todas maneras, las observaciones de Hart sobre los puntos tratados a continuación deslindan que sus propios planteamientos no caen en ciertos confusionismos doctrinarios, que en cambio son bien acogidos por otros autores de esta materia.

2.1. Positivismismo como teoría semántica.

Da la impresión de que también Hart da por descontada la necesidad de presuponer alguna visión *esencialista* con respecto a los contenidos ubicables bajo la gran región lingüística llamada «derecho». Estos contenidos normativos vendrían determinados por el *quid* consistente en eso que él denomina: «regla de reconocimiento». Al menos sería así, entiende él, de la manera cómo ello es manejado en «los órdenes jurídicos nacionales evolucionados» (p. 21).

Si bien la visión al respecto postulada por él propio Hart no adolece de los confusionismos específicos de las maneras en que el asunto es encarado por Dworkin, de todas maneras tal creencia conforma, frente a los multifacéticos usos reales de la palabra «derecho» o «jurídico», una celada propia del pensamiento racionalista (*esprit de géométrie*¹⁴). Se trata, al fin y al cabo, de una manifestación más de la fortísima inclinación de pensamiento difundida entre teóricos de las ciencias sociales, y de manera bastante general seguida por profesores de esas materias, en virtud de la cual se tiende a contemplar las realidades sociales como realizaciones ajustadas a unas u otras suertes de falacias intelectualistas elaboradas por académicos de las materias

¹³ Cf. Hart, H. L. A., *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis* (trad. G. R. Carrió), Buenos Aires, 1962: p. 16, n. 25.

¹⁴ Cf. Haba, E. P., «Lógica *viva* (Vaz Ferreira) como base de pensamiento para contraponer a la hegemonía del “geometrismo” en la actual Teoría del Derecho», en *I Congreso de Filosofía del Derecho para el Mundo Latino*, Alicante, 2016 [[http://iusfilosofiamundolatino.ua.es/download/HABA-Vaz%20Ferreira%20\[completo\].pdf](http://iusfilosofiamundolatino.ua.es/download/HABA-Vaz%20Ferreira%20[completo].pdf)]: § 6 («Geometrismo»).

respectivas, con lo cual en no escasa medida se rinde culto al *wishful thinking*¹⁵.

De dicha pre-comprensión general, el procurar desentrañar la existencia de algún *quid* capaz de cumplir tal función discursiva, emanan afirmaciones como las siguientes sobre cuál sería *EL* «concepto de derecho», esto es:

«...los criterios para la aplicación de un concepto con *significado constante* puede[n] variar y ser controvertible[s] ... tracé la misma distinción entre *un* concepto y diferentes concepciones de un concepto ... esto no conduce a la conclusión de que el *verdadero* significado de la palabra “derecho” haga que el derecho dependa de ciertos criterios específicos » (p. 21 y s.).

Cabría, pues, sacar a luz algo así como una «definición *real*»¹⁶ para lo denominado *derecho*. Vale decir: a) habría justamente *un* concepto «verdadero» de lo que es «derecho», ni más ni menos que el «significado *constante*» de este término; b) en todo caso, ese «significado constante», único como tal, puede guardar unas relaciones como de género a especie con «diferentes *concepciones*» al respecto y «ciertos criterios *específicos*» variables para aplicarlo, pero siempre sin perjuicio de conservar su inmanente *unicidad* muy propia en cuanto al fondo de aquel mismo.

Aun cuando, desde luego, Hart no llama «esencia» de los razonamientos jurídicos profesionales a tal sujeción generadísima a la susodicha «regla de reconocimiento», no se ve cómo semejante *quid* podría estar ahí, a título de algo así como *llave maestra* de los discursos-«derecho», si este término abarca, en cambio, toda una gran «familia» (Wittgenstein) de juegos de lenguaje, las «gramáticas» de cada cual entrelazadas más directamente o más indirectamente con unas sí y con otras no de sus semánticas co-«familiares». En cada «familia» de ideas cobijadas bajo una expresión de alcance muy general, como es el caso de la palabra «derecho», ahí el rasgo por el cual aquellas constituyen esto mismo, en realidad una gran «familia» lingüística y no algo así como un «ente», es justamente porque *NO* hay de veras ninguna «llave» única capaz de manejar la generalidad de los sentidos lingüísticos invocables mediante el término en cuestión.

¹⁵ «... what may conveniently be described as the *Rationalist Fallacy* in political thinking [y análogamente en la teoría jurídica]: namely the assumption that human beings largely act in politics [también se piensa que es así en cuanto a las actividades jurídicas] upon rational motives and trains of *intelligent* reasoning. We in our time, alas, know what fatuous nonsense this is. (...) When one realises the non-rational character of most social behaviour ... it is silly, and apt to be dangerous to the best causes in the world, to take your illusions for things as they are» (A. L. Rowse, en: Wallas, G., *Human Nature in Politics*, University of Nebraska Press, 1962, p. 1 *in fine* y s.). Sobre la impronta que en ello ejerce el «wishful thinking», véase: Haba, E. P., *Entre tecnócratas y wishful thinkers. La visión “misionera” de las ciencias sociales*, Granada, 2010.

¹⁶ *Vid.* el sitio señalado en la n. 4 (*supra*).

Aunque los autores más célebres de exámenes realistas sobre el pensamiento jurídico no ubicaron los contenidos de la voz *derecho* bajo esa específica categoría wittgensteiniana, «familia» lingüística, por cierto no se les escapó que ponerse a discutir sobre cuál sea el concepto «verdadero» de *derecho* no vale la pena. Para muestra:

«La dificultad de estructurar cualquier concepto de “derecho” radica en que incluye demasiadas cosas, y en que las cosas que debemos incluir en él son increíblemente distintas entre sí. Tal vez fuera posible reunirías todas bajo un solo techo verbal. Pero no logro ver qué es lo que habríamos conseguido si así se hiciese. (...) Una definición incluye y excluye a la vez. Delimita un campo. Hace que algunos temas caigan dentro del campo, mientras que otros caen fuera. Y la exclusión es casi siempre bastante arbitraria. No tengo ningún deseo de excluir nada que pueda contar como derecho. En un aspecto, el derecho es tan amplio como la vida...» (Llewellyn)¹⁷.

«... metí gravemente la pata cuando ofrecí mi propia definición de la palabra “derecho”. Pues esa palabra chorrea ambigüedad por todas partes (...) enseguida me encontré asediado por otros iusdefinidores (*Law-definers*) que, a su vez, discrepaban entre sí. Una competición más inútil y que consuma más tiempo, es difícilmente imaginable» (Frank)¹⁸.

[Y téngase presente asimismo las palabras de Radbruch: «... una mezcla indisoluble... » (*infra*, a la altura de la n. 34).]

En efecto, si bien una discusión como la abordada por Hart en este apartado —saber si el concepto «verdadero» de derecho sea uno o sea otro entre los señalados ahí, y si el preferido por dicho autor merezca o no merezca que se le califique de «mal semántico» (p. 20)— puede revestir señalado interés para determinar unas precisiones sobre ciertos ideales en cuanto al funcionamiento de las «reglas» jurídicas, eso es una «competición inútil» (Frank) por cuanto hace al conocimiento sobre los dinamismos más decisivos para resolver los funcionamientos efectivos de las *law in action*.

[**Nota.**— No deja de ser curioso que Hart caiga en una visión esencialista acerca del razonamiento jurídico, este confiar en que existe ni más ni menos que

¹⁷ Llewellyn, K. N., «A Realistic Jurisprudence: The Next Step», *Columbia Law Review*, n.º 30, 1930, pp. 431-365. Cito por la traducción de Pompeu Casanovas, «Una teoría del derecho realista: el siguiente paso» (obtenible en internet): págs. 244 y 246.

¹⁸ «... I seriously blundered when I offered my own definition for the word Law. Since that word drips with ambiguity, there were already at least a dozen defensible definitions. To add one more was vanity. Worse, I found myself promptly assailed by other Law-definers who, in turn, differed with one another. A more futile, time-consuming contest is scarcely imaginable» (Frank, J., *Law and the Modern Mind*, Gloucester, 1970: p. viii). En otro sitio, el mismo autor (If Men were Angels, New York and London, 1942) examina con detención ese punto (pp. 279 y ss., «The Ambiguous Word “Law”»), donde él comienza diciendo: «There are dozens of definitions of the word “law”. And there is no better way to waste time than to engage in an argument as to which is the correct definition, for there is no one who can, with final authority, settle the dispute» (p. 279). Y véase Metodología jurídica irreverente, ref. *infra* [en la n. 21]: Sec. C.I.I (pp. 173 y ss., «¿Qué es “derecho”?».).

una bien determinada «regla [¡omnigeneral!] de reconocimiento», aun a pesar de que él no ignoró la multivocidad del término *derecho*: «Preguntas como las que he mencionado: “¿Qué es un Estado?”, “¿Qué es el derecho?”, “¿Qué es un derecho subjetivo?”, presentan gran ambigüedad»¹⁹. Y seguramente estaba al tanto también sobre aquello de la «Familienähnlichkeit» (parecido de familia) señalado por Wittgenstein (*Investigaciones Filosóficas*, § 67). Mas no sería extraño que, como tan a menudo sucede con respecto a ciertos saberes teóricos generales bien conocidos por quien efectúa determinado estudio, el académico los pierda de vista al «remontar» su vuelo de abstracciones en cuanto al tema específico tratado en su examen sobre determinada cuestión. De todas maneras, y sea o no sea que al propio Hart se le haya pasado por alto eso *ahí*, o que tuviere sus razones (acaso explicadas en otro sitio) para entender que ello no sea pertinente en cuanto a determinar «el *verdadero* significado de la palabra derecho» (¡son sus propias palabras!), lo cierto es que la susodicha «regla de reconocimiento» consiste en un *quid* racionalista que entonces se impondría —supuestamente— por sobre la gran multivocidad («familia») del universo-discursivo-derecho.]

2.2. Positivismos como teoría interpretativa.

Al parecer, la cuestión central discutida en este apartado es conocer cuál sería «el *objetivo* o el *propósito* del derecho» (p. 23 *in fine*/24 *in limine*). Ahora bien, por un lado Hart afirma que su «teoría *no* pretende identificar el objetivo o propósito del derecho y de las prácticas jurídicas como tales» (p. 24). Si nos atenemos a esta afirmación, simplemente no habría *nada* que discutir al respecto en el marco de esta teoría misma. Piénsese lo que se piense sobre si quepan o no quepan las «justificaciones» que fuere con respecto a lo que se considere derecho, entonces por definición ellas serían *externas* a tal teoría, por lo cual mal podría esta ni ser objetada ni ser aceptada por sostener unas u otras entre aquellas, las que fuere. (Se podría acaso hacer objeto de discusiones si sea cuestión de avalar o descartar tales o cuales de ellas, pero no es tal en punto en discusión ahí). Y más adelante acota aun que: «un remedio para la ineficacia [de la coacción jurídica] no es una *justificación*» (p. 25). Sin embargo, apenas cuatro líneas más adelante de la segunda de estas citas que acabo de recoger, Hart señala como «*propósito* específico al cual el derecho, en cuanto tal, sirva ... [es para] proveer guías a la conducta humana y estándares de *crítica* a tal conducta» (p. 24).

Lo cierto es que *esa* manera de enfocar las cuestiones de «justificación», tanto si se acepte como si no se acepte que esta forme parte de la teoría jurídica concebida de la manera como lo propone Hart, deja no poco que desear para examinar tales cuestiones *realísticamente*. Se tiende con aquello a dar por buena, al menos implícitamente, la ficción de que lo llamado «derecho» sería un *ente* en sí mismo, un Algo que posee conciencia y voluntad *propias* como para ser

¹⁹ Hart, *Derecho y moral*, cit. [ref. *supra* n. 13]: p. 94 *in fine* y s.

capaz de *desear* tal o cual cosa. En este caso, es eso de tener el «propósito» en cuestión: ¡esencialismo!

En realidad, los únicos que tienen «propósitos» y se marcan «objetivos» son los seres humanos de carne y hueso, o tal vez unos extraterrestres o los dioses, o en todo caso podría reconocerse que tienen algo así como un «propósito» inmediato los animales cuando persiguen a su presa o cuando emiten unos sonidos para pedirle comida a su amo. Es verdad que puede hablarse de finalidades colectivas, ya sea como metáfora o para identificar unas específicas coincidencias subjetivas de deseos entre todos o parte de los individuos (pocos o muchos) que componen un conjunto, las cuales son comprobables empíricamente: ya sea unas sencillas coincidencias que saltan a la vista en el conocimiento cotidiano o unas subyacentes «testables» mediante estudios de campo en las ciencias sociales. Quiere decir que, si tales coincidencias de «propósito» existen entre protagonistas —sean legisladores, jueces u otros funcionarios del aparato estatal, profesores de derecho, ciudadanos comunes, etc.— de los pensamientos-derecho, desde luego no sería errado afirmar metafóricamente que *el* «derecho» tiene como «objetivo» o se «justifica» por perseguir estos o aquellos «propósitos» normales. Solo que, está muy lejos de hallarse comprobado que todos o una sensible mayoría de los protagonistas reales de dichos tipos de pensamientos en un medio social determinado persigan justamente *esos* «propósitos» generales que los profesores de teoría jurídica acostumbran señalar; antes bien, lo normal es que cada uno de esos protagonistas procuren sobre todo lograr unos «propósitos» personales que se contraponen a los de otros «propósitos» entre los señalados.

En una palabra: aun reconociendo que no es propiamente falsa la metáfora de que al universo discursivo llamado *el* «derecho» se imputen tales o cuales criterios valorativos, incluso aquellos a los cuales se catalogue como «justificación» u «objetivo» o «propósito» para tal universo *en su conjunto* de un país, empero cualquier examen *realista* al respecto necesita empezar por plantear, antes que nada, las preguntas clave que no asoman en los estudios normativistas sobre estas cuestiones. Esto es: «justificación», «objetivo», «propósito», ¿según los pensamiento efectivos de *quiénes* entre los protagonistas jurídicos concernidos? Más aún: habría que indagar también si aun esos protagonistas mismos persiguen *siempre* (o casi siempre) justamente *ese* «objetivo» por encima de, o al menos no en contradicción con, otros fines suyos en sus conductas jurídicas; o aclarar cuándo sí y cuándo no hacen justamente esto mismo, y qué repercusiones generales tiene ello en determinar las respuestas jurídicas concretas. Y todo ello dando como por descontado, ¡y no es chica cosa!, que tales «objetivos» jurídicos vengán descritos en un lenguaje lo bastante intersubjetivo como para poder verificar *así* (¡intersubjetivamente!) si en cada tipo de casos considerados se cumplen aquellos mismos «objetivos» de veras, por lo habitual. Mas lo cierto es que el señalamiento de los grandes fines que en la teoría jurídica se suelen invocar para «justificar» al derecho está muy

lejos de satisfacer tales condiciones de univocidad básica: «justicia», «seguridad», etc.²⁰.

Sin embargo, acaso podría argüirse que los términos «objetivo» y «propósito», en los pasajes señalados, no corresponde tomarlos en algún sentido psicológico, ni individual ni colectivo, sino como descripción de unas *regularidades* empíricas que existen de manera efectiva en los comportamientos mismos (*i.e.*: «externos», por así decir) de los actores jurídicos, sus conductas «visibles» como tales, algo así como unas «estructuras» sociales objetivas; o sea, entiendo ahí aquellos términos no propiamente como unos juicios de *valor*. Me parece no poco dudoso que los autores hayan querido decir tal cosa, pero, aun suponiendo que fuera así, siempre queda pendiente la pregunta decisiva: ¿cómo comprobar si, en los hechos, tales regularidades se dan de veras, en qué grados de efectividad sí y en cuáles posiblemente no?

En conclusión: sea o no sea que la aproximación teórica de Hart conlleve ciertas «justificaciones», y sean cuales fueren las eventualmente consideradas al respecto si acaso contuviere algunas, la manera cómo aun él se refiere a ese asunto no deja de ser esencialmente normativista; ahí no asoma ni la más mínima pista en cuanto a hacer conciencia sobre los problemas de fondo que comporta tratar de examinar jurídico-*realísticamente* tales cuestiones.

[Todo ello tiene también que ver muy directamente con la capital cuestión de diferenciar entre juicios de valor *categoricos* y juicios de valor *instrumentales*²¹. Tal vez Hart estaba al tanto de ella, no lo sé; mi conocimiento de la obra de ese autor es demasiado limitado como para saber, o alcanzar a recordar, si él la haya manejado en algún otro escrito. Lo cierto es que en el *Post-scriptum* tal orden de distinciones, y llámeseles como se les llame, no asoma.]

2.3. Positivismo suave.

Ya Heck había llamado la atención, en la segunda década del siglo del siglo pasado, sobre la multivocidad (*Mehrdeutigkeit*) en los términos jurídicos: distinguir entre un «núcleo» (*Bedeutungskern*) seguro y una «zona de penumbra» (*Bedeutungsshof*) paulatinamente evanescente, al determinar los

²⁰ Cf. Haba, E. P., *Axiología jurídica fundamental. Bases de valoración en el discurso jurídico (Materiales para discernir en forma analítico-realista las claves retóricas de esos discursos)*, Tercera Edición, San José (C.R.), Editorial UCR, 2016 (versión nuevamente revisada y ampliada): esp. Sec. C (pp. 490 y ss., «Variadas pautas de valor en el derecho»).

²¹ Cf. Haba, E. P., *Metodología jurídica irreverente. Elementos de profilaxis para encarar los discursos jurídicos terrenales*, Madrid, 2006: esp. Sec. C.III.5 (pp. 310 y ss., «Recurso a las ciencias sociales para fundamentar conclusiones normativas»). [La totalidad de los materiales de ese libro pasaron después a formar parte de: Id., *Metodología (realista) del Derecho. Claves para el razonamiento jurídico de visión social práctica*, Tomos I y II (impresos.) + Tomo III (texto en CD), San José (C.R.), Editorial UCR, 2012.]

posibles significados de cada término, si se discute sobre su aplicación²². También a otros autores de estudios sobre derecho no les fue extraño este conocimiento elemental sobre dinámicas lingüísticas.

Es esa la idea que subyace al señalamiento, por parte de Hart, de que con respecto a lo preceptuado por las normas jurídicas cabe «una “penumbra” de incertidumbre debatible» (p. 27 *in fine*), con su «textura abierta» (p. 28); de modo que «el derecho, en tales casos, es fundamentalmente incompleto», sujeto a «discreción judicial» (p. 29). Y si bien por ahí pueden entrar en juego también, para resolver tales incertidumbres, juicios morales efectuados por el intérprete, Hart no vacila en subrayar que «la teoría jurídica debe evitar compromisos con teorías filosóficas controvertibles sobre el *status* [curs. del A.] general de los juicios morales, y debe dejar *abierto* ... la cuestión general de saber si estos tienen lo que Dworkin llama [también Alexy, Atienza, etc.] “nivel *objetivo*”» (p. 30) de tal tipo de juicios utilizados por el intérprete. Esto es: no ha de tomar posición, esa teoría misma, en el debate entre «cognitivismo» y «no cognitivismo» axiológicos²³, sino limitarse a comprobar que, se crea o no en semejante «objetividad», el intérprete introduce ahí los juicios de valor correspondientes a sus propias convicciones axiológicas.

Es obvio que ningún realista negará la presencia de tal «incertidumbre»; ni tiene por que objetar este principio metodológico de análisis propuesto para la teoría jurídica: ese «dejar abierto...» en cuanto a que, para describir correctamente los razonamientos de los juristas, no hace falta examinar la cuestión epistemológica de fondo sobre una presunta «objetividad» de esos

²² «Wir haben einen Vorstellungskern, den nächstliegenden Wortsinn, und einem Vorstellungshof, der allmählich in wortfremde Vorstellungen führt. (...) Namentlich ist hervorzuheben, daß die Mehrdeutigkeit der verwendbaren Worte notwendig eine Unbestimmtheit der Gesetzgebote zur Folge hat. Ein sicherer Bedeutungskern ist von einem allmählich verschwindenden Bedeutungshof umgeben. (...) Bei der Gebotsvorstellungen des Getietenden können wir, wie bei anderen Vorstellungen, einen *Kern* unterscheiden, der bei den Mittelpunkt der Aufmerksamkeit gestanden hat, und einen Hof, einen Rand, Elemente die mit einer geringeren Intensität aufgefaßt wurden. Die Zulässigkeit der Abweichung wird sich nun bei der Anwendung des Gesetzes, von ganz seltenden Ausnahmen abgesehen, auf den Hof oder “Rand” beschränken» (P. Heck, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, 2014: §§ 4.6.a, 14.8, 15.5). Unos años antes (1906), H. Kantorowicz había escrito: «...resulta altamente improbable que un caso dado sea captable mediante la *parte indubitada* de los diferentes conceptos aplicables y que no nos encontremos con sus *contornos borrosos*» («La lucha por la ciencia del derecho», trad. W. Goldschmidt, en AA.VV., *La ciencia del derecho*, Buenos Aires, 1949, pp. 323-373: cita de la p. 337, curs. añadidas aquí).

²³ Cf. Haba, E. P., *Los juicios de valor. Elementos básicos de Axiología General. Epistemología del discurso valorativo práctico. Materiales para discernir condiciones de racionalidad en esos discursos*, San José (C.R.), Editorial UCR, 2010 (2ª ed.). [Esa es la versión definitiva, nuevamente revisada y aumentada, de la obra que en la misma editorial se había publicado anteriormente (2004, 1ª ed.; 2007/2008, ed. rev.) llevando entonces como título principal el que actualmente figura allí como primer subtítulo: *Elementos...*]

juicios de valor²⁴. Tengo para mí que lo señalado por Hart al respecto representa algo así como el extremo en lucidez teórica (comparado con, p. ej.: la Teoría «estándar» de la Argumentación jurídica²⁵, la dogmática de «*principia juris*»²⁶ y en general los exámenes de lógica jurídica deóntica²⁷, etc.) en cuanto a lo susceptible de *no* violentar aun insalvablemente las preconcepciones racionalistas fundamentales inherentes al normativismo jurídico. Solo que, las aproximaciones realistas para examinar *cómo* los operadores del derecho resuelven las «incertidumbres» jurídicas van más a fondo de hacer ver simplemente eso para el razonamiento sobre las valoraciones jurídicas en general.

En efecto, resulta inevitable «violentar» hasta el fondo las susodichas precomprensiones en cuanto, a diferencia de todas las variantes teóricas de iusnormativismo, los exámenes sobre esas «incertidumbres» *no* hagan para nada abstracción de que las «razones» invocadas por los operadores del derecho al resolverlas, y en general para las discusiones de doctrina jurídica, suelen ser tributarias de múltiples *celadas* lingüísticas típicas²⁸, como por lo demás están subordinadas de hecho a múltiples factores de no-racionalidad (cf. lo señalado por Radbruch²⁹). Mas he aquí que, por el contrario, estando a *esa* «descripción» que nos proporciona Hart al respecto, aunque es acertada hasta dónde llega ella misma, nadie queda en condición de sospechar que ahí en los razonamientos del juez interviene —¡decisivamente!— todo lo advertido desde hace tanto tiempo atrás en estudios como *Law and the Modern Mind* (Frank), *A Realistic Jurisprudence...* (Llewellyn), *The Symbols of Government* (Arnold), *Die unbegrenzte Auslegung* (Rüthers), *Justiz — die stille Gewalt* (Lautmann), y tantos exámenes más (de autores bastante conocidos y de muchísimos otros).

²⁴ Cf. Haba, E. P., «Atajos para una racionalidad jurídica ilusoria: “universalidad”, “consistencia”/“coherencia”, pretensión de “corrección”, lo “razonable”, etc. (¿Quiénes son los juristas “iluminados”?)»; se publicará en RTFD, 2018.

²⁵ Cf. Haba, E. P. «Razones para no creer en la actual Teoría (ilusionista) de la Argumentación. Papel que tales teorizaciones cumplen como más nueva ideología de legitimación con respecto, especialmente, al discurso jurídico profesional», *Doxa*, n° 33, 2010, pp. 321-360. [Para una amplia discusión al respecto: Haba, E. P., (Coord.), *Un debate sobre las teorías de la argumentación jurídica*, Lima-Bogotá, 2014 (ahí el texto de «Razones...» está en las pp. 27-102).]

²⁶ Es imprescindible al respecto el análisis de: Salas, M. E., «Sin Derecho ni Razón. Sobre el garantismo penal de L. Ferrajoli: su carencia de validez científica y de practicidad real», *Doxa*, n° 35, 2012, pp. 751-789.

²⁷ Cf. Haba, E. P., «Lógica formal y Derecho», en *Enciclopedia Jurídica Omeba-Apéndice VII*, Buenos Aires, 1966, pp. 625-632. [Recogido en Haba, *Metodología (realista)...*, cit. (ref. *supra* n. 20): t. III, Tema 10 (pp. 641 y ss.); presentación algo abreviada en el t. II, Sec. D.IV (pp. 499 y ss.).]

²⁸ Véase: Williams, «Language and the Law», 1945-45; Neumann-Duesberg, *Sprache im Recht*, 1949; Carrió, *Notas sobre derecho y Lenguaje*, 1965. Complementariamente: Haba, *Metodología (realista)...* cit. [ref. *supra* n. 20], Sec. B (pp. 83 y ss., «Encrucijadas del lenguaje»).

²⁹ *Infra*: a la altura de la n. 33.

3. LA NATURALEZA DE LAS REGLAS

3.1. La teoría práctica de las reglas.

El contenido de este epígrafe son unas explicitaciones sobre a qué se refieren dos definiciones estipulativas de Hart, nociones que él considera de importancia clave: «la “teoría práctica” de las reglas» y «la regla de *reconocimiento* básica de un orden jurídico».

«... la “teoría práctica” de las reglas en virtud de que trata las reglas sociales de un grupo como constituidas por una forma de práctica social que comprende, tanto *patrones de conducta* regularmente seguidos por la mayoría de los miembros del grupo, como una distintiva *actitud normativa* hacia esos patrones de conducta, a la cual he llamado “aceptación”» (p. 32). «...en este libro una regla tan importante y tan poco controvertible como la regla de *reconocimiento* básica de un orden jurídico es tratada como una regla constituida por la *práctica uniforme* de los tribunales al aceptarla como *guía* de sus operaciones de aplicación y ejecución del derecho» (p. 36). Tal regla interviene «proporcionando criterios de validez ... que se refieren, no al contenido del derecho, sino a la manera y forma en las cuales las normas son creadas o adoptadas ... [y también] puede proporcionar pruebas referidas no sólo al contenido fáctico de las normas sino a su conformidad con *valores* o *principios* morales sustantivos» (p. 37).

