

El profesor Hart y la Filosofía analítica del Derecho*

CLIFFORD L. PANNAM**

El profesor H. L. A. Hart fue nombrado catedrático de Filosofía del Derecho por la Universidad de Oxford en 1952. Hasta ese momento, muy pocos académicos fuera de Inglaterra habían oído hablar de él. Esto se debió a que contaba con pocas publicaciones. Es más, antes de su designación había publicado solamente dos trabajos, ambos en revistas filosóficas.¹ Sin embargo, si bien no llegó a la cátedra con un cúmulo de artículos y libros, ciertamente trajo consigo una rica formación en los clásicos, el derecho y la filosofía. Como estudiante universitario en Oxford obtuvo el codiciado premio al mejor de su promoción. Luego, tras ser admitido en el Colegio de Abogados, ejerció la profesión ante la *Court of Chancery* hasta el estallido de la guerra nueve años más tarde. Después de pasar la guerra trabajando en el Ministerio de Defensa, regresó a Oxford como catedrático. Allí protagonizó algunos avances relevantes para la filosofía británica contemporánea que consideraremos a continuación.

Desde 1952, la pluma del profesor Hart produjo numerosos artículos y libros que inyectaron un renovado vigor a la Filosofía analítica del

* Publicado originalmente como "Professor Hart and the Analytical Jurisprudence", en *Journal of Legal Education*, vol. 16, nro. 4, pp. 379-404. Los editores agradecen al editor el permiso para traducirlo y publicarlo en esta revista. Traducción al español realizada por Diego Martín Papayannis, docente de la Universidad de Buenos Aires y profesor visitante de la Universidad de Girona, y Lorena Ramírez Ludeña, investigadora de la Universidad Pompeu Fabra.

** Profesor de Derecho, Universidad de Melbourne.

¹ HART, "The Ascription of Responsibility and Rights", en *Proceeding of the Aristotelian Society*, nro. 171, 1948-51, 1948-1949; "A Logician's Fairy Tale", en *Philosophical Rev.*, nro. 60, 1951, p. 198. También editó la publicación póstuma de JOSEPH, H. W. B., *Knowledge and the Good In Platón's Republic*, 1948.

EL PROFESOR HART Y LA FILOSOFÍA ANALÍTICA DEL DERECHO

CLIFFORD L. PANNAM

Derecho británica.² Se reactivó una disciplina que casi se había convertido en una actividad subversiva y se le dotó de nuevas tareas que cumplir. El positivismo jurídico, severamente dañado por los ataques que había recibido durante los cuarenta años precedentes, encontró un acérrimo y persuasivo defensor. No parece exagerado afirmar que el profesor Hart ha revolucionado la Filosofía del Derecho británica con sus trabajos en los últimos diez años. Como todos los revolucionarios, fue profusamente elogiado y duramente criticado. Si bien se esforzó por que su trabajo fuese valorado, muchos lo consideran trivial. Para algunos, se trata del “último gran exponente de la Filosofía analítica del Derecho”,³ mientras que otros lo acusan de practicar “una política conservadora bajo la apariencia de Filosofía analítica del Derecho”.⁴ Incluso, un crítico norteamericano llegó a sugerir que Hart “desprecia el uso de la razón en la elección de los fines que el ordenamiento jurídico debería perseguir”.⁵

A fin de apreciar el impacto de las contribuciones del profesor Hart a la Filosofía del Derecho y medir su valor, deben considerarse dos cuestiones preliminares. La primera es el estado de la Filosofía analítica del Derecho cuando Hart fue designado catedrático de Oxford en 1952. La segunda es la naturaleza de ciertos desarrollos en la filosofía británica que han influido profundamente en su pensamiento.

I

A su muerte en 1859, John Austin dejó dos ideas fundamentales que posteriormente dominaron el pensamiento jurídico británico. Una fue la creencia apasionada en la necesidad de distinguir el hecho del valor, o el derecho que es del derecho que debe ser. La otra fue la visión acerca de que los juristas debían ocuparse de analizar la naturaleza de los conceptos jurídicos básicos antes que de especular sobre cosas tales como

² Dado que muchos de los artículos de Hart están publicados en diversos lugares, al final de este artículo se adjunta una bibliografía de sus trabajos más importantes.

³ BODENHEIMER, “Modern Analytical Jurisprudence and the Limits of its Usefulness”, en *L. Rev.*, nro. 104, U. P. A., 1956, pp. 1080, 1085.

⁴ COHEN, “Symposium: Definition and Theory in Jurisprudence”, en *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. 29, 1955, pp. 215, 235.

⁵ AUERBACH, “On Professor H. L. A. Hart’s Definition and Theory in Jurisprudence”, en *Journal of Legal Education*, nro. 9, 1956, pp. 39, 48.

ACADEMIA. REVISTA SOBRE ENSEÑANZA DEL DERECHO
AÑO 6, NÚMERO 12, 2008, ISSN 1667-4154, PÁGS. 67-98

los efectos sociales del derecho o sus fines morales últimos. Éstas eran cuestiones valorativas que podían ser dejadas al estudio de la “ciencia de la legislación” (¡esta disciplina no exigía ninguna habilidad profesional especial!). Los juristas, sin embargo, eran los únicos capaces de analizar conceptos como derecho, soberano, deber, derecho subjetivo, posesión, dominio, ley, obligación, etcétera. Bentham había definido la teoría del derecho como “el arte de ser metódicamente ignorante de lo que todos saben”; esto ejemplifica lo que Austin estaba sosteniendo.⁶ Todo jurista emplea conceptos jurídicos en su práctica cotidiana y cree que conoce sus significados. Pero, en realidad, no los comprende en absoluto.⁷ La tarea del jurista analítico, según Austin, era arrojar luz sobre su verdadera naturaleza y funcionamiento.

Durante el resto del siglo XIX y principios del XX, la tradición austinianiana dominó la producción filosófico-jurídica inglesa. Los libros escritos por Markby,⁸ Amos,⁹ Holland,¹⁰ Clark,¹¹ Pollock¹² y Salmond¹³ son ante todo analíticos, por lo que evitan cualquier consideración moral o sociológica. Sus perfiles pueden ser caracterizados por la siguiente afirmación tomada del libro *Jurisprudence*, de Sir John Salmond:¹⁴ “El propósito de la Filosofía analítica del Derecho es analizar los principios jurídicos básicos, sin hacer referencia a sus orígenes históricos, evolución, significación ética o validez”.

⁶ “Los elementos de una ciencia son precisamente las partes más difíciles de explicar de ella misma”.

AUSTIN, John (ed. Hart), *The Province of Jurisprudence Determined*, 1954, p. 61.

⁷ Recuérdese la respuesta de San Agustín a la pregunta “¿Qué es el tiempo?”: “¿Qué es entonces el tiempo? Si nadie me lo pregunta, lo sé; si deseo explicárselo a quien lo pregunta, no lo sé”, en *Confessions of Saint Augustine*, cap. 11.14.7.

⁸ MARKBY, William, *The Elements of Law*, 1871.

⁹ AMOS, Sheldon, *A Systematic View of the Science of Jurisprudence*, 1872; *The Science of Law*, 1874.

¹⁰ HOLLAND, Thomas Erskine, *The Elements of Jurisprudence*, 1880. En este trabajo, Holland dio su famosa definición de Filosofía del Derecho: “...la ciencia formal del Derecho positivo”, íd. en p. 15.

¹¹ CLARK, *Practical Jurisprudence*, 1896.

¹² Por ej., POLLOCK, Frederick, *A First Book of Jurisprudence*, 1896.

¹³ SALMOND, John William, *Jurisprudence*, 1902.

¹⁴ Íd. en p. 5.

EL PROFESOR HART Y LA FILOSOFÍA ANALÍTICA DEL DERECHO

CLIFFORD L. PANNAM

Aunque dirigieron sus esfuerzos hacia el análisis formal de los conceptos jurídicos, usualmente se olvida que casi todos ellos advirtieron que una comprensión completa del Derecho como instrumento de control social depende del estudio de muchas otras disciplinas.¹⁵ Probablemente la única excepción fue el libro de Sir Thomas Erskine Holland, que aún no tiene paralelo en cuanto a su prejuicioso y pedante virtuosismo.¹⁶

Con posterioridad a la aparición del libro de Salmond en 1902, los estudios analíticos se detuvieron abruptamente en Inglaterra. Se publicaron muchas ediciones nuevas de los antiguos textos, pero se produjo muy poco trabajo original.¹⁷ Fuera de Inglaterra, el interés por los estudios analíticos resurgió brevemente a partir del trabajo de Hohfeld en los Estados Unidos, pero fue truncado por su temprano fallecimiento. En Europa, los escritos de Hans Kelsen mantuvieron ardiendo los fuegos analíticos, pero las traducciones al inglés fueron inaccesibles por algún tiempo.

Con la publicación de *Law in the Making* (1928), de C. K. Allen, las investigaciones en Filosofía del Derecho dieron un nuevo giro en Inglaterra. Este libro fue el precursor de esas investigaciones comprehensivas de teoría jurídica que actualmente se han vuelto tan habituales. Intentan resumir las distintas teorías acerca de la naturaleza del derecho que los hombres han estado pensando desde la época de Homero en adelante. En esta categoría cabe incluir los trabajos de Paton,¹⁸ Stone,¹⁹ Friedman,²⁰ Dias y Hughes²¹ y Lloyd.²² El propósito de estos libros es resumir la

¹⁵ Por ej., "En la universidad, el Derecho debe estudiarse, no simplemente como ha resultado de las exigencias sociales, sino atendiendo a las relaciones generales que existen entre sus diversas partes y con otros sistemas". MARKBY, op. cit., *supra* nota 8, en p. 4. "Es totalmente imposible contemplar el Derecho como un fenómeno social aislado". AMOS, *A Systematic View of the Science of Jurisprudence* cit., p. 18. "Un tratado completo de Filosofía del Derecho abordaría enteramente las tres ramas de la materia, esto es, la analítica, la histórica y la ética". SALMOND, op. cit., *supra* nota 13, en p. 5.

¹⁶ Así, los críticos más hostiles lo citan como un caso típico de la naturaleza árida de los estudios analíticos.

¹⁷ Por ej., actualmente, *Jurisprudence* de Salmond se encuentra en su 11ª edición y *Elementos* de Holland pasó por 13 ediciones.

¹⁸ PATON, George W., *A Textbook of Jurisprudence*, 1946.

¹⁹ STONE, Julius, *The Province and Function of Law*, 1946.

²⁰ FRIEDMANN, Wolfgang G., *Legal Theory*, 1947.

²¹ DIAS, Reginald W. M. y Gram B. J. HUGHES, *Jurisprudence*, 1957.

²² LLOYD, Dennis, *An Introduction to Jurisprudence*, 1959.

ACADEMIA. REVISTA SOBRE ENSEÑANZA DEL DERECHO
AÑO 6, NÚMERO 12, 2008, ISSN 1667-4154, PÁGS. 67-98

historia de la teoría jurídica; además, muchos contienen un ataque al valor de los estudios analíticos como tales. *The Province and Function of Law*, de Julius Stone, y varios libros del profesor Wolfgang Friedmann,²³ por ejemplo, critican rotundamente la Filosofía analítica del Derecho por no tener nada que aportar a los grandes cambios económicos y sociales con los que el derecho ha lidiado en el siglo XX.

Con este contexto en mente, podemos dejar que el profesor Hart hable por sí mismo:

Cuando en 1952 fui nombrado Catedrático de Filosofía del Derecho en Oxford me formé la opinión de que las investigaciones analíticas acerca de la naturaleza del Derecho y los conceptos jurídicos habían cesado prematuramente. En parte, esto se debió a la totalmente legítima y beneficiosa distracción de la atención de los juristas hacia los múltiples problemas dados por el hecho de que las normas jurídicas son vagas en cuanto a su alcance, por lo que usualmente fracasan al determinar unívocamente una decisión judicial. El énfasis en este fenómeno había llevado a algunos de ellos (los “escépticos ante las reglas”) a dudar, con mayor o menor exageración, de la posibilidad de describir el sistema jurídico en términos de *reglas*; otros se vieron estimulados a realizar investigaciones, tal vez más fructíferas, sobre los criterios que *deberían* emplear los tribunales para tomar decisiones razonables cuando se enfrentan con lo que, en algún sentido, son “lagunas” del sistema jurídico. Otros incluso habían advertido que el tratamiento racional de los problemas de la zona de penumbra involucra la consideración de los propósitos “subyacentes” en el Derecho e invocaron la terminología tradicional del Derecho Natural –a veces también con algunas de sus tradicionales confusiones– para expresar sus puntos de vista (...) Sin embargo, me parece evidente que las preguntas acerca de aquellos hechos del Derecho que son relativamente estables y certeros, los cuales constituyen el marco conceptual del pensamiento jurídico, aún están abiertas (...) (É)stas quedaron para ser respondidas a partir de una extensa enumeración de conceptos y términos jurídicos, con nuevas herramientas y con una nueva sensibilidad por las distinciones lógicas y lingüísticas.²⁴

²³ FRIEDMANN, Wolfgang G., *Law and Social Change in Contemporary Britain*, 1951; *Law in a Changing Society*, 1959.

²⁴ HART, “Analytical Jurisprudence in Mid-Twentieth Century: A Reply to Professor Bodenheimer”, en *L. Rev.*, nro. 105, U. P. A., 1937, pp. 953, 957-58.

EL PROFESOR HART Y LA FILOSOFÍA ANALÍTICA DEL DERECHO

CLIFFORD L. PANNAM

Esta nueva sensibilidad por las distinciones lógicas y lingüísticas vendría de la valoración de algunos desarrollos importantes de la filosofía británica. Antes de repasar la naturaleza de esos desarrollos, debe decirse una cosa más sobre la reacción de Hart frente a la tendencia reciente en los trabajos de Filosofía del Derecho británicos. No sólo está convencido de la necesidad de un renovado interés en los estudios analíticos, sino que es extremadamente crítico con las breves enciclopedias de teoría jurídica que se han tornado tan populares. En una reseña del libro *Jurisprudence* (1957), de Reginald W. M. Dias y Graham B. J. Hughes, escribió:

...Luego de la primera circunvalación de los exploradores, ¿son realmente necesarios estos tours guiados alrededor del mundo de la teoría del Derecho en 500 extrañas páginas? (...) ¿No sería mejor realizar viajes más cortos y penetrar más profundamente en un solo territorio?

...¿Qué propósito pueden cumplir estos tabloides (ofrecidos en reemplazo del examen detallado de un buen autor) excepto permitir que el jurista de cuarta categoría se escurra en la tercera categoría escribiendo “breves trabajos” sobre alguno de los tres siguientes...?²⁵

Va de suyo que el trabajo de quien tiene esta visión debe confinarse a pequeñas áreas que son examinadas en gran detalle. Ejemplo de ello es el análisis de 441 páginas del concepto de “causación” jurídica que el profesor Hart, junto con el profesor Honoré, publicó en 1959.²⁶ Como se verá, ésta es una característica de toda su obra.

²⁵ HART, “Dias and Hughes on Jurisprudence”, en *J. Soc. Pub. Teach. Law* (New Series), nro. 4, 1958, pp. 143, 147. En el prefacio de *The Concept of Law*, 1961, Herbert L. A. Hart ha criticado la “creencia de que un libro de teoría general del Derecho es, por sobre todo una obra en la que uno se informa sobre el contenido de otros libros”. [N. del T.: Todas las citas correspondientes a *The Concept of Law* son tomadas de la traducción de Genaro Carrió, HART, H. L. A., *El concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963].

Hart también ha cuestionado el valor de los libros que reproducen breves extractos del trabajo de los grandes teóricos. “¿Cuánto puede aportar una página de Hegel? Si bien la inclusión de ciertos fragmentos puede despertar un genuino interés, ¿acaso la presentación de una extensa y variada colección de citas no incentivaría una vil práctica académica de citar nombres de autores?” HART, “Book Review”, en *Law Q. Rev.*, nro. 77, 1961, pp. 123, 124-25.

²⁶ HART, Herbert L. A. y Anthony M. HONORÉ, *Causation in the Law*, 1959.

A finales del siglo XIX, el hegelianismo dominaba la filosofía en Inglaterra.²⁷ Personas como Bradley, Bosaquet y McTaggart se avocaron a descubrir las verdades filosóficas acerca del universo como un todo, acerca de la realidad en su naturaleza última. Su búsqueda era vaga, pero su ambición majestuosa. Buscaban lo absoluto y discutían preguntas tales como ¿qué es el tiempo? Cuando McTaggart respondió esta pregunta declarando que el tiempo era irreal, espantó tanto a un joven filósofo llamado G. E. Moore que comenzó a cuestionar los propios fundamentos del idealismo absoluto, como se denominaba a este hegelianismo inglés. Consideraba esa proposición “perfectamente monstruosa” por alejarse totalmente del sentido común.²⁸

Los estudios de Moore lo convencieron de que los filósofos se habían embarcado en grandes búsquedas para encontrar respuestas a preguntas en apariencia importantes sin considerar la naturaleza exacta de las cuestiones que intentaban responder.²⁹ Su estrategia filosófica consistió en comenzar con una proposición monstruosa que alguien había formulado en respuesta a una pregunta profunda.³⁰ Luego analizaba la pregunta para exponer su verdadera naturaleza y mostrar cómo su forma verbal había confundido a la persona que intentaba responderla. Un ejemplo ilustrará el proceso. Tómense dos expresiones que son gramaticalmente similares, como “continúa hasta Londres” y “continúa hasta el infinito”. Respecto de la primera expresión uno puede preguntarse “¿qué es Londres?”, “¿dónde queda Londres?” o “¿cuán grande es Londres?”. Pero si nos hacemos las mismas preguntas acerca del infinito estamos desti-

²⁷ Para el jurista, las explicaciones más interesantes de la historia de la filosofía británica desde la última parte del siglo XIX son: WARNOCK, Frederick V., *English Philosophy Since*, 1958, p. 1900; URMSON, James O., *Philosophical Analysis; Its Development Between the Two World Wars*, 1956.

²⁸ SCHLIPP (ed.), *The Philosophy of G. E. Moore*, 1957, p. 14.

²⁹ “Me parece que en ética, como en todo estudio filosófico, las dificultades y los desacuerdos que abundan en la historia se deben principalmente a una causa muy simple: intentar responder preguntas sin antes descubrir exactamente qué cuestiones se desea responder”. MOORE, G. E., *Principia Ethica*, 1908, p. 222.

³⁰ Dado que el criterio de monstruosidad se correspondía con el grado en que la proposición desafiaba al sentido común, Moore es usualmente denominado el “Filósofo del sentido común”. Alguien que no es filósofo no debería tomar esto en su sentido más obvio. Para un ejemplo de un poeta que intentó valientemente entender a Moore y fracasó, véase YEATS, W. B. Y T. S. MOORE, *Their Correspondence*, Bridge ed., 1953.

EL PROFESOR HART Y LA FILOSOFÍA ANALÍTICA DEL DERECHO

CLIFFORD L. PANNAM

nados a caer en el absurdo. La similitud de la forma gramatical genera una gran tentación, que debe ser resistida si hemos de evitar el error.³¹

Desde esta perspectiva, el hecho de que las similitudes y los contrastes gramaticales puedan ser lógicamente engañosos ha motivado el reciente interés de la filosofía británica por el lenguaje. En los años previos a la Segunda Guerra Mundial, muchos filósofos distinguidos tomaron y desarrollaron la tesis según la cual oraciones gramaticalmente aceptables pueden ser lógicamente insostenibles. El movimiento fue presidido por Ludwig Wittgenstein, un genio excéntrico que vivió la mayor parte de su vida en el límite de la cordura.³² De su pluma provienen estas crípticas palabras: "4.003 La mayoría de las preguntas y proposiciones de los filósofos resultan del hecho de que no comprendemos la lógica de nuestro propio lenguaje.

"4.0031 Toda la filosofía es '¡Crítica del Lenguaje!'"³³

La filosofía se transformó en una especie de disciplina suicida. Se consagró a disolver las preguntas tradicionales en ácido lingüístico antes que a resolverlas. En efecto, en 1932 el profesor Gilbert Ryle afirmó que el principal, si no el único, objeto de la filosofía era "la detección de las fuentes de equívocos recurrentes y de absurdas teorías en los lenguajes naturales".³⁴

Después de 1945, la filosofía analítica cambió de tono.³⁵ Un grupo de filósofos de Oxford comenzó a tener un interés en el lenguaje que

³¹ ¿Recuerda, en *Through the Looking Glass*, cuando el Rey pregunta a Alicia si puede ver a sus exploradores?

"No, a nadie", dijo Alicia.

"¿Cómo me gustaría tener esa vista", remarcó el Rey con tono inquietante". "¡Poder ver a nadie! ¡Y además a esta distancia! ¡Yo con esta luz ya hago demasiado viendo a alguien!"

³² Para un perfil de Von Wright Wittgenstein, WITTGENSTEIN, Ludwig, "A Biographical Sketch", en *Philosophical Rev.*, nro. 64, 1955, p. 527. Como la mayoría de los escritos de Wittgenstein no fueron publicados en vida, es difícil estimar su influencia. Sin embargo, parece haber acuerdo en que era una figura dominante en la filosofía británica.

³³ WITTGENSTEIN, Ludwig, *Tractatus Logico Philosophicus*, 1922.

³⁴ *Proceedings of the Aristotelian Society*, nro. 12, 1933, pp. 1932-1933.

³⁵ Véase, en general, *Logic and Language*, Flew (ed.), 1952; AYER, Alfred J. et al., *The Revolution in Philosophy*, 1953; WEITZ, "Oxford Philosophy", en *Philosophical Rev.*, nro. 62, 1953, p. 187; MEHTA, "Onward and Upward with the Arts", en *New Yorker*, 1931, p. 59.

iba más allá de la disolución de los problemas filosóficos. Articularon un ataque feroz a la tesis de que las palabras o bien establecían hechos o bien describían emociones. Esta tesis surgió de los escritos de Bertrand Russell y los positivistas lógicos, representados en Inglaterra por el profesor A. J. Ayer.³⁶ El lenguaje, respondió el grupo de Oxford, cumple muchas funciones adicionales. El significado de las palabras no puede determinarse de antemano afirmando que o bien ellas son descriptivas o bien emotivas. Uno debe examinar el rol que juega una palabra en su uso normal. Cuando ello se hace, se revela la gran variedad de roles que desempeña el lenguaje.

Algunos ejemplos tomados de los últimos trabajos del profesor J. L. Austin, que parece haber sido el precursor del grupo de Oxford, ilustrarán este punto. El profesor Austin argumenta que cuando una persona dice “yo sé que es un jilguero” hace mucho más que meramente describir ciertos hechos. La persona, cuando dice “yo sé”, da su palabra, o arriesga su reputación, sobre el hecho de que es un jilguero. Eso diferencia esta frase de otras como “creo” o “supongo”, por ejemplo. Del mismo modo, cuando uno dice “prometo” hacer algo, hace más que describir su estado mental presente. Invita a otro a confiar en su palabra; o, para tomar otro ejemplo, cuando se pronuncia la palabra “acepto” en el curso de una ceremonia matrimonial, tiene lugar la realización de un acto más que la descripción de un hecho. Lo mismo puede decirse de “nombro a este barco Queen Elizabeth”. El profesor Austin denomina “performativo” este uso del lenguaje.³⁷

Este tipo de estudios lleva la filosofía a los límites de la filología. A fin de demostrar la variedad de los usos del lenguaje, el profesor Austin y el grupo de Oxford estaban muy preocupados por los matices semánticos que separaban palabras similares. Por ejemplo, se preguntaban: ¿por qué usamos “deliberadamente” en lugar de “intencionalmente”, “a pro-

³⁶ Los primeros escritos de Russell en este campo eran un intento por descubrir los componentes básicos, o átomos lógicos, del idioma inglés. Estos átomos expondrían hechos y todas las palabras estarían compuestas por ellos. Sobre el “Atomismo Lógico”, como se lo denomina, véase URMSON, James O., *Philosophical Analysis. Its Development Between the Two World Wars*, 1956; AYER, Alfred J., *Language. Truth and Logic*, 1936.

³⁷ Los trabajos más importantes del profesor Austin fueron compilados y publicados póstumamente en AUSTIN, John Langshaw, *Philosophical Papers*, 1961.

EL PROFESOR HART Y LA FILOSOFÍA ANALÍTICA DEL DERECHO

CLIFFORD L. PANNAM

pósito", "a sabiendas" o "voluntariamente"? A la inversa, ¿por qué utilizamos "accidentalmente" en lugar de "por error", "negligentemente", "inadvertidamente" o "sin querer"? La razón por la que es importante saberlo, nos dice el profesor Austin, es porque

...nuestro caudal común de palabras encarna todas las distinciones que los hombres han encontrado provechoso trazar, y las conexiones que han encontrado fructífero realizar durante muchas generaciones: éstas muy probablemente sean más numerosas, más sólidas, dado que han resistido al largo test de supervivencia bajo la ley del más fuerte, y más sutiles, al menos en todas las cuestiones prácticas ordinarias y razonables, que cualquiera que usted o yo podamos pensar en nuestros sillones durante una tarde -el método alternativo más favorable-.³⁸

Esta nueva sensibilidad hacia el lenguaje se refleja en varios estudios recientes, no sólo de filosofía general,³⁹ sino también de ética⁴⁰ y ciencia política.⁴¹ El profesor Hart, que ha sido un miembro destacado del grupo de Oxford, también la ha aplicado, como veremos, a la Filosofía analítica del Derecho.

II

La tarea de la Filosofía analítica del Derecho, de acuerdo con el profesor Hart, consiste en proporcionar "...un panorama o mapa más claro de aquellos rasgos de los conceptos jurídicos que los diferencian de los conceptos usuales, relativamente fáciles de comprender, y que exhiba manifiestamente su modo distintivo de operar".⁴²

Cree que se progresará muy poco en la comprensión del Derecho y del razonamiento jurídico mientras no se llegue a dominar la estructura lógica del lenguaje jurídico. La mayor parte de su trabajo durante los últimos diez años ha versado sobre distintos aspectos de este tema central. Examinaremos cinco de ellos a continuación.

³⁸ Íd. en 130.

³⁹ RYLE, Gilbert, *The Concept of Mind*, 1949.

⁴⁰ NOVELL-SMITH, *Ethics*, 1954.

⁴¹ WELDON, *The Vocabulary of Politics*, 1953. Éste es un libro muy breve y decepcionante.

⁴² HART, "Analytical Jurisprudence in Mid-Twentieth Century: A Reply to Professor Bodenheimer" cit., pp. 953, 972.

A. LA TEXTURA ABIERTA DEL LENGUAJE

Como muchos otros teóricos del derecho del siglo XX, Hart ha enfatizado consistentemente la vaguedad inherente al uso del lenguaje. Para demostrar el punto, suele emplear un ejemplo ilustrativo que consiste en suponer una regla jurídica que prohíbe la entrada de vehículos a un parque público. Sin duda, esto prohíbe el ingreso de un automóvil, pero ¿qué pasa con las bicicletas, los aviones, los automóviles de juguete, las patinetas, las sillas de ruedas eléctricas o los patines? ¿Deben o no ser tratados como “vehículos” a los efectos de la regla?

Las situaciones de hecho no nos esperan claramente etiquetadas, planchadas y dobladas, ni llevan su clasificación jurídica escrita encima para que el juez simplemente la lea. En lugar de ello, al aplicar reglas jurídicas, alguien debe tomar la responsabilidad de decidir, con todas las consecuencias prácticas que ello involucra, si el caso en cuestión está o no cubierto por las palabras.⁴³

Esta incertidumbre de la zona de penumbra es propia de todas las reglas jurídicas y del lenguaje con carácter general. No importa lo claro que parezca el significado de una palabra, de una frase o de una regla, siempre hay un margen de vaguedad que lo rodea.⁴⁴ Uno de los colegas del profesor Hart en Oxford, Friedrich Weismann, ha denominado “textura abierta” a este elemento del lenguaje.⁴⁵ Es el precio que inevitablemente debemos pagar por el uso de términos clasificatorios generales en cualquier forma de comunicación. La ciencia jurídica de este siglo, especialmente en los Estados Unidos, se ha ocupado casi por completo de esta zona de penumbra. Los “realistas” han mostrado los amplios poderes discrecionales que ejercen los jueces al decidir casos que envuelven estas cuestiones. Otros han tratado de formular principios-guía que asistan a los jueces para alcanzar resultados “buenos” o “justos”. Todos ellos han coincidido en que la existencia de tal incertidumbre demuestra la inutilidad de la Filosofía analítica del Derecho. John Austin y sus

⁴³ HART, “Positivism and the Separation of Law and Morals”, en *Harv. L. Rev.*, nro. 71, 1958, pp. 593, 607.

⁴⁴ La única excepción está dada por los conceptos minuciosamente definidos que se emplean en la ciencia y en las matemáticas.

⁴⁵ WEISMANN, “Verifiability”, en *Essays in Logic and Language*, Flew (ed.), 1952, p. 117.

EL PROFESOR HART Y LA FILOSOFÍA ANALÍTICA DEL DERECHO

CLIFFORD L. PANNAM

seguidores fueron acusados de ignorar estos hechos obvios sobre el lenguaje y de creer que el Derecho era una ciencia autosuficiente en que todas las respuestas fluían lógicamente de premisas preordenadas. Se afirmó que un tratamiento racional de los problemas de la zona de penumbra sólo podría llevarse a cabo a la luz de consideraciones sociales, morales y económicas. La influencia de estos otros factores sobre las decisiones jurídicas se convirtió en el foco de interés. El Derecho era una predicción de cómo un tribunal decidiría los casos, por lo que la Filosofía del Derecho se convirtió en el estudio de los ingredientes de las decisiones judiciales.

Hart ha defendido a Austin frente a este ataque demostrando, con fragmentos extraídos de sus escritos, que era plenamente consciente de la textura abierta del lenguaje.⁴⁶ Su defensa, sin embargo, suena un tanto fuera de tono. Ciertamente, Austin reconoció que, a principios del siglo XIX, en Inglaterra existían amplias áreas de discreción en la administración de justicia.⁴⁷ Pero Austin pensó que éste era un grave defecto y quería reducir el poder de los jueces mediante la legislación. Advirtió que probablemente la naturaleza del lenguaje hacía imposible eliminar completamente la discreción, pero quería reducirla tanto como fuera posible.⁴⁸ Hart, por otro lado, ve en la textura abierta del lenguaje no sólo un hecho de la vida jurídica, sino también un ideal que deberíamos preservar. Hart creía que sería odioso contar con una normativa tan detallada que la cuestión de su aplicación a un caso concreto estuviese siempre predeterminada. Para Austin, era un objetivo inalcanzable:

Dicho brevemente, la razón está en que la necesidad de tal elección nos es impuesta porque somos hombres y no dioses. Es una característica de la condición humana (y por ello también de la condición de los le-

⁴⁶ HART, op. cit., *supra* nota 43, 1958, pp. 606-15.

⁴⁷ Por ej., "No logro entender cómo cualquiera que haya considerado la cuestión puede suponer que la sociedad habría salido adelante si los jueces no hubieran legislado..." AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined* cit., p. 191. Véase también pp. 205, 207, 371.

⁴⁸ Ninguna regulación podría ser completa, pero "puede ser menos incompleta que el derecho hecho por el juez, y (si está bien construida) estar libre de los grandes defectos que he señalado al final". AUSTIN, John, *Lectures on Jurisprudence*, nro. 2, Campbell, 1885, p. 666.

ACADEMIA. REVISTA SOBRE ENSEÑANZA DEL DERECHO
AÑO 6, NÚMERO 12, 2008, ISSN 1667-4154, PÁGS. 67-98

gisladores) que en todos los casos en que tratamos de regular, en forma no ambigua y por adelantado, alguna esfera de conducta por medio de criterios o pautas generales, para ser utilizados sin nuevas directivas oficiales en ocasiones particulares, nuestro empeño halla dos obstáculos conectados entre sí. El primero es nuestra relativa ignorancia de los hechos; el segundo, nuestra indeterminación de propósitos.⁴⁹

La regla que prohíbe entrar con vehículos a un parque público servirá para ilustrar el punto de Hart. El lenguaje de la regla ordena que se mantenga la paz y la tranquilidad en los parques al coste de excluir cosas como automóviles, autobuses y motocicletas. Sin embargo, como el objetivo general no ha sido puesto en conjunción con casos no previstos (sillas de ruedas, patinetas, etc.) está indeterminado. Cuando surjan dichos casos, la cuestión sólo puede resolverse llevando a cabo una elección entre los intereses en conflicto. La decisión adoptada precisará el alcance del objetivo inicial y determinará el significado de una palabra a efectos de la regla. Esta aproximación, de acuerdo con Hart, es la única que racionalmente puede adoptarse en un mundo en el que la invención humana y los procesos naturales provocan constantemente tales variantes en lo que nos es familiar. Representa, no obstante, una actitud muy diferente a la de Austin sobre esta cuestión, que no debe ser peor considerada.⁵⁰

Adoptando tal perspectiva, no es sorprendente que, respecto de la disyuntiva entre el “formalismo” y el “escepticismo ante las reglas”, Hart encuentre a la teoría jurídica atrapada entre Escila y Caribdis. El formalismo busca minimizar la necesidad de elección tratando de congelar el significado de las reglas. Se fija en ciertos elementos presentes en el caso claro y rechaza extenderlos, sin importar las consecuencias sociales de tal decisión. Este enfoque, cree Hart, sólo...

asegura un nivel de certeza o predecibilidad al precio de prejuzgar ciegamente lo que ha de hacerse en un campo de casos futuros, cuya com-

⁴⁹ HART, *The Concept of Law* cit., p. 125 (en la versión castellana, p. 160).

⁵⁰ La razón por la que Hart defendió enérgicamente a Austin en la *Holmes lecture*, *supra* nota 43, era rebatir un argumento consistente en que el error de Austin, al no reconocer la textura abierta del lenguaje, debilitaba el mérito de su separación estricta entre hecho y valor. Lo que Austin pensaba sobre este fenómeno no se discutió realmente.

EL PROFESOR HART Y LA FILOSOFÍA ANALÍTICA DEL DERECHO

CLIFFORD L. PANNAM

posición ignoramos. Así habremos conseguido, por cierto, resolver por adelantado, pero también a oscuras, cuestiones que sólo pueden ser razonablemente resueltas cuando se presentan y son identificadas.⁵¹

El escepticismo ante las reglas en sus variadas formas cuestiona que alguna vez haya casos claros en la aplicación de las reglas jurídicas. Sostiene la idea opuesta y por momentos insiste en que las palabras no tienen ningún núcleo de significado. Todo lo que existe es el antojo arbitrario de un juez o algún otro funcionario. Hart rechaza esto por ser una completa exageración. Tal y como señala, ocuparse de los problemas de la zona de penumbra es una cosa, pero estar preocupado por ellos es otra bastante diferente. Insiste en que todos los conceptos tienen un caso paradigmático, o uso estándar, en el contexto en que se establecen. Incluso conceptos tan vagos como “tasa justa”, o un “sistema seguro”, o “razonable” tendrán este núcleo duro de significado. Por ejemplo, una facultad delegada por el Poder Legislativo a una comisión para fijar los “salarios razonables” de los conductores de autobús será clara en sus dos extremos y vaga en su centro. Un salario que no es suficiente para que los conductores subsistan será tan irrazonable como un salario tan alto que les garantice una vida lujosa. El significado de la palabra “vehículo”, por otro lado, es claro en el centro y vago en los extremos.⁵²

El profesor Hart es, por tanto, perfectamente consciente del margen de vaguedad que rodea a todas las reglas jurídicas. Su interés, sin embargo, no se centra tanto en observar el modo en que estos problemas de la zona penumbra se resuelven, sino en mostrar que la Filosofía analítica del Derecho no se opone a tales estudios. De hecho, ha sugerido que el jurista tiene una tarea importante que llevar a cabo en este ám-

⁵¹ HART, *The Concept of Law* cit., p. 126 (en la versión castellana, p. 162). “Las decisiones tomadas de un modo tan ciego como éste apenas merecerían el nombre de decisiones...” HART, op. cit., *supra* nota 43, en p. 611.

⁵² El profesor Fuller parece haber desafiado esta teoría del caso paradigmático en su artículo “Positivism and Fidelity to Law. A Reply to Professor Hart”, en *Harv. L. Rev.*, nro. 71, 1958, pp. 630, 661-69. No puedo decir que entiendo claramente cuál es el punto de Fuller, pero si cuestiona que una regla jurídica deba tener al menos algunas instancias definidas de aplicación, creo que se equivoca. Véase STOLJAR, “More Thinking on Law and Morals”, en *Current Legal Problems*, nro. 10, 1961, pp. 140, 149; TAMMELO, “On the Lawyer’s Search for Contract with the Philosopher”, en *Journal of Legal Education*, vol. 13, nro. 15, 1961, pp. 441, 445.

bito. Puede establecer las características de una regla o concepto que constituyen su caso paradigmático y, entonces, examinar los diversos motivos que nos inclinan para un lado u otro al tratar un caso dudoso. No es suficiente, cree Hart, con que el jurista se excuse cuando el núcleo claro de significado acaba y comienza la zona de penumbra. El razonamiento jurídico en las zonas de penumbra no es una mera corazonada arbitraria. El jurista tiene que mostrar los variados tipos de razonamiento que los tribunales emplean al llevar a cabo la función creativa derivada de la textura abierta del lenguaje. Como señala:

Dudo que la respuesta en la mayoría de los casos sea simplemente que el juez invoca principios político-morales. Esto no hace justicia a la complejidad de los hechos: oculta la multiplicidad y variedad de razones independientes que son conjuntamente suficientes para fundamentar una única decisión aunque separadamente no lo sean: no muestra que cuando se invocan principios “éticos” generalmente se trata de los ideales ya aceptados en el sistema jurídico; sugiere lo que a menudo es falso, que los principios éticos o políticos suelen estar suficientemente detallados para fundamentar una solución (...); esconde lo que una verdadera descripción de los argumentos en tales casos muestra que tiene “peso” o “fuerza” (los argumentos deductivos carecen de ambas), es decir, que el juez finalmente pondera (aunque con pesos que cambian por muchos factores) consideraciones en conflicto, entre las que se cuentan razones de conveniencia, concepciones sobre el propósito de reglas jurídicas particulares y analogías con otras ramas del Derecho, y no se guía simplemente por principios “no jurídicos”.⁵³

El profesor Hart, en su monumental estudio sobre el concepto de “causación”, escrito en colaboración con su colega de Oxford, el profesor Honoré, ha mostrado el tipo de contribución que un jurista puede hacer.⁵⁴ En ese trabajo, los autores examinan, con meticuloso detalle, el modo en que los tribunales del *common law* han utilizado el concepto. Su objetivo era cuestionar la visión según la cual los jueces usan el lenguaje causal sólo como una cortina de humo para encubrir sus juicios políticos. De-

⁵³ HART, “Symposium: Definition and Theory in Jurisprudence”, en *Proceedings of the Aristotelian Society*, Suppl., vol. 29, 1955, pp. 239, 261.

⁵⁴ HART y HONORÉ, *Causation in the Law* cit.

EL PROFESOR HART Y LA FILOSOFÍA ANALÍTICA DEL DERECHO

CLIFFORD L. PANNAM

mostraron que esto no era cierto y que, de hecho, se han desarrollado principios de sentido común que son útiles para enfrentarse a estos problemas.

B. AMBIGÜEDAD

Las palabras no son sólo vagas; a veces son ambiguas. Esto significa que tienen más de un uso bien asentado. Por ejemplo, un testador deja sus pinturas a su hijo. Si la cuestión es si esto incluye un cuadro realizado con técnica de *collage* se relaciona con la vaguedad de “pintura”, la fuente del problema; pero si la cuestión es si el legado se refiere a los cuadros del testador o a sus latas de pintura, la responsable es la ambigüedad. Este uso del lenguaje genera muchos problemas. Nos tienta, por ejemplo, a buscar sólo una cosa o cualidad que la palabra se supone que representa. En esta situación, el profesor Hart considera que la función del jurista consiste en examinar los diferentes usos para determinar si están unidos por relaciones que giran en torno a alguna noción central. Ha defendido que conceptos como justicia y derecho pueden ser mejor entendidos como resultado de dicho análisis.

