

---

## Introducción a “Definición y Teoría en la Teoría General del Derecho”, de H. L. A. Hart

---

Martín Diego Farrell

Las conferencias inaugurales de los profesores de Oxford suelen ser aguardadas con gran interés y muchas de ellas se han convertido en clásicos de su género: basta con mencionar que la conferencia inaugural de Isaiah Berlin fue “Two Concepts of Liberty” y la de Ronald Dworkin “Hard Cases”. Cuando Herbert Hart fue designado profesor de Teoría General del Derecho la expectativa se acrecentó pues se trataba de una persona con escasos antecedentes en la materia. El orador no defraudó a su auditorio.

Hart se propuso mostrar que hay ciertas cuestiones de la teoría general del derecho que no pueden aclararse recurriendo a definiciones, cuestiones que aparecen en preguntas tales como: “¿Qué es el derecho?” o “¿Qué es el Estado?”, puesto que no hay nada que se corresponda en el mundo con esas palabras.

Acerca de este tema Hart encuentra útil el consejo de Bentham de no examinar las palabras de manera aislada, sino en cambio considerando las proposiciones en las que ellas aparecen. En una tentativa de acercamiento, sugiere comparar las reglas del derecho con las reglas de los juegos, recurso al que años después apelaría también Genaro Carrió en su libro *Legal Principles and Legal Positivism* escrito precisamente para defender a Hart del ataque de Dworkin.

En este caso uno de los blancos de Hart es la escuela del Realismo Jurídico, la que él objeta en sus dos versiones, la norteamericana y la escandinava. A diferencia de Kelsen que criticaba por igual a los realistas y a los iusnaturalistas, Hart concentra aquí su crítica sobre los primeros: tal vez pensaba que el iusnaturalismo había desaparecido definitivamente del panorama filosófico-jurídico anglosajón después de la demoledora crítica de Bentham a Blackstone en el siglo XIX.

Hart reprocha a los realistas, en este caso, tanto que se pretenda entender al derecho en términos de meros hechos, cuanto que se lo identifique con predicciones respecto de la conducta de los jueces. Cuando la expresión “un derecho” aparece en una proposición, no cumple en ella el papel de una expectativa, piensa Hart, sino que extrae una conclusión acerca de un tipo específico de regla jurídica. El juez no tiene por qué ser considerado como infalible, y podemos sostener que su decisión es errónea aunque no exista remedio para ella. Esta idea constituye el germen de la posición de Hart acerca de la discreción judicial, que expresaría luego en su

conferencia de Harvard titulada –precisamente– “Discretion”, pronunciada en el año 1956 y recientemente publicada en *Harvard Law Review*.

En el ámbito del derecho Hart considera inaplicable la definición por género y diferencia, y es asimismo renuente a aplicar la sinonimia. Piensa, sin embargo, que hay recursos disponibles, y apela para ello a la obra de Bentham, comenzando con la paráfrasis: mediante ella, Bentham pretendía vincular términos tales como “derecho” o “deber” con términos fácticos, lo que convertía a la paráfrasis en algo semejante a las reglas de correspondencia sugeridas por Rudolf Carnap en el siglo XX, y convertía –a su vez– a Bentham en un precursor del empirismo lógico.

No obstante, Hart no se muestra muy convencido acerca de las bondades de la paráfrasis y prefiere emplear otra de las sugerencias benthamitas, que consiste en establecer las condiciones necesarias para la verdad de proposiciones tales como “Usted tiene un derecho”; se trata, entonces, de examinar la función que esas palabras cumplen cuando se las emplea en un sistema jurídico. Hart piensa que la característica de las leyes que confieren derechos consiste en que la obligación de cumplir con el deber depende de la decisión de la persona que posee el derecho, o de alguna persona autorizada a actuar en su nombre. Esta idea coincide casi a la letra, por otra parte, con la caracterización del derecho subjetivo por parte de Kelsen.

10

Otro de los propósitos que ocupa aquí a Han consiste en aclarar las nociones de Estado y de persona jurídica. ¿Cuándo, y cómo, puede decirse con verdad que el Estado x me debe mil libras, por ejemplo? La respuesta consiste en que existe en x un sistema jurídico vigente, el cual autoriza a ciertas personas, en ciertas condiciones, a celebrar contratos, que producen ciertas consecuencias. Nuevamente en esta ocasión, la idea de Hart se asemeja mucho, aunque no sea exactamente igual, a la noción kelseniana de persona jurídica, la cual estipula las condiciones necesarias para que un acto de un ser humano se impute a una persona jurídica.

Las diferencias idiomáticas impidieron que los filósofos del derecho anglosajones se beneficiaran de la riquísima obra publicada en Alemania durante la República de Weimar. Hart no estaba entonces familiarizado con la obra de Kelsen escrita en alemán, pero disponía –sin embargo– de las versiones inglesas de la Teoría Pura del Derecho de 1934, y de la Teoría General del Derecho y del Estado de 1946. Es extraño –entonces– que Kelsen sea sólo mencionado en la conferencia al pasar –aunque elogiosamente, es cierto– como un autor que escribió cosas valiosas, pero sin identificar sin embargo ninguna de ellas.

Más allá del valor intrínseco de la conferencia de Hart, ella tuvo el mérito de

promover un fructífero debate con Edgar Bodenheimer en las páginas de la *University of Pennsylvania Law Review*. Es su artículo "Modern Analytical Jurisprudence and the Limits of the Usefulness" Bodenheimer sostiene que el aporte de Hart se reduce a reemplazar definiciones por explicaciones, y piensa que esta técnica no mejora la metodología jurídica. Recuerda que los conceptos jurídicos son borrosos en su periferia, y que en la zona de penumbra el derecho converge con la ética, la economía y la sociología, de donde la explicación de ellos sin recurrir a factores sociales no constituye un gran paso adelante. Bodenheimer va más lejos, por otra parte, y asegura que la técnica de Hart implica que se debilite la unidad de la teoría general del derecho de orientación analítica como disciplina jurídica autónoma.

Hart respondió a estas críticas con su excelente artículo "Analytical Jurisprudence in Mid-Twentieth Century: A Reply to Profesor Bodenheimer", donde muestra que su objetor no logró distinguir entre "derecho" y "conceptos jurídicos", ni entre teorías acerca del derecho y definiciones de los conceptos jurídicos, y convirtió así—erróneamente—las observaciones acerca de teorías jurídicas y sobre el carácter de las definiciones de los conceptos jurídicos en observaciones acerca del derecho y de los conceptos jurídicos mismos. Es a esta confusión que Hart atribuye el error de Bodenheimer de sostener que la teoría analítica rechaza la ayuda de otras disciplinas sociales.

11

Además de su valor como réplica, este segundo trabajo de Hart—publicado en el año 1957—resulta vital para estudiar el origen de sus ideas, porque en él aparece el germen de varias tesis centrales de su obra posterior, con numerosas menciones a Kelsen y a algunas diferencias que los enfrentaban. Creo que existió una enorme maduración del pensamiento de Hart entre el momento en que asumió su cátedra y el momento en que escribió su réplica a Bodenheimer.

La conferencia que ahora publicamos motivó también una polémica con Jonathan Cohen, publicada en los *Proceedings of the Aristotelian Society* del año 1955 como "Symposium: Theory and Definition in Jurisprudence". Cohen formula aquí dos objeciones importantes a la tesis de Hart. La primera tiene reminiscencias de Austin y Kelsen, pues lo que Cohen recuerda es que todos los sistemas de reglas jurídicas imponen sanciones, sea para el castigo de delitos, sea para el arreglo compulsivo de contiendas civiles. Ningún deber es considerado un deber jurídico si las reglas que lo imponen no imponen también alguna forma de sanción: si un hombre dice "Yo tengo el deber jurídico de hacer esto pero no estoy sujeto a ninguna pena si no lo hago", no se consideraría normalmente que está sosteniendo la existencia de un deber jurídico que no está vinculado a una sanción.

La crítica es vigorosa, y la respuesta de Hart—en cambio—es débil. Él invocó

la posibilidad de que los hombres pudieran ser como los ángeles, de donde no requerirían ninguna coerción, sino sólo que se les dijera lo que tienen que hacer, sea por medio del legislador, en los casos generales, o del juez en los casos particulares. Pero ¿por qué caracterizar al deber jurídico considerando casos hipotéticos y periféricos, en lugar de describir sus características en los casos reales y centrales? Como puede verse, Austin y Kelsen llevan ventaja en este aspecto.

Si la primera objeción de Cohen tiene reminiscencias de Austin y de Kelsen, la segunda anticipa una idea dworkiniana y se refiere a la inevitable intrusión de elementos morales y políticos en el argumento jurídico, argumentando que Hart ayuda a explicar donde el intérprete puede equivocarse, pero carece de una teoría que le indique como actuar correctamente. La réplica de Hart tiene en este caso más valor. Él sostiene que su tesis no requiere ser complementada por ninguna teoría jurídica controvertida en particular, sino por el enunciado –neutral, en sí mismo– de que para la aplicación o interpretación del derecho se requiere alguna de las teorías controvertidas, sin más distinción entre ellas.

12 Finalmente, en su intercambio con Cohen, Hart reconoce un error en su conferencia original, que es imprescindible mencionar aquí. En ella, se sostenía que podía ser lingüísticamente inadecuado utilizar la expresión “X tiene un derecho” (o un deber) excepto para referirse a la aplicación de una regla general. Pero Hart imagina ahora la existencia de una ley que estableciera que un individuo determinado debería realizar alguna acción específica en algún tiempo específico, de donde sería correcto decir que en este caso ese individuo tenía un deber. En consecuencia, concluye Hart, es un error tratar las nociones de derecho y de deber como esencialmente relacionadas con normas generales. Es obvio entonces que el trabajo que sigue debe ser leído incorporando esta clarificación.

Treinta años después de pronunciar esta conferencia Hart publicó su compilación *Essays in Jurisprudence and Philosophy* y la incluyó en ella. Recordó en la Introducción que la filosofía lingüística, concebida como la elucidación de las múltiples formas y diversas funciones del lenguaje no conocía límites respecto de su objeto, y estaba disponible para clarificar el discurso de cualquier disciplina. Señaló entonces que la conferencia había sido escrita “bajo la influencia poderosa y excitante de estas ideas”.

Me parece un error pensar que Hart en esta conferencia de 1953 había concebido ya las ideas centrales de El Concepto de Derecho. Lo que se encuentra presente en la conferencia –y siempre perduró a lo largo de su obra– es su desconfianza acerca de los realistas jurídicos, su respeto y admiración por Bentham, y su interés por el análisis del lenguaje. Y lo que también se encuentra presente en ella –y siempre perduró– es el talento de su autor.