Por supuesto, no hay inconveniente en *llamarle* así —«teoría práctica», «regla de reconocimiento»— a lo señalado mediante dichas etiquetas teóricas. Difícilmente, digo yo, habrá juristas que no estén al tanto sobre la existencia de tales «patrones de conducta», desempeñados por ellos mismos y sus colegas, o desconozcan que esos aspectos importan para determinar *qué* sea considerado como «derecho», tanto si se guste identificar *eso* mediante dichas denominaciones o hacerlo de cualquier otra manera o simplemente no adjudicarle ningún letrado en especial. [Hart ahí se refiere también a la suposición idealista de que acaso resultaría indispensable, además, la existencia de «*buenos fundamentos* o justificaciones *morales* para conformarse a las reglas» (p. 35) jurídicas consideradas; mas deja en claro que él mismo no incluye tal requisito en las susodichas definiciones estipulativas suyas.]

Ruego excusarme por la franqueza, pero eso de «la regla de reconocimiento», a lo cual Hart —y a continuación muchos otros teóricos del derecho— atribuyó tanto interés en ser subrayado, me parece algo así como aquel célebre descubrimiento (Molière) de que Monsieur Jourdain se expresaba en prosa. Desde luego, todo jurista ha aprendido que «derecho» son ciertos grupos de ideas que provienen (real o supuestamente) de unas «fuentes» específicas, más múltiples inferencias a partir de tales ideas; no es simplemente «cualquier cosa» que a uno se le venga en mente. No alcanzo a ver diferencia sustancial entre lo indicado llamándole «regla de reconocimiento» y la enseñanza tradicional sobre «fuentes» del derecho ofrecida en los cursos corrientes de Introducción al Derecho, desde mucho antes de que Hart vino a denominarlo así.

Es verdad que él lo complementa con una observación que, esta sí, no se encuentra en la teoría jurídica habitual, la distinción entre «punto de vista interno» y «punto de vista externo» (p. 32). Esto es: «entre una descripción externa de las reglas sociales de una comunidad hecha por un *sociólogo* y el punto de vista interno de un *participante* que recurre a las reglas con el propósito de evaluar y criticar su propia conducta y la de otros» (págs. 32 *in fine*/33 *in limine*). Mas tal precisión, aunque acertada, no veo qué venga a cambiar o a agregar para el manejo de los procedimientos jurídicos mismos.

Ahora bien, tengo la impresión de que lo de la «regla de reconocimiento» no va dirigido simplemente a hacer recordar algo tan elemental, la existencia de los tipos de contenidos normativos señalados por Hart bajo tal denominación, esto es: que hay «*manera y forma* en las cuales las normas son creadas o adoptadas ... [y] pruebas referidas no sólo al contenido *fáctico* de las normas sino a su conformidad con *valores o principios...* » —¿hay quien lo haya negado?—. Con esa formulación él procura, me parece, resolver ni más ni menos que a una cuestión conceptualista de orden general que registra un amplio historial de discusiones en la teoría jurídica. Corresponde al intento de fijar un *quid* absolutamente general, un *super*-cartabón inequívoco de decisión para determinar qué *es* y qué *no es* «derecho», algo así como una *esencia*-derecho (aunque ello no se califique expresamente de tal) [*supra* § II.1].

La más difundida respuesta teórica al respecto es la célebre *Grundnorm* de Kelsen. Solo que, así este *quid* es presentado a título meramente de suministrar un axioma voluntarista HIPOTÉTICO —el *como si*— para asentar en última instancia la cadena jerárquica de las ideas llamadas *derecho*. En cambio, el *quid* señalado por Hart entiende dar cuenta de una generalización propiamente socio-EMPÍRICA («*práctica* uniforme») en la materia: ello constituiría ni más ni menos que la *llave-maestra* por excelencia para poder «reconocer» las *prácticas* de razonamiento especializadas en que consiste ese campo discursivo.

Si bien elucidar la alternativa entre esos dos *quids*, u otros por el estilo, reviste (como se ve) el más alto interés para la mayoría de quienes se ocupan de la disciplina «teoría jurídica», no es de extrañar que, en cambio, eso no desvele a los realistas jurídicos: «... no logro ver qué es lo que habríamos conseguido si así se hiciese» (Llewellyn), «Una competición más inútil y que consuma más tiempo...» (Frank)³⁰. En efecto, basta con atisbar —aun con independencia de cuanto han advertido los estudios clásicos de esta otra orientación— que el término *derecho* cobija una variadísima «familia» de juegos de lenguaje [*supra* § I], para dejar de pensar que algún autor pueda procurarnos la posibilidad de asir la cuadratura de ese círculo: ni más ni menos que «*el* concepto de derecho». Claro que es posible reconocer, como han hecho los propios realistas o hasta autores normativistas, y así también unas lúcidas percepciones del propio Hart («*textura abierta*», puntos de vista «*interno*» y «*externo*», saber distinguir entre

³⁰ Citas integrales *supra*: a la altura de las nn. 17 y 18.

tipos de «positivismo»³¹, etc.), ciertos aspectos bastante recurrentes en el pensamiento jurídico. Sólo que, importa cuidarse de inferir de ahí la posibilidad de disponer de una «regla» *general* (propriadamente dicha) para «re-conocer» a ciencia cierta, siempre o casi siempre, si cualquier idea es o no es «derecho», cuando hay controversias al respecto entre los propios juristas.

Los contenidos normativos imputados a la categoría-derecho son, también ellos, unas costumbres lingüísticas, variadas y variables, resultado de multiplicidad de factores de aprendizaje social. Unas u otras anotaciones de teoría jurídica debieran ser tomadas simplemente como unas «ideas para tener en cuenta» (Vaz Ferreira³²) ante las situaciones jurídicas específicas consideradas, donde *eventualmente* esas ideas puedan ayudar a percibir unos aspectos importantes de las dinámicas discursivas reales puestas en juego allí; esto es, si se comprueba que de veras tales anotaciones conducen a advertir «cosas» de ahí mismo que acaso serían pasadas por alto a falta de tener presente las experiencias advertidas mediante dichas ideas. Yo no alcanzo a ver que semejante papel, des-tapar aspectos decisivos que *no* son obvios en los propios razonamientos jurídicos considerados, venga a desempeñarlo la susodicha «regla de reconocimiento».

Pues bien, y sea o no sea trivial advertir la existencia de los elementos normativos en sí mismos mentados por tal «regla», cabe preguntarse *qué* sabemos así por esta, ¡y sobre todo qué *no* sabemos! (ni se nos advierte cuán decisivo es justamente esto otro), acerca de la «práctica» corriente de los razonamientos jurídicos efectivos. La verdad es que la postulación de que habría *una*, e inequívocamente determinada como *tal*, «regla» superior de esa índole para identificar el derecho de cada país, al fin de cuentas no deja de ser otra creatura más del *esprit de géométrie*³³. Tal afirmación está no poco distante de constituir una «*explicación* fidedigna» (p. 33), mera «*descripción*» (p. 12), de «una forma [*i.e.*, la llamada “derecho”] de *práctica* social», esta consistente en determinados «*patrones de conducta*» efectivamente dados con la «*aceptación*» de los locutores-juristas. Tal «*explicación*», por más que no sea propiadamente falsa, se queda muy pero muy corta como tal, si por «*explicación*» de «*prácticas*» sociales se entiende llamar la atención sobre las conflictivas dinámicas *reales* a que están sujetas estas mismas.

Por supuesto hay «*patrones*» básicos bastante generales que suelen servir como guías de pensamiento a los juristas para efectuar los razonamientos de su especialidad, quienes se surten de esa gran cantera en relación con los casos considerados. Mas esos patrones no consisten en *una sola* regla general básica,

³¹ Acerca de esto último, véase la lúcida diferenciación sobre la que he llamado la atención en la n. 13 (*supra*).

³² Vaz Ferreira, C., *Lógica viva*, Montevideo, 1963: pp. 154 y ss. (cap. «Pensar por sistemas y pensar por ideas para tener en cuenta»). Comentario: Haba, «Lógica...», cit. [ref. *supra* n. 14], § 5.

³³ Véase el sitio señalado en la n. 14 (*supra*).

¡sea la que fuere!; o acaso en algunas pocas inferidas en forma indefectible de esta misma, entre las que entonces cada jurista sabría siempre (o casi siempre) cuál es la aplicable en atención a la circunstancia considerada. Para la gran mayoría de las situaciones jurídicas típicas reina acuerdo al respecto entre los juristas, en una ubicación lugar-tiempo dada, mientras en cuanto a muchas otras no es así (controversias doctrinarias y judiciales), para determinar cuáles sean las normas jurídicas específicas aplicables. Por cierto, dicha «regla» no ayuda en nada con vistas a distinguir entre lo uno y lo otro: saber cuándo, cómo y por qué se produzca el acuerdo o el desacuerdo sobre qué es «verdaderamente» derecho.

Esa «regla», como asimismo aquella *Grundnorm* frente a la cual aquella se ofrece como gran alternativa de «superación» teórica, permite satisfacer la *apariencia* de proporcionar UNA *todo-clave* para domeñar los razonamientos jurídicos en general. No es de extrañar que también este otro geometrismo doctrinario haya sido muy bienvenido para efectos de la *law in books*. Por más que en la «tierra» (Jhering) del derecho, ahí donde se imponen los modos de pensamiento que aplican los operadores efectivos de sus discursos profesionales eficaces, lo cierto es que no poco a menudo:

«La interpretación jurídica es una *mezcolanza* indisoluble de elementos teóricos y prácticos, cognoscitivos y creativos, reproductivos y productivos, científicos y supracientíficos, objetivos y subjetivos» (Radbruch)³⁴.

Desde décadas recientes, la carencia de semejante regla-*quid* (cualquiera fuere esta) se hace ver también, aunque de modo mucho menos franco y señaladamente menos integral que en esa insuperable caracterización que acuñó Radbruch, por parte de la orientación teórica que presenta al derecho como un complejo entretejido de fuentes de producción entrelazadas a modo de «red»³⁵. Pero de cualquier manera, y tanto si se acude a la metáfora-«red» como sin necesidad de incorporar este último orden específico de teorizaciones, la cuestión clave es que, salvo asumiendo el pre-juicio racionalista de requerir algún *quid* unitario capaz de satisfacer la susodicha pretensión dogmática, la búsqueda de esto último no hace falta con vistas a efectuar la «descripción»/«explicación» sobre cómo se conforman los pensamientos que guían el desempeño de las *law in action*. La presunción de haber ahí tal *quid*, sea cual fuere, antes bien proporciona, por el reduccionismo racionalista con que permite tapar las «mezcolanzas» en qué consisten los razonamientos jurídicos reales, un expediente más de «embellecimiento» (Curtis³⁶) ius-geometrista en la materia. Conduce, también él, a *no* poner sobre el tapete los desfases entre

³⁴ Radbruch, G., *Rechtsphilosophie* (ed. Erik Wolf), Stuttgart, 1970: p. 211 (arriba trad. E.P.H.).

³⁵ Cf. Haba, «Puntualizaciones realistas sobre la conceptualización: “redes” del derecho (Realidades, silencios y fantasías que se conjugan al postularla como “paradigma” renovador del pensamiento jurídico)»; se publicará próximamente.

³⁶ Sitio referido en la n. 1 (*supra*).

«explicaciones» normativistas (derecho ideal) acerca del pensamiento jurídico y el derecho «terrenal» (Jhering).

Es cierto que, aun con esta «explicación» suya, Hart *no* «supone que la regla es hecha para determinar, *por completo*, el resultado jurídico en casos particulares ... la función de la regla de reconocimiento es determinar únicamente las condiciones *generales* que las resoluciones jurídicas *correctas* tienen que satisfacer en los órdenes jurídicos modernos» (p. 36)³⁷. Sabemos que, a diferencia de las elucidaciones normativistas en general, el normativismo de Hart no presupone la Superstición del Único Significado Verdadero, así la *única* interpretación «correcta» respectivamente para cada caso (todos o casi todos) de aplicación del derecho vigente. En efecto, él no deja de formular la advertencia en cuanto a que aun «las reglas y los principios jurídicos identificados en términos generales por los criterios proporcionados por la regla de reconocimiento, habitualmente tienen lo que llamo frecuentemente “textura abierta”» (p. 66). Mas no nos advierte que, ya sea en fenómenos semánticos de «textura abierta» o por las vías de pensamiento que fuere, y llámese o no «regla de reconocimiento» a ciertos elementos de juicio semántico-formales que tradicionalmente se conocen como criterios para ordenar las «fuentes» oficiales del derecho, en realidad las intervenciones de tales criterios en las fundamentaciones expresas de los juristas no constituyen sino un elemento más *dentro* de la «mezcolanza indisoluble» con que se conforma la vastísima «región» (Wittgenstein) de juegos discursivos llamados *derecho*.

No existe, ni puede existir, determinada *ratio* SOBERANA del pensamiento jurídico profesional, esto es: una sola, discernible como tal por generalización *empírico*-«descriptiva». A menos que la «regla» en cuestión consista en una verbalización formulada en términos tan máximamente abstractos (p. ej., «práctica uniforme»³⁸) que al fin de cuentas no nos diga mucho más que algo así como lo siguiente: los operadores jurídicos «aceptan» adoptar como «guías» las pautas normativas que ellos «reconocen» para tales efectos. Vale decir, «reconocen» lo que ellos mismos «reconocen»... (¿Está de más aclarar que mis observaciones sobre los alcances de la «regla de reconocimiento» no entienden impugnar la inconcusa verdad de que se cumple tal «guía»?).

3.2. Reglas y principios.

Por cierto, Hart tuvo la perspicacia de no reconocerle mayor importancia a tal bipartición doctrinaria. No es que lo señalado como respectivo contenido para cada una de esas dos etiquetas sea propiamente falso; simplemente constituye una clasificación más, entre las numerosísimas que existen (más tantas otras que sea dable concebir), sobre aspectos diferenciales entre los

³⁷ Véase también *The Concept of Law*, cap. VII.4.

³⁸ Cita íntegra *supra*: al comienzo del presente numeral.

contemplados en unos u otros criterios jurídicos que aplican los operadores del derecho. Particularmente por cuanto hace a la gran categoría general «*principio jurídico*», una presentación como esa efectuada por Dworkin se queda años luz por detrás de los conocimientos que sobre ello fueron siendo puestos sobre el tapete por parte de tantos otros estudios anteriores³⁹.

En efecto, para tener presente lo principal al respecto basta y sobra con tener presente que, como señala Hart:

«... un orden jurídico se compone tanto de reglas de todo o nada y principios no concluyentes ... esta distinción es una cuestión de *grado*» (p. 42); vale decir, ahí cuentan también «“estándares jurídicos variables”, los cuáles especifican factores que deben tomarse en cuenta y *sopesarse* contra otros...» (p. 43).

Las profusas discusiones doctrinarias en torno a dicha clasificación, si bien revisten (¡es notorio!) muy destacado interés para unas elucidaciones máximamente normativistas sobre los razonamientos jurídicos, en cambio no pueden tenerlo —ni siquiera en cuanto a conseguir deslindar entre alternativas verdaderamente decisivas allí en planos semánticos— para exámenes realistas sobre dichos razonamientos. Si ese asunto es encarado en perspectiva realista, lo cierto es que el operador jurídico no tiene para qué preguntarse, ante ninguna cuestión práctica de derecho, si las pautas jurídicas que él considera aplicables ahí —provengan de donde provengan: textos de ley, dogmática doctrinaria, tradiciones jurisprudenciales, «redes», o lo que fuere— se puedan clasificar como «reglas» o como «principios» (entiéndase lo que se entienda respectivamente bajo estas dos categorías). Para manejar estas pautas mismas, le basta con conocer si, en consonancia con la formación profesional obtenida por él, actualmente ellas son de comprensión unívoca (en relación con el problema jurídico planteado) en su medio jurídico o si, en cambio, en este medio se tolera interpretarlas de dos o más maneras divergentes al respecto. Si advierte esto último, en el caso concreto o tipo de casos verá cuáles son tales alternativas específicamente; que por lo demás pueden o no admitir, cada una de ellas, cuestiones de *grado* de muy variada naturaleza, sean estas cuales fueren. En cuanto a saber *cómo* opte él mismo entre esas posibilidades, y *por qué* lo hará así (¿razones elegidas o presiones o inercia tramitológica o ...?), para estos efectos resulta del todo indiferente si ese intérprete prefiera a dichos criterios jurídicos llamarle «reglas» o «principios» o simplemente no fijarse en

³⁹ Amplias referencias sobre ello, con indicaciones específicas de lo explicado en esa materia por buen número de autores de varios países, en: Haba, E. P. y Barth, J. F., *Los principios generales del derecho, según la doctrina internacional y en los tribunales costarricenses*, San José (C.R.), ed. Investigaciones Jurídicas, 2004. Véase también: «El *bluff* Dworkin», cit. [ref. *supra* n. 2], § 7 («Normas, principios, directrices»). Por lo demás, esta «nueva edad de oro de los principios» [cf. *Los principios...*, Segunda Parte: § II] ha venido a desembocar en los artificios doctrinarios de la llamada «ponderación» de principios [cf. Haba, E. P., «A revueltas con la *storytelling* llamada “ponderación”, y también preguntando sobre “límites” del derecho», *Doxa*, n° 37, 2014, pp. 337-372].

tal bipartición⁴⁰, así como ignora tantas otras de las clasificaciones postuladas en infinidad de estudios de teoría jurídica.

En definitiva: dicha categorización no nos orienta para nada con vistas a averiguar qué elementos de juicio van a determinar *realmente* por cuál opción interpretativa, si las hay al respecto en el medio jurídico profesional presente, se incline la «cabeza» del intérprete autorizado. Si acaso hubiera interés en proceder a tales averiguaciones, tal clasificación no sirve ni poco ni mucho para impulsar hacia estas mismas; menos que menos, para guiarlas eventualmente. Ella no chista palabra sobre las capitales puntualizaciones que los realistas jurídicos han efectuado sobre los discursos del derecho; en cuanto a lo cual no toca un ápice que unos u otros contenidos normativos de esos discursos sean acaso clasificados doctrinariamente como «reglas» o como «principios». No menos contingentes pueden ser —cuando de hecho lo son— las interpretaciones de las unas que las de los otros; y no menos son aplicables los recursos retóricos corrientes de los discursos jurídicos para cualquiera de ambos rubros.

