

H.L.A. Hart y el «punto de vista interno»: entre la caja de pandora y la caja negra del positivismo

Luis M. Lloredo Alix*

I. INTRODUCCIÓN: DOS PROBLEMAS PERSISTENTES

Es difícil sentarse a escribir acerca de un grande como Hart, y más aún sobre Hart y su célebre *Postscript* al *El concepto de Derecho*. Cualquiera que conozca mínimamente la filosofía jurídica de las últimas décadas sabe que en el *Post Scriptum* se anudan casi todos los hilos de los múltiples debates que han preocupado a la teoría jurídica del siglo XX: la naturaleza y la tipología de las normas, los requisitos de la validez, la noción de sistema jurídico, la existencia o inexistencia de lagunas, la capacidad creadora del juez, el problema de la obediencia al derecho, la vigencia u obsolescencia del positivismo jurídico, y un largo etcétera de asuntos que siguen dando abundantes quebraderos de cabeza a los filósofos del derecho. Además, resulta que el *Postscript* parece delimitar dos periodos en el pensamiento de Hart –según algunos– y, en todo caso, es el punto de inflexión que dio lugar al enésimo de los cismas que ha experimentado el positivismo jurídico desde sus orígenes: el que divide al positivismo incluyente y el excluyente. Creo que hay pocos temas que hayan provocado una catarata bibliográfica tan abundante como éste. Por si fuera poco, lo intrincado de la polémica desatada en torno a este último punto, que ha alcanzado grados bizantinos¹, hace aún más difícil decir algo medianamente interesante sobre el *Postscript*.

Pese a lo anterior, me gustaría plantear dos reflexiones críticas que basculan en torno al problema del positivismo jurídico. La primera podría resumirse como sigue: la distinción de Hart entre el punto de vista interno y el punto de vista externo, que se remonta a la primera edición de *El concepto de derecho*, abrió una caja de Pandora que desencadenaría, en buena medida, la actual diatriba respecto a la obsolescencia del positivismo jurídico, hasta el punto de que podría afirmarse que fue Hart, antes que Dworkin, el causante último de la crisis del paradigma. La segunda está relacionada con la anterior y podría formularse de la siguiente manera: tanto el Hart de *El concepto de derecho* como el del *Postscript* insisten en la idea de que es posible desarrollar una teoría general y descriptiva del derecho –no referida, por tanto, a un sistema jurídico en particular–, pero esto no se condice con la introducción del punto de vista interno ni con la reiterada afirmación de que su propósito es ofrecer “un análisis

* Profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad Autónoma de Chile.

¹ No por casualidad, Rafael Escudero ha terminado apelando a un positivismo jurídico «sin calificativos», ante la confusión derivada de la logomaquia producida al calor de la polémica. Vid. ESCUDERO ALDAY, Rafael, *Los calificativos del positivismo jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral*, Civitas, Madrid, 2004.

más elaborado de la estructura distintiva de un sistema jurídico nacional”². Se trata de dos problemas que darían para una investigación de proporciones gigantescas. No obstante, habida cuenta de la naturaleza de esta contribución, sólo se ofrecerán algunas notas en clave más ensayística que académica en sentido estricto.

II. LA CAJA DE PANDORA DEL POSITIVISMO: EL PUNTO DE VISTA INTERNO Y LA DEMOLICIÓN DE LA EPISTEMOLOGÍA POSITIVISTA TRADICIONAL

La literatura sobre el positivismo jurídico es inagotable y son muchos los problemas que se han abordado al hilo de la polémica respecto al significado de dicha corriente de pensamiento. Uno de estos temas tiene que ver con la pregunta de si puede o no puede trazarse un paralelismo entre el positivismo filosófico-científico *lato sensu* y el positivismo jurídico *stricto sensu*, o sea, si el iuspositivismo es una derivada del positivismo, o bien se trata de una orientación exclusivamente jurídica con sus propias fuentes y causas de nacimiento. Autores como Ulises Schmill o Theodor Viehweg se han mostrado partícipes de la primera postura³, mientras que otros como Norberto Bobbio o Karl Olivecrona han optado por la segunda opción⁴. Algunos otros, como Leszek Kolakowski, han sostenido una suerte de visión intermedia: aunque es posible desarrollar una historia del positivismo jurídico como corriente de pensamiento independiente, en el fondo hunde sus raíces en la matriz general de la cultura positivista decimonónica⁵.

El debate es demasiado complejo como para abordarlo ahora en profundidad y ya en otro lugar he dedicado varias páginas a exponerlo en detalle⁶. De momento baste con señalar que, a mi modo de ver, está fuera de toda duda la vinculación entre el positivismo filosófico-científico y el positivismo jurídico. Los argumentos que se han esgrimido para rechazar tal conexión son fundamentalmente dos. El primero fue propuesto por Bobbio y apunta que, mientras que el positivismo filosófico nació en Francia de la mano de Auguste Comte, el positivismo jurídico lo hizo en Alemania al calor de la escuela histórica del derecho. Creo que ésta es una perspectiva estrecha de

² HART, Herbert L. A., *El concepto de derecho*, trad. Genario Carrió, Editora Nacional, Buenos Aires, p. 21.

³ Vid. VIEHWEG, Theodor, «Positivismus und Jurisprudenz», en AA. VV., *Positivismus im 19. Jahrhundert*, hrsg. von Jurgen Bluhdorn und Joachim Ritter, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1971, pp. 105-111; SCHMILL, Ulises, «El positivismo jurídico», en AA. VV., *El Derecho y la justicia*, ed. de Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta, Trotta, Madrid, 2000, p. 68.

⁴ OLIVECRONA, Karl, *El derecho como hecho. La estructura del ordenamiento jurídico*, trad. de Luis López Guerra, Labor, Barcelona, 1980, pp. 56-57; BOBBIO, Norberto, *Il positivismo giuridico. Lezioni di filosofia del diritto* [1961], Giappichelli, Torino, 1996, p. 3.

⁵ KOLAKOWSKI, Leszek, *La filosofía del positivismo*, trad. de Nicola Paoli, Laterza, Roma-Bari, 1974, p. VII.

⁶ LLOREDO ALIX, Luis, *Rudolf von Jhering y el paradigma positivista. Fundamentos ideológicos y filosóficos de su pensamiento jurídico*, Dykinson, Madrid, 2012, pp. 62 y ss.

miras, porque el positivismo no se circunscribe a la teoría concreta de un filósofo como Comte –pese a que él tildara de positivista a su propia concepción–, sino que se trata de un gran paradigma de pensamiento que inundó la cultura del siglo XIX y tiene manifestaciones dispares: desde la epistemología tardo-ilustrada de los que Napoleón denominó despectivamente los *ideologues*, hasta el utilitarismo anglosajón, pasando por el auge de las ciencias empíricas –con la acuñación de nuevas disciplinas como la sociología, la psicología o la economía– buena parte de las propuestas en filosofía, ciencias naturales y ciencias sociales del siglo XIX se nutrió de una atmósfera positivista, que corrió en paralelo a un proceso de secularización generalizado y que trajo consigo el encumbramiento del científico como nuevo sacerdote del progreso. El segundo argumento fue propuesto por Olivecrona, quien sostuvo que la expresión positivismo jurídico no es una traslación del positivismo filosófico al terreno del derecho, sino que se deriva de la locución «derecho positivo» y, por tanto, se trata de una corriente cuyo aserto es, simplemente, que no existe más derecho que el derecho positivo. Me parece que éste es también un argumento débil. Primero, porque deja sin explicar por qué entonces el iuspositivismo no surgió allá por el siglo XIII, que es cuando hay constancia de las primeras apariciones del concepto de derecho positivo –*ius positum*, a saber, derecho puesto–. Segundo, porque, incluso aunque el nombre de la corriente se desprendiera de tal expresión, la reducción del derecho al derecho positivo es un fruto de la epistemología positivista, según la cual sólo son objetos dignos de conocimiento científico aquellos cuya existencia puede verificarse mediante alguna clase de operación empírica, es decir, aquellos que se encuentran *puestos* y no *supuestos*.

