V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

TEORIAS DO DIREITO E REALISMO JURÍDICO

ANA PAULA BASSO

OSCAR SARLO

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

T314
Teorias do direito e realismo jurídico [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/Unisinos/URI/ UFSM /Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: Ana Paula Basso, Oscar Sarlo – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-275-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Teorias do direito. 3. Realismo jurídico. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

TEORIAS DO DIREITO E REALISMO JURÍDICO

Apresentação

As pesquisas apresentadas no Grupo de Trabalho Teorias do Direito e Realismo Jurídico, no V Encontro Internacional do CONPEDI, em Montevidéu, no Uruguai, reunindo brasileiros e uruguaios, trouxe diferentes abordagens quanto à forma idealista da normatividade na ciência jurídica, especialmente sob a perspectiva do judiciário.

Diante da visão de importantes doutrinadores, sejam do lado do positivismo ou do realismo jurídico, como H. L. A. Hart, Adrian Vermeule, Dworkin, Ralph Poscher e Niklas Luhman, os trabalhos debatidos proporcionaram elementos de circunspeção quanto aos modos como atuam os juízes e às diferentes técnicas de interpretação e aplicação do Direito.

O principal aspecto que se buscou destacar foi analisar o porquê que uma decisão foi tomada, ou seja, qual foi o seu motivo e qual finalidade é a pretendida. Conjectura-se frente às fontes do Direito, o posicionamento do judiciário. Importa, ir além, examinar se essas razões admitidas pelo judiciário são aceitáveis, podendo ser tidas como certas também para a sociedade.

É no campo das teorizações que surge o realismo jurídico, não adotando todas teorias como incontestáveis e absolutas, a exemplo das formalistas e objetivas. Nesse sentido, os estudos expostos no presente Grupo de Trabalho partiram de descrições de como se processa a atividade judicial e também de conclusões e críticas de determinados resultados das decisões tomadas, remetendo o direito à realidade dos conflitos postos diante dos Tribunais, avaliando as suas causas e efeitos.

Os artigos deste Grupo de Trabalho merecem a especial atenção dos leitores, permitindo a construção do conhecimento envolvendo diversas problemáticas atinentes à Teoria Geral do Direito, contribuindo à construção das análises quanto à teoria da norma e da decisão, à visão sociológica e filosófica do Direito, assim como o estudo do discurso jurídico, quanto à judicialização e o ativismo judicial.

Presenciando as apresentações dos artigos e a qualidade do debate que surgiu a partir dos argumentos de cada um por meio de indagações e respostas persuasivas, destacou ainda mais a relevância da temática que o Grupo de Trabalho Teorias do Direito e Realismo Jurídico dialoga.

O V Encontro Internacional do CONPEDI, em Montevidéu, representou uma extraordinária oportunidade reunindo Professores e Estudantes que se dedicam a estudos específicos para trocarem experiências e conhecimentos, e esse debate se multiplicará a partir dos trabalhos escritos que ora são compartilhados com os demais operadores do Direito que a partir de suas leituras seguirão contribuindo à Ciência e aplicação do Direito.

Profa. Dra. Ana Paula Basso - UFCG - Brasil

Prof. Oscar Sarlo - UDELAR - Uruguay

LA TEORÍA PRÁCTICA DE LAS REGLAS DE HART ANTE LA ENCRUCIJADA: ¿HECHO O REGLA?

THEORY PRACTICE RULES HART AT THE CROSSROADS: FACT OR RULE?

Serrana Delgado Manteiga

Resumo

El presente artículo aborda la Teoría Práctica de las Reglas de Hart y cómo mediante ella intenta solucionar la Paradoja de la Autoridad. Se analizan las críticas que se le han realizado a la Teoría y se centra en la critica del llamado error categorial en el que Hart habría incurrido al presentar su concepción de las reglas como prácticas sociales, uniendo de esta forma dos categorías ontológicas diferentes: los hechos y las normas. Se analiza también el problema de que de esta forma la Teoría tampoco logra explicar la autoridad del Derecho, ni dar debida cuenta del llamado constraint hermenéutico.

Palavras-chave: Error categorial, Shapiro, Autoridad del derecho, Convencionalismo, Constraint hermenéutico

Abstract/Resumen/Résumé

This article deals with Hart's Practical Theory of Rules and how it tries to solve the Authority Paradox. I analyze the critics that this Theory has received, emphasizing on how, by merging two different ontological categories (facts and rules) the author incurred in the so called categorial mistake when presenting his conception of rules as social practices. I also focus on how the Theory fails to explain both the authority of Law and the implications that the hermeneutical constraint entails

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Categorial mistake, Shapiro, Authority of law, Conventionalism, Hermeneutical constraint

1. La teoría de las reglas sociales como práctica de Hart: un intento de respuesta a la paradoja de la autoridad.

El objeto de este artículo es presentar algunas objeciones que se han hecho a la Teoría Práctica de las Reglas de Hart. Hart plantea que las reglas jurídicas son centralmente prácticas sociales, más cierto componente de normatividad. Hart en *El concepto de derecho* primero y posteriormente en el Postscriptum planteó que las reglas están compuestas de un aspecto externo, o sea, una conducta repetida o regular de los miembros de la sociedad en su conjunto y un aspecto interno o actitud normativa[1]. Estos dos componentes han sido también llamados el de regularidad y el de comunidad[2]. Esta noción de comunidad plantea que los individuos consideran que tienen alguna razón para cumplir las reglas de su comunidad.

Hart consideró que el concepto central para explicar el fenómeno del Derecho es el concepto de regla. Austin, uno de los teóricos del Derecho más relevantes que le precedió, (con respecto a cuya teoría Hart tenía serias objeciones) había considerado que uno de los elementos centrales era la noción de hábito. El Derecho consistía para él en una serie de hábitos de obediencia por parte de los súbditos al soberano. Los hábitos y las reglas sociales comparten la característica de la convergencia de conducta. En el hábito no es necesario que esté presente la crítica si se produce un apartamiento de dicha convergencia. No sucede lo mismo con la regla social. La presión del grupo contribuye a que haya una conformidad con la regla. Las reglas poseen un aspecto interno[3] [4].

La teoría de las reglas como prácticas pretende ser una superación a la noción de hábitos. En este sentido la identificación del derecho por los jueces puede ser un hábito o puede ser una regla. La teoría de los hábitos no puede explicar algo que sucede con el cambio de autoridad: la continuidad de la autoridad y la persistencia del derecho. La nueva persona posee autoridad aun cuando no se ha desarrollado el hábito de identificar sus órdenes como derecho. Y se intenta explicar al mismo tiempo, por qué las normas que fueron producidas por la persona anterior siguen siendo derecho aunque ya no existe el hábito de obediencia. Los hábitos no pueden ofrecer esta respuesta en opinión de Hart, porque no tienen carácter normativo, ni confieren autoridad. Es necesario recurrir al concepto de regla que otorga a la palabra de ciertas personas el carácter de guía de comportamiento[5] [6].

Específicamente, la tesis de Austin del derecho como centrado en la figura del soberano a quienes los súbditos tienen el hábito de obedecer, sin que el soberano obedezca a nadie, presenta el problema de que no puede explicar la continuidad de la autoridad jurídica, una vez que el soberano fallece. Los súbditos se encuentran pacíficamente obedeciendo al sucesor del soberano inmediatamente que se produce la sucesión, sin que haya hábito ninguno de obediencia al nuevo soberano[7]. Por otro lado, la teoría de Austin deja planteada y sin respuesta a la Paradoja de la autoridad. Esta

[1]HART, H.L.A. "Postscriptum" en "La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin", Santafé de Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2007, p. 125.
[2] NARVÁEZ, Maribel: "Wittgenstein y la teoría del Derecho", Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 111 y 112.
[3] HART, H.L.A., "El concepto del Derecho", Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963, p.111-112.
[4] El punto de vista interno, llamado por algunos autores punto de vista hermenéutico, es considerado por Bix el aporte fundamental de Hart a la Teoría del Derecho, al respecto BIX, Brian, "Teoría del Derecho: ambición y límites", Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2006, p.131-144.
[5] ARENA, Federico, "El Convencionalismo jurídico. Un recorrido analítico", Madrid, Marcial Pons, 2014, p. 38-44..
[6] SHAPIRO, Scott, "Legalidad", Madrid, Marcial Pons, 2014, p. 132-135.
[7] HART, H.L.A., "El concepto…", cit., p. 77-88.

paradoja apunta a la circularidad que se observa entre las nociones de norma y de autoridad. O sea, sería necesario autoridad para dictar normas, pero para tener autoridad serían a su vez imprescindibles las normas, porque son éstas las que confieren autoridad[8].