4. PRINCIPIOS Y LA REGLA DE RECONOCIMIENTO

Pedigrí e interpretación.

La susodicha etiqueta, *principios* de derecho, señala un colosalmente heterogéneo «cajón de sastre» en ideas jurídicas, aplicables de acuerdo con los más variados gustos doctrinarios. Si la clásica monografía de Esser (*Grundsatz und Norm...*, 1956) al respecto suele resultar tan desconcertante para sus lectores es porque, justamente, describe sin disimulos cuán multifacético es ese vasto conjunto⁴¹, lo hace ver ni más ni menos caótico que como ello realmente es (aunque posiblemente no haya sido tan del todo realista la intención de dicho autor al ofrecer esos análisis). Claro que, así y todo, siempre es posible introducir órdenes clasificatorios bastante esquemáticos para presentar este maremágnum, aun sin disimular lo variadísimos que son los alcances de sus contenidos mismos, y entonces el lector se siente menos «mareado» (cf., p. ej., los singularmente valiosos estudios de Jeanneau y Carrió)⁴².

⁴⁰ Cf. García Amado, J. A., «El juicio de ponderación y sus partes» (publicado en varios sitios).

⁴¹ Tal variedad salta a la vista también en la muy ilustrativa descripción que ofrece el sintético estudio de van der Meehrsch, G., «Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit», *Journal des Tribunaux*, año 85, 1970, nos 4714 y 4715, pp. 557-572 y 581-596.

⁴² Jeanneau, B., *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, París, 1965. Carrió, G. R., *Principios jurídicos y positivismo jurídico*, Buenos Aires, 1970. Véase también, entre otros, los importantes estudios siguientes (variados puntos de vista sobre ese asunto, los cuales ciertamente van mucho más allá del simplismo con que lo encara Dworkin): Boulanger, «Principes généraux du droit et droit positif», 1950; Crisafulli, «Per la determinazione del concetto dei principi generale del diritto», 1941; del Vecchio, *Sui principi generali del diritto*, 1921; Betti, *Interpretazione della legge et degli atti giuridici*, 1971; Bobbio, «Principi generali di diritto», 1968; Gardella, «Principios generales del derecho», 1980; Gartska, «Generalklauseln», 1976;

La diferencia clave para el tratamiento de ese asunto reside, a mi juicio, entre dos maneras de abordarlo. Aquella a la que Hart se enfrenta ahí es una de las que lo hacen con base, implícitamente, en el «esencialismo»/«naturalismo»-semántico/Superstición-del-Único-Significado-Verdadero. Estamos ante las otras cuando, en cambio, se tiene la mente abierta a detectar las pluralidades de alcances con nos encontramos realmente para el membrete «principio» de derecho, en variedades de discursos de los operadores jurídicos y de su doctrina profesional. Adoptando esta última actitud intelectual es cómo, a diferencia de cualquier apriorismo/axiomatismo en la materia, se previene la tentación de caer en ninguna ilusión de imaginarse que todas esas ideas jurídicas llamadas «principios» puedan tener alguna X función discursiva específica en común, una bien determinada que las diferencie *in genere* de toda otra suerte de ideas jurídicas, llámesele a estas últimas «reglas» o de cualquier otra maneras. El membrete *principios* jurídicos es aplicable, en las PRÁCTICAS discursivas de los juristas, para designar cualesquiera de los miembros-ideas de un vastísimo conglomerado de juegos lingüísticos iusprofesionales, entre cuyas respectivas «gramáticas» pueden darse o no darse tales o cuales «parecidos de familia».

En las principales monografías donde han sido descritos, desde hace tanto tiempo atrás, los contenidos respectivos de grupos «familiares» correspondientes a dicha etiqueta, la perspicacia y riqueza de esos trabajos ha consistido, justamente, en NO meter todos esos grupos «dentro de un mismo saco», o apenas dos o tres. Hasta por mi propia parte he conseguido *distinguir*, a partir de lo señalado respectivamente en unos cuantos de tales exámenes iluminadores, los siguientes grandes tipos principales de cuestiones controvertidas al respecto: multivocidad, fuentes, especificidad, grados de generalidad, procedimientos de obtención, funciones, lógica, ¿interpretación o «integración»?⁴³. En especial, caben las siguientes modalidades discursivas básicas en esa materia: a) seis distintos grandes modos de concebir *qué* sea un «principio»⁴⁴ y variadas clasificaciones de ellos⁴⁵: b) al menos seis tipos de *vías* de obtención de conocimientos diferentes para detectarlos⁴⁶.

Gilliard, «La nature des principes généraux du droit», 1962; Huberlant, «Antinomies et principes généraux du droit», 1965; Laun, «Allgemeine Rechtsgrundsätze», 1948; Pachioni, «I principii generali di diritto». 1924; Simonius, «Über Bedeutung, Herkunft und Wandlung der Grundsätze des Privatrechts», 1952; Wolf, «Die Natur der allgemeinen Rechtsgrundsätze», 1972; Wolff, «Rechtsgrundsätze und verfassungsgestaltende Grundentscheidungen als Rechtsquellen», 1955; Wróblewski, «Principes du droit», 1988. [Para detalles editoriales de esos trabajos, y de otros, cf. la bibliografía consignada en Haba-Barth, *Los principios...*, cit (ref *supra* n. 39): pp. 141 y ss., 347 y ss.]

⁴³ Haba-Barth, *Los principios...*, cit. [ref, *supra* n. 39], Primera Parte: § I.3 (pp. 34 y ss., «Cuestiones controvertidas»).

⁴⁴ *Ibid.*: § II.1 (pp. 41 y ss.).

⁴⁵ *Ibid.*: § II.2 (pp. 47 y ss.).

⁴⁶ *Ibid.*: §. III (pp. 67 y ss., «¿De dónde salen los PGD?»).

Pues bien, cuanto Hart señala al respecto tiene el acierto de no suponer nada que implique negar tal no-unicidad, ese pantagruélico «festín» en posibilidades opcionales de criterios jurídicos heterogéneos cubiertos por la expresión «principios» jurídicos:

«... muchos principios jurídicos deben su *status* [curs. del A.] no a su *contenido*, que sirve como interpretación del derecho establecido, sino a ... su pedigrí, esto es, la manera de su creación o adopción por una *fuentes autoritativa* reconocida» (p. 44). Hay «principios jurídicos que pueden ser “capturados” o identificados como derecho por criterios de pedigrí proporcionados por una regla de reconocimiento» [*i.e.*, «... reposando en una forma convencional de *consenso judicial*» (p. 47)] y otros «muchos principios jurídicos que *no* pueden ser capturados así, porque son *muy numerosos, muy efímeros o muy susceptibles al cambio* o modificación o ... [etc.]» (p. 45).

Y si bien aun tal observación (y el resto de lo puntualizado por Hart en ese apartado) está muy lejos de poner sobre el tapete la llamativa riqueza de problemas que en la materia han sido sacados a luz en los susodichos estudios fundamentales, corresponde tener presente que entonces el propósito de aquel fue simplemente aclarar su propia posición básica frente al simplismo tan extremado del punto de vista que él enfrenta ahí. Para hacer ver esto último, no es indispensable entrar en análisis muy ricos como los de aquellos otros autores, discriminar entre contenidos específicos tan enormemente variados que se llaman «principios» jurídicos. Reconozco que no sería justo objetarle a Hart que, aun en caso de haber tenido conocimiento (¡quién sabe!) sobre la existencia de algunos entre esos estudios capitales, no haya hecho, tampoco él, mención alguna de lo elucidado en estos. Lo cierto es que la distinción básica destacada por Hart para el ítem *principios* de derecho es atinada; por lo demás, no contradice lo elucidado en cuanto a contenidos mucho más diferenciados al respecto en trabajos precedentes de otros autores.

No obstante, para examinar *realísticamente* cómo funciona dicho recurso discursivo por parte de los operadores jurídicos, es ineludible percatarse de que también esas puntualizaciones de Hart dejan sin advertir sobre algo que suele ser muy característico, no siempre pero sí bastante a menudo, al presentar una decisión judicial como basada decisivamente en tal o cual «principio» jurídico. Se trata de los casos donde, dada la notable in-determinación de contenidos comprendida bajo la enunciación genérica de cierto «principio» invocado ahí, entonces este se hace intervenir ejerciendo la función argumentativa de *fórmula vacía pseudonormativa*⁴⁷. Eso permite tapar discursivamente el carácter jurídico-opcional —ya sea uno de carácter ideológico general, ya sea para derivar una respuesta oportunista ocasional— de la conclusión fundamentada así. En la actualidad se trata notoriamente del voluntarismo judicial propiciado por la

⁴⁷ Véase *Metodología jurídica irreverente*, cit. [ref. *supra* n. 20]: Sec. C.I.4 (pp. 197 y ss., «Fórmulas vacías pseudonormativas»). He recogido un amplio repertorio de semejantes «fórmulas» en *Axiología jurídica fundamental*, cit. [ref. *supra* n. 20]: # 262 (p. 250 y ss., «Algunos ejemplos típicos») y # 332 (pp. 357 y ss., «Del catálogo “Saludos a la bandera”»).

orientación llamada «neoconstitucionalismo», en especial mediante el disfraz de pseudo-«técnica» denominado «ponderación»⁴⁸.

