

Marisa Iglesias Vila  
Una crítica al positivismo hartiano:  
El problema del seguimiento de reglas

### 1. Introducción

Una de las conclusiones de Hart en el *Concepto de Derecho* y en escritos posteriores es que la discreción judicial, como posibilidad de elegir entre diferentes cursos de acción admisibles cuando no existe respuesta jurídica correcta, sólo se dará en algunos casos. Por esta razón, para Hart, la actividad discrecional es sólo un aspecto secundario de la adjudicación normativa. Esta conclusión tiene su fundamento en la tesis de que existen respuestas jurídicas correctas. En estos supuestos, el juez está sujeto a la obligación institucional de aplicar el derecho y no tiene ningún margen de discreción tal como esta noción ha sido entendida. Pero también es característico del pensamiento de Hart asumir que siempre habrá un contexto de indeterminación jurídica, dada la textura abierta del lenguaje, en el que el juez deberá acudir a actuaciones de carácter discrecional para poder cumplir con otra obligación institucional: el deber de resolver cualquier caso.

Esta posición de Hart es uno de los rasgos característicos de lo que aquí denominaré “positivismo hartiano”, enfoque que acogen aquellos autores que, como Raz, Marmor, Greenawalt, Schauer o Bix, han defendido y desarrollado una perspectiva del derecho que tiene como paradigma la teoría de Hart.

En este trabajo me ocuparé de analizar críticamente la justificación positivista del postulado de que la discreción judicial es un aspecto secundario de la adjudicación normativa. Aquí podrían discutirse dos problemas, el primero, la justificación del presupuesto de que hay respuestas jurídicas correctas en algunos casos, el segundo, la justificación de una tesis indeterminista aunque sólo sea parcial. Me centraré principalmente en la primera cuestión, tratando de mostrar algunas dificultades filosóficas que, en mi opinión, padece el modo en que el positivismo hartiano pretende dar cuenta de la existencia de un ámbito de determinación jurídica. Con este fin destacaré tres aspectos de esta teoría que, a mi juicio, dirigen a la conclusión anterior: la tesis de las fuentes sociales del derecho, la tesis del derecho-comunicación y la teoría semántica convencionalista.

Estas tesis podrían concretarse en las siguientes ideas. El derecho es el contenido de actos normativos derivados de alguna autoridad que es reconocida

como tal dentro de una comunidad. Las condiciones de validez jurídica o las fuentes del derecho están determinadas por reglas sociales y convenciones asentadas que identifican cuáles son los procedimientos para crear pautas vinculantes de conducta. Asimismo, el derecho es un fenómeno básicamente comunicacional, es decir, un mecanismo para guiar la conducta mediante el lenguaje. Pero el contexto de la comunicación jurídica no se reduce a una relación lingüística directa entre un emisor y receptor particulares. De modo habitual, esta comunicación se establece mediante reglas generales formuladas en textos normativos. Desde esta perspectiva, conocer el derecho es una tarea fundamentalmente semántica. Saber qué derechos y deberes tienen los ciudadanos consiste, por una parte, en conocer cuáles son las fuentes de producción normativa que han sido socialmente reconocidas como tales, esto es, identificar el significado convencionalmente asociado al término “derecho”, o a expresiones como “derecho español”. Por otra parte, consiste en conocer el significado de las inscripciones lingüísticas mediante las que se reconocen estos derechos y deberes.

Dilucidar cuándo el significado está determinado es indispensable para la plausibilidad de una tesis en torno a la determinación jurídica. Esta cuestión interesa a una teoría restrictiva de la discreción judicial como la del positivismo hartiano porque configura el criterio para establecer las restricciones que el propio lenguaje impone a la posibilidad de discreción. Por esta razón, se analizarán a continuación los rasgos más relevantes de la semántica hartiana.

## 2. La semántica hartiana

Es común en el positivismo hartiano rechazar como criterio semántico el que ofrecen tanto una teoría intencionalista como una teoría referencialista del significado. Su forma de distanciarse de una semántica intencionalista podría resumirse del siguiente modo. Cuál sea el significado de los textos normativos no depende de cada contexto de uso particular y, en consecuencia, no depende meramente de la intención comunicativa del emisor de un mensaje lingüístico. En términos de Hart, la posibilidad de leer en un texto normativo una intención determinada del órgano legislativo está supeditada a, o limitada por, el lenguaje que éste usó para formular su voluntad<sup>1</sup>. Raz, observa, en la misma línea, que la teoría intencionalista o pragmática sólo nos sirve para constatar que el derecho es el producto de determinados actos intencionales de la autoridad normativa. La autoridad efectúa un acto de habla que tiene la fuerza ilocucionaria de intentar

<sup>1</sup> Hart, H., *El concepto de Derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, (trad. G. Carrió), 1977, pp. 160-162. Schauer, F., *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and Life*, Clarendon Press, Oxford, 1991, pp. 53-62.

prescribir algo y, de hecho, prescribe algo; crea derecho a partir de expresar la intención de crearlo. Pero, para Raz, esa es toda la relación que cabe asumir entre la intención de la autoridad y el significado de las inscripciones lingüísticas que emite<sup>2</sup>. De ahí que tenga sentido afirmar que una vez el texto ha sido formulado se independiza de su autor. Por ello, la pregunta acerca del significado es relativa a qué significa una expresión y no a qué es lo que alguien quiere significar mediante una expresión<sup>3</sup>. El positivismo hartiano aboga por la tesis de la autonomía semántica del lenguaje jurídico respecto a los contextos particulares de uso, lo que para autores como Marmor o Schauer, por ejemplo, no implica que el significado sea completamente acontextual<sup>4</sup>. Para hacer inteligible la idea de literalidad de una expresión es necesario un trasfondo de prácticas sociales<sup>5</sup>. El significado de las palabras es una función de cómo éstas son usadas por la comunidad de hablantes de un lenguaje. Así, está determinado por reglas semánticas que dependen de un contexto social en el que un conjunto de hablantes asocian un significado único a algunos términos<sup>6</sup>.

La semántica hartiana también contrasta con teorías del significado como la que mantiene Michael Moore para el derecho. Este autor defiende que los términos jurídicos, incluyendo la palabra “derecho”, tienen un carácter indexical porque designan clases naturales de objetos<sup>7</sup>. El significado de estos términos queda constituido por su referencia, como dato que trasciende nuestras capacidades epistémicas. El positivismo hartiano pretende rechazar un realismo

<sup>2</sup> Raz, J., “Intention in Interpretation”, en George, R., (ed.) *The Autonomy of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1996, pp. 266-268; Idem, “Dworkin: A New Link in the Chain”, *California Law Review*, n. 74, 1986, pp. 1103-1119; Idem, “Interpretation without Retrieval”, en Marmor, A., *Law and Interpretation*, Clarendon Press, Oxford, 1995, pp. 161 y 162.

<sup>3</sup> Sobre la distinción entre “meaning of” y “meaning that” véase Marmor, A., *Interpretation and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1992, pp. 15 y 30. Véase también la distinción entre el significado oracional y el significado del emisor en Grice, H., “Las intenciones y el significado del hablante” en Valdés, L., (ed.) *La búsqueda del significado*, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 481-487.

<sup>4</sup> Marmor, A., *Interpretation and Legal Theory*, op. cit., pp. 22-30 y cap. VII; Schauer, F., *Playing by the Rules*, op. cit., p. 58.

<sup>5</sup> Véase, en este sentido, Searle, J., *Intencionalidad*, Tecnos, Madrid, 1992, (trad. E. Ujaldón), pp. 150-157.

<sup>6</sup> Raz, J., “Intention in Interpretation”, op. cit., pp. 267-268. Schauer, F., *Playing by the Rules*, op. cit., pp. 57-58. Marmor, A., *Interpretation and Legal Theory*, op. cit., pp. 24-28. Véase también Searle, J., *Actos de Habla*, op. cit., pp. 56-57.

<sup>7</sup> Moore, M., “A Natural Law Theory of Interpretation”, *Southern California Law Review*, n. 58, 1985, pp. 294-301. Los términos indexicales actúan como designadores rígidos, esto es, designan el mismo objeto en cualquier mundo posible. Véase Kripke, S., *Naming and Necessity*, Blackwell, Oxford, 1980, pp. 106-155; Putnam, H., “El significado de ‘significado’”, en *La búsqueda del significado*, op. cit., pp. 146-150 y 160-164.

semántico como el de Moore, negando el carácter indexical de los términos jurídicos. El derecho es un fenómeno social, un constructo humano y, por tanto, la existencia y el contenido del derecho no puede ser desvinculado de las prácticas lingüísticas y las concepciones compartidas. Como observa Hart, conceptos como el de contrato, corporación o propiedad no tienen una contraparte empírica con la que se corresponden. Más que describir un estado de cosas o entidad independiente de cualquier actividad humana describen una función, un modo social de asignar consecuencias a determinados actos<sup>8</sup>. Captar el significado de estos términos no es descubrir cómo está constituido el mundo sino dar cuenta de prácticas, reglas y convenciones sociales. Por esta razón, apunta Marmor, la teoría positivista mantiene una semántica antirrealista<sup>9</sup>. Aunque existen restricciones en cuanto al uso correcto de los términos, estas restricciones no trascienden aquello que un conjunto de hablantes afirmaría. De este modo, un positivista no podría asumir que toda una comunidad de hablantes competentes pueda estar equivocada respecto al significado de los términos que maneja.

Este alejamiento de teorías como la de Moore dirige al positivismo hartiano a sostener lo que Coleman y Leiter denominan un “objetivismo semántico mínimo”, a diferencia del objetivismo fuerte que caracteriza al realismo semántico. Un objetivismo mínimo sostendría que, aun cuando la corrección de una asignación de significado es independiente de las capacidades epistémicas de un intérprete particular, no es independiente de las capacidades epistémicas de un conjunto de hablantes de una comunidad. Para el objetivismo fuerte, en cambio, el significado nunca depende de lo que un hablante individual o una comunidad de hablantes quiere significar con este enunciado<sup>10</sup>.

Postular un objetivismo mínimo permite establecer un criterio de corrección en la asignación de significado y, en consecuencia, mantener la existencia de

<sup>8</sup> Hart, H., “Definition and Theory in Jurisprudence” en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1983, pp. 23 y 31-35. Como indica Searle, las funciones nunca son intrínsecas a los objetos sino que son asignadas por usuarios conscientes. Searle, *The Construction of Social Reality*, The Free Press, Nueva York, 1995, p. 14. Véase, en general, la teoría de los hechos institucionales de Searle y el desarrollo de MacCormick y Weinberger para el ámbito jurídico. Para estos autores, los hechos institucionales se diferencian de los hechos brutos en que su existencia e identidad no depende de cómo está configurado el mundo y de las relaciones causales entre sus elementos. Los hechos institucionales existen en función de una interpretación de eventos a la luz de prácticas humanas y reglas normativas. MacCormick, N., y Weinberger, O., *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*, Reidel, Dordrecht, 1986, pp. 49-55; Searle, J., *Actos de Habla*, op. cit., pp. 58-61.

<sup>9</sup> Marmor, A., op. cit., pp. 96 y 97.

<sup>10</sup> Coleman, J., y Leiter, B., “Determinacy, Objectivity, and Authority”, en *Law and Interpretation*, op. cit., pp. 252-253; Stavropoulos, N., *Objectivity in Law*, Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 76.

casos fáciles y respuestas correctas que limitan institucionalmente la posibilidad de discreción judicial. Pero lo que puede ser objeto de discusión es si el convencionalismo semántico del positivismo hartiano consigue justificar un objetivismo mínimo, que garantice la determinación del significado sin asumir un realismo semántico. Para ello no es suficiente considerar que el derecho es un fenómeno social. La pregunta no es si aquello a lo que hacemos referencia con el lenguaje jurídico es un producto causal de la interacción humana, sino si podemos separar estas instituciones sociales de las descripciones convencionalmente asociadas a estos objetos, es decir, si son independientes del conocimiento humano<sup>11</sup>. Para tratar este punto es conveniente analizar la idea de significado como uso, de clara raíz wittgensteiniana, que imbuje la obra de Hart y de aquellos autores que, como Marmor o Schauer, han defendido y desarrollado una semántica hartiana.