Hohfeld, sin pretender ser exhaustivo, identificó cuatro modos distintos en que los abogados usan la palabra “derecho”. Los nuevos nombres mediante los que propuso distinguir estos sentidos fueron pretensión, privilegio, potestad e inmunidad.⁵⁵ Su aproximación supuso un gran avance y disipó mucha confusión previa. Hart, sin embargo, continuó lo que Hohfeld dejó; intentó mostrar por qué usualmente nos referimos a estos cuatro conceptos como “derechos”. Sostiene que todos estos conceptos emanan de una misma fuente, a saber, la idea de una elección individual:

El elemento unificador parece ser el siguiente: en los cuatro casos el derecho reconoce la *elección* de un individuo ya sea negativamente, no impidiéndola o no obstruyéndola (libertad e inmunidad), o afirmativamente, dándole efecto jurídico (pretensión y potestad). En los casos negativos no hay derecho a interferir si el individuo elige hacer o abstenerse de hacer alguna acción (libertad) o si elige mantener su posición invariada

⁵⁵ HOHFELD, Wesley Newcomb, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays*, 1920.

ACADEMIA. REVISTA SOBRE ENSEÑANZA DEL DERECHO
AÑO 6, NÚMERO 12, 2008, ISSN 1667-4154, PÁGS. 67-98

(inmunidad); en los casos afirmativos el derecho da efecto jurídico a la elección de un individuo en relación con alguna acción que otra persona debe llevar a cabo o abstenerse de realizar, o en relación con que deba alterarse la posición jurídica de otra persona.⁵⁶

Otros conceptos tienen una complejidad estructural que, una vez entendida, explica la variedad superficial de su uso. Un ejemplo sencillo viene dado por la idea de ganar un juego. Una definición de este término podría ser sumar más puntos que el oponente en un juego competitivo. El problema, por supuesto, es que lo que constituye puntos variará en función de cada juego. Por tanto, al comprender la idea de ganar un juego, necesitamos distinguir entre una *definición* y los *criterios* para su aplicación. La primera es estática, mientras que los segundos varían según el juego. El profesor Hart ha usado este método de análisis para aclarar algunos de los problemas que rodean el concepto de justicia.⁵⁷

Sostiene que entre todas las formas de crítica moral que empleamos, la justicia tiene una característica especial que le es propia. Esto puede apreciarse en cómo reaccionamos con un hombre que ha sido encontrado culpable de crueldad extrema con su hijo. Diríamos que ha cometido un mal moral, que fue malo o débil, pero no que fue injusto. El término “injusto” sería apropiado si hubiese elegido arbitrariamente a uno de sus hijos para un castigo más brutal que a los otros que han hecho precisamente lo mismo.

Esto también es cierto de la crítica jurídica. La justicia se vincula en gran medida con el modo en que se trata a “clases” de individuos cuando algún beneficio o alguna carga deben ser distribuidos entre ellos. También se emplea cuando se reclama compensación por algún daño. No son éstos los únicos usos del concepto, pero una vez que se entiende el uso principal, el resto de los usos será visto como derivado. El profesor Hart formula la idea central como “tratar igual los casos iguales y diferente los casos diferentes”. Esto debe complementarse con criterios cambiantes que digan si, para una persona dada, los casos son similares o diferentes.

⁵⁶ HART, “Definition and Theory in Jurisprudence”, en *Law Q. Rev.* 37, nro. 70, 1954, p. 49. Véase también HART, op. cit. *supra* nota 42, en pp. 968-70.

⁵⁷ El análisis llevado a cabo por Hart de la justicia se encuentra en el capítulo 8 de *The Concept of Law* cit.

EL PROFESOR HART Y LA FILOSOFÍA ANALÍTICA DEL DERECHO

CLIFFORD L. PANNAM

Cuando la aplicación del derecho a casos particulares es objeto de discusión, es el propio derecho el que determina las similitudes y diferencias que son relevantes. Decir que un derecho es aplicado justamente significa meramente que se aplica imparcialmente a todos los infractores. Por lo tanto, un derecho horriblemente inmoral puede ser tan justamente aplicado como uno bueno. Sin embargo, cuando criticamos una ley por ser justa o injusta, hay mucho espacio para la disputa. Diferencias en las opiniones políticas y morales pueden llevar a un desacuerdo irreconciliable respecto de qué factores son relevantes para la crítica del derecho en términos de justicia.

El profesor Hart desarrolla este análisis con una riqueza de detalles que no puede reflejarse aquí. Lo importante, sin embargo, es hacerse una idea de su metodología. No está buscando una esencia común, o forma, que pueda usarse como respuesta a la pregunta “¿qué es la justicia?”. En lugar de ello, examina los tipos de condiciones en que usamos la dicotomía justo/injusto para descubrir si están de algún modo relacionados con un principio central o no. Ésta es una investigación muy distinta. El beneficio que se deriva de tal análisis es, por supuesto, disipar la confusión creada por la tentación persistente de tratar la palabra “justicia” como portadora del mismo significado en distintos contextos. Nos permite ver que la única relación que los usos de la palabra tienen entre sí gira en torno a un principio central.

C. EL CARÁCTER ADSCRIPTIVO DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS

El profesor Hart ha señalado que cuando decimos que un hombre “*entró sin derecho* en el terreno de Smith” o “*violó a Molly Brown*” o “*posee un edificio de apartamentos*” hacemos algo más que describir meramente estos hechos. Es decir, no estamos estableciendo sólo que un hombre caminó por el territorio de Smith sin permiso, o que un nombre particular aparece en el certificado de un título. En un caso, le estamos asignando responsabilidad por su acción y en el otro le estamos atribuyendo un derecho con respecto al edificio. Siendo adscriptivos, estos conceptos son también derrotables. Ante una acusación de violación, por ejemplo, podría responderse que el acto fue hecho bajo coacción, en estado de sonambulismo o de locura. Si la Agencia Tributaria alega que

ACADEMIA. REVISTA SOBRE ENSEÑANZA DEL DERECHO
AÑO 6, NÚMERO 12, 2008, ISSN 1667-4154, PÁGS. 67-98

un individuo posee un edificio de apartamentos, podría responderse que el título es falso o que su vendedor no contaba con justo título para transmitir, etcétera. Estos dos elementos gemelos, adscripción y derrotabilidad, son característicos de casi todo concepto jurídico.⁵⁸

Una consecuencia importante de la derrotabilidad es que los conceptos jurídicos no pueden ser definidos en términos de un conjunto de condiciones necesarias y suficientes. Este modo de definición, de acuerdo con Hart, oscurece completamente su verdadero carácter. Un contrato, por ejemplo, no está completamente definido afirmando que requiere al menos dos partes, una oferta y una aceptación, una carta de intención en algunos casos y la existencia de una causa. Estas condiciones, aunque “necesarias”, no siempre son “suficientes” debido a la pluralidad de excepciones que pueden afectar su validez o extinguir el derecho a reclamar judicialmente. En consecuencia, dice Hart:

Está claro, por tanto, que no podría llevarse a cabo ninguna caracterización adecuada del concepto jurídico de contrato sin referencia a aquellas excepciones extremadamente heterogéneas y al modo en que sirven respectivamente para derrotar o debilitar las demandas contractuales. El concepto tiene un carácter inevitablemente derrotable e ignorar esto es tergiversar las cosas.⁵⁹

Por supuesto, es posible mostrar una “obstinada lealtad” a un ideal lógico desorientador e intentar definir conceptos como contrato con una “fórmula general jactanciosa”. Sir Frederick Pollok, dice Hart, hizo esto

⁵⁸ HART, “The Ascription of Responsibility and Rights”, en *Proceedings of the Aristotelian Society*, nro. 171, pp. 1948-1949, 1948-1951. Reimpreso en *Essays in Logic and Language*, Flew (ed.), 1952, p. 145. La mayor preocupación de Hart en este trabajo es defender que estas características de los conceptos jurídicos también se encuentran en verbos normales de acción como “yo lo hice”, “tú lo hiciste”, “él lo hizo”, y que en consecuencia se trata ante todo de usos respecto de los cuales admitimos culpabilidad, hacemos acusaciones o adscribimos responsabilidad. Como él reconoce, ésta es una tesis muy controvertida y no ha estado exenta de crítica. Véase MACKIE, “Responsibility and Language”, en *Australian J. of Philosophy*, nro. 33, 1955, p. 143; STOLJAR, “Ascriptive and Prescriptive Responsibility”, en *Mind*, nro. 68, 1959, p. 350; PITCHER, “Hart on Action and Responsibility”, en *Philosophical Rev.*, nro. 226, 1960, p. 69. No nos preocupa discutir aquí este aspecto del trabajo de Hart. Su tesis es ciertamente verdadera con respecto a la mayoría de los conceptos.

⁵⁹ HART, op. cit. *supra* nota 58, en pp. 176, 150.

EL PROFESOR HART Y LA FILOSOFÍA ANALÍTICA DEL DERECHO

CLIFFORD L. PANNAM

mismo cuando intentó agrupar varias excepciones contractuales en un requisito adicional para la existencia de un contrato válido: que el consentimiento de las partes fuese “verdadero, completo y libre”.⁶⁰ Esto puede ser “profundamente engañoso” porque sólo es acertado cuando se refiere sucintamente a ciertas “excepciones”. Sin embargo, esto distorsiona la realidad e impone una “unidad espuria” al sugerir que se “requieren” ciertas condiciones psicológicas como condiciones necesarias de un contrato. El derecho no requiere que el demandante funde su propio reclamo y que pruebe la ausencia de posibles excepciones. Si no se reconocen excepciones, hay contrato, en el sentido intemporal de “hay”, a efectos de las decisiones jurídicas.⁶¹ Transformar las excepciones negativas en condiciones positivas en un intento por definir todos los conceptos jurídicos en términos de condiciones necesarias y suficientes es un serio error. El hecho de que los conceptos jurídicos sean derrotables elimina esta forma de definición del discurso jurídico.

En una serie de trabajos recientes, el profesor Hart ha mostrado cómo el reconocimiento del carácter adscriptivo de los conceptos jurídicos puede iluminar algunas cuestiones fundamentales de la responsabilidad penal.⁶² Muchos autores han sostenido que antes de que un acto pueda ser considerado culpable, incluso en delitos de responsabilidad objetiva, debe ser voluntario. Esto significa no sólo que el agente debe haber efectuado ciertos movimientos musculares, sino que también debe haber deseado que ocurrieran. La idea de que el acto voluntario equivale a una contracción muscular, en conjunción con una voluntad de que ésta tenga lugar, se remonta a autores como Holmes⁶³ y Austin.⁶⁴ Hart cree que es una teoría completamente insatisfactoria porque ignora el carácter adscriptivo del concepto de acción al definirlo en términos puramente descriptivos.⁶⁵ La razón por la que la danza de San Vito, la compulsión

⁶⁰ POLLOCK, Frederick, *Principles of Contract*, 1946, p. 442.

⁶¹ HART, op. cit. *supra* nota 57, en pp. 182, 156.

⁶² Véase *Legal Responsibility and Excuses. Determinism and Freedom*, Hook, 1958, p. 81; “Acts of Free Will and Responsibility”, en *University of Sheffield, The Jubilee Lectures of the Faculty of Law*, Marshall, 1960, p. 115; “Negligence, Mens Rea and Responsibility”, en *Oxford Essays in Jurisprudence*, Guest, 1961, p. 29.

⁶³ HOLMES, Oliver Wendell, *The Common Law*, 1981, p. 55.

⁶⁴ AUSTIN, John, “Lectures on Jurisprudence”, en *Lectures*, Campbell, 1885, pp. 18-19.

⁶⁵ HART, “Acts of Free Will and Responsibility”, op. cit., *supra* nota 62.

ACADEMIA. REVISTA SOBRE ENSEÑANZA DEL DERECHO
AÑO 6, NÚMERO 12, 2008, ISSN 1667-4154, PÁGS. 67-98

física, los actos reflejos, la epilepsia, el automatismo, etcétera, son tratados como excepciones es que el agente pierde la “habilidad” de controlar sus acciones u omisiones. Esta falta de habilidad para controlar siempre constituye una excepción ante una adscripción de responsabilidad. Una vez que esto se advierte, todas las dificultades que se han presentado al explicar una omisión en términos de una contracción muscular en conjunción con una voluntad se desvanecen.⁶⁶

Muchos penalistas ingleses y norteamericanos han empezado a tener dudas cada vez más profundas de que la negligencia sirva como base de la responsabilidad penal. Atendiendo a numerosas consideraciones, sostienen que el castigo penal sólo puede justificarse si el agente pensó que alguien podría resultar dañado.⁶⁷ Si la posibilidad de daño le pasaba inadvertida, entonces no se le debería responsabilizar penalmente. El profesor Hart cree que estas dudas surgen por no atender a la distinción entre un concepto descriptivo y uno adscriptivo.⁶⁸ Castigamos a un individuo negligente no porque su mente estaba en blanco, sino porque no se ajustó a un estándar. La negligencia no es en absoluto un término descriptivo. Por ejemplo, considérese el caso de un trabajador que lanza tejas a la calle desde una azotea. Supóngase que él ignora que hay gente andando por la calle y que una de sus tejas mata a un peatón. No es moralmente erróneo castigarle pese a que su mente estaba en blanco. Su negligencia fue grave y merecedora de censura penal porque podría haber evitado el daño adoptando unas mínimas precauciones. Lo crucial, dice Hart: “...es que aquellos a quienes castigamos hayan tenido al momento de actuar las capacidades normales, físicas y mentales, para hacer lo que el derecho requiere y abstenerse de lo que prohíbe, y la oportunidad de ejercer estas capacidades”.⁶⁹

La cuestión, entonces, no tiene que ver con no tener presente el daño, sino con no “prestar atención a la conducta y sus riesgos, pensar acerca

⁶⁶ La dificultad según la teoría de la contracción muscular intencional es que en una omisión no hay contracción muscular, por lo que ¿cómo puede haber acción?!

⁶⁷ Véase e.g., HALL, Jerome, *Principles of Criminal Law*, 1947, pp. 166-67; WILLIAMS, Granville L., *Criminal Law*, 1956, pp. 98-99; TURNER, “The Mental Element in Crimes at Common Law”, en *The Modern Approach to Criminal Law*, 1945, p. 195.

⁶⁸ HART, “Negligence, Mens Rea and Responsibility”, op. cit., *supra* nota 62.

⁶⁹ Íd. en 45.

EL PROFESOR HART Y LA FILOSOFÍA ANALÍTICA DEL DERECHO

CLIFFORD L. PANNAM

de ella y controlarla”.⁷⁰ Esto sólo puede apreciarse si se reconoce la naturaleza derrotable de los conceptos penales.

D. EL USO OPERATIVO DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS

Las preguntas “¿Qué es la posesión?” o “¿Qué es un derecho?” parecen presuponer que el tipo de respuesta que requieren es la identificación de alguna cosa o cualidad que la palabra representa. Este tipo de pregunta es suficientemente inocua cuando se refiere a conceptos como silla, el color azul o gato, porque están directamente ligados a algo que tiene una existencia de facto. Pero el tipo de pregunta “¿Qué es X?” referida a conceptos jurídicos, cree el profesor Hart, sólo puede generar confusión. La razón de ello es que palabras como empresa, derecho y deber no tienen una

...conexión directa con sus equivalentes en el mundo de los hechos, como la mayoría de las palabras ordinarias, a la que apelamos cuando las definimos. No hay nada que simplemente “se corresponda” con estos términos jurídicos. Cuando intentamos definirlos encontramos que las expresiones utilizadas especifican clases de personas, cosas, cualidades, eventos y procesos (materiales o psicológicos) que nunca equivalen exactamente a estos términos jurídicos, aunque a menudo están conectados de algún modo.⁷¹

Hart sostiene que el tipo de pregunta “¿Qué es X?” ha hecho que la Filosofía analítica del Derecho desemboque ciegamente en lo que él denomina “una conocida tríada” de respuestas teóricas. Tómese como ejemplo la pregunta “¿Qué es un derecho?”. Los realistas americanos, respondiendo en clave de hechos evidentes, afirman que un derecho es una predicción del comportamiento de los funcionarios. La Escuela escandinava sostiene que un derecho es sólo un poder ideal, ficticio o imaginario y en absoluto real. Incluso se ha llegado a responder que un derecho es una “realidad objetiva”, un tipo de entidad invisible que existe con independencia del comportamiento de los hombres. Hart considera que

⁷⁰ Íd. en 49.

⁷¹ HART, “Definition and Theory in Jurisprudence”, en *Law Q. Rev.*, nro. 37, 1954, p. 70.

esta tríada ha “embrujaado” el análisis de la personalidad jurídica, el estado civil y otros innumerables conceptos, resumiéndolo de este modo:

Un tipo de teorías nos dice que una palabra representa alguna variante imprevista de lo familiar –un hecho complejo cuando esperamos algo unificado y simple, un hecho futuro cuando esperamos algo presente, un hecho psicológico cuando esperamos algo externo–; el segundo tipo de teorías afirma que una palabra representa algo que en algún sentido es una ficción; el tercer tipo de teorías (ahora pasado de moda) nos dice que una palabra representa algo distinto de otras cosas sólo en el sentido de que no podemos tocarla, escucharla, verla, sentirla.⁷²

La técnica que Hart sugiere para evitar la cuestión de qué conceptos “significan” o “representan” es mirar la función que las palabras “llevan a cabo” en el funcionamiento de un sistema jurídico. Esto dirigiría nuestra atención al hecho de que el derecho está compuesto por reglas y que los conceptos utilizados en conexión con reglas tienen características distintivas que siempre deben tenerse en mente. Los juegos y el derecho se parecen en esto y es por ello que el profesor Hart se basa recurrentemente en analogías con las reglas del críquet o los juegos de cartas. Ilustran de un modo simple el método en que operan los conceptos dependientes de las reglas. Aquellos que han criticado el uso por Hart de la analogía con los juegos se equivocan al no apreciar esto. La técnica sugerida por Hart para elucidar los conceptos jurídicos consiste en tomar un enunciado en que el concepto tiene un uso característico y luego investigar las condiciones estándares en que sería verdadero. Tomemos “derecho” como ejemplo. Un uso característico del enunciado es “A tiene derecho a que B le pague \$ 20”. Lo primero que hay que advertir con respecto a tal enunciado es que asume la existencia de un sistema jurídico. Además también presupone una conexión especial con una regla particular de ese sistema. El enunciado por sí mismo no establece ninguna de estas cosas. Lo que hace, sin embargo, es “llevar a cabo” un simple cálculo jurídico: deja constancia del resultado de la aplicación de la regla de un sistema jurídico a los hechos de un caso particular por parte del hablante.

⁷² Íd. en 39, nro. 2.

EL PROFESOR HART Y LA FILOSOFÍA ANALÍTICA DEL DERECHO

CLIFFORD L. PANNAM

Deben reconocerse otras dos características de los conceptos que dependen de reglas. La primera es el diferente estatus de un enunciado como “A tiene derecho a que B le pague \$ 20”, cuando es expresado por un juez y cuando lo emite alguien ajeno a los tribunales. El enunciado del juez produce un efecto que el otro no tiene. Ambos, sin embargo, expresan conclusiones jurídicas. La otra característica es que las reglas podrían establecer consecuencias idénticas para hechos muy distintos. Una regla del béisbol, por ejemplo, prevé las mismas consecuencias para el hecho de ser alcanzado por un oponente (*tagged*), recibir tres *strikes* (*struck out*) o que la bola sea atrapada por un jugador del otro equipo (*caught*). Ninguna de estas cosas es más esencial que las otras dos a lo que significa la palabra “fuera” (*out*). Éste es un elemento importante de conceptos dependientes de reglas que a menudo ha sido pasado por alto. El profesor Hart sugiere que algunas de las confusiones habituales con respecto a la posesión y a la personalidad jurídica provienen de no apreciar esto. La distinción entre “posesión de hecho” y “posesión ficticia”, y la misma dicotomía con respecto a la personalidad jurídica, parece estar basada en una actitud consistente en que ciertos modos de estar “fuera” en béisbol son más “fuera” que otros.

El punto crítico en todo esto es que los conceptos jurídicos no representan nada. No establecen hechos. En lugar de ello se usan para “hacer” algo. Un ejemplo más dramático de esto puede apreciarse comparando las palabras operativas de una transacción con las palabras descriptivas de una narración. El primero opera con reglas jurídicas y no describe hechos. Se crean obligaciones, se confieren y transmiten derechos y se producen cambios jurídicos. Lo mismo es cierto de las palabras “yo lego, por la presente” en un testamento o “por la presente, se promulga” en una ley. En esos ejemplos, las palabras se usan para hacer algo a lo que una regla vincula consecuencias jurídicas. En nuestro ejemplo inicial de “A tiene derecho a que B le pague \$ 20”, la persona que lo dijo estaba operando con una regla de un modo diferente. Estaba trazando una conclusión. No es necesario aclarar que esta técnica de elucidación es completamente neutral con respecto a todas las teorías del valor alternativas. El profesor Hart se preocupa por demostrar la función que los conceptos jurídicos llevan a cabo y no por defender o proponer cualquier teoría sobre qué contenido deberían tener.

E. EL ASPECTO INTERNO DE LAS REGLAS JURÍDICAS

Una de las tesis centrales del reciente libro del profesor Hart *The Concept of Law* es que sin tomar en cuenta el aspecto interno de las reglas jurídicas poco puede avanzarse en la comprensión de cómo funciona el Derecho en una sociedad. Incluso llega a afirmar: "Por cierto que mientras no se capte su importancia no podremos entender adecuadamente todo el distintivo estilo de pensamiento, discurso y acción humanos que va involucrado en la existencia de reglas y que constituye la estructura normativa de la sociedad".⁷³

A fin de apreciar lo que Hart quiere decir por aspecto interno de las reglas, permítasenos tomar el ejemplo que él utiliza del juego del ajedrez. Los jugadores comparten más que el simple "hábito" de mover el caballo de cierto modo. Un hábito es algo que hacemos sin pensar sobre si nuestra conducta es buena, mala o indiferente. Los jugadores de ajedrez, sin embargo, tienen una actitud común, crítica y reflexiva hacia sus patrones de comportamiento. El caballo debe ser movido de un modo particular por todos los que participan en el juego. Si alguien intentase mover el caballo como si fuera una reina, surgirían ciertos reclamos de adecuación; se emplearía un lenguaje normativo como "no debes hacer eso", "eso es incorrecto" y así sucesivamente. El lenguaje de "debes", "deberías", "correcto" e "incorrecto" muestra que las personas aceptan que la regla es vinculante.

La aceptación de reglas es un fenómeno mucho más sofisticado que el mero hábito. Es también un fenómeno mucho más complejo que la obediencia a las reglas por temor a la sanción que será impuesta en caso de trasgresión. La obediencia a las reglas es mucho más pasiva que su aceptación. En el Derecho, la obediencia se plasma en las siguientes observaciones: "estaba obligado a ello", "probablemente pagaré las consecuencias si..." y "te harán eso si..." Este lenguaje refleja la visión de una persona que rechaza las reglas y que sólo obedece por miedo a ser sancionada si comete una infracción. Quienes aceptan las reglas las utilizan de un modo muy diferente. El profesor Hart nos dice:

Éstos son los funcionarios, abogados, o particulares que las usan, en situación tras situación, como guías para conducir la vida social, como

⁷³ HART, *The Concept of Law* cit., p. 86 (en la versión castellana, p. 110).

EL PROFESOR HART Y LA FILOSOFÍA ANALÍTICA DEL DERECHO

CLIFFORD L. PANNAM

fundamento para reclamaciones, demandas, reconocimientos, críticas o castigos, esto es, en todas las transacciones familiares de la vida conforme a reglas. Para ellos la violación de una regla no es simplemente una base para la predicción de que sobrevendrá cierta reacción hostil, sino una “razón” para esa hostilidad.⁷⁴

El profesor Hart se vale de las frases “aspecto externo de las reglas” y “aspecto interno de las reglas” para distinguir entre obediencia a las reglas y aceptación de las mismas. Es consciente de que, en un momento dado, una sociedad particular puede vivir la tensión entre quienes aceptan estas reglas y aquellos que las rechazan total o parcialmente.⁷⁵ Advierte, además, que la idea de aceptación es un hecho social muy complejo. Es un fenómeno que hasta ahora ha sido pasado por alto en el análisis jurídico. El método por el cual Hart se encontró con él fue la aplicación de la filosofía de los últimos trabajos del profesor J. L. Austin, de quien ya hemos hablado. Era una distinción fáctica que se había incrustado en el uso lingüístico. Hart no la capturó por medio de una investigación empírica, sino por el análisis de su reflejo en nuestro lenguaje.⁷⁶

El profesor Hart ha sostenido con alguna extensión en *The Concept of Law* que cualquier teoría del derecho que pase por alto el aspecto interno de las reglas no podrá hacer justicia a los hechos. Tal teoría pasará por alto las múltiples maneras en que los ciudadanos y los funcionarios de una sociedad emplean las reglas jurídicas, algunas nunca antes presentadas a los tribunales. La creencia básica de Hart es la siguiente:

Las normas jurídicas funcionan en sus vidas, no simplemente como hábitos o como fundamentos para predecir las decisiones de los jueces o las acciones de otros funcionarios, sino como pautas o criterios jurídicos

⁷⁴ Íd. en p. 88 (en la versión castellana, p. 113).

⁷⁵ Incluso llega a sostener que, para constituir un sistema jurídico, es suficiente que los ciudadanos meramente obedezcan el derecho, siempre y cuando los funcionarios acepten y empleen el criterio de validez jurídica de dicho sistema. Esto, por supuesto, si efectivamente logran subyugar al pueblo. Véase *The Concept of Law* cit., pp. 113-14. Hart afirma, no obstante, que en la mayoría de los sistemas gran parte de la población también aceptará las reglas. Seguramente, éste será el caso en un sistema saludable. Véase íd. en 114 *et seq.*

⁷⁶ Véase AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined* cit., 8ª ed., 1954.

ACADEMIA. REVISTA SOBRE ENSEÑANZA DEL DERECHO
AÑO 6, NÚMERO 12, 2008, ISSN 1667-4154, PÁGS. 67-98

de conducta, que son aceptados. Esto es, ellos no solamente hacen con tolerable regularidad lo que el Derecho les exige, sino que ven en él una pauta o criterio jurídico de conducta, hacen referencia a él al criticar a otros, o al justificar exigencias, y al admitir críticas y exigencias hechas por los demás.⁷⁷

Esta creencia lo lleva a pensar que desde la mirada del “hombre bueno”, más que desde la del “hombre malo” de Holmes, puede lograrse un enfoque superior del carácter social y la función del Derecho. Se recordará que, en un famoso discurso, Holmes recomendó a los estudiantes considerar el Derecho como una predicción de lo que los tribunales harán ante la violación de reglas.⁷⁸ El profesor Hart toma la posición opuesta. Sostiene que

Las principales funciones del Derecho como medio de control social no han de ser vistas en los litigios privados en las causas penales, que representan provisiones vitales, pero no obstante ello accesorias, para las fallas del sistema. Han de ser vistas en las diversas formas en que el Derecho es usado para controlar, guiar y planear la vida fuera de los tribunales.⁷⁹

En *The Concept of Law*, el profesor Hart da un lugar central al aspecto interno de las reglas jurídicas en sus persuasivas críticas a las teorías del Derecho de Austin, Kelsen y los realistas norteamericanos. Es también un ingrediente fundamental en su propio intento por aislar y caracterizar un conjunto básico de elementos que permitirán un análisis más sofisticado de la estructura distintiva de un sistema jurídico y de las partes que lo componen.

III

Los cinco aspectos de las reglas y los conceptos jurídicos recién examinados serán suficientes para transmitir una impresión general sobre la naturaleza de las investigaciones teórico-jurídicas del profesor Hart. Debe

⁷⁷ HART, op. cit., *supra* nota 73, en p. 134 (en la versión castellana, p. 171).

⁷⁸ HOLMES, “The Path of the Law”, en *Harv. L. Rev.*, nro. 457, 1987, p. 1.

⁷⁹ HART, op. cit., *supra* nota 73, en p. 39 (en la versión castellana, p. 51).

EL PROFESOR HART Y LA FILOSOFÍA ANALÍTICA DEL DERECHO

CLIFFORD L. PANNAM

notarse que los cinco puntos son neutrales en el sentido de que sólo apuntan a hechos acerca del lenguaje jurídico y no se involucran en cuestiones valorativas. Hart no intenta decirnos, por ejemplo, cómo los jueces deben decidir en casos particulares, ni esboza ningún método para evaluar el funcionamiento de reglas jurídicas específicas o de todo el sistema jurídico. Su preocupación central es presentar un análisis neutral basado en ciertos hechos ineludibles acerca del lenguaje y de la manera en que las reglas y los conceptos jurídicos son realmente utilizados en la sociedad.

Estos estudios han llevado a Hart a concluir que el derecho es un fenómeno, en efecto, muy complejo. No obstante, lo que encontró ausente en los teóricos jurídicos clásicos es justamente el reconocimiento de esta complejidad. El derecho, cree, es mucho más que la orden de un soberano, la predicción de la acción de un funcionario o la norma primaria que estipula una sanción. Es todas estas cosas y mucho más. La objeción de Hart a las teorías jurídicas clásicas es que todas intentan reducir el Derecho a una forma simple. Como él dice, “el deseo de uniformidad es muy fuerte en la teoría jurídica”.⁸⁰ Esta pasión contra el reduccionismo es tan central en la obra de Hart como lo era en la de su mentor filosófico, el profesor J. L. Austin en su última época. Puede sintetizarse en una de las elocuentes frases de este último: “Las cosas no son simples, sino los filósofos”.⁸¹

⁸⁰ Íd. en p. 32 (en la versión castellana, p. 41). “Arrojan (los teóricos clásicos) una luz que nos hace ver mucho de lo que permanecía oculto en el Derecho; pero la luz es tan brillante que nos ciega respecto del resto y seguimos así sin una visión clara del conjunto”. Íd. en p. 2 (en la versión castellana, p. 3).

⁸¹ AUSTIN, *Philosophical Papers* cit., p. 239. Puede considerarse que una de las principales metas que Hart se propuso cumplir en 1952, al ser nombrado Catedrático de Filosofía del Derecho en Oxford, fue transmitir este mensaje a los teóricos del Derecho. Como él mismo dijo, “la importancia de preservar las distinciones hechas por la terminología habitual y resistir la reducción de los diversos tipos de reglas jurídicas a un solo tipo (...) nunca había sido clara o convincentemente señalada, y, sin embargo, los motivos lógicos, y de otra clase, que inspiran la sobresimplificación o reducción debían ser examinados antes de que pudiera afirmarse que realmente habíamos entendido incluso esas partes del sistema jurídico que son relativamente fijas y estables”. HART, “Analytical Jurisprudence in Mid-Twentieth Century”, en *U. Pa. L. Rev.*, nro. 105, 1957, pp. 953, 959. Véase, además, el ataque de Hart sobre el reduccionismo de la lógica simbólica en HART, “A Logicians Fairy Tale”, en *Philosophical Rev.*, nro. 60, 1951, p. 198.