La cuestión que me interesa destacar es que, si el positivismo jurídico fue un reflejo del positivismo en sentido amplio, sería lógico concluir que, una vez desmantelado éste en sede filosófica, también el iuspositivismo debería haberse visto afectado. Cuando uno contempla las cosas de modo superficial, esto parece no haber sucedido exactamente así, ya que todavía existen muchas teorías que se perciben a sí mismas como iuspositivistas. Sin embargo, si uno bucea en los múltiples virajes que ha ido experimentando dicha corriente –sería absurdo que un paradigma con doscientos años de historia se hubiera mantenido inalterado en todo ese tiempo⁷–, resulta que la crisis de la cosmovisión positivista *lato sensu* coincide con mutaciones profundas del paradigma iuspositivista que, a la larga, conducirían al proceso de erosión en el que hoy se encuentra este modelo teórico. Aquí es donde nos encontramos con la figura objeto de este estudio, Herbert L. A. Hart. Aunque Hart es considerado como uno de los grandes positivistas del siglo XX y, en buena medida, como uno de los arquetipos del iuspositivismo –cosa que sin duda es– me gustaría sostener que su célebre diferenciación entre los puntos de vista externo e interno a la hora de analizar la validez de un sistema jurídico contribuyó a abrir

⁷ He abordado este tema en LLOREDO ALIX, Luis, «Muertes y resurrecciones del positivismo jurídico. Una crisis de doscientos años de duración», en *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, n°40, 2017, pp. 249-278.

una caja de Pandora que, probablemente a su pesar, dio pie a la aportación de Dworkin y, en el largo plazo, al difícil trance en que hoy se encuentra el paradigma.

Como es sabido, la distinción de un punto de vista interno y uno externo constituye una de las herramientas conceptuales que Hart emplea para explicar la validez de un sistema jurídico. Al contrario que Kelsen, que quiso desarrollar una teoría del derecho desconectada de consideraciones sociológicas –y que por ello se vio forzado a introducir la idea de norma hipotética fundamental como regla de clausura del sistema– Hart explicaba la validez del derecho como un fenómeno de aceptación social generalizado. Según esta visión de las cosas, un sistema de normas no sería válido por cumplir un test de pertenencia establecido en reglas o protocolos externos a los sujetos involucrados en dicho sistema, sino que son esos mismos sujetos los que, al aceptar tales normas de forma tácita o explícita, consciente o inconsciente, insuflan y mantienen la validez del mismo. Es decir, estamos ante un fascinante fenómeno circular por el cual un sistema jurídico es capaz de *vincular* con fuerza obligatoria a una serie de personas, porque los sujetos *vinculados* lo perciben como *vinculante*. Esta apreciación, que se aproxima más o menos inconscientemente al enfoque de la hermenéutica, obligó a Hart a introducir la mencionada distinción entre la perspectiva externa –la del teórico del derecho que analiza un sistema jurídico desde fuera con una mirada *fiscalista*, es decir, tomando dicho ordenamiento como un objeto de estudio susceptible de ser explicado en términos de regularidades de conductas observables externamente– y la perspectiva interna, a saber, la del participante –juez, abogado, ciudadano, etcétera– que entiende la validez del derecho como una cuestión práctica en la que él mismo está comprometido, y que obliga a tomar en consideración el mundo de las creencias, las actitudes e incluso las sensaciones de los sujetos obligados.

El derecho así visto pasaba a ser una práctica social compleja, gobernada por reglas que, no obstante, establecen una relación dialéctica con los sujetos gobernados y en la que no sólo existen vínculos de mandato seguidos por reacciones de obediencia mecánica, sino más bien un entramado complejo de deberes, obligaciones y posiciones subjetivas guiadas por actitudes e intenciones de naturaleza diversa, desde la aceptación al miedo, pasando por el compromiso, la convicción, la resignación o el mero reconocimiento. Esto es algo que dio pie a una concepción hermenéutica del derecho de enorme fecundidad, una perspectiva que Hart abonó pero cuyo alcance no llegó a vislumbrar y que, desde luego, él mismo nunca abrazó. Probablemente fue Neil MacCormick quien prosiguió tal camino con mayor agudeza, sin apartarse demasiado abruptamente de la senda analítica cultivada por Hart, pero sí desplazando el horizonte hacia un tipo de teoría neo-institucionalista que dejaba atrás el normativismo en sentido estricto⁸. La teoría del derecho adquiriría

⁸ Vid. PÉREZ BERMEJO, Juan Manuel, «Hart, o el tiempo recobrado», en MACCORMICK, Neil, *H. L. A. Hart*, trad. y estudio preliminar de Juan Manuel Pérez Bermejo, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 22 y ss.