Como observa Bix, Hart sostiene una teoría del significado como uso que está a medio camino entre una teoría criteriológica y una paradigmática<sup>12</sup>. Hart insiste, por una parte, en que lo que determina la existencia de un uso compartido es el acuerdo general respecto a casos obvios o paradigmáticos de aplicación de los términos jurídicos. Pero, por otra parte, también pone énfasis en que compartir un uso lingüístico consiste en compartir criterios para la aplicación de los términos clasificatorios<sup>13</sup>. Estas dos tesis pueden ser vistas como complementarias si se entiende que la teoría de Hart mantiene que la existencia de casos paradigmáticos permite extraer, de forma inductiva, criterios generales de uso y, en consecuencia, establecer las condiciones mínimas necesarias aunque no suficientes (debido a la textura abierta del lenguaje) para el uso correcto de los términos jurídicos.

Pero la cuestión que cabe dilucidar es qué visión del significado como uso sostiene el positivismo hartiano. De lo indicado hasta el momento, sería intuitivo concluir que un agente acierta al asignar significado a una formulación normativa o, incluso, al término “derecho”, cuando hay un uso establecido del lenguaje en su comunidad y describe correctamente el contenido de las convenciones sociales que lo conforman. Si ésta es la conclusión a la que conduce la teoría de Hart, y creo que lo es, la determinación semántica depende de hechos, reducibles a comportamientos humanos y estados psicológicos, que se producen en un cierto espacio y tiempo. De este modo, un enunciado acerca del derecho sería traducible a un enunciado acerca de comportamientos lingüísticos. Así, indicar que, jurídicamente, se debe hacer x, es sinónimo de

<sup>11</sup>Véase Brink, “Semantics and Legal Interpretation (Further Thoughts)” *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, v. 2, n. 2, pp. 183-185; Coleman, J., y Leiter, B., “Determinacy, Objectivity, and Authority”, op. cit., p. 249.

<sup>12</sup>Bix, B., *Law, Language and Legal Determinacy*, Clarendon Press, Oxford, 1993, p. 9. Véase también la distinción de Bix entre casos paradigmáticos fuertes y absolutos en *Ibidem*, pp. 56-59.

<sup>13</sup>Hart, H., *El concepto de Derecho*, op. cit., pp. 158-161.

afirmar que una autoridad a la que se le reconoce socialmente capacidad normativa ha prescrito una conducta que significa  $x$ , según nuestras convenciones lingüísticas.

Es en este punto donde el positivismo hartiano puede encontrar una de sus principales dificultades filosóficas para justificar una tesis determinista, dificultad que reside en el problema del seguimiento de reglas.

### 3. El problema del seguimiento de reglas

Los comentarios de Wittgenstein en torno a la normatividad del significado originaron una fecunda discusión filosófica acerca de cuándo es plausible, si es que lo es, afirmar que se está usando correcta o incorrectamente una regla semántica. De esta discusión cabe extraer dos lecturas del problema del seguimiento de reglas en conexión con el de la determinación semántica<sup>14</sup>.

La primera es la versión escéptica, que toma la lectura de Kripke a los comentarios de Wittgenstein<sup>15</sup>. Su punto de partida reside en sostener que no hay nada en la regla ni en hechos como su uso pasado o las intenciones de los que la utilizaron con anterioridad que pueda determinar si un comportamiento actual está o no conforme con la regla<sup>16</sup>. Esta posición tiene su base en la idea de Wittgenstein de que cualquier acto puede constituir el seguimiento de un regla bajo una determinada interpretación<sup>17</sup>. Para mostrar este extremo Wittgenstein hace referencia a la continuación de una serie aritmética en función de la regla " $n+2$ ". Supongamos que alguien sigue una secuencia numérica como la siguiente: 1000, 1002, 1004, 1008 en aplicación de la regla nombrada como " $n+2$ ". Esta secuencia podría verse como el seguimiento incorrecto de la regla  $n+2$  pero también puede contemplarse como el seguimiento de una

<sup>14</sup> Hay una relación muy estrecha entre comprender el significado de un enunciado y seguir una regla jurídica o actuar conforma a ésta. Como las reglas se expresan mediante el lenguaje, en la medida en que esté determinado el significado de las expresiones jurídicas estará determinado qué comportamientos constituyen un supuesto de seguimiento de reglas y cuáles no. Por esta razón se utilizarán, en adelante, las expresiones "captar el significado correcto de un término" y "seguir una regla" como sinónimas. Sobre esta sinonimia para lo que aquí interesa véase, por ejemplo, Bix, B., *Law, Language, and Legal Determinacy*, op. cit., p. 43 y 47-49.

<sup>15</sup> Véase Kripke, S., *Wittgenstein on Rules and Private Language*, Basil Blackwell, Oxford, 1982. La interpretación escéptica del seguimiento de reglas en el ámbito jurídico puede encontrarse, por ejemplo, en Yablon, Ch., "Law and Metaphysics", *Yale Law Journal*, v. 96, 1987, pp. 629-636.

<sup>16</sup> Kripke, S., *Wittgenstein on Rules and Private Language*, op. cit., pp. 13-22 y 53-54.

<sup>17</sup> Véase Wittgenstein, L., *Investigaciones filosóficas*, Grijalbo, Barcelona, 1988, (trad. U. Moulines y A. García Suárez), secs. 186-188; Kripke, S., op. cit., pp. 7-13.