ACADEMIA. REVISTA SOBRE ENSEÑANZA DEL DERECHO
AÑO 6, NÚMERO 12, 2008, ISSN 1667-4154, PÁGS. 67-98

Debido a que los estudios de Hart se han centrado principalmente en la neutralidad del análisis, algunas veces se lo acusa de rechazar la idea de que el teórico del derecho debe preocuparse por cuestiones valorativas.⁸² Del mismo modo, ha sido vinculado con la visión de que el derecho es una disciplina completamente autosuficiente, que no necesita recurrir a otros campos de conocimiento para funcionar adecuadamente.⁸³ De hecho, en algunos lugares, parece ser considerado un monstruo moral.⁸⁴ Nada de todo esto podría estar más lejos de la verdad. Muchos de los artículos del profesor Hart contienen variadas dosis de su filosofía moral utilitarista, lo que demuestra la falsedad de la acusación referida a que no está preocupado por cuestiones valorativas. La gente puede disentir con su criterio de valoración, pero ésta es una cuestión completamente diferente.⁸⁵ Es cierto que el principal enfoque de su trabajo es analítico y no valorativo. Pero esto no significa que sea automáticamente crítico de otros autores cuyo interés central es valorativo antes que analítico. Sobre la cuestión de si el derecho es una ciencia autosuficiente, Hart ha dicho que tal visión sería “bastante irreal” y que “...incluso en Inglaterra, incluso en Oxford, hemos aceptado que el *Derecho* para funcionar correctamente –lo que supongo significa que las decisiones de los tribunales deben ser satisfactorias e inteligentes– debe recurrir a otras disciplinas”.⁸⁶

⁸² Por ej., AUERBACH, “On Professor Hart’s Definition and Theory in Jurisprudence”, en *Journal of Legal Education*, nro. 9, 1956, p. 39 (1956); MACGUIGAN, “Law, Morals and Positivism”, en *U. Toronto L. J.*, vol. 14, nro. 1, pp. 20 y ss.

⁸³ Por ej., BODENHEIMER, “Modern Analytical Jurisprudence and the Limits of its Usefulness”, en *U. Pa. L. Rev.*, nro. 104, 1956, p. 1080.

⁸⁴ Por ej., FULLER, “Positivism and Fidelity to Law. A Reply to Professor Hart”, en *Harv. L. Rev.*, nro. 71, 1958, p. 630. “Hay algo subhumano en la idea de una teoría positivista del Derecho”. MACGUIGAN, *supra*, nota 82, en p. 28.

⁸⁵ Una y otra vez en sus escritos sobre responsabilidad penal, Hart afirma que es moralmente incorrecto castigar a un hombre que no pudo controlar sus actos. Se ha pronunciado extensamente en contra de la pena de muerte en HART55, “Murder and the Principles of Punishment: England and the United States”, en *New. U. L. Rev.*, nro. 52, 1957, p. 433. Incluso ha sostenido que los hombres tienen un derecho natural a la libertad. Véase HART, “Are there any Natural Rights?”, en *Philosophical Rev.*, nro. 64, 1955, p. 175.

⁸⁶ HART, “Analytical Jurisprudence in Mid-Twentieth Century”, en *U. Pa. L. Rev.*, nro. 105, pp. 953, 955. Más adelante, en el mismo artículo, dijo: “Estoy de acuerdo en que

EL PROFESOR HART Y LA FILOSOFÍA ANALÍTICA DEL DERECHO

CLIFFORD L. PANNAM

Otra crítica frecuente a las investigaciones de Hart es que hace malabarismos con las palabras, ignorando completamente la realidad que hay detrás de ellas. En una oportunidad, respondió a tal crítica empleando la siguiente analogía:

Suponga que un hombre está ocupado con su catalejo enfocando un barco de guerra que se encuentra en el puerto a cierta distancia. Un amigo se le acerca y le pregunta: “¿Estás preocupado por la imagen en el lente o por el barco?”. Claramente (de estar bien asesorado) el hombre respondería: “Por ambas cosas. Estoy intentando calibrar la imagen del lente con el barco para verlo mejor”. Me parece que de igual modo, al desarrollar estudios analíticos, buscamos afinar nuestra conciencia sobre lo que hacemos cuando utilizamos el lenguaje.⁸⁷

Mucho más importante que estas críticas, que fracasan completamente en la comprensión del trabajo de Hart, es el comentario de Jonathan Cohen, quien señala que estas investigaciones analíticas pueden indicarnos cuándo hemos errado el camino, pero no cuál es el camino correcto,⁸⁸ o como lo expresó el profesor Friedmann: “Ningún nivel de refinamiento lógico o semántico puede eliminar la valoración al elegir entre diferentes políticas, ya sea en la interpretación de un cuerpo normativo o en la aplicación de un precedente del *Common law* al caso que se está tratando”.⁸⁹

Me parece que no hay respuesta a estas observaciones referidas a que la Filosofía del Derecho analítica sólo crea el marco, por así decirlo, para la teoría de los valores jurídicos. Estoy casi seguro de que el profesor Hart también hubiese reconocido que esto es cierto. Toda pregunta jurídica tiene dos caras: la primera es formal o analítica, y está relacionada con la lógica del derecho; la segunda es valorativa, y debe tomar en

puede, y debería, no haber una división ‘absoluta’ entre las investigaciones analíticas y los estudios de otros campos de conocimiento empírico relevante para criticar las instituciones sociales y jurídicas”. Íd. en p. 973.

⁸⁷ Íd. en p. 967.

⁸⁸ COHEN, “Symposium: Definition and Theory in Jurisprudence”, en *Proceedings of the Aristotelian Society* cit., vol. 29, pp. 215, 238.

⁸⁹ FRIEDMANN, “Legal Philosophy and Judicial Law Making”, en *Colum. L. Rev.*, nro. 61, 1961, pp. 821, 823. Véase, además, BODENHEIMER, “Analytical Positivism, Legal Realism, and the Future of Legal Method”, en *Va. L. Rev.*, nro. 44, 1958, p. 365.

ACADEMIA. REVISTA SOBRE ENSEÑANZA DEL DERECHO
AÑO 6, NÚMERO 12, 2008, ISSN 1667-4154, PÁGS. 67-98

cuenta cualquier conocimiento que podemos deducir de otras disciplinas: la historia, la política, la ética y la economía, entre otras. Si alguno de estos aspectos es ignorado, entonces sólo obtendremos confusión y distorsión. La Filosofía analítica del Derecho degeneraría en un escolasticismo estéril y las teorías valorativas se encontrarían sin un fundamento sólido en la propia disciplina sobre la que pretenden versar. El profesor Hart nunca afirmaría que sus estudios son el fin último de la teoría del Derecho, aunque sospecho que sostendría que son el punto de partida.

BIBLIOGRAFÍA

Los principales trabajos de Herbert L. A. Hart.

AUSTIN, *The province of Jurisprudence Determined*, Hart (ed.), 1954.

HART, Herbert L. A. y A. M. HONORÉ, *Causation in the Law*, 1959.

HART, Herbert L. A., *The Concept of Law*, 1961.

– *Law, Liberty and Morality*, 1963.

– “The Ascription of Responsibility and Rights”, en *Proceedings of the Aristotelian Society*, nro. 171, pp. 1948-1949. Reimpreso en *Essay in Logic and Language*, Flew (ed.), 1952, p. 145.

– “A Logician’s Fairy Tale”, en *Philosophical Rev.*, nro. 60, 1951, p. 198.

– “Philosophy of Law and Jurisprudence in Britain (1945-1952)”, en *Am. J. Comp. L.*, nro. 2, 1953, p. 355.

– “Definition and Theory in Jurisprudence”, en *L. Q. Rev.*, nro. 70, 1954, p. 37.

– “Are there any Natural Rights?”, *Philosophical Rev.*, nro. 64, 1955, p. 175.

– “Symposium: Definition and Theory in Jurisprudence”, en *Proceedings of the Aristotelian Society*, Supplementary, vol. 29, 1955, p. 239.

– “Book Review: Kelsen, The Communist Theory of Law”, en *Harv. L. Rev.*, nro. 69, 1956, p. 772.

– “Should the Death Penalty Be Abolished?”, en *The Listener*, nro. 55, 1956, p. 87.

– “Analytical Jurisprudence in Mid-Twentieth Century: A Reply to Professor Bodenheimer”, en *U. Pa. L. Rev.*, nro. 105, 1957, p. 953.

– “Murder and the Principles of Punishment: England and the United States”, en *New. U. L. Rev.*, nro. 52, 1957, p. 433.

– “Decision, Intention, and Certainty”, en *Mind*, nro. 67, 1958, p. 1.

– “Dias and Hughes on Jurisprudence”, en *J. Soc. Pub. T. L.*, nro. 4, 1958, p. 143.

EL PROFESOR HART Y LA FILOSOFÍA ANALÍTICA DEL DERECHO

CLIFFORD L. PANNAM

- HART, Herbert L. A., "Positivism and the Separation of Law and Morals", en *Harv. L. Rev.*, nro. 71, 1958, p. 593.
- "Legal and Moral Obligation", en *Essays in Moral Philosophy*, Melden, 1958, p. 82.
 - "Legal Responsibility and Excuses", en *Determinism and Freedom*, Hood, 1958, p. 81.
 - "Scandinavian Realism", en *Cam. L. J.*, 1959, p. 233.
 - "Immorality and Treason", en *The Listener*, nro. 62, 1958, p. 162.
 - "Prolegomenon to the Principles of Punishment", en *Proceedings of the Aristotelian Society (N. S.)*, nro. 60, 1959-1960, p. 1.
 - "Acts of Free Will and Responsibility", en *University of Sheffield, The Jubilee Lectures of the Faculty of Law*, Marshall (ed.), 1960, p. 115.
 - "Negligence, Mens Rea and Responsibility", en *Oxford Essays in Jurisprudence*, Guest (ed.), 1961, p. 29.
 - "The Use and Abuse of the Criminal Law", en *Oxford Lawyer*, nro. 4, 1961, p. 1.
 - "Kelsen Visited", en *U. C. L. A. L. Rev.*, nro. 10, 1963, p. 709.