así un vuelo extraordinario y ensanchaba su agenda temática hacia el área de la interpretación y la argumentación jurídica –desatendidas en la obra de Hart–, abriendo a la vez un campo prometedor para el desarrollo de cuestiones tan relevantes en el mundo contemporáneo como las del pluralismo jurídico⁹. Y así fue cómo, partiendo de la «sociología descriptiva» hartiana, a veces más nominal que real, se transitó paulatinamente a un enfoque sociológico que, en cierto modo, está injerto de forma indisoluble en la concepción institucionalista del derecho, incluso aun cuando ésta siga moviéndose en el ámbito de la teoría y no de la sociología jurídica.

No obstante, quien llevó hasta sus últimas consecuencias la espita de la incertidumbre inaugurada con la introducción del punto de vista interno sería el gran crítico de Hart, Ronald Dworkin. Al considerar a la teoría del derecho como una actividad puramente interpretativa y no descriptiva –tal y como Hart quiso siempre verla, incluso en el *Postscript*¹⁰– Dworkin vino a asestar el cerrojo definitivo a la epistemología positivista tradicional. Según éste, en efecto, la teoría del derecho en el marco de los Estados constitucionales está condenada a adoptar un enfoque interno y no puede aspirar a desarrollar una explicación puramente descriptiva del sistema jurídico, toda vez que éste se halla preñado de valores y principios que no pueden comprenderse de manera externa, como si nos situáramos en una atalaya lejana y neutral. Y es que, llevando algunas ideas de Hart hasta el extremo, Dworkin opinaba que el teórico del derecho es también un participante de la experiencia jurídica; alguien que no puede sacudirse sin más su bagaje de ideas y valores para contemplar asépticamente el derecho como un puro conjunto de normas abstractas y carentes de significaciones subjetivas, porque ello implicaría encaramarse a una torre de marfil que no existe. En síntesis, según Dworkin, para entender –y por tanto teorizar– un sistema jurídico, es inevitable introducirse y comprometerse en algún sentido con las prácticas de dicho sistema.

Ahora bien, esto es algo que, quizá de forma inconsciente, yacía implícitamente en la inspiración wittgensteniana de la escuela analítica oxoniense, de la que Hart es deudor y al mismo tiempo representante: al fin y al cabo, un sistema jurídico constituye un juego de lenguaje que, por lo tanto, no puede aprehenderse sin antes aceptar sus reglas y participar activamente en él, porque de otro modo sería imposible entender su significado en el nivel pragmático y no sólo en el puramente semántico. Es decir: quizá sería posible adoptar una perspectiva puramente externa para analizar un sistema jurídico, pero el resultado de dicha observación nos procuraría una imagen distorsionada y poco informativa, ya que las palabras, los giros, las expresiones

⁹ BENGOTXEA, Joxerramón, «Razonamiento jurídico y post-positivismo», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, pp. 267-287.

¹⁰ HART, Herbert L. A., *Post Scriptum al concepto de derecho*, ed. por Penélope a Bulloch y Joseph Raz, estudio preliminar, trad., notas y bibliografía de Rolando Tamayo Salmorán, UNAM, México, 2000, pp. 11-18.

y los conceptos de ese juego de lenguaje no serían percibidos en su contexto performativo, que es donde de verdad adquieren significado los conceptos y las palabras. De hecho, si tomamos en serio al segundo Wittgenstein, cuya teoría es la inspiración más o menos implícita de la escuela oxoniense a la que Hart pertenece, la comprensión de una cosa equivale a una suerte de «adiestramiento cultural»¹¹, y no a una actividad intelectual que se realiza desde fuera de la cosa misma a investigar. Por eso, trayendo esta apreciación a nuestro terreno, comprender un sistema jurídico exigiría necesariamente un proceso de inmersión en la cultura jurídica subyacente al mismo.