interpretación de la regla “n+2” que requiere sumar 4 a partir del número 1004<sup>18</sup>. Con este ejemplo sólo se quiere observar que siempre cabrá ofrecer una interpretación de la regla que muestre un caso como una instancia de la regla porque ésta no puede reclamar sus instancias de aplicación en cada oportunidad de uso. De esta reflexión Kripke concluye la tesis del “todo vale”, esto es, que no es posible el seguimiento de reglas ya que cualquier acto puede ser reconstruido conforme a una regla o en conflicto con ésta<sup>19</sup>. Por esta razón, considera que no cabe predicar *a priori* algo así como el uso correcto de un término o la actuación correcta conforme a una regla. La determinación del significado únicamente puede ser realizada *a posteriori* de la aplicación de las palabras. Así, sólo en la medida en que un acto de uso suscite el acuerdo general de la comunidad, cabrá afirmar que se hizo un uso correcto de los términos<sup>20</sup>. Esta corrección no está guiada por reglas que el agente pueda seguir cuando pretende utilizar el lenguaje. Para el escéptico, su acto no será más que un salto a ciegas sobre la base de su propia interpretación del contenido de la regla<sup>21</sup>. La visión kripkeana, en definitiva, no rechaza la existencia de casos fáciles respecto al significado de las palabras<sup>22</sup>. Su posición se centra en que el elemento que determina su facilidad o dificultad, o la corrección en la asignación de significado, no es la propia regla ni el lenguaje en la que se expresa sino, meramente, el grado de consenso general que recibe cada presunto acto de seguimiento de una regla, elemento que, para el escepticismo, depende de factores ideológicos y políticos. De ahí su slogan “el derecho es política”<sup>23</sup>.

Kripke advierte que éste no es un mero problema epistemológico. Esta posición no indica que no hay ninguna forma de conocer cuándo un agente ha seguido un regla y cuándo no, sino que cualquier hecho del pasado que tomemos como criterio de significado es compatible con cualquiera de las dos posibilidades y, en consecuencia, se concluye que nada puede establecer cuál es el significado de un término o expresión<sup>24</sup>.

Pero hay otra lectura no escéptica de la paradoja del seguimiento de reglas, representada, entre otros, por Hacker y Baker y adoptada por algunas versiones actuales del positivismo hartiano como la de Marmor, Schauer o Bix. Esta línea hace énfasis en que el problema expuesto por Wittgenstein no pretende dar apoyo a una tesis como la del “todo vale” ni negar la existencia de casos fáciles como algo previo a la aplicación de una regla y respecto a los que, por tanto,

<sup>18</sup> Wittgenstein, L., op. cit., secs. 185-201.

<sup>19</sup> Kripke, S., op. cit., p. 55; Wittgenstein, L., op. cit., sec. 201.

<sup>20</sup> Véase Kripke, S., op. cit., pp. 111 y 112, esp. nota 87; Yablon, Ch., “Law and Metaphysics”, op. cit., pp. 632-636.

<sup>21</sup> Kripke, op. cit., p. 55.

<sup>22</sup> Sobre este punto véase Bix, B., *Law, Language, and Legal Determinacy*, op. cit., p. 37.

<sup>23</sup> Yablon, Ch., “Law and Metaphysics”, op. cit., 632-636.

<sup>24</sup> Kripke, S., op. cit., p. 21.

esta regla está determinada<sup>25</sup>. Su finalidad es dar cuenta de que la interpretación, entendida como la sustitución de una formulación de la regla por otra, (o de un signo por otro) no puede ser el intermediario entre las reglas y sus instancias de uso. Conocer una regla no puede consistir en ofrecer una interpretación de su contenido porque siempre cabe dar una interpretación que muestre un comportamiento determinado como un acto acorde con la regla. Tampoco los hechos pueden determinar su contenido porque no pueden autoidentificarse.

El punto central de la posición no escéptica reside en otro comentario de Wittgenstein: que hay una forma de captar una regla que no es una interpretación sino que se muestra en el acto de obedecerla en los casos actuales<sup>26</sup>. Este comentario sugiere que no hay ningún intermediario entre la propia regla y su uso que fije su significado<sup>27</sup>. El núcleo del significado debe encontrarse en la conexión interna entre la regla y los actos, conexión que se hace efectiva en la práctica de usar esa regla como estándar de corrección, esto es, en la práctica de seguirla y, también, en las explicaciones y justificaciones que damos respecto a estos actos relativos a la regla<sup>28</sup>.

Esta tesis ha sido adoptada para apoyar dos postulados centrales del positivismo hartiano en pugna con la teoría de la indeterminación radical. Por una parte, la idea de que existen casos fáciles en la aplicación de los términos clasificatorios y que, por ello, las reglas están parcialmente determinadas. Por otra parte, la distinción entre comprensión e interpretación de un texto jurídico. Conocer el significado de un término o expresión consiste en su comprensión, i.e. en la capacidad de usar el lenguaje de forma correcta o, lo que es lo mismo, en la capacidad de especificar sus condiciones de uso. Desde esta perspectiva, esto es todo lo que se necesita para captar el significado<sup>29</sup>. La interpretación, en cambio, es necesaria cuando el supuesto al que pretendemos aplicar un término o expresión no está cubierto ni excluido por su significado literal, cuando no

<sup>25</sup> Véase Baker, G., y Hacker, P., *Wittgenstein. Rules, Grammar and Necessity*, Blackwell, Oxford, 1994, pp. 82-262; Marmor, A., *Interpretation and Legal Theory*, op. cit., pp. 146-154; Bix, B., *Law, Language, and Legal Determinacy*, op. cit., cap. II; Schauer, F., "Rules and the Rule-Following Argument", en *Wittgenstein and Legal Theory*, op. cit., pp. 225-230; Greenawalt, K., *Law and Objectivity*, Oxford University Press, Oxford, 1992, pp. 68-89.

<sup>26</sup> Wittgenstein, L., op. cit., sec. 201. En el mismo sentido véase Dummett, M., *Truth and Other Enigmas*, op. cit., p. 224-225.

<sup>27</sup> Baker, G., y Hacker, P., *Wittgenstein. Rules, Grammar and Necessity*, op. cit., pp. 98-105.

<sup>28</sup> Baker, G., y Hacker, P., ídem, p. 102 y 171-172.

<sup>29</sup> La crítica al escepticismo reside, en última instancia, en que es la búsqueda de intermediarios entre la regla y sus instancias de uso lo que conduce a la tesis del "todo vale". A la conclusión escéptica se llega, precisamente, si se toma a la interpretación como este intermediario. Véase Marmor, A., *Interpretation and Legal Theory*, op. cit., p. 149; Bix, B., *Law, Language, and Legal Theory*, op. cit., p. 39 y 74.

somos capaces de especificar sus condiciones de uso en este caso<sup>30</sup>. En estos supuestos es necesario sustituir la formulación lingüística de la regla por otra formulación que elimine esa indeterminación.

Como se ha indicado, estas dos tesis del positivismo hartiano toman como fundamento la idea de que no hay ningún intermediario entre la regla y sus instancias de aplicación que determine su significado. En primer lugar, se pretende aceptar que ningún hecho del pasado es determinante porque puede ser reconstruido de múltiples formas<sup>31</sup>. Tampoco la interpretación es un intermediario válido. Lo único que fija el contenido de la regla es la regla misma, o quizá mejor, la relación interna entre la regla y sus actos de aplicación<sup>32</sup>.

La insistencia de las versiones actuales del positivismo hartiano en esta interpretación no escéptica de Wittgenstein choca, a mi entender, con su también insistente referencia al consenso social como criterio normativo de significado. Si el positivismo hartiano pretende distanciarse del Wittgenstein kripkeano debe tener una idea divergente de la relación entre consenso y significado que las expuestas en la primera lectura del seguimiento de reglas. Esta relación no puede consistir en que el consenso fija *a priori* cuando una asignación de significado es correcta. Ello supondría caer en el problema que el escepticismo trata de resaltar: que tomar como criterio semántico un hecho del pasado no determina el contenido de los textos jurídicos porque cabe ofrecer múltiples reconstrucciones de este hecho. Esta relación tampoco puede consistir en que el consenso determina *a posteriori* de los actos de aplicación si se ha usado correctamente una palabra, frase u oración. Esta conclusión conllevaría aceptar la visión kripkeana de Wittgenstein y, con ello, que el derecho está indeterminado. La cuestión es si el positivismo hartiano establece una relación distinta de las anteriores entre el consenso y el significado.

El intento de mostrar que, efectivamente, hay otra forma de dar cuenta de esta relación, puede encontrarse en Marmor, Schauer y Bix, entre otros. Ya se observó que su punto de partida, siguiendo la segunda lectura del seguimiento de reglas, es que la determinación semántica debe buscarse en la relación interna entre la regla y los actos. Es la regla la que determina su uso aunque no como entidad metafísica. Lo que importa es la relación gramatical (interna al juego del lenguaje de seguir pautas de conducta) entre la regla y sus instancias de aplicación<sup>33</sup>. Pero este punto de partida parece ser, a su vez, su punto de llegada.

<sup>30</sup> Véase Marmor A., *Interpretation and Legal Theory*, op. cit., pp. 21-24. También Dummett, M., “‘A Nice Derangement of Epitaphs’: Some Comments on Davidson and Hacking”, en LePore, E., (ed), *Truth and Interpretation*, Blackwell, Oxford, 1993, pp. 464-472.

<sup>31</sup> Véase Bix, B., *Law, Language, and Legal Determinacy*, op. cit., pp. 38-41.

<sup>32</sup> Marmor, A., *Interpretation and Legal Theory*, op. cit., pp. 148-152.

<sup>33</sup> Bix, B., *Law, Language, and Legal Determinacy*, op. cit. p. 41; Marmor, A., *Interpretation and Legal Theory*, op. cit., p. 153; Baker, G., y Hacker, P.,

La única aclaración que estos autores ofrecen de cómo esta relación interna determina el significado, consiste en adoptar la idea que Hacker y Baker extraen de Wittgenstein. Según estos autores, el acuerdo en las definiciones y en los juicios, como reflejo de una forma de vida, nos permite seguir reglas, son la condición de posibilidad de la existencia de reglas<sup>34</sup>. Ahora bien, este acuerdo no es lo que nos permite juzgar cuándo un acto es conforme con la regla. Para realizar este juicio tenemos que acudir al acto de uso, a los criterios que se han usado o a cómo se ha utilizado en esta ocasión de aplicación el concepto de corrección<sup>35</sup>.

Esta conclusión puede recibir dos interpretaciones diferentes. Por una parte, puede dar a entender que acudir al acto de uso no es más que confrontar cada acto particular con los comportamientos lingüísticos compartidos dentro de una comunidad como reflejo de un acuerdo más básico en la forma de vida. Bajo esta interpretación se acaba asumiendo alguno de los dos modos de entender la relación entre consenso y significado que se han expuesto. Por otra parte, podría entenderse que acudir al uso como criterio de significado implica que la pregunta acerca de si un acto supone el seguimiento de una regla sólo puede ser contestada en función de las circunstancias que rodean el acto particular y de la perspectiva individual del que actúa. Bajo esta lectura, conocer el significado o captar una regla consiste en ser capaz de formular esa regla y de aplicarla o seguirla en la práctica, esto es, dominar una técnica o tener criterios de uso<sup>36</sup>. Y sólo de forma indirecta, ello puede ser una muestra de que se comparte una práctica social, es decir, que se es partícipe de una forma de vida determinada<sup>37</sup>. Según esta visión, un agente puede comprender una regla porque participa en una práctica social y ha internalizado una técnica compartida (ello sería la situación estándar), pero también puede comprender una regla, internalizar una técnica, sin que exista un consenso general o sin que exista ninguna práctica social al respecto.

Hacker y Baker advierten sobre la ambigüedad que se ha resaltado respecto a la tesis de que para poder afirmar que alguien está siguiendo una regla debe acudirse al acto de uso. Para ambos, esta ambigüedad es debida, fundamentalmente, a una tendencia filosófica general a interpretar de forma

*Wittgenstein. Rules, Grammar and Necessity*, op. cit., pp. 259-262.

<sup>34</sup> Sobre la distinción entre el acuerdo en los juicios y el acuerdo en las definiciones véase Baker, G., y Hacker, P., op. cit., pp. 258-262. También Hurley, S., *Natural Reasons*, Oxford University Press, Oxford, 1989, pp. 30-33; Stavropoulos, N., *Objectivity in Law*, op. cit., pp. 125-128; Bix, B., *Law, Language, and Legal Determinacy*, op. cit., pp. 53-59.

<sup>35</sup> Baker, G., y Hacker, P., op. cit., pp. 170-174; Bix, B., op. cit., p. 41.

<sup>36</sup> Véase Baker, G. y Hacker, P., ídem, p. 259.

<sup>37</sup> Baker, G., y Hacker, P., op. cit., pp. 176-179. En el mismo sentido MacDowell, J., "Non-Cognitivism and Rule-Following", en *Holtzman, St., y Leich, Ch. (eds.) Wittgenstein: To Follow a Rule*, Routledge, Londres, 1981, p. 149.

incorrecta el énfasis wittgensteiniano en la dimensión social del lenguaje como actividad humana. De la idea de que la misma posibilidad de un lenguaje, entendido como medio de comunicación, reside en el acuerdo de los hablantes en las definiciones y en los juicios, se concluye que sólo la comparación entre un acto y el comportamiento general dentro de un grupo puede hacer inteligible la distinción entre creer que se sigue una regla y seguirla efectivamente. Por esta razón, se toma el acuerdo, la práctica compartida, como el elemento que permite dar un contenido determinado a la regla<sup>38</sup>. Hacker y Baker consideran errónea esta interpretación de Wittgenstein por varios motivos. En primer lugar, porque la noción de seguimiento de reglas es compatible con la posibilidad de que la comunidad en su conjunto esté, en ocasiones, equivocada al aplicar sus propias reglas. La regla establece un estándar de corrección tanto para las respuestas que puede dar un grupo como para las respuestas que puede dar un individuo<sup>39</sup>. En segundo lugar, la posición de Wittgenstein no conlleva la presuposición de que un Robinson Crusoe aislado deje de estar en condiciones de seguir una regla. Lo único que necesita para ello es tener una práctica de seguimiento, que no significa necesariamente estar inmerso en una práctica social sino poseer, como ya se ha comentado, un criterio de corrección<sup>40</sup>. McGinn observa, en el mismo sentido, que la posibilidad de seguimiento de reglas exige más de una ocasión de aplicación, esto es, un uso regular. Pero la idea wittgensteiniana de práctica o de costumbre parte de la multiplicidad de actos de seguimiento y no de la multiplicidad de usuarios<sup>41</sup>. Según este autor, las razones para apoyar un juicio descriptivo terminan en algún momento y ya no cabe acudir a una fundamentación racional posterior como puede ser el test de conformidad con la comunidad. McGinn insiste en que Wittgenstein trató de justificar por qué la normatividad del significado no requiere más razones que las que puede aportar el agente que actúa. Por esta razón, para que una asignación de significado sea correcta no es necesario el acuerdo interpersonal<sup>42</sup>. Que el acuerdo sea una precondition para la existencia de nuestros juegos del lenguaje compartidos no supone que éste esté incluido dentro de las reglas de actuación de este juego. El criterio de corrección es interno a la propia práctica de seguimiento y es en este

<sup>38</sup> Véase Baker, G., y Hacker, P., op. cit., pp. 170-171, 233, y 243-251. La interpretación convencionalista del problema del seguimiento de reglas puede encontrarse, por ejemplo, en Wright, C., "Rule-Following, Objectivity and the Theory of Meaning", en *Wittgenstein: To Follow a Rule*, op. cit., pp. 99-117.

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 172.

<sup>40</sup> *Ibidem*, pp. 173-179 y 243-251. En el mismo sentido véase Pears, D., "Wittgenstein's Account of Rule-Following", *Synthese*, v. 87, n. 2, 1991, p. 280; McGinn, C., *Wittgenstein on Meaning*, Basil Blackwell, Oxford, 1984, pp. 77-84; Stavropoulos, N., *Objectivity in Law*, op. cit., p. 154 y 155.

<sup>41</sup> McGinn, C., *Wittgenstein on Meaning*, op. cit., pp. 78 y 89-91.

<sup>42</sup> McGinn, op. cit., p. 84.

aspecto interno donde se ubica la discusión en torno al significado<sup>43</sup>.

La lectura del seguimiento de reglas que es criticada por Hacker y Baker parece ser asumida implícitamente por el positivismo hartiano. Schauer, por ejemplo, defiende claramente una semántica convencionalista cuando sostiene que el significado de los términos es una función de cómo éstos son usados por una comunidad de hablantes, de las convenciones y los hábitos compartidos que gobiernan el uso de las palabras<sup>44</sup>. Bix, por otra parte, aunque tiene una posición más ambivalente, conecta el problema de cómo garantizar que una regla se sigue de forma correcta, con los acuerdos en la forma de vida<sup>45</sup>. Pero si estos acuerdos más básicos acaban siendo lo que justifica la determinación semántica, no resuelven la paradoja del seguimiento de reglas. Del mismo modo, Marmor observa que es la dimensión social y convencional del lenguaje aquello que permite afirmar que los usos lingüísticos están guiados por reglas<sup>46</sup>. Pero quizá la muestra más clara de esta incompatibilidad con la visión de Hacker y Baker puede encontrarse en el propio Hart. Este autor afirma que “los casos claros son aquellos en los que hay un acuerdo general respecto a su inclusión dentro del alcance de la regla”<sup>47</sup>. Asimismo indica que:

Las palabras generales no nos servirían como medio de comunicación si no existieran esos casos familiares generalmente no discutidos. Pero las variantes de lo familiar reclaman también ser clasificadas bajo los términos generales (...). Aquí se precipita algo así como una crisis en la comunicación: hay razones tanto a favor como en contra de que usemos un término general, y no existe convención firme o acuerdo general que dicte su uso o su rechazo a la persona ocupada en clasificar<sup>48</sup>.

En definitiva, el positivismo hartiano parece alejarse de la pretensión de que el criterio de determinación semántica debe buscarse en la relación interna entre la regla y los actos de uso. El consenso social acaba siendo un intermediario justificatorio. Por ello, el positivismo no admitiría, a diferencia de la posición de Hacker y Baker, que toda una comunidad puede estar puntualmente equivocada respecto a la aplicación correcta de sus propias reglas. Ello es así, porque esta posibilidad sólo puede surgir si realmente se desvincula el acuerdo social del

<sup>43</sup> Baker, G., y Hacker, P., op. cit., pp. 171-179, 234 y 248; McGinn, op. cit., pp. 192-200.

<sup>44</sup> Schauer, F., *Playing By the Rules*, op. cit., pp. 56, nota 5, 58 y 59. También Bix, B., *Law, Language and Legal Determinacy*, op. cit., pp. 65 y 71.