Una ventaja que se presentaba en la versión de Hart, era que habría presentado un camino a la solución de dicha paradoja. Hart inicia un proceso de desmitificación de las reglas sociales, mediante la teoría de que son prácticas sociales[9]. Para crear una regla social no es necesario que los individuos tengan autoridad; el único requisito es que participen en una práctica social. La teoría de las prácticas entiende que las reglas sociales son sólo las prácticas sociales. Hart detiene el regreso al infinito. La autoridad jurídica debe ser conferida mediante normas, pero las normas pueden ser dictadas sin autoridad.

Shapiro sostiene: "*la reducción de Hart de las reglas sociales a las prácticas sociales se ve más claramente cuando dice que los enunciados que afirman la existencia de una regla de reconocimiento son simplemente enunciados 'externos', es decir, enunciados descriptivos de la existencia una práctica*"[10].

La solución de Hart al problema de la paradoja de la autoridad es positivista, la existencia de la autoridad no depende de la legitimidad moral del órgano que la invoca. Los nazis tenían autoridad porque sus funcionarios participaron de una práctica social concordante en que reconocían los pronunciamientos y las decisiones de su régimen. Esto permite a Hart demostrar cómo los hechos jurídicos tienen su base en hechos sociales.

Desde el punto de vista de Shapiro, la solución a la Paradoja de la Autoridad es similar a la propuesta por Austin. Ambos fundamentan el Derecho en las regularidades de conducta del grupo. Para Austin es la regularidad del hábito social de obediencia y para Hart es la práctica social de reconocimiento de reglas. Sin embargo, la diferencia se encuentra en que para Austin el hábito de obedecer no requiere en absoluto que las personas estén motivadas por un compromiso del grupo de seguir esas regularidades. Sólo tiene una mirada individual, cada individuo cumple en función de su autointerés. No es necesario el seguimiento de ninguna regla general para que el derecho sea obedecido. Para Hart en el caso de los funcionarios éstos tienen que estar motivados por un estándar de conducta general. Obedecen porque consideran que tienen que cumplir con el Derecho con independencia de las sanciones que puedan seguirse de la desobediencia. Se requiere que los participantes adopten el punto de vista interno para que la regularidad de conducta se transforme en una práctica social y por ende en una regla social[11].

Pero no se puede confundir este punto de vista interno con un punto de vista moral. Para Hart cualquier persona puede aceptar una regla por cualquier tipo de razón incluida una razón no moral. Un juez puede aceptar la Regla de Reconocimiento simplemente por una cuestión de ascender en su carrera funcional. Resulta necesario que el juez acepta la Regla de Reconocimiento justamente como regla, o sea como un estándar de conducta general que no le permite ir más allá de los límites que están

[8] SHAPIRO, Scott, cit., p.126-130.
[9] HART, H.L.A., "El concepto…", cit., p. 69-76.
[10] SHAPIRO, Scott, cit., p. 133.
[11] Shapiro ha cuestionado también si tienen que existir reglas terciarias que validen a su vez las reglas secundarias. La respuesta de Hart es negativa en el sentido de que las reglas secundarias son reglas sociales que existen en virtud de que son aceptadas. Pero esta solución no es necesariamente efectiva para cortar el regreso al infinito. Similar objeción ha planteado también Guastini, en GUASTINI, Ricardo, "Releyendo a Hart", en Revista Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, Marcial Pons, Número 37, año 2014, p. 99-109.

establecidos en la propia regla. Por ende, la aceptación de la regla como generalización, impide realizar un análisis caso a caso. Aceptar una regla implica comprometerse con la práctica de forma que implique seguirla, aun cuando esto vaya contra el interés individual en el caso concreto. Según Shapiro:

"Joseph Raz ha sostenido que esta concepción débil del punto de vista interno torna ininteligible la aceptación de los funcionarios alienados, ya que las razones de auto-interés son inadecuadas para aceptar la regla de reconocimiento. Un ejemplo ajeno a lo jurídico puede servir para ilustrar el punto. Mi auto-interés puede servir para justificar el juicio de que debo hacer mis tareas, pero no puede justificar mi juicio de que usted debe hacer sus tareas-solo su autointerés puede justificar eso. Mi auto-interés sólo me provee de una razón para actuar como si creyese que usted debe hacer sus tareas. Cualquier pronunciamiento semejante sería simulado. Ahora considere el caso del derecho.- Como dijimos, la regla de reconocimiento impone a los jueces el deber de aplicar las reglas primarias. Por lo tanto, aceptar la regla de reconocimiento compromete al juez a aceptar las reglas primarias. Pero las reglas primarias especifican cómo deben actuar otras personas. Por consiguiente, la aceptación de la regla de reconocimiento compromete al juez a aceptar que otras personas deben actuar tal como prescriben las reglas primarias. Si esto es así, entonces el auto-interés del juez es un tipo de razón inadecuado para aceptar la regla de reconocimiento porque no puede justificar la aceptación de normas que exigen a otros actuar de determinada manera. La aceptación de la regla de reconocimiento, se parece a aceptar que otros deben hacer sus tareas; sólo razones distintas del auto interés pueden justificar la aceptación de buena fe de tales normas"[12].

Por otro lado, la teoría positivista de Hart como cualquier teoría positivista, tiene que enfrentarse al desafío de Hume. Esto plantea el problema de cómo pueden derivarse juicios normativos sobre derechos y obligaciones jurídicas, a partir de los juicios descriptivos sobre las prácticas sociales.

Hart no aborda este problema, pese a la relevancia que tiene. En estas consideraciones intervienen problemas de metaética. Para Hart, constatar la existencia de una regla de reconocimiento, implica formarse un juicio descriptivo de hechos descriptivos. Pero de este juicio descriptivo, surge la formación de juicios acerca de la existencia de reglas, derechos y obligaciones jurídicas, que son todos juicios normativos.

Hart de alguna manera advirtió que los hechos descriptivos no sólo son objeto de juicios descriptivos, sino también de juicios normativos. Decir por ejemplo que la tortura causa dolor es, desde un punto de vista, un juicio descriptivo de una relación causal. Pero también es posible abordar la cuestión sosteniendo que la tortura debería de ser evitada. De esta forma puede darse una aproximación práctica a un hecho descriptivo.

Hart es de la idea de que no se razonaría correctamente si se sostuviera que existen dos hechos, un hecho descriptivo y un hecho normativo, o sea dos hechos en el mundo. Solamente se verifica la existencia de un hecho, el descriptivo. Lo que son dos, son los tipos de aproximaciones, una puede ser teórica y otra práctica. Según esta posición los juicios normativos, no toman en cuenta hechos normativos, porque en opinión de Hart tales hechos normativos no existen. En conclusión, el juicio de que la tortura es mala no representa un hecho normativo de que la tortura sea mala, es solamente un compromiso práctico de evitarlos[13].

[12] SHAPIRO, Scott, cit., p. 135.
[13] Conforme SHAPIRO, Scott, p.136-140.

En tal sentido la teoría de Hart, es una teoría expresivista. Esto significa que la función normativa no representa la existencia de hechos normativos, sino que expresa estados mentales. No representan al mundo. La aserción sobre obligaciones y derechos, expresan el punto de vista interno, una especial actitud normativa de compromiso con una regla del grupo.

Con respecto a la Regla de Reconocimiento, también será posible aproximarse a este hecho desde dos maneras. Una manera meramente descriptiva, donde el científico se formará un juicio teórico acerca de la existencia de una práctica social, y por lo tanto los enunciados así formulados, serán enunciados externos, donde lo que se verificaron fueron regularidades de comportamiento. De la misma forma es posible orientarse a este hecho social de manera práctica. Una vez formado este juicio normativo, es posible derivar otros juicios normativos como la existencia de derechos y obligaciones. Estos juicios son enunciados internos, porque articulan el punto de vista interno.

Desde el punto de vista de Hart, es necesario distinguir en consecuencia, hechos jurídicos por un lado y juicio y enunciados jurídicos por otro lado. Para Hart los hechos jurídicos, no son otra cosa que hechos sociales, esto es hechos acerca del pensamiento y acción de las personas en determinados contextos particulares[14].