[De todas maneras, corresponde reconocer que: a) Hasta en los exámenes anteriores circunstanciados y perspicaces sobre los «principios» no suele aparecer nítidamente advertido tal condición de fórmula vacía —o, en todo caso, semi-vacía— que desempeñan muchos de esos criterios generales. b) Y, desde luego, nada permite sospechar que acaso el propio Hart estuviere dispuesto a recomendar algún universo discursivo de artificios logicistas al respecto: algo así, digamos, como el sistema de «cálculos» sobre principios propugnado por Alexy⁴⁹ o acaso lo de sumergirse en un formidable laberinto de subsubsubsub...-clasificaciones (y hasta axiomatizarlas) como propone Ferrajoli⁵⁰.]

5. DERECHO Y MORAL

La interrogación de orden *general* sobre el asunto de las relaciones entre «derecho» (lo que se llame así) y «moral» (lo que se llame así), vale decir, encarándolo en el sentido de resolver eso a título esencialmente de una cuestión de *principio*, es un tema suficientemente elucidado desde hace muchos años atrás. Más allá del clásico planteamiento de Kant, y sin necesidad de quedarse en el apriorismo categorial señalado por este, numerosos estudios de la primera mitad del siglo pasado⁵¹ pusieron en claro lo principal al respecto. El examen que Hart dedicó en especial («Positivism and the Separation of Law and Morals», 1958) en relación con ello destaca todavía algunos valiosos elementos complementarios de precisión sobre el punto.

Las dos ideas centrales que ahora Hart ratifica son compatibles con los exámenes plenamente realistas sobre esa materia:

[a] «...no hay ninguna conexión conceptual *necesaria* entre el contenido del derecho y la moral» (p. 49). [b] «... la existencia y contenido del derecho puede ser

⁴⁸ Véase «A revueltas con...», cit. [ref. *supra* n. 39 *in fine*]. Cf. también el sitio señalado en la nota siguiente.

⁴⁹ *Vid.* el ilevantable análisis de García Amado, cit. [ref. *supra* n. 40], sobre esos volubles juegos de artificios numéricos.

⁵⁰ *Supra* n. 26.

⁵¹ Exámenes cardinales: Radbruch, «Recht und Moral» (*Rechtsphilosophie*, § 5); Kelsen, «Derecho y moral» (*Teoría pura del derecho*, 2ª ed., § II); Geiger, *Über Moral und Recht*, 1946 [trad. ref. *infra* n. 52]). Difícilmente exista algún estudio posterior de tan inusitada penetración en diferenciar los aspectos claves de esa cuestión como los elucidada el sucinto análisis de: Engisch, K., *Auf der Suche nach der Gerechtigkeit*, Munich, 1971, pp. 82-113 (sus planteamientos acerca de «Recht und Sittlichkeit»). — Para una muy ilustrativa visión panorámica de variados aspectos de la problemática en cuestión, con base en estudios en alemán que casi todos son desconocidos fuera de esa área lingüística (y aun allí no suelen ser advertidos ya), véase: Henkel, H., *Introducción a la Filosofía del Derecho* (trad. E. Gindernat Ordeig), Madrid, 1968, § 16 (pp. 195 y ss., «Derecho y moral»).

identificado por referencia a las fuentes sociales del derecho (e.g., legislación, resoluciones judiciales, costumbre social), *sin* recurrir a la moral, excepto donde el derecho, así identificado, haya incorporado criterios morales para la identificación del derecho» (p. 51).

Dicha compatibilidad se da siempre y cuando, eso sí, las categorías «derecho» y «moral» no sean entendidas —como suelen hacerlo, así sea implícitamente, las aproximaciones normativistas— de alguna manera esencialista. Me parece que Hart descarta esto último, justamente al subrayar que ahí no hay «ninguna conexión conceptual necesaria». Quiere decir que *cualquier* precepto considerado «moral» podría también pasar a formar parte del «derecho» positivo de un país, si en la práctica aquel es invocado como vinculante en discursos jurídicos.

Mas pienso que no viene de más una precisión realista sobre *cómo* saber si tal o cual criterio *jurídico* —*i.e.*, reconocido a título de *tal*— es o no es, al fin de cuentas, *también* un criterio «moral». Si se hace a un lado todo esencialismo, la respuesta no puede ser más sencilla, ni más obvia: una pauta es «moral», en el medio social respectivo, si en esa colectividad sucede que de hecho este mandato se estime —por la generalidad de sus miembros o por sectores considerables— como propio de *tal* especie de conductas, o sea, como válido *en sí mismo* por ubicarlo bajo tal calificativo (lo «moral») justamente. Empero, ¿vale la pena, será que hace alguna diferencia decisiva para el desempeño de los razonamientos jurídicos *mismos*, preocuparse por saber si sea dable calificar *inclusive* de «moral» a cierto criterio jurídico específico? Respuesta realista: ¡depende...!

Pues bien, ¿«depende» de *qué*? Ante todo hay que evitar, una vez más, la tentación del esencialismo: pensar que las respuestas al respecto vengan pre-establecidas, de alguna manera, mediante el reconocimiento de aquellas dos ideas básicas subrayadas por Hart, ni mediante ninguna otra suerte de criterios meramente generales tampoco. Lo de invocar o no invocar el refuerzo retórico del adjetivo «moral» para ciertas pautas jurídicas, unas veces puede coadyuvar favorablemente a favor de acreditar determinada respuesta en la materia y otras más bien puede operar en sentido contrario (esto último si el argumento en cuestión se rechaza por no ser visto como «propiamente» jurídico-positivo o debidamente «técnico»-jurídico). Ello depende, pues, de cómo se ubiquen mentalmente al respecto los intérpretes autorizados, lo cual puede variar según los contextos argumentativos en cuestión.

Desde luego, se puede invocar ahí «la *moral* y las buenas costumbres», para tipos de casos donde la ley lo indique así de modo expreso (consideración [b] en las citas de Hart: *supra*). Pero, aun siendo así, para situaciones con respecto a las cuales en ese medio social hay orientaciones encontradas sobre si es o no es «moralmente» aceptable el tipo de conducta específico en examen judicialmente, queda por ser decidido ahí mismo: ¿cuál *elegir* entre las pautas

contradictorias de esta «confusión moral» (Geiger⁵²) al respecto? Dígase lo que se diga por parte de unas u otras conceptualizaciones de teoría jurídica, la opción por la que se incline respectivamente cada jurista, ante esas situaciones, al fin de cuentas no va a depender de ningún razonamiento abstracto sobre la cuestión de principio *generadísima* moral-y-derecho. La elección «moral» invocada por él dependerá, ¡en la práctica!, de sus preferencias doctrinarias propias (inclusive las religiosas o unas político-ideológicas, etc.) al respecto o de las presiones sociales dominantes a que sea sometido ahí. Por lo demás, aun sin mencionar el término «moral», a menudo el intérprete autorizado puede hacer entrar en su argumentación consideraciones de esa índole no recogidas a título expreso en disposiciones oficiales del derecho de su país, o en todo caso guiarse decisivamente por ellas sin exponer esto en la fundamentación literal de su sentencia, procediendo simplemente por la vía de interpretar *así* tales o cuales de los numerosos conceptos jurídicos bastante indeterminados —unos principios generales, ciertos tipos penales, etc.— que forman parte del «sistema» de derecho considerado.

Quiérase o no, tanto si se acepta (me parece que actualmente es habitual en la teoría jurídica) unas bases como esas subrayadas por Hart como si se prefiera tenerlas por enmendadas doctrinalmente de alguna manera, los criterios así esbozados resultan inocuos para decidir hacia *cuál* criterio «moral», entre los reconocibles públicamente en su medio para las situaciones consideradas, se incline cada intérprete autorizado ante casos de «confusión moral», al fin de cuentas los únicos verdaderamente discutibles allí. Lo que el examen jurídico realista, a diferencia de cualquier aproximación omnigeneralizante normativista, ha de preguntarse, para cada caso o tipo de casos reales considerado, es sobre todo lo siguiente: ¿a cuál criterio moral *específico*, de los sustentados en el medio social respectivo, se recurre en cierta argumentación jurídica (sea típica u ocasional) para lograr cuáles efectos *prácticos*, esto es, en cuanto a las «vidas» de tales o cuales grupos seres humanos de carne y hueso?