Dicho de otro modo, aunque quizá ninguno de los dos filósofos ingleses se sintieran cómodos con las siguientes etiquetas, Hart abrió una primera brecha en la epistemología positivista tradicional, haciéndola transitar desde un modelo mecanicista a uno hermenéutico, y Dworkin completó este proceso abocándose por completo –quizá *malgré lui*– a un enfoque postmoderno: téngase en cuenta, en efecto, que los horizontes de objetividad y generalidad se desvanecen por completo en la concepción dworkiniana, ya que éste ha asumido la idea de que no es posible comprender el sistema jurídico de forma neutral, casándose así con el planteamiento de que la única óptica posible es la del observador participante. Lo que estoy intentando sostener aquí es que, en realidad, esa conclusión es un resultado necesario de la introducción del punto de vista interno que encontramos en Hart, aunque él mismo no fuese consciente de ello. Se trata, por otra parte, de algo relativamente coherente con la época en la que Hart redactó *El concepto de derecho* y con las transformaciones epistemológicas que se estaban produciendo en otras áreas de la cultura.

Los años cincuenta y sesenta del siglo XX fueron, en efecto, los años del post-estructuralismo, que en filosofía dio pie a una obra tan significativa como la de Foucault. Las derivadas de este giro son múltiples y complejas, pero es indudable que esta nueva orientación lanzó un jaque definitivo a la epistemología positivista clásica. Téngase en cuenta, por ejemplo, que sólo un año después de la publicación de *El concepto de derecho*, Thomas Kuhn dio a luz *La estructura de las revoluciones científicas*, un libro que puso en tela de juicio el modelo positivista de desarrollo científico, según el cual éste avanza de forma continua y acumulativa en un camino de perpetua aproximación a la verdad. De esto resultó la convicción de que la actividad cognoscitiva, también la de las ciencias concebidas como «duras», dependía del punto de vista –histórico, cultural, social– del investigador. Esta misma perspectiva es la que animó el debate metodológico que, en el seno de la antropología y la sociología, enfrentó a los partidarios del enfoque denominado «emic» (el punto de vista del observador externo que no se involucra con la cultura objeto de estudio y trata de explicar ésta desde fuera) con los partidarios del enfoque «etic» (el punto de vista del observador que sí toma en consideración las concepciones de la cultura

¹¹ Vid. SCHAFFHAUSER, Philippe, «Reseña de "La dicotomía emic/etic. Historia de una confusión" de Aurora González Echevarría», en *Relaciones. Estudios de historia y sociedad*, vol. XXXI, nº 121, 2010, pp. 257-269.

a estudiar desde dentro); un debate que se saldó, entre otras cosas, con el surgimiento de la corriente de la etnometodología que, encarnada en la figura de Harold Garfinkel, demolió la epistemología positivista que seguía alentando la teoría del estructuralismo-funcionalismo de Parsons, a la sazón el modelo dominante en el área de las ciencias sociales.

Quizá no sea ocioso añadir que, dentro de este clima de orientación anti-cartesiana, el filósofo de Oxford Gilbert Ryle –de gran influencia para Hart– realizó una aportación fundamental a la teoría de la mente, que también puso contra las cuerdas a la epistemología positivista tradicional. Según Ryle, el modelo explicativo clásico del pensamiento humano se basaba en un dualismo de veta cartesiana que establecía una separación tajante entre el cuerpo, entendido como una especie de máquina, y la mente, entendida como una suerte de fantasmagoría que anima al cuerpo pero está desprendida de éste. Contra dicha forma de ver las cosas, Ryle propuso el siguiente ejemplo. Imaginemos el guiño de un ojo: podemos describir este gesto de forma externa, diciendo que se trata de la contracción de un párpado. Sin embargo, se trata de algo más, porque de otro modo no estaríamos sino ante un tic. Para comprender el gesto tenemos que agregar la intencionalidad de la persona que realiza dicho gesto. El nudo del problema radica en que un guiño no es un movimiento corporal al que después podemos otorgar una actitud o un complejo de intenciones y sentimientos, sino que abarca de forma inescindible la corporeidad y la intencionalidad. Al tipo de descripciones que sólo se detienen en la perspectiva externa, Ryle las denominaba «superficiales», mientras que a aquellas que atribuyen significados intencionales a los actos externos las denominaba «densas»¹². No me parece descabellado pensar que todas estas ideas de marcada orientación anti-positivista (en el sentido filosófico) influyeron de manera quizá mediata e inconsciente en la conceptualización hartiana del punto de vista interno.

III. LA CAJA NEGRA DEL POSITIVISMO: EL DESMANTELAMIENTO DEL ESTADO-NACIÓN Y LA DUDOSA GENERALIDAD DE LA TEORÍA JURÍDICA

Hasta ahora he tratado de sostener que, en realidad, el paulatino desmantelamiento del paradigma positivista al que hoy asistimos fue catapultado por ideas que ya estaban de algún modo presentes en Hart. Según lo argumentado previamente, la introducción del punto de vista interno provocó la erosión del armazón epistemológico cartesiano –la presunción de un sujeto observante externo frente a su objeto de análisis– sobre el que se había desarrollado la cosmovisión positivista, tanto en sentido filosófico como jurídico. Sin embargo, como ya he defendido en otro lugar, el positivismo jurídico es un paradigma de largo alcance en el que confluyen dimensiones epistemológicas y políticas al mismo tiempo; dimensiones que, si bien están

¹² Vid. entre otros GEERTZ, Clifford, «La descripción densa: hacia una teoría interpretativa de la cultura», en *La interpretación de las culturas*, Gedisa, Barcelona, 1989.

vinculadas, tienen una relativa autonomía recíproca¹³. Éste no es el momento de entrar en todas las derivadas de este planteamiento, pero baste señalar que, siguiendo en parte el enfoque de Uberto Scarpelli, aquí asumiré que el sustento político del positivismo jurídico es el Estado-Nación. Así las cosas, deberíamos concluir que el iuspositivismo está condenado a desaparecer si es que lo hace el Estado-Nación.

¿Y cómo están las cosas en este punto? Me parece bastante evidente que, al igual que en el caso anterior, también en este aspecto estamos viviendo un momento de repliegue de la realidad que dio nacimiento al positivismo. La soberanía estatal se encuentra asediada tanto por arriba –ahí está el fenómeno de la *lex mercatoria* o del constitucionalismo multinivel– como por abajo: ahí tenemos, en particular, el reverdecimiento de identidades culturales de raíz sub-estatal que, habiendo permanecido largo tiempo ocultas bajo el velo intelectual y el yugo político-militar del colonialismo, cada vez adquieren mayor visibilidad y protagonismo, poniendo en duda la ecuación Estado = Nación = Derecho y favoreciendo el surgimiento de lo que solemos denominar pluralismo jurídico. La diferencia respecto a lo establecido en el acápite anterior radica en que, mientras el positivismo filosófico-científico sí parece haber quedado periclitado, el proceso de disolución del Estado-Nación se encuentra todavía en curso. Tengo la impresión de que esto es lo que explica que el positivismo jurídico siga vivo, pese a lograrlo de forma zozobante: si bien se trata de un paradigma visiblemente superado en un sentido epistemológico –a la par que desacompasado con la evolución de las ciencias y de la filosofía¹⁴– todavía sirve de manera ocasional para comprender y explicar bastantes de las dinámicas jurídico-políticas de los Estados-Nación.

Sin embargo, creo que tanto Hart como Dworkin se encuentran mal pertrechados para entender las complejidades del derecho de la globalización. De hecho, si lanzamos un vistazo a *El concepto de derecho*, veremos que, desde el primer capítulo, el filósofo inglés declaraba que su propósito era ofrecer «un análisis más elaborado de la estructura distintiva de un sistema jurídico nacional»¹⁵. Ese mismo principio metodológico vuelve a aparecer en el *Postscript* al menos en dos lugares: primero, Hart reitera que su propósito en la obra anterior había sido avanzar en el conocimiento de las «características distintivas de un orden jurídico nacional», y más adelante insiste en utilizar la expresión «órdenes jurídicos nacionales» como marco de aplicación de la teoría del derecho¹⁶. Como es obvio para todo el que conozca el debate filosófico-jurídico, con esto Hart no estaba queriendo sostener que su teoría estuviera

¹³ LLOREDO ALIX, Luis, *Rudolf von Jhering y el paradigma positivista*, Dykinson, Madrid, 2012, *passim*.

¹⁴ Vid. al respecto MATTEI, Ugo y CAPRA, Fritjoff, *Ecología del diritto. Scienza, política, beni comuni*, trad. de Ilaria Mattei, Aboca, Sansepolcro, 2017.

¹⁵ HART, Herbert L. A., *El concepto de derecho*, cit., p. 21.

¹⁶ HART, Herbert L. A., *Post Scriptum*, cit., pp. 12 y 20.

diseñada para explicar sólo el derecho inglés, ya que, precisamente, la aspiración de su obra y buena parte de sus réplicas en el *Postscript* estaban encaminadas a defender que puede y debe construirse una teoría general del derecho. Sin embargo, al insistir en la idea de un «orden jurídico nacional» como pentagrama de su proyecto filosófico, Hart estaba asumiendo implícitamente –quizá también inconscientemente– que sólo es derecho el derecho de un Estado nacional, y que sus consideraciones sólo son válidas para explicar ese tipo de realidad normativa.

Eso hace que, por un lado, el modelo teórico de Hart sea inadecuado para explicar la compleja urdimbre normativa que se está tejiendo a escala internacional y que, a estas alturas de la evolución del proceso globalizador, va mucho más allá de la premisa contractualista según la cual son los Estados los que entregan parcelas de su soberanía en favor de pactos jurídicos supranacionales. Ésta es una concepción tremendamente ingenua y simplificadora, pues desconoce que buena parte de ese tejido jurídico internacional ya no es de matriz estatal y que, más que de derecho internacional, debería hablarse de un «derecho global»¹⁷ cuajado de fenómenos de mestizaje entre diferentes culturas jurídicas y guiado por entidades de lo más diverso: empresas transnacionales, cortes de justicia internacional, organizaciones no gubernamentales, grupos de presión de naturaleza económica o cultural, etcétera. Además, por otro lado, la auto-restricción hartiana al «orden jurídico nacional» dificulta de manera casi insuperable comprender en toda su complejidad la realidad de los Estados pluriculturales o plurinacionales sometidos otrora a dominio colonial, en los que conviven varios órdenes jurídicos distintos del derecho oficial producido por las instituciones estatales. Si las cosas fueran tan simples como para explicar dichas situaciones en términos de dos o más reglas de reconocimiento que, formalmente dentro de un mismo Estado, hacen las veces de regla de cierre del sistema jurídico respectivo, todavía podríamos mantenernos en una perspectiva más o menos hartiana. Sin embargo, en el mundo real se producen entrecruzamientos mucho más complejos entre ordenamientos de diferente naturaleza que conviven dentro de un mismo Estado y que no se dejan atrapar adecuadamente mediante el esquema de género y especie o el de oposición entre iguales.

Todo lo anterior da lugar, en mi opinión, a que el modelo de Hart se esté volviendo cada vez más obsoleto en el contexto de la globalización. De hecho, la insistencia de Hart en mantener la validez simultánea de los puntos de vista interno y externo, frente al descarte dworkiniano de la perspectiva externa, es bastante revelador de una teoría que, aun habiendo dado pasos en la dirección hermenéutica –véase el apartado anterior–, sigue anclada en un paradigma de pensamiento colonial. Esto es algo que puede decirse de casi toda la filosofía jurídica del siglo XX que, como acertadamente vio William Twining, desarrolló la mayor parte de sus consideraciones apoyándose en la «caja negra» de la

¹⁷ Vid. FRYDMAN, Benoît, «Comment penser le droit global?», en J.-Y. CHÉROT y B. FRYDMAN (Dirs.), *La science du droit dans la globalisation*, Bruylant, Bruxelles, 2012, pp. 17-48.

soberanía, es decir, dando por hecho que el derecho se encuentra ligado a la soberanía estatal y que, si existen formas jurídicas alternativas a ésta, no serán sino variantes de derecho producidas por la agregación de varias soberanías estatales actuando de consuno¹⁸. Esto mismo fue lo que en su momento produjo el distanciamiento entre Hart y Twining quien, pese a admirar profundamente al gran filósofo inglés, terminó sentenciando que Hart poseía un «lúcido intelecto» malogrado por una «agenda limitada»¹⁹.

Aclaro que, cuando digo que la teoría de Hart se seguía moviendo en coordenadas coloniales, me refiero a la insistencia en la generalidad de la teoría. En efecto, el propósito de armar una teoría general del derecho está lastrado históricamente por el colonialismo, ya que dicho propósito surgió a mediados del siglo XIX, como reacción frente al choque –cada vez más intenso y habitual– de Occidente con otras culturas jurídicas radicalmente diferentes a la europea: pese a la irreductible variedad de experiencias jurídicas del globo –razona la teoría general– algo permanente o universal debe de haber que sea común a todas ellas. La realidad, sin embargo, es que esos elementos presuntamente generales o universales que la teoría jurídica encontró fueron casi siempre rasgos o conceptos occidentales que pretendieron imponerse al resto del mundo a continuación²⁰. Pese a que Hart, personalmente hablando, no aspirase a semejante cosa, lo cierto es que su modo de abordar el análisis del derecho heredó este resabio oculto en la teoría jurídica decimonónica. El tema es demasiado complejo como para dar cuenta exhaustiva del mismo en estas breves notas. No obstante, sin ir más lejos, es difícil comprender fenómenos tan importantes a escala mundial como el del derecho islámico sin desechar el propósito de deslindar con nitidez el derecho de la moral. E igualmente difícil es entender la esencia de muchas culturas jurídicas no occidentales que no distinguen con claridad las leyes de la naturaleza de las leyes en el sentido político-jurídico –como sucede con el Az-Mapu del pueblo mapuche²¹–, una diferenciación que en su momento había sido de capital importancia para el proyecto iusfilosófico kelseniano.

La alternativa que nos queda ante estos ejemplos –que podrían multiplicarse– es retirar el apelativo de derecho a ese tipo de experiencias normativas más bien holísticas, reservándolo únicamente para calificar a la experiencia jurídica occidental. Sin embargo, tal cosa implica un punto de vista colonial que establece grados de supremacía y subordinación entre culturas y

¹⁸ TWINING, William, «Implicaciones de la globalización para el derecho como disciplina», en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 44, 2010, pp. 341-368.

¹⁹ TWINING, William, «Entrevista a William Twining», de ATIENZA, Manuel y GAMA, Raymundo, en *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, nº 32, 2009, p. 714.

²⁰ Vid. por ejemplo SANTOS, Boaventura de Sousa, *Sociología jurídica crítica*, revisión de la trad. de Carlos Lema, Trotta, Madrid, 2009, *passim*.

²¹ MELIN PEHUEN, Miguel, COLIQUEO COLLIPAL, Patricio, CURIHUINCA NEIRA, Elsy y ROYO LETELIER, Manuela, *Az Mapu. Una aproximación al sistema normativo mapuche desde el Rakizum y el Derecho propio*, Instituto Nacional de Derechos Humanos, Santiago de Chile, 2016.

que tiende a ver los modelos occidentales como superiores –más depurados– a los demás. Del mismo modo que a veces decimos artesanía y no arte, dialecto y no lengua, folklore y no música, pare referirnos a las producciones culturales de los pueblos indígenas, concebir tales manifestaciones normativas como «usos», «costumbres» u otras expresiones de tenor similar implica un planteamiento recalcitrantemente colonial, que percibe la cultura de los pueblos no occidentales como primitiva, pre-científica o infradesarrollada. Siguiendo el lenguaje del escritor Eduardo Galeano –a cuyo poema de *Los Nadies* estaba aludiendo implícitamente con la reflexión anterior– hacer eso implicaría considerar que *nadie* tiene derecho salvo la civilización occidental.

En definitiva, me parece que el propósito de generalidad de la teoría no puede seguir enarbolándose si nos hacemos cargo de la enorme heterogeneidad jurídica que existe a escala mundial –algo que Dworkin sí se tomó en serio, aunque no exactamente por razones socio- antropológicas– y creo que el anclaje de la teoría jurídica en los márgenes del Estado nacional tampoco puede mantenerse a flote si asumimos en toda su radicalidad el confuso horizonte de la globalización –algo que ni siquiera Dworkin se tomó en serio–. El caso de Hart es particularmente agrídulce en este punto, porque creo que, en buena ley, la introducción del punto de vista interno debería haberle llevado a descartar la aspiración de construir una teoría general del derecho: una vez que se establece la necesidad de tomar en cuenta el punto de vista del participante para dar cuenta completa y fidedigna de la validez de un sistema jurídico –al menos, para explicarla con toda su complejidad– difícilmente podrá desandarse el camino y pretender, como ya hiciera Austin a mediados del siglo XIX, que puede diseñarse una teoría del derecho capaz de abrazar cualquier experiencia jurídica del globo.