<sup>45</sup> Bix, op. cit., pp. 62 y 179.

<sup>46</sup> Marmor, A., *Interpretation and Legal theory*, op. cit., p. 19.

<sup>47</sup> Hart, H., “Problems of the Philosophy of Law”, en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, op. cit., p. 106. En el mismo sentido, Hart, H., *El concepto de Derecho*, op. cit., p. 158.

<sup>48</sup> Hart, H., *El concepto de Derecho*, op. cit., p. 158.

seguimiento de reglas o, en otras palabras, si cabe mantener la existencia de casos fáciles de aplicación a pesar de no existir acuerdo en cuanto al uso. En este contexto, asumir que la comunidad puede equivocarse significa que un juicio acerca de la regla puede tener sentido y estar justificado a pesar de no ser compartido. El positivismo tampoco admitiría, por último, que tiene sentido hablar de seguimiento de reglas sin que exista una comunidad de hablantes que puedan desarrollar una práctica social.

De este modo, la semántica hartiana parece obviar que la existencia de un consenso social y de una forma de vida compartida, aun cuando permite explicar por qué seguimos las mismas reglas, no permite distinguir entre el seguimiento de una regla de la mera apariencia de tal seguimiento.

Podría indicarse, como observa Bayón, que la deficiencia que puede encontrarse en las versiones actuales del positivismo, especialmente en la posición de Marmor, es que a pesar de insistir en la relación interna entre las reglas y los actos de uso, no se distancian del problema que genera conectar el significado con el consenso porque no dan ninguna respuesta a la cuestión de cómo se relaciona la regla con la instancia de uso<sup>49</sup>. Esta es la respuesta que se debe ofrecer si se pretende superar el desafío escéptico. Si no se enfrenta esta cuestión la teoría de los casos fáciles queda vacía de contenido porque no permite garantizar que las reglas están parcialmente determinadas.

Superar el desafío del escepticismo en el seguimiento de reglas requiere dar una lectura a la idea de significado como uso que no presuponga intermediarios entre las reglas y sus instancias de aplicación. Por esta razón, requiere rechazar el convencionalismo semántico. Pero, ¿es compatible con el positivismo hartiano abandonar el convencionalismo para responder al escepticismo?

Algunas reflexiones más sobre la noción de relación interna pueden ayudar a responder a esta pregunta.

La tesis de la relación interna como modo de dar cuenta del seguimiento de reglas tiene varios aspectos. En primer lugar, indicar que se actúa conforme a una regla supone que no se actúa arbitrariamente sino por alguna razón: la presencia de esta regla. La mera existencia de regularidades de conducta no es un dato indicativo de que se está siguiendo una pauta normativa. Un ejemplo extraído de Putnam puede ser de utilidad para apreciar este extremo. Supongamos que vemos una hormiga arrastrándose por la arena y dejando un rastro visible. Si este rastro coincide por casualidad con una caricatura de Winston Churchill, no diremos que la hormiga ha dibujado un retrato de Churchill<sup>50</sup>. El parecido con este político no es una razón para atribuir a la hormiga la realización de esta obra. Para ello requerimos la intención, la

<sup>49</sup> Véase Bayón, J.C., "Proposiciones normativas e indeterminación del derecho" (manuscrito no publicado), pp. 16 y 17.

<sup>50</sup> Putnam, H., *Razón, verdad e historia*, Tecnos, Madrid, 1988, (trad. J.M. Esteban), pp. 15-16.

conciencia de lo que se está haciendo y el conocimiento de cómo hacerlo, capacidades de las que, supuestamente, carece una hormiga. En este sentido, no habrá seguimiento sin estándares de conducta pero, tampoco, sin la conciencia de que se está actuando sobre la base de reglas. De ahí que la relación interna deba conectarse con otro elemento: la existencia de una práctica de seguimiento. Estar inmerso en una práctica de uso es ser participante de un determinado juego del lenguaje, donde ser participante es dominar una técnica. En términos de Hacker y Baker, dominar una técnica consiste en poseer una habilidad determinada. Ésta se concreta en la capacidad de reconocer qué actos suponen un seguimiento correcto de la regla y cuáles no. Por esta razón, no se puede dominar una técnica de seguimiento sin haber captado la regla, el criterio de corrección.

Pero la noción de relación interna debe permitir distinguir entre la creencia de que se sigue una regla y su efectivo seguimiento. De ahí que sea necesario tener en cuenta otro elemento: la objetividad. Esta tesis sólo tiene sentido si cabe mostrar que hay una forma de predeterminar aquello que cuenta como una aplicación correcta de la regla sin presuponer intermediarios externos al proceso de conocer y aplicar estándares de conducta.

En este punto, es importante insistir en que la pregunta relativa al criterio de corrección es interna a una práctica y es, precisamente, la existencia de esta práctica de uso lo que incorpora la normatividad en la aplicación de conceptos. Por esta razón, observa Ebbs, los aspectos no discutidos de nuestro uso ordinario del lenguaje sólo pueden ser descritos desde nuestra perspectiva como participantes de un lenguaje común<sup>51</sup>. Participar en una práctica de seguimiento implica, primero, la creencia de que hay un estándar a partir del cuál se evalúa el comportamiento propio o ajeno y, segundo, que hay formas más correctas que otras de indicar qué comportamientos son acordes con este estándar. La práctica consiste en actuar de forma reglada y discutir cuáles son los actos correctos según la regla como algo distinguible de las opiniones de cada uno de los participantes<sup>52</sup>. En este sentido, es la regla la que actúa como límite de los juicios. Por ello, aunque participar requiera una previa comprensión de la regla, también requiere asumir la posibilidad de haberla seguido incorrectamente.

Pongamos un ejemplo: una práctica como la de bailar un tango<sup>53</sup>.

<sup>51</sup> Ebbs, G., *Rule-Following and Realism*, Harvard University Press, Cambridge, 1997, p. 65.

<sup>52</sup> Desde esta perspectiva, el contenido de la práctica no depende de qué es lo que piensan sus participantes sino de qué es lo que hacen. Véase a este respecto la noción de participante en la teoría interpretativa de Dworkin. Dworkin, R., *Law's Empire*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, 1986, pp. 6-15 y 413; Véase también la visión dialéctica del significado de Burge en Ebbs, G., op. cit., pp. 234-247.

<sup>53</sup> Véase el ejemplo de Hare en este mismo sentido en Ebbs, G., *Rule-Following and Realism*, op. cit., pp. 247-250.

Imaginemos que un grupo de individuos está ejecutando este baile y son capaces de reconocer que es eso lo que están haciendo. Es posible que en algún paso sus movimientos difieran y, entonces, puede surgir un debate entre ellos acerca de cuál de los diferentes pasos en conflicto es acorde con las reglas de cómo bailar un tango. Estos individuos discutirán con sentido porque tienen la habilidad para realizar este baile, esto es, tienen un conocimiento independiente de cómo se ejecuta un tango. Su controversia no será relativa a cuáles son sus opiniones o sus gustos sino a qué es lo que exigen las reglas de este baile. La regla, entonces, es el criterio objetivo de corrección, en un marco en el que se evalúa el acierto o desacierto de determinados actos. Pero este criterio de corrección es interno a la práctica del tango. Si un observador no tiene esta habilidad (no es participante), no tendrá una perspectiva propia e independiente de cómo se baila un tango. Su conocimiento se reducirá a aquello que percibe que el grupo está haciendo. Su idea de qué es bailar un tango estará en función de lo que observa y, por tanto, no podrá evaluar el paso conflictivo como un movimiento conforme o disconforme con la reglas del tango. Para valorar este paso requiere un conocimiento o una perspectiva independiente de cómo se ejecuta este baile, conocimiento que sí poseen los participantes.

Esta perspectiva no escéptica del seguimiento de reglas permite concluir que los participantes hablan de, y discuten sobre, la misma pauta normativa siempre y cuando puedan reconocer los juicios de sus interlocutores cómo juicios acerca de qué es lo que exige la regla. Que ello sea posible sólo puede explicarse en términos de una forma de vida compartida. Predicar el error de un participante conlleva afirmar que su argumento de por qué un caso particular es o no acorde con la regla, no es un buen argumento, que ésta prescribe otro curso de acción. Esta discusión es relativa a cuál es el mejor modo de caracterizar la regla cuya comprensión se comparte. Por ello, predicar el error es posicionarse en torno a qué actos son acordes con este estándar.

Si trasladamos esta cuestión a la práctica jurídica, observar que un juez ha identificado incorrectamente el contenido del derecho no es afirmar que ha captado mal cuáles son los comportamientos lingüísticos de su comunidad, sino sostener que ha llegado a una conclusión errónea de cuáles son las exigencias jurídicas para el caso que se discute. Emitir este último juicio supone tener una posición respecto a qué es lo que prescribe el derecho en este punto<sup>54</sup>.

Si el positivismo hartiano pretendiera adoptar esta perspectiva cómo forma de superar el escepticismo, creo que debería renunciar al postulado de la fuentes sociales como tesis semántica. Esta tesis se presenta cómo un límite a nuestros juicios acerca del derecho. Como observa Raz, este límite conecta la existencia y el contenido del derecho con hechos de conducta humana susceptibles de ser

<sup>54</sup> Véase Dworkin, R., *Law's Empire*, op. cit., pp. 54-65; Idem, *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge, 1985, pp. 158-160.

descritos en términos valorativamente neutros<sup>55</sup>. Estos hechos, indica este autor, son el fundamento de verdad de los enunciados jurídicos. Pero asumir esta restricción supone caer en el desafío escéptico de que cualquier hecho puede ser descrito de múltiples formas. La alternativa es leer la tesis de las fuentes como el postulado mínimo de que el derecho es el producto de actos normativos de autoridades reconocidas socialmente. Pero este postulado no ofrece una respuesta a cuándo un juicio relativo a qué es lo que se debe hacer en términos jurídicos es correcto y, por tanto, no resuelve el problema de cuándo es necesaria la discreción judicial en la tarea de adjudicación. La cuestión en torno al significado de las inscripciones lingüísticas emitidas por la autoridad normativa es interna a la práctica. Y si ni las intenciones del legislador ni las convenciones semánticas pueden determinar el significado, parece que la idea de las fuentes sociales pierde todo su contenido o toda su fuerza.

Desde una visión no escéptica del seguimiento de reglas, responder a la cuestión de cuándo un juicio acerca del derecho es correcto, requiere adoptar una posición participativa de qué cuenta cómo un buen o mal argumento dentro de la práctica jurídica. Y ello no es sinónimo de afirmar cuál sería un buen o mal argumento para la mayoría de hablantes competentes de la comunidad. La discusión se transforma en una discusión acerca de qué exige la práctica en la que se participa. En este sentido, el positivismo hartiano tendría que aportar razones de por qué la práctica jurídica requiere conectar el consenso con la determinación del derecho, y su ausencia con la indeterminación, esto es, por qué se caracteriza mejor nuestro juego del lenguaje mostrando que debe garantizarse el acuerdo. Pero estas razones ya no podrían residir en el consenso porque ello nos llevaría a un regreso al infinito<sup>56</sup>. Se requeriría algún criterio no convencional para identificar el contenido de las convenciones sociales. En definitiva, deberían ser argumentos sustantivos de por qué una correcta comprensión del fenómeno jurídico dirige a esta conclusión, y ésta es una posición participativa, susceptible de controversia en función de su adecuación a la finalidad de la práctica como ejercicio colectivo<sup>57</sup>.

<sup>55</sup> Raz, J., *La autoridad del Derecho*, UNAM, México, 1982, (trad. R. Tamayo), pp. 55-95. Véase también la concepción hartiana de la regla de reconocimiento como práctica social en la que se aceptan determinados criterios de validez jurídica que permiten identificar el derecho. Hart, H., *El Concepto de Derecho*, op. cit., pp. 137-146.

<sup>56</sup> Véase, en este sentido, Stavropoulos, N., *Objectivity in Law*, op. cit., p. 163.

<sup>57</sup> Véase Dworkin, R., *Law's Empire*, op. cit., pp. 62-65, 90 y 412-413; Idem, *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge, 1985, pp. 158-160.