Las señaladas dos directivas jurídico-doctrinarias de principio destacadas por Hart pueden suministrar una atinada ubicación *inicial* al respecto; siempre y cuando sean entendidas en calidad simplemente de tal, como un «abrebocas» (podría decirse así) para empezar a discutir sobre las soluciones jurídicas en conflicto. Por tanto, no a modo de una «regla» para saber cómo funcionan de veras las relaciones entre las regiones lingüísticas denominadas «derecho» y «moral». Esos dos criterios no pueden suministrar sino algo así como un «marco» para pasar a las indagaciones de fondo en la materia. Estas consistirán entonces en fijarse muy bien, para cada caso o tipo de casos donde el membrete «moral» se invoque en discursos de derecho, cómo distinguir cuáles son las funciones semántico-pragmáticas *reales* (¡pueden ser

⁵² Geiger, T., *Moral y derecho. Polémica con Upsala* (trad, E. Garzón Valdés), Barcelona, 1982: pp. 63 y ss., 165 y ss.

muy variadas!) puestas en acción mediante *tales* presentaciones jurídicas, por el respectivo acogimiento o rechazo de las pautas en cuestión. Esto es: saber *cuáles* sean ahí, mediante la entrada en juego de *estos* discursos, las ideologías impuestas y cuáles las ideologías obstaculizadas, cuáles las preferencias sociales beneficiadas y cuáles las preferencias sociales perjudicadas, cuáles los intereses personales (sean grupales o más restringidos) apoyados y cuáles los perjudicados, etcétera. Y si bien siempre pueden ser introducidas unas u otras distinciones lingüo-estipulativas más para redefinir los conceptos «derecho» y «moral» (p. ej., hablar de derecho «interpretativo» y derecho «preinterpretativo» [p. 52 y ss.]), lo cierto es que semejantes ejercicios doctrinarios son, a diferencia de lo puntualizado por Hart, completamente ajenos a dirigir la atención hacia indagaciones realistas como esas que acabo de señalar.

6. DISCRECIÓN JUDICIAL

El mismo año en que apareció la primera edición de *The Concept of Law* (1961), por otro lado se publicó también el cardinal análisis de Carrió: «Los jueces crean derecho»⁵³. La discusión planteada en el presente apartado gira en torno de esta cuestión: [a] si corresponde adoptar uno u otro tipo de *definición* (sea relativamente estrecha o más extensiva) para el término «derecho» y, por ende, entonces a ciertas especies de resoluciones judiciales *calificarlas* o no como «creación» de derecho; [b] si sea *recomendable* o no recomendable que los jueces discurren y decidan así —vale decir, llamándole a ello «creación» o no-«creación» de derecho— cuando tales asuntos se plantean en los tribunales. Mas he aquí que, si bien se mira, al fin de cuentas tales planteamientos vienen a basarse en la creencia de estar al tanto sobre determinada definición *real*⁵⁴ para el universo discursivo-«derecho» [a], en función de la cual se entiende estar a su vez habilitado racionalmente para dar sin más el *salto* inferencial (falacia naturalista) de ese «es» [a] al «debe» señalado como [b].

Ahora bien, aun si se esté de acuerdo (es mi caso) con las observaciones, en sí mismas, que al respecto presentó Hart allí, lo cierto es que ellas se quedan completamente al margen de dirigir la atención hacia las falacias de base que suelen ir concatenadas con tal discusión sobre la «discreción» judicial. Ni más ni menos que estas, no menos cruciales que comunes, sobre las cuales supo llamar la atención Carrió: «¿Es una cuestión de *hecho*?», «¿Es una cuestión puramente *verbal*?», «La controversia como desacuerdo de *actitud*»⁵⁵.

Para cada uno de esos ítems, Carrió los hace objeto, paso a paso, de unos análisis extremadamente finos —¡100 % lingüo-realistas! (si bien él no usa este

⁵³ Luego recogido en Carrió, G. R., *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires, 1965: Tercera Parte, § III (pp. 79 y ss.).

⁵⁴ *Supra* n. 4.

⁵⁵ *Supra* n. 53.

último calificativo)—. Mediante dichos análisis salta a la vista cómo semejantes empeños de discusión son consubstancialmente falaciosos, en cuanto se logra advertir que en definitiva ellos disimulan nada menos que todo lo siguiente:

«El hecho de que la divergencia sea básicamente un desacuerdo de *actitud*: a) explica que la controversia puede subsistir aunque se logre una completa concordancia en cuanto a los *hechos*⁵⁶ y se llegue a estipular una notación descriptiva unívoca y precisa [¡lo cual *no* suele darse en las maneras cómo suelen ser planteadas tales tipos de controversias!]; y b) pone de manifiesto lo inadecuado de la posición de quienes se empeñan en ventilar la controversia como si se tratara de una divergencia sobre lo que *hacen* los jueces»⁵⁷ [antes bien, la divergencia consiste sobre todo en preferir unas u otras *definiciones estipulativas* doctrinarias al respecto].

Una vez advertido eso, *tal* discusión queda completamente superada (*di-suelta*, diría Wittgenstein). A menos que alguien se abocase a retomarla *sin* dejar en el tintero dichas puntualizaciones, y si acaso ofreciendo contraargumentos sobre estas mismas. Yo no tengo conocimiento de que exista intento alguno en tal sentido, ni aun aproximativamente. En todo caso, no asoma ello en el planteamiento de Hart (¡menos que menos, desde luego, en Dworkin!).

Y tengo para mí que si, por acaso, unos análisis tan inusitadamente agudos (en la teoría jurídica) como estos de Carrió fueran llevados a cabo asimismo, *mutatis mutandis*, para examinar cada una de las tesis consideradas en los demás apartados que he ido desglosando aquí, posiblemente aun las discusiones en torno de esas tesis no podrían menos que venir a ser *di-sueltas* también, en muy buena medida.

CODA

Lo curioso es que, sin perjuicio de cuanto he señalado en el presente comentario, esos déficits de realismo que conllevan (a mi juicio) los planteamientos de Hart no pueden deberse a que, acaso, no estuviese al tanto de bases de conocimiento como las principales puestas sobre el tapete en estudios realistas de la materia⁵⁸. A diferencia de Dworkin, ciertamente no era Hart un ignaro en cuanto a saberes fundamentales de Teoría del Derecho, y por añadidura poseía los conocimientos básicos de análisis lingüístico como para no sucumbir ante elementales indistinciones que suelen pasarle inadvertidas a los normativistas. Planteamientos como en general los de Dworkin, así esos que Hart en este *Post-scriptum* consideró que vale la pena detenerse en especial a

⁵⁶ Véase también Vaz Ferreira, *Lógica viva*, cit. [ref. *supra* n. 32]: pp. 74 y ss. (cap. «Cuestiones de palabras y cuestiones de hecho». Comentario: Haba, «Lógica...», cit. [ref. *supra* n. 14], § 2-

⁵⁷ Carrió, *Notas...*, cit. [ref. *supra* n. 53]: p. 89.

⁵⁸ Véase su estudio: «Scandinavian Realism», 1959. [Las observaciones críticas, agudas pero no propiamente acertadas (a mi juicio), que en ese trabajo Hart efectúa frente a planteamientos básicos de Ross, merecen un análisis aparte.]

des-enredarlos, no son sino un ejemplo, singularmente notorio por su difusión académica (efecto-Vicente⁵⁹), del amplio protagonismo que tales in-distinciones tienen en los estudios de dicha disciplina.

Pero corresponde reconocer que, así y todo, las observaciones de Hart —habitualmente finas y atinadas, aun sin ultrapasarse sus límites normativistas— no son propiamente inconciliables con la posibilidad de pasar a fijarse también en aquello, tan decisivo para las prácticas jurídicas, hacia lo cual él mismo *no* dirige su atención (ni, por ende, la de sus lectores). Esto es, alertar también sobre las recurrentes características semántico-*retóricas* y los principales tipos de condicionantes práctico-*sociales* en los razonamientos desempeñados por los operadores del derecho: esos factores capitales de los cuales depende en qué medidas y cómo la «regla de reconocimiento» y demás indicaciones programáticas de literatura jurídica formen parte, también estas, de las grandes «mezcolanzas» (Radbruch) reales cuyo resultado son los fenómenos efectivos de *law in action*. Y si bien es verdad que una apertura hacia la consideración del razonamiento jurídico no como un universo meramente dogmático-semántico, sino subordinando el manejo de sus alternativas interpretativas a «objetivos sociales», no ha dejado de ser advertido también por el propio Hart⁶⁰, empero no se echa de ver que esto último haya conseguido jugar algún papel determinante en sus principales puntualizaciones teóricas propias, así esas que he examinado aquí.

⁵⁹ Cf. el sitio indicado en la n. 2 (*supra*).

⁶⁰ «El juez ignora o no ve que se encuentra en el área de penumbra... [en la cual él debiera] hacer su elección a la luz de los objetivos sociales...» (Hart, *Derecho y moral*, cit. [ref. *supra* n. 12], p. 32: «... la decisión inteligente de las cuestiones que están situadas en la zona de penumbra no se hace en forma mecánica sino a la luz de propósitos, objetivos y criterios de conveniencia...» (*ibíd.*, p. 38). Y sobre todo véase: Hart, «Jhering's Heaven of Concepts and Modern Analytical Jurisprudence», 1970.