Para Hart el problema del desafío planteado por Hume, no toma en cuenta estas dos formas de aproximarse a un hecho descriptivo, porque para él, la única forma de hacerlo es la descriptiva. Para Hart puede asumirse el punto de vista interno, con respecto a la práctica social. Quien razona jurídicamente comienza por juicios normativos, y puede culminar mediante juicios normativos.

Sin embargo, puede sostenerse que la solución de Hart al desafío de Hume presenta problemas para un positivista, porque si los juicios jurídicos son juicios normativos, se plantea la dificultad de que se reconoce la existencia de las obligaciones y la autoridad jurídica, pero no la autoridad y las obligaciones morales. Los positivistas han afirmado tradicionalmente que una cosa es la existencia de normas jurídicas, y otra muy diferente es su virtud o falta de virtud moral.

Para Hart los conceptos de obligación y autoridad aunque fuesen jurídicos no son morales. Si consideramos que las personas tienen la obligación de pagar impuestos, no necesariamente sostenemos que tienen la obligación moral de hacerlo.

Cabe la pregunta ¿en qué consisten los juicios jurídicos? Para Hart formarse el juicio de que alguien tiene la obligación jurídica de pagar impuestos se traduce en afirmar que es apropiado exigir o forzar su cumplimiento. Se puede exigir al demandado a hacerlo y forzar su cumplimiento, recurriendo a la fuerza para hacerlo. Un juicio moral implica decir que "A debe hacer B", una obligación jurídica no implica sostener que A deba hacer B, sino que un funcionario X puede exigir a A que haga B y está autorizado para forzar su cumplimiento. Pero la explicación de Hart de los juicios jurídicos, específicamente cómo se forman, añade el problema de que su aceptación implicaría al mismo tiempo la aceptación de los juicios morales.

La solución de Hart a la paradoja de la autoridad depende del éxito de la Teoría de las Prácticas. Al considerarse que las reglas sociales son prácticas sociales, no es necesario para crearlas un ejercicio previo de autoridad. Pero si las reglas sociales son algo distintos de las prácticas sociales, entonces Hart no puede resolver la paradoja de la autoridad[15].

2. El error categorial.

[14] HART, H.L.A., "El concepto…", cit., p. 99-109.
[15] SHAPIRO, Scott, cit., p. 141.

Sin embargo, la Tesis de Hart tiene que enfrentar una crítica difícil: afirmar que una regla es una práctica une dos categorías ontológicas diferentes. Por un lado una regla es una categoría abstracta, y por otro lado una práctica está conformada por entidades empíricas.

Para Carracciolo[16] es común que en la teoría jurídica se confundan estos dos ámbitos ontológicos diferenciados. Entidades que existen temporal y espacialmente y entidades que existen atemporalmente. Respecto de las normas hay que definir qué tipo de existencia se les atribuye. Shapiro sostiene que Hart incurrió en lo que Ryle denominó "error categorial". En virtud de esta crítica, no sería posible identificar reglas con prácticas[17].

Se abren dos modos en que puede sostenerse que una práctica depende de un hecho. La regla es reducible al hecho, o sea al conjunto de acciones y actitudes humanas. Este tipo de reducción puede ser de dos órdenes: analítica o sintética. En el primer sentido, se dice que el significado de las oraciones equivalentes a reglas, es el mismo que el significado equivalente a oraciones de prácticas. En el segundo caso se afirma que de lo que se trata es de descubrir el significado de las reglas, mediante investigación científica.

Por otro lado, en un segundo modo, se sostiene que la regla superviene a la práctica social. Se dice que una regla superviene a una práctica cuando no es lógicamente posible que cambie R, sin que cambie al mismo tiempo P. O sea, no es posible que cambie R, o alguna de sus propiedades, si no cambia al mismo tiempo P, o alguna de sus propiedades[18].

Habíamos visto en el apartado anterior que la solución de Hart de la paradoja de la autoridad (un notorio avance o ventaja de su teoría con respecto a la de Austin), depende del éxito de su teoría práctica de las reglas.

Shapiro cuestiona la magia mediante la cual la costumbre de ir a la iglesia con la cabeza descubierta se transforma en una regla por el mero hecho de ser aceptada y practicada. Para Shapiro la Teoría de las Prácticas cae en el conocido "error de categoría" y por ende resulta implausible. Las reglas y las prácticas pertenecen a categorías metafísicas diferentes. Las reglas son categorías abstractas como lo son los juegos, los números, las historias, las proposiciones y los conceptos. Son entidades del pensamiento que no tienen coordenadas espacio-temporales. No son objetos.

"*No se puede ver, escuchar o dar una patada a una regla; un letrero de 'no fumar' es la formulación de una regla que prohíbe fumar, no la regla misma (tanto como el dígito '7' representa, pero no es idéntico a, el número siete). Las prácticas, por otra parte, son eventos concretos. Tienen lugar en el mundo natural e interactúan causalmente con otros eventos físicos. Como las reglas son entidades abstractas, tienen un dominio potencialmente infinito. La regla según la cual debe andarse con la cabeza descubierta tiene la siguiente forma lógica: 'para todos los objetos O, los lugares L, y los tiempo t, O debe tener la cabeza descubierta en t'. Por tanto, la regla regula todos los objetos del universo en todo momento. Por otra parte, las prácticas son actividades finitas. Son simplemente un complejo de eventos pasados singulares consistentes en las*

[16] Caracciolo, Ricardo, "Existencia de normas", en Revista Isonomía, número 7, octubre de 1997, p. 159-178. El autor problematiza sobre el concepto de existencia de normas. Para el autor muchas veces hay una confusión en el marco de lo que él denomina "criterios empíricos de pertenencia que se trataría de una suerte de "hechos institucionales". En este elenco entraría no sólo la promulgación, sino también la práctica de obediencia y de aceptación de reglas. Véase También Caracciolo, Ricardo, "Un dilema en torno a la naturaleza de las normas", en Revista Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 2008, p. 91-103.

[17] SHAPIRO, Scott, cit., p.141-144.

[18] ARENA, Federico, cit., p.38-42.

acciones en cuestión, en ciertas circunstancias. Dado que las reglas y las prácticas son cosas de diferente tipo, una no puede ser reducida a la otra…Decimos que las prácticas ejemplifican, plasman, se conforman a, están estructuradas por, y son el fundamento de reglas. Esto sugiere claramente que las reglas son estándares para guiar la conducta, no la conducta misma"[19].

El error categorial en el que incurriría la tesis de la Teoría Práctica de las Reglas, incide también en la cuestión de la normatividad de las reglas. La Teoría práctica no captaría tampoco la fuerza normativa de la práctica judicial de identificación del derecho. Desagregando el problema, se sostiene que la Teoría Práctica de las Reglas no explica el deber de los jueces de aplicar el derecho, la autoridad del derecho, los desacuerdos en el derecho, el punto de vista interno, por qué son obligatorias las reglas para los ciudadanos, etc.[20].

En esta línea han sido las críticas formuladas por Raz[21] y Dworkin[22]. En primer lugar, en cuanto a que la Regla de Reconocimiento no es capaz de guiar el comportamiento de los jueces, la Teoría Práctica es incapaz de explicar cómo la Regla de Reconocimiento es una razón para la acción. Esta objeción es de Raz, pero también la realizó Dworkin, aunque su crítica apuntaba en un sentido bastante diferente.

En cuanto a la crítica del deber de los jueces, se señala que la Teoría Práctica de las Reglas no explica cómo además de que los jueces regularmente usen ciertos criterios para identificar el derecho, tienen el *deber* de hacerlo. La respuesta que da la Teoría es que los jueces tienen este deber siempre y cuando exista tal práctica. Y por lo tanto en definitiva, un deber depende de la existencia de una práctica uniforme. Esto lo lleva a concluir a Dworkin que cada vez que exista un deber tienen que estar dadas las condiciones para que exista una regla, esto es: la existencia de una práctica. Sin embargo, la coexistencia entre deber y práctica no se da en todos los casos, porque muchas veces existe un deber, sin que exista una práctica. Alguien puede considerar que existe el deber de ser vegetariano, pero claramente no se encuentra respaldado en una práctica. La Teoría de las Reglas Sociales como Prácticas no da cuenta de todos los deberes, ya que no da cuenta de todas las reglas, aquellas que no dependen de la existencia de una práctica.

Raz aclara que esta situación suele verificarse en el caso de las reglas morales. Quienes defienden la existencia de determinado deber moral, no se respaldan en que se verifique una práctica. La existencia de la práctica no es una condición necesaria para la corrección de su creencia en cuanto a la existencia de una regla moral.

La Teoría de las Reglas Sociales como Práctica tampoco ofrece una explicación de cómo se relacionan la existencia de una convicción entre los individuos, acerca de la existencia de un deber y por otro lado la existencia de una práctica social de observancia de ese deber. Para mostrar esto Dworkin señala que aunque se den los dos elementos (creencia y regularidad), es necesario realizar otra distinción. Por un lado están las prácticas concurrentes (o por convicción) y las prácticas recurrentes o por convención. En este segundo caso los participantes consideran como un elemento fundamental que se dé la práctica de forma recurrente, mientras que en el primer caso tal recurrencia no se considera fundamental.

Para Raz la existencia de la práctica será una razón simplemente auxiliar. Por ende la Teoría de las Reglas Sociales como Prácticas quita a las reglas su carácter normativo. Si alguien considera que tiene el deber de ayudar a los más necesitados, el

[19] SHAPIRO, Scott, p. 142.
[20] ARENA, Federico, cit., p. 44-60.
[21] RAZ, Joseph, "Entre la Autoridad y la Interpretación", Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 61-100.
[22] DWORKIN, Ronald, "El imperio de la Justicia", Barcelona, Gedisa, 1988, p.35-43.

hecho de que las obras de caridad ayuden a los más necesitados, será simplemente una razón auxiliar[23].

3. La falacia naturalista: un excurso.

En el marco de las críticas realizadas a Hart sobre su Teoría Práctica de las Reglas es bueno repasar en qué consiste el planteo de Hume y las objeciones centrales a su tesis. Esto nos ayudará a considerar más profundamente los conceptos de *norma* y de *hecho* y en definitiva nos dará más herramientas para valorar el problema del *error categorial*. Tras el análisis de la falacia naturalista están involucrados los conceptos problemáticos de hecho y valor y el problema de la distinción entre lo factual y lo normativo. Voy a seguir a Putnam quien planteó algunas discusiones en torno a la separación entre "ser" y "deber".

Aun cuando Hume nunca dijo: "Ningún debe puede derivarse a partir de un es", de esa forma es reconocido por la comunidad de teóricos. En el final de la sección I, del Libro III, de su "Tratado de la naturaleza humana" escribió: "*No puedo abstenerme de añadir a estos razonamientos una observación que quizás pueda considerarse de cierta importancia*[24]*. En todos los sistemas de la moral que he encontrado hasta ahora he notado siempre que el autor razona por un tiempo de la manera corriente y establece la existencia de un Dios o hace observaciones respecto de los asuntos humanos; pero de pronto me sorprende descubrir que, en lugar de la cópula usual de las proposiciones –es y no es- no encuentro ninguna proposición que no esté conectada por un debe o no debe. Este cambio es imperceptible pero, de la mayor importancia, pues como este debe o no debe, expresa una nueva relación o afirmación, es necesario que se la observe y explique y, al mismo tiempo, que se dé una razón para algo que parece absolutamente inconcebible, a saber, cómo esta nueva relación puede ser deducida de otra que son totalmente distintas de ella"*[25].

La prohibición de derivar un debe de un es, tiene un gran consenso en la comunidad académica. No obstante, no es pacífica y hay varios autores que cuestionan la distinción y otros que sostienen que no puede ser pensada en términos de dicotomía. En 1951 Quine[26] sostuvo que los enunciados científicos no pueden ser divididos en "convenciones" y "hechos". Para Putnam la dicotomía "es/debe" equivale a la dicotomía "hecho/valor" y la dicotomía "analítico/sintético, a "cuestiones de hecho/relaciones de ideas"[27]. Estos pares de dicotomías tuvieron para el autor estadounidense, carácter fundacional del empirismo lógico del Siglo XIX y de su heredero del Siglo XX el positivismo lógico, por lo que controvertir estos supuestos nos situaría en una posmodernidad [28].

Señala Putnam que la distinción es pertinente pero no en forma de dicotomía, como tradicionalmente lo han entendido los positivistas lógicos. Éstos a su vez distinguieron tres clases de juicios: los sintéticos (contrastables empíricamente),

[23] RAZ, Joseph, cit., p. 67-72.
[24] Esta afirmación dicha al pasar, que Hume califica de "cierta importancia", ha trascendido y es mencionada o considerada en casi todos los textos de relevancia filosófica que vinieron después y abordaron el problema y fue bautizada como "falacia naturalista". Tal bautismo es autoría de G.E. Moore
[25] HUME, David., "Tratado de la naturaleza humana. Libro III. Acerca de la moral", Bs. As., Eudeba, 2000, p. 30 y 31.
[26] QUINE, Willard V.O., "Desde un punto de vista lógico", Barcelona, Paidós, 2002, p.61-93.
[27] Hume afirmó: "*Todos los objetos de la razón e investigación humana pueden dividirse en dos grupos: relaciones de ideas y cuestiones de hecho*", en HUME, David, "Investigación sobre el conocimiento humano", Madrid, Mestas, 2003, p. 37.
[28] PUTNAM, Hilary, "EL desplome de la dicotomía hecho-valor", cit., p. 23.

"analíticos" (verdaderos o falsos según las reglas de la lógica) y los "carentes de valor cognitivo", aquí entrarían los juicios éticos y estéticos.

Kant habría forzado la pregunta ¿las verdades matemáticas son analíticas o sintéticas?, y sostuvo que en el caso de las matemáticas éstas eran a su vez sintéticas, pero a priori. Este postulado no pudo ser aceptado por los positivistas, quienes consideraron que los principios de las matemáticas son necesarios, y por lo tanto analíticos y no sintéticos. De esta forma, los positivistas desdibujaron la categoría de la analiticidad. Entonces, parece que los enunciados de la matemática no se comportan ni como enunciados de tipo analítico ("todos los solteros son no casados") ni como un enunciado sintético ("el escritorio es de madera"). Esto demostraría, en opinión de Putnam que no nos encontramos frente a una dicotomía, sino tan sólo frente a una distinción. Las dicotomías siempre son aplicables, las distinciones no en todos los casos, como no lo es, esta distinción en el caso de las matemáticas.

Quine atacó a los positivistas lógicos por no percatarse que el elemento de la convención o legislativo es un elemento muy común a los enunciados científicos, y además sostuvo que porque un enunciado sea una convención eso no invalida que pueda ser sometido al tribunal del experimento. Afirmó: "*Es un saber gris pálido, negro por el hecho y blanco por la convención. Pero no he encontrado razones de peso para concluir que haya en él ninguna hebra lo bastante negra ni lo bastante blanca*"[29]. Sin embargo, en opinión de Putnam, Quine invirtió todas sus energías en demostrar que las verdades de las matemáticas son sintéticas (al estilo kantiano) y olvidó lo que para él sería el principal hecho a refutar: que tenga algún sentido la dicotomía analítico/sintético.

Quine pone de manifiesto con su célebre ejemplo del conejo y de la tribu recién descubierta por un lingüista, que toda observación es muy *provinciana* y que es imprescindible la asunción de una teoría previa[30]. Pero sobre todo con su obra "*Two dogmas of Empiricism*" puso en jaque a la distinción entre lo necesario y lo contingente, en la medida en que no podemos responder adecuadamente cuándo actuamos por impulso de la experiencia, y cuándo actuamos por impulso del lenguaje. Similares dudas había sembrado Wittgenstein con sus *Investigaciones Filosóficas*. Tanto Quine como Sellars impulsaron la tesis de que la justificación no tiene que ver con una justificación basada en la relación entre ideas con ideas, o entre ideas con objetos, sino en una *conversación o práctica social*. Para estos autores entendemos el conocimiento cuando entendemos la justificación social de la creencia.

Sellars ha afirmado que "*tener la capacidad de observar una cosa, es tener el concepto mismo de esa cosa*". Además, afirmaron que no hay ninguna creencia justificada que sea no proposicional, ni ninguna justificación que no sea una relación entre proposiciones. Quine ha criticado la distinción entre lenguaje y hecho con su ataque a la "idea -idea" y sus tesis de la "indeterminación de la traducción", de la "inescrutabilidad de la referencia", lo que le ha llevado a afirmar categóricamente que *no hay ninguna cuestión de hecho* que esté implicada en la atribución de creencias a las personas, o de significado a las elocuciones, o de aspiraciones a las culturas[31].

"*Lo que Quine llama la 'idea idea' es la concepción de que el lenguaje es expresión de algo 'interior' que debe descubrirse antes que podamos saber qué significa una elocución, o interpretar la conducta lingüística de los que realizan las elocuciones (por ejemplo, atribuirles creencias, deseos, y culturas). Abandonar esta*

[29] Citado por PUTNAM, Idem, p. 26.
[30] QUINE, Willard, V. O., "Hablando de objetos" en "La relatividad ontológica y otros ensayos", Madrid, Tecnos, 2002, p. 13-41.
[31] RORTY, Richard, "La Filosofía y el espejo de la naturaleza", Madrid, Cátedra, 2001, p. 157-180.

idea es abandonar simultáneamente la idea empirista-lógica de la 'verdad en virtud del significado' y la idea oxoniana de la 'verdad conceptual', pues no hay significados o conceptos donde puedan leerse. Esta actitud hacia el concepto de 'concepto' hace posible prescindir de la distinción de Kant entre verdades necesarias (que pueden determinarse mirando sólo a los conceptos), verdad analítica, o los conceptos puros y formas puras de la intuición únicamente (verdad sintética a priori) y verdades contingentes (que requieren una referencia a las intuiciones empíricas). Pero Quine considera los conceptos y significados solamente como una especie de intenciones, y su deseo es borrar todas las intenciones…Quine concluye que esto demuestra que las nociones de 'creencias' y 'deseo' son (a efectos 'científicos') tan innecesarias como la de 'concepto' o 'intuición'[32].

Putnam señala con respecto a la dicotomía hecho/valor, lo que suele llamarse la ley de Hume, que:

"*Nadie, ni siquiera el mismo Hume, la ha tomado nunca como una mera afirmación sobre la validez de ciertas formas de inferencia, análoga a la que no puede inferirse 'p' y 'q' de 'p' o 'q' Efectivamente, si la afirmación fuese simplemente acerca de las formas de ciertas inferencias, prohibiría inferir debe hacerse x en tales y cuales circunstancias de hacer x en tales y cuales circunstancias es bueno y no hacer x en tales y cuales circunstancias es malo. Por supuesto, muchos filósofos contestarían a este ejemplo diciendo que no entra en conflicto con el dictum de Hume porque es un caso de inferencia de un 'debe' de otro 'debe'. Pero ésta es precisamente mi tesis. La capacidad de estos mismos filósofos de reconocer enunciados del tipo hacer x en tales y cuales circunstancias es bueno y no hacer x en tales y cuales circunstancias es malo como casos de debe no descansa en ninguna característica propia de la forma del enunciado, sino más bien en la comprensión de su contenido*"[33].

La conclusión de Hume de que no es posible derivar un "debe" de un "es", es consecuencia de partir de una *semántica figurativa*. Las ideas son para Hume *representativas* de hechos, y en ese sentido figurativas, se tienen que asemejar ellas mismas a los hechos. Hume para Putnam, no dice tan sólo que no es posible inferir un "debe" de un "es", dice además que no hay cuestión de hecho posible sobre lo *correcto* o la *virtud*. Porque las propiedades de virtud y de corrección no son pasibles de figuración, según su concepción semántica.

La asunción de una categoría de juicios como analíticos, no contribuye a resolver ningún problema filosófico, porque mediante tal afirmación no se expone qué características debe tener un juicio para ser analítico, y tampoco se deriva *per se* de esta clase de enunciados, la verdad de los enunciados derivados, los enunciados sintéticos como aquéllos que son complementarios de los analíticos. Tampoco entonces la clasificación de tipos de juicios como éticos (sin valor cognitivo para los positivistas lógicos), por portar palabras con contenido ético, soluciona ningún problema filosófico, porque no nos dice qué es lo que transforma a una palabra en ética, ni tampoco nos dice cómo catalogar a aquellos juicios que no serían éticos.

Aun cuando Kant coincidiera con Hume en que por ejemplo el enunciado "El asesinato es malo", se traduce como "no matarás", está en discrepancia con él en cuanto a que la moral o la ética no sean discursos racionales. Es más, toda la filosofía moral kantiana se construye en base al supuesto de que es posible dar una explicación racional de la moral y de la ética. El problema se presentó cuando los empiristas lógicos fracasaron en el intento de probar que las matemáticas eran enunciados sintéticos a posteriori, porque tal intento implicaba al mismo tiempo, echar por tierra la noción

[32] Idem, p. 181.
[33] Putnam, Hilary "El desplome…", cit., p. 28 y 29.

kantiana de una "razón práctica pura". Esto volcó a los empiristas a la visión de Hume de que los enunciados con contenido ético, los juicios de valor, carecen en definitiva de valor cognitivo y por lo tanto no pueden clasificarse ni en analíticos, ni en sintéticos, siendo o bien la expresión de un sentimiento o el disfraz de un imperativo, en definitiva no una cuestión de razón, sino una cuestión de voluntad [34].

La dicotomía hecho/valor es para Putnam no una dicotomía, sino una tesis, la tesis de que no es posible que la ética trate de cuestiones de hecho. Como las proposiciones de la ética no eran para los positivistas, ni analíticas ni proposiciones de hecho, no podían ser materia de conocimiento. Esto derivaba a su vez, de la convicción de que sabían exactamente qué es un hecho. Es esta concepción de lo fáctico el arma filosófica que más potentemente juega en toda esta forma de concebir a la ética.

En la época de Hume era plausible creer que no había enunciados científicamente indispensables que no fueran observables. Aunque los átomos, el cálculo infinitesimal, estaban de alguna forma presente en la discusión científica, tanto Locke, Berkeley y Hume la desechaban por ininteligible. Para Hume la noción de hecho es algo de lo que es posible que haya una impresión sensorial. Hume asimilaba los conceptos de causalidad y necesidad [35]. Cuando ya estaba en escena el Círculo de Viena, se hacía más difícil sin embargo sostener la idea de que un hecho sea tan sólo una impresión sensorial, aun con la ayuda del microscopio. No obstante, los positivistas lógicos no lo aceptaron tan rápidamente. Señala Putnam que la célebre obra de Carnap, "La construcción lógica del mundo" de 1928, afirmaba que todos los enunciados fácticos se podían transformar en enunciados acerca de experiencias sensoriales y confrontables mediante observación. De esta forma, partiendo de esta concepción de "hecho", resulta clara la razón por la que a los enunciados propios de la ética, no se los considerase fácticos. Aunque posteriormente en 1936 Carnap flexibilizó el tema de la confrontabilidad de un enunciado, seguía sosteniendo que estos debían expresarse en "lenguaje científico" y este es el lenguaje de la observación. En 1938, en la obra "Fundamentos de la lógica y las matemáticas" Carnap se enfrentó a la situación de que en Física términos como "electrón" y "carga", no se introducen ni mediante definiciones, ni mediante reducciones, sino que se los consideran como "términos primitivos". Si estos enunciados llamados "primitivos", permiten anticipar y explicar mejor las experiencias, entonces debían considerarse como *empíricamente significativos*[36].

Dadas estas constataciones fue necesario rever la definición de enunciado fáctico, lo que aparecería como muy problemática. De esta forma desde los enunciados singulares se trasladó al conjunto del sistema científico la noción de "fáctico". Aun así Carnap seguía delimitando una categorización drástica entre "términos observacionales" y los "interpretados completamente" (con un significado independiente) y aquellos términos teóricos (bacteria, electrón, campo gravitacional) que son sólo "interpretados parcialmente", estos últimos términos son menos propicios para extraer de ellos proposiciones empíricas, observacionales [37].

Otra dicotomía muy presente en la corriente del positivismo lógico, es la de observacional/teórico. Los términos observacionales debían contener para Carnap la propiedad de ser sencillamente probados, y entre éstos incluía por ejemplo, los términos como: "caliente", "azul", "más grande que", etc. Si un término no es observacional, la única alternativa posible es que fuese teórico. Carnap no concebía la posibilidad de que

[34] Idem, p.30-31.
[35] Idem, p. 34-37
[36] Idem, p. 38
[37] Idem, p. 38-39

el significado de un término como cruel, por ejemplo, viniera asociado a la justificación que del término pudiese hacer un hablante en cuanto a la conducta de los que perciben este tipo de enunciado. Para Carnap el único lenguaje científico era el de la Física.

La ley de Hume, "ningún debe a partir de un es"[38], se relaciona también además de la distinción hecho/valor, con la dicotomía "cuestiones de hecho" y "relaciones de ideas". Esta flexibilización de la noción de hecho que ocurrió después básicamente de los embates de Quine, se materializó en la variación de la idea de lo "cognitivamente significativo", inflada ahora la categoría de *término observacional* por *término teórico*. Aun así, la importancia de estos términos teóricos derivaba de que colaboraban para la construcción de una teoría, a partir de la cual se podían deducir enunciados observacionales. Por eso enunciados tautológicos, como el ya mencionado "todos los solteros son no casados", no dan cuenta de ningún hecho. Por lo tanto, el centro de la discusión está dado por la necesidad de establecer con la mayor precisión posible el alcance de lo "fáctico", de forma de poder dar acabada cuenta de cuáles términos son analíticos y cuáles sintéticos, teniendo presente el fracaso de Kant primero y de Frege después, para aplicar esta categoría a las matemáticas. Quine puso énfasis en la idea más que nada de que no tenía sentido pretender clasificar los enunciados científicos en esas categorías[39].

Señalan Putnam que:

"*Los pragmatistas clásicos, Pierce, James, Dewey y Mead, sostenían todos por igual que el valor y la normatividad permean la totalidad de la experiencia. Lo que este punto de vista implicaba para la filosofía de la ciencia es que los enunciados normativos son esenciales a la práctica científica misma. Pero aquellos filósofos pragmatistas no se referían sólo al género de juicios normativos que llamamos 'morales' o 'éticos': los juicios sobre 'coherencia', 'plausibidad', 'racionalidad', 'simplicidad', y lo que en la célebre expresión de Dirac, es la belleza de una hipótesis, son todos ellos juicios normativos en el sentido de Charles Pierce, juicios sobre 'lo que debe ser' en el caso del razonamiento*[40]".

Sin embargo, eso no significa afirmar que no haya diferencias entre los valores de la epistemología y los de la ética. Parece que la preocupación que guía la epistemología es dar una correcta "descripción del mundo", y esto en definitiva es de lo que se trata la "objetividad". Pero de esto no puede deducirse que la ética, o los valores no sean objetivos. La verdad de las teorías, en cuanto a cómo se acercan a una descripción correcta del mundo, y por lo tanto juzgarla más o menos verdadera, lo hacemos, la *juzgamos*, según nuestros estándares epistémicos de coherencia, simplicidad, etc., en opinión de Putnam. Esto no significa que tales métodos sean preferibles a los de la autoridad, o los de la conveniencia, o aquellos que están guiados por algún interés extraepistémico.

La idea de que la objetividad está ligada con la correspondencia con objetos, en el sentido de verdad como correspondencia, se refuta con las verdades lógicas y matemáticas, que pertenecen al campo de la objetividad sin objetos. Para sortear a esta idea, algunos positivistas o empiristas lógicos han propuesto el concepto de "objetos abstractos", sin embargo no alcanzan a indicar por qué son necesarios para una explicación satisfactoria de la matemática o de la lógica. Propone Putnam la necesidad de abandonar la equiparación entre objetividad y descripción. Hay para este autor muchos enunciados que admiten la calificación de verdadero, falso, justificado, no justificado, y no se trata de la descripción del mundo, y aún así, están sometidos a un

[38] Puede consultarse al respecto: SEARLE, John, "Actos de habla", Barcelona, Cátedra, 2007, p. 178-201.
[39] PUTNAM, Hilary, cit., p. 43-45.
[40] Idem, p. 45

control de racionalidad. La función de representatividad del lenguaje es una función posible, pero no es la única.

Por otro lado términos que los positivistas lógicos no dejarían de reconocer como valorativos, podrían ser usados de una u otra forma en juegos del lenguaje. Así si alguien afirma que "el maestro de mi hijo es cruel", no necesita aclarar que no se trata de un buen maestro. Un historiador puede referir a que un emperador romano determinado propició un régimen cruel y sin embargo no estaría haciendo un juicio de valor, sino describiendo parte de la historia. Por lo tanto determinar cuáles son términos normativos, éticos en sentido denso, no nos soluciona tampoco el problema.

Aquí entonces términos como cruel, en opinión de Putnam, echan por tierra la dicotomía hecho/valor, ya que pueden ser usados en un sentido o en otro. Si la idea de que términos éticos densos, procuran motivar la conducta del otro, esto no es necesariamente así. Son muy conocidos los casos en que alguien define algo como dolor, o como sufrimiento, y sin embargo no sostiene la idea de que sea algo malo. Otra persona puede reconocer que cierta acción es noble, y sin embargo reconocer que no se encuentra motivado a llevarla a cabo, porque sencillamente prefiere no hacerla. No es cierta la idea de que con los juicios éticos no se pueda hacer descripciones de hecho, sino sólo mostrar preferencias o determinaciones de la conducta ajena (discurso prescriptivo), porque alguien puede hacer un juicio que nadie dudaría en catalogar como ético y sin embargo no pretende influenciar la conducta de otro, ni tampoco está expresando deseo alguno. Así alguien puede también calificar como deseable algo que no tiene dudas en catalogar como malo. La dicotomía hecho/valor es una dicotomía atractiva porque nos permite evitar la discusión sosteniendo que se trata de meras subjetividades.

Todo el excurso anterior nos sirve para poder comprender más acabadamente por qué Hart estaba tan preocupado por deslindar el punto de vista interno de una cuestión moral y por qué también hasta el final de su obra, no consideró que existiesen algo así como hechos morales. Esta herencia de Hart, le jugó una mala pasada para poder analizar el vínculo entre Derecho y Moral.

4. El intento de solución por la vía del convencionalismo.

Recapitulando entonces, tenemos que la Teoría de las Reglas Sociales como Práctica es la base para la construcción del concepto de Regla de Reconocimiento. Por ende, muchas críticas a la Teoría Práctica de las Reglas apuntan a señalar su déficit a la hora de explicar la noción de Regla de Reconocimiento.

La crítica del *error categorial* [41] en que incurriría la Teoría Práctica de las Reglas de Hart y también su déficit a la hora de explicar la normatividad de la Regla de Reconocimiento han hecho que para algunos autores sea mejor sustituir esta idea de que las reglas sociales son prácticas sociales, por la idea más prometedora de considerarlas no ya propiamente prácticas sociales, sino más específicamente convenciones.

Shapiro explora diversas alternativas por las que Hart podría salir de las críticas en cuanto a haber incurrido en el llamado *error categorial*. Hart podría aceptar que las reglas sociales no son reducibles a prácticas sociales, pero afirmar que las prácticas sociales generan reglas sociales. Sin embargo, esta primera vía de salida, al plantear una relación metafísica también tendría problemas porque las prácticas sociales no generan

[41] Esta misma crítica es presentada por STRAVOPOULOS, Nicos en "Obligación y práctica social", en "Convencionalismo y Derecho", RAMÍREZ LUDEÑA, Lorena, y VILAJOSANA, Josep, M., coordinadores, Madrid, Marcial Pons, 2016, p. 167-185.

necesariamente reglas sociales. En los hechos la mayoría de nuestras prácticas sociales no lo hacen.

Por otro lado hay personas que consideran que hay excelentes razones para no fumar, aunque pueda existir una práctica para hacerlo. Las personas suelen peinarse, se saludan, ahorran dinero, cierran sus automóviles por la noche, por ende, no necesariamente las prácticas sociales, generan reglas sociales.

Pero Hart podría conceder aún más y sostener que si bien todas las prácticas no generan necesariamente reglas sociales, hay un subconjunto de ellas que sí lo hace. La Paradoja de la Autoridad se resolvería sosteniendo que la práctica de reconocimiento de los funcionarios es una práctica de este tipo de subconjunto, que genera efectivamente la regla de reconocimiento.

Para Shapiro[42] esta teoría diluida de las prácticas es verdadera, pero de todas formas es insuficiente para resolver la Paradoja. Porque no tenemos forma de saber de antemano, cuáles son las prácticas del tipo del subconjunto que genera reglas y por ende si la práctica de reconocimiento es o no una de ellas.

El intento más prometedor para preservar la Teoría Práctica de las Reglas, viene por el lado de lo que en teoría de los juegos se llama *convenciones de coordinación*[43]. El esfuerzo está pautado por la necesidad de mostrar que la práctica de los funcionarios de reconocer reglas en un sistema jurídico es este tipo especial de prácticas de las que generan reglas. Si se confirma lo anterior se soluciona la Paradoja de la Autoridad, y el problema del regreso al infinito.

Las convenciones de coordinación coordinan el comportamiento de los funcionarios de forma que todos respeten el mismo conjunto de autoridades. Estas convenciones de coordinación son prácticas que generan reglas y pueden servir como fundamento positivista de todo el sistema jurídico.

Frente a un problema de coordinación los individuos suelen inclinarse por la solución de que todas las personas actúen de manera uniforme. Los conductores de vehículos prefieren circular del lado en que lo hace el resto de los conductores que conduce en la misma dirección. La particularidad que se presenta es que conducir por el lado de la izquierda o hacerlo por el lado de la derecha, son soluciones que se presentan como igualmente correctas. Las autoridades son las que pueden resolver este tipo de cuestiones, eligiendo entre opciones que son igualmente correctas. Y la elección por un lado, no lo hace mejor que el otro.

La elección por una estructura de coordinación, es una elección que se presenta como un problema de coordinación. El grupo de individuos preferirán que se obedezca el mismo conjunto de autoridades si el resto de las personas lo hace. Aunque esto no implica necesariamente que no importe para nada el tipo de estructura de autoridad.

Fue Lewis quien trabajó esta categoría de convenciones de coordinación. Cuando existe una convención, el hecho de que la mayoría actúe como marca la convención, se convierte en la propia razón para seguir la convención. El hecho de que la abrumadora mayoría de conductores conduzca por la derecha, brinda una razón a los conductores para considerar que el resto de los conductores también lo hará, y por ende torna racional la conducta de seguir conduciendo por la derecha. Las convenciones de coordinación generan reglas sociales. Son de este tipo especial de prácticas, que generarían reglas sociales.

Algunos positivistas han sostenido que la práctica de reconocimiento de reglas de los funcionarios es una convención de coordinación. Y lo es porque resuelve el problema de coordinación de decantarse por una estructura de autoridad. Obedecer la

[42] SHAPIRO, Scott, cit., p. 141-143.
[43] Idem, p. 144-150.

Constitución de Uruguay genera una convención de coordinación porque brinda una razón a casi todas las personas para hacer lo mismo, porque esperan que el resto lo haga y por lo tanto implica que se siga prefiriendo obedecer a la Constitución de Uruguay.

Esta convención-regla es capaz de detener el regreso al infinito porque no supone la existencia de ninguna autoridad previa. Al igual que los conductores no necesitan una autoridad para continuar conduciendo por la derecha, los funcionarios no necesitan una autoridad para crear o mantener una práctica jurídica convencional de reconocer reglas. Afrontan el problema recurrente de coordinación, tratando a las regularidades como una razón para continuar con la regularidad referida.

En opinión de Shapiro la interpretación de la práctica de reconocimiento de reglas como una convención de coordinación es insatisfactoria. Y lo es porque sólo funciona restringiendo los motivos que tienen los funcionarios públicos en su motivación para participar de la práctica. Se plantea que acatan la convención por la razón de que otros lo hacen, para coordinar su comportamiento de forma adecuada. Este requisito de la motivación excluye que haya una alienación en masa de los funcionarios. Supongamos que un juez adopta la regla de reconocimiento porque quiere cobrar su salario, y no tiene ninguna otra razón, a este juez no le importa en absoluto lo que haga el resto de los jueces, no les interesa si acatan o no lo hacen la regla de reconocimiento. Las razones para hacer lo que hacen son totalmente independientes de las razones que tenga el resto para hacer lo mismo, o no hacerlo. Los partidarios de considerar la regla de reconocimiento como una convención de coordinación tienen que sostener que es jurídicamente imposible la existencia de un sistema con funcionarios totalmente alienados.

Tras todos los problemas de coordinación subyace un problema de arbitrariedad, las soluciones a los problemas de coordinación, son soluciones arbitrarias. Según esta interpretación la elección por una estructura de autoridad, es un problema de coordinación. En esta instancia cabe la pregunta de si es cierto que en todo sistema jurídico las preferencias de las personas por una determinada estructura de autoridad cambiarían por el hecho de que todos los demás actuasen de modo diferente. Para Shapiro muchas personas no cambiarían sus preferencias porque consideran que tienen un deber moral de acatar lo que dice la Constitución de los EEUU, por ejemplo. La concepción de la regla de reconocimiento como una convención de coordinación debería negar que fuera esto posible.

En opinión de Shapiro, esta concepción restringe injustificadamente el tipo de razones que pueden tener los funcionarios para aceptar la Regla de Reconocimiento. Se muestra como incapaz para explicar los casos de los regímenes donde existen funcionarios alienados o fundamentalistas constitucionales. Por ende no puede resolver la Paradoja de la Autoridad. La concepción que entiende a la Regla de reconocimiento como una convención de coordinación es un retroceso en la teoría, porque en la posición de Hart las razones que podían tener los funcionarios para obedecer la Regla de Reconocimiento eran de tipo variado. Shapiro sostiene:

"El intento de Hart de por preservar la distinción entre el pensamiento jurídico y el moral se queda en un punto intermedio inestable e indefendible. Ya que una vez que se admite que los conceptos jurídicos son normativos, resulta difícil negar, como hizo Hart, que también sean morales. Las pretensiones del derecho son demasiado serias como para aceptar la posibilidad de que tengan una naturaleza no moral"[44].

La solución que proponía Hart para el desafío de Hume depende de la cuestión central de que quienes razonan jurídicamente siempre se aproximen a los hechos

[44] Shapiro, p.151.

sociales de la práctica con una actitud práctica. Pero esta concepción adolece de los problemas de la teoría de las prácticas. Los juicios jurídicos pueden ser expresados correctamente aun por aquellas personas que no adoptan el punto de vista interno. Para el hombre malo las razones que brinda el Derecho son las mismas que brinda el asaltante: evitar sanciones. El hombre malo puede explicar también el Derecho no sólo en términos de órdenes respaldadas por amenazas, sino también en términos de obligación jurídica. Aunque no acepte las normas jurídicas puede redescribirlas en términos de obligaciones, derechos y validez jurídica. El hombre malo es capaz de pensar como un jurista. No parece justificado sostener que sólo quienes aceptan el derecho son capaces de entenderlo. Y para Shapiro, Hart no puede explicar esta situación.

Mediante su teoría expresivista Hart sostiene que sólo es posible describir que el derecho tiene derechos, obligaciones, validez, cuando quien realiza esas afirmaciones acepta la Regla de Reconocimiento. Pero el hombre malo, puede hacer lo mismo, aunque adopte el punto de vista externo.

Algunos comentaristas, sostiene Shapiro, han defendido a Hart sosteniendo que el hombre malo puede aceptar la Regla de Reconocimiento, como quien acepta una regla de la gramática. Acepta un estándar de la conducta jurídicamente correcta. La acepta como tal, la emplea aunque sin acatarla. Shapiro responde que esta situación es problemática porque en definitiva aceptar la Regla de Reconocimiento significa sostener que quien la viola tiene una conducta defectuosa, y el hombre malo no lo considera así. Piensa que la Regla de Reconocimiento es la defectuosa.

La teoría de Hart no puede explicar la actitud del hombre malo, no puede explicar su tipo de razonamiento. Porque en definitiva el hombre malo no se acerca a los hechos y prácticas sociales de reconocimiento con una actitud práctica y sin embargo puede explicar jurídicamente el derecho. Esto significa que el hombre malo deriva de juicios descriptivos, juicios normativos, pese a ser malo. En esto se violaría la ley de Hume.

Para Shapiro la dualidad que planteó Hart de considerar que en definitiva puede existir una obligación y una autoridad jurídica, sin que exista la correspondiente obligación moral, no está justificada. Como los conceptos jurídicos, lo que hacen es gobernar y dirigir la vida de las personas, en realidad son prescriptivos y no pueden ser descriptivos. Conceptos como autoridad jurídica y obligación restringen la libertad y por dicha razón son conceptos morales también.

Para Shapiro como dijo Raz la concepción del derecho de Hart adolece de los mismos problemas que la concepción de Kelsen, en cuanto parece dirigida más a los funcionarios que a los individuos. Pero el objeto central del derecho es una guía de la conducta de los individuos.

Para Shapiro el desafío de parte de los positivistas consiste en explicar o fundamentar de otra forma las tesis centrales hartianas. Este desafío consiste básicamente en explicar el tipo de compromiso que genera las reglas sociales y mostrar cómo los juicios jurídicos pueden estar formados por juicios morales, sin que esto signifique que quien razona jurídicamente apruebe estos tipos de juicio que realiza.

5. La Teoría Práctica de las Reglas, el carácter autoritativo del Derecho y la tesis del *constrait hermenéutico*.

Otra cuestión problemática que presenta la Teoría Práctica de las Reglas es con relación a la autoridad del Derecho. Hace falta una explicación de cómo las reglas ofrecen razones especiales que las diferencian de otro tipo de razones. La distinción

entre reglas sociales y otro tipo de razones no puede estar en que unas son practicadas y las otras no, porque el hecho de que estén acompañadas de una práctica no es una distinción exclusiva de las reglas sociales.

Warnock pensando en las reglas del juego, distinguió lo que son propiamente las reglas de juego, de las estrategias del juego. Ambas son acompañadas de regularidades y de creencias. Recordemos que estos dos componentes son los elementos centrales que para Hart definen a una regla. La Teoría Práctica de las Reglas entiende entonces que el concepto de regla se agota en estos dos componentes: la regularidad y la creencia. Sin embargo, la práctica y la crítica (creencia) no ofrecen una distinción entre reglas y estrategias. Para Warnock la diferencia está en una cuestión de pertenencia y no una cuestión de naturaleza. El hecho de que las estrategias no sean seguidas significa que no son reglas que pertenezcan al juego, pero no significa que no sean reglas.

Warnock además señala que así como no hay necesidad de crear una regla cuando pensamos que las personas normalmente se comportarán de determinada manera, como la regla lo prescribiría, tampoco hay razón para creer que existe una regla cuando las personas se comportan de determinado modo, pensando que hay una razón para ello. En este último caso la suposición de una regla implícita no aportaría nada. Basta con señalar la acción recurrente y la existencia de la crítica.

En definitiva, de todas las regularidades y razones añadidas que pueden satisfacer el test hartiano, no todas son reglas. No todas las razones que existen pertenecen a la práctica en cuestión. Si se alegara que sólo son reglas aquellas razones que pertenecen a la práctica, se estaría asumiendo lo que se pretende probar. Si se sostiene que todas estas razones son reglas, entonces se estarían eliminando la distinción entre reglas y razones generalmente aceptadas. Por su parte las razones generalmente aceptadas pueden existir y normalmente existen con independencia de la práctica.

El problema se presenta porque las reglas se comportan de forma diferente a las meras razones y la teoría de Hart no ofrece una explicación para eso. Para Raz y Warnock la diferencia está en que la existencia de una regla impide entrar en el mérito del caso en particular. Esto se advierte por la forma en que las reglas ingresan en el razonamiento práctico de a quienes están destinadas. Las reglas se caracterizan por ser reemplazantes de aquello que estaría presente si no existiese la regla. Las reglas reemplazan el balance de razones a favor y en contra, que están presentes en una determinada acción. La Teoría Práctica de las reglas no ofrece la explicación del carácter autoritativo del derecho, en cuanto no explica por qué las reglas ofrecen razones protegidas para la acción. Una regla es desde esta perspectiva una razón que excluye otras razones. La Teoría Práctica no explica la diferencia entre meras razones y razones protegidas, y por dicha razón no daría cuenta de la autoridad del derecho.

Otra línea de argumentación crítica a la Teoría Práctica de las Reglas es el *constraint hermenéutico.* Una de las características centrales que ofrece el análisis de Hart es considerar como un aspecto relevante de la explicación de los fenómenos sociales y específicamente del fenómeno jurídico la actitud de los sujetos involucrados, en cuanto al carácter autorreflexivo de sus discursos y conductas.

Sin embargo esta característica que Hart atribuye al Derecho en su Teoría se diluye bastante en la Teoría de las Reglas Soiciales como Práctica cuando por ejemplo, dicha teoría no permite dar cuenta de las razones que pueden tener los jueces para aplicar la Regla de Reconocimiento. Nada nos dice acerca de las actitudes y del discurso de los involucrados, no da cuenta del punto de vista de los sujetos involucrados. Si lo anterior es cierto la Teoría Práctica de las Reglas no satisface el *constraint hermenéutico*. Incumple esta exigencia metodológica que existe cuando se

trata de explicar hechos sociales, hechos que involucran a individuos que tienen una percepción especial de tales hechos.

"La misma TRSP[45] *se presenta como una teoría que da cuenta de las actitudes de los participantes. Más arriba señalé que, según la TRSP sin esa referencia no es posible explicar algunos rasgos centrales del fenómeno jurídico. En cuanto, sin incluir esta referencia no es posible distinguir entre los hábitos y reglas, y sin esta última distinción no es posible explicar rasgos como la persistencia y la continuidad del Derecho. Por otro lado, el mismo Hart, acepta e incluso defiende la imposición del constraint hermenéutico a la explicación de hechos sociales. Hart otorga amplia relevancia al punto de vista de los participantes en su explicación de la existencia de una regla social. Punto de vista que proviene de su lectura de las ideas de Winch y Weber sobre la metodología de las ciencias sociales. Asimismo, suele afirmarse que ha sido la teoría de Hart, tal como la elaborara en El Concepto del Derecho, la que ha introducido este tipo de preocupación en la discusión iusfilosófica"*[46].

No obstante, Hart trata de mantener el carácter descriptivo de la explicación de los hechos jurídicos. Hart considera que se puede presentar una explicación genuina de los hechos jurídicos, pero considera que no se puede mostrar que sean equivalentes a hechos y enunciados no jurídicos. La tesis del *constraint hermenéutico* sostiene que los hechos sociales tienen que ser explicados mediante la referencia al modo en que los mismos participantes los conciben. Es necesario para esta tesis hacer un trabajo de reconstrucción a partir del comportamiento de los participantes y especialmente de sus expresiones lingüísticas. Esto se debe a que no resulta posible escanear el cerebro de los jueces. Este método se topa con las clásicas dificultades para entender el comportamiento humano. Es posible que al levantamiento de un brazo, se puedan dar varias interpretaciones según el contexto en el que se produce, hay un margen abierto de interpretación.

Tanto Von Wright como Davidson (aunque en sentidos diversos), dos filósofos que han estudiado a la acción, han puesto énfasis en el carácter abierto de las atribuciones de actitudes y creencias a los sujetos. Para Davidson la atribución de una conducta y una actitud intencional a un sujeto esta sujeta a un número importante de cambios que depende de cuestiones futuras. La actitud que se le atribuya a un sujeto se inserta en su sistema total de creencias y actitudes y a su vez depende de éste. También Von Wright ha sostenido que la manera de poder determinar la actitud de una persona no sólo consiste en considerar por ejemplo, sus declaraciones sobre la intención de determinada acción sino que también es imprescindible tomar en cuenta su historia y sus acciones y actitudes posteriores a la acción en concreto. Por ende, para ambos autores, la atribución de actitudes a un sujeto es un proceso abierto.

Lo anterior llama la atención sobre la cuestión central de que la atribución de actitudes no es sólo una cuestión de comportamiento de los individuos, sino que tiene que apelar necesariamente a criterios de racionalidad. La Teoría Práctica de las Reglas de Hart no toma en cuenta estos criterios racionales y por ende no logra "volver racional" la actitud de los jueces[47].

6. *Conclusiones.*

1. La Teoría Práctica de las Reglas de Hart fue una tesis que pretendió ser la superación de la Paradoja de la Autoridad que la teoría de Austin no había resuelto.

[45] Con esta abreviación el autor se refiere a la Teoría de las Reglas Sociales como Prácticas.
[46] ARENA, Federico, cit., p 54.
[47] Idem, p 54.

2. Mediante esta tesis Hart presentó a las reglas sociales como prácticas sociales y de esta manera al identificar prácticas con reglas su tesis quedó sujeta a diversas críticas. Una de ellas bastante potente, es que habría incursionado en un error categorial al mancomunar hechos con reglas, dos categorías ontológicas bien diferenciadas.

3. Pero también su teoría presenta problemas para explicar la autoridad del Derecho y la motivación que tienen los jueces para seguir la Regla de Reconocimiento.