



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
PROGRAMA DE POSGRADO EN DERECHO FACULTAD DE DERECHO

TEORÍA JURÍDICA Y METAÉTICA:
EL CASO DE H.L.A. HART

T E S I S

QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE MAESTRO EN DERECHO
P R E S E N T A

LIC. JESÚS HIRAM CAMARILLO SILERIO

TUTOR: DR. JUAN VEGA GÓMEZ
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

CIUDAD UNIVERSITARIA, CIUDAD DE MÉXICO,
DICIEMBRE, 2020



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

AGRADECIMIENTOS

A mi mamá por el apoyo y la motivación incondicional.

A mi papá por ser la primera persona que me influyó en el estudio del derecho.

A novia Iliana por ser mi compañera de intercambio de emociones e ideas.

Al Doctor Juan Vega Gómez por su constante guía en el desarrollo de la tesis.

A los/las profesores/as de la maestría, especialmente a los/las teóricos/as y filósofos/as del derecho.

A las doctoras Carla Huerta Ochoa y Abril Uscanga Barradas, y a los doctores Francisco Ibarra Palafox y Rolando Tamayo y Salmorán, por sus comentarios que ayudaron a mejorar la tesis y por su disposición para participar como sinodales.

Al Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología por el apoyo económico recibido a través del programa de becas.

A la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho por darme la oportunidad de continuar con mi formación académica.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	3
CAPÍTULO I. METAÉTICA Y TEORÍA JURÍDICA.....	6
1. Apertura.....	7
2. ¿Qué es la metaética?	7
3. Principales corrientes de la metaética	12
4. La crítica a la posibilidad de la reflexión metaética	20
5. La teoría jurídica positivista: ¿aséptica o no-cognitivista en metaética?	23
6. Hart y su alejamiento de un compromiso metaético.....	29
CAPÍTULO II. LA NORMATIVIDAD HARTIANA Y LA METAÉTICA	35
1. Apertura.....	36
2. ¿Qué es la normatividad?	36
3. La lectura cognitivista de la normatividad del derecho	40
5. El modelo de normatividad de Hart.....	45
6. Críticas al modelo de la normatividad hartiano	50
CAPÍTULO III. LOS PROBLEMAS METAÉTICOS DEL POSITIVISMO INCLUYENTE	58
1. Apertura	59
2. El debate Hart- Dworkin	60
3. ¿Qué significa “moral”?	66
4. La evasión del problema.....	69
5. El intento de responder al problema de la objetividad de la moral mediante el realismo moral.....	72
6. El intento de responder al problema de la objetividad de la moral sin realismo moral.....	74
7. El positivismo excluyente y la metaética.....	82
8. La encrucijada de las versiones incluyentes	83
CAPÍTULO IV. EL CONTENIDO MÍNIMO DEL DERECHO NATURAL Y SUS POSIBLES IMPLICACIONES METAÉTICAS.....	85
1. Apertura.....	86
2. El contenido mínimo de derecho natural.....	86
3. Las influencias en la teoría del contenido mínimo del derecho natural	92

4. Las lecturas del contenido mínimo del derecho natural	95
5. Realismos morales	98
6. ¿El contenido mínimo del derecho natural como afirmaciones del realismo moral?.....	100
CONCLUSIONES	104
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	107

INTRODUCCIÓN

La metaética y la teoría jurídica, desde las preguntas que se plantean, tienen similitudes. Por una parte, la metaética se refiere a preguntas de segundo orden sobre la ética, preguntas no sobre ética, sino más bien sobre el lenguaje de la ética, el conocimiento ético y los hechos morales. De manera análoga, la teoría jurídica se ocupa de ciertas preguntas de segundo orden sobre el derecho. Así, ambas áreas de investigación filosófica tienen como objeto de reflexión a sistemas de normas que guían la acción: la ética y el derecho.

Este trabajo tendrá como objetivo explorar los acercamientos entre la metaética y la teoría jurídica contemporánea, a través del pensamiento de H.L.A. Hart. Mi punto por argumentar es que existe una conexión estrecha entre ambas áreas de investigación, que hace ineludible que la teoría jurídica se apoye en la metaética para explorar algunos temas como los que se verán en los diversos capítulos.

Como he dicho, esta tesis se centra en un autor: H.L.A. Hart. Hart es la figura central de la teoría jurídica anglosajona, cuyas obras provocaron una sofisticación al positivismo jurídico. Dos de sus grandes debates, con Lon Fuller y Ronald Dworkin, giraron en torno a la separación o conexión necesaria entre el derecho y la moral. En ambos debates, Hart negó categóricamente la importancia de las preguntas metaéticas en su teoría jurídica. Asimismo, nunca se decantó explícitamente por una corriente metaética.

Así, esta investigación ahondará en revisar y complementar a la luz de la metaética algunos tópicos hartianos como: la normatividad del derecho, el *soft-positivism* y la teoría del contenido mínimo del derecho natural.

En el primer capítulo, parto con una exposición sobre los tres problemas centrales de la metaética: 1) el carácter semántico de los juicios

morales, 2) carácter ontológico de las propiedades morales y 3) el carácter objetivo de los juicios morales. Después argumento que existen desde el positivismo jurídico dos posturas sobre la necesidad o no de ampararse con posiciones no-cognitivistas: la tesis aséptica o la tesis de la relevancia. Más adelante rescato algunos pasajes de H.L.A. para rastrear su postura metaética, a pesar de que él sostuvo la “tesis de la asepsia” al reiterar en varias ocasiones que los problemas metaéticos carecían de relevancia en su proyecto de teoría jurídica.

En el segundo capítulo, argumento que el modelo de normatividad hartiana es incompleto al circunscribirse a explicar la normatividad desde el plano semántico, y no responder a la cuestión sobre cómo el contenido de los enunciados jurídicos semánticamente normativos se vuelve moralmente vinculantes. Sostengo que no se puede evadir que el derecho afecta a las personas de manera moralmente significativa, así que la explicación de la normatividad del derecho necesita ya sea de una metaética cognitivista o no-cognitivista. En el caso, de Hart si bien su modelo de la normatividad es semánticamente exitoso, debió complementarse con una explicación no-cognoscitivista que diera cuenta cómo el derecho se presenta como moralmente obligatorio. Como se verá en el capítulo, varias críticas al modelo de normatividad hartiano, parten de dicha exigencia.

El tercer capítulo tiene como objetivo desarrollar una serie de razones por las cuales el *soft-positivism* y demás versiones del positivismo jurídico incluyente están comprometidas con una visión metaética que defienda la objetividad de la moral. Para ello, se expone cómo a partir del debate Hart-Dworkin comenzaron a surgir las tesis incorporacionistas e incluyentes que postulan que la regla de reconocimiento puede incorporar criterios morales. Más adelante, se describen las posiciones de autores que señalan que no es una tarea de la teoría jurídica positivista responder a la pregunta sobre objetividad o no-objetividad de los criterios morales incorporados mediante la regla de reconocimiento. Posteriormente, argumento que las diversas

versiones del positivismo incluyente necesitan de una tesis metaética que afirme la objetividad de la moral; y para ello desarrollo dos corrientes metaéticas que defienden la objetividad de la moral: el realismo y el constructivismo morales. Ambas opciones, por diversas razones que daré, son insatisfactorias.

En el cuarto capítulo realizo una lectura de la teoría del contenido mínimo del derecho natural desde el realismo moral. Para ello, realizo un resumen del planteamiento hartiano sobre cómo los sistemas jurídicos tienen que contar un mínimo de contenido moral para que puedan ser considerados correctos, debido a ciertas verdades en la naturaleza humana. Luego, expongo las características y vertientes del realismo moral, para terminar sosteniendo que el contenido mínimo del derecho moral puede ser leído desde el realismo naturalista de corte reductivista.

Con los capítulos planteados, solo basta decir que el vínculo entre la metaética y la teoría jurídica me aparece tan interesante como inevitable. En las reflexiones sobre las conexiones entre derecho y moral o sobre la normatividad del derecho, la metaética es útil para la teoría jurídica.

**CAPÍTULO I. METAÉTICA Y TEORÍA
JURÍDICA**

1. Apertura

La relación entre el positivismo jurídico y metaética hasta ahora no ha sido definida totalmente. Existen dos posturas en torno a dicha relación. Por una parte, está la postura de autores como Eugenio Bulygin o von Wright que consideran que la tesis *no-cognitivist* en metaética -según la cual no hay hechos morales y por tanto no se pueden calificar de verdaderos los enunciados morales-, forma parte del concepto de 'positivismo jurídico'. Por otro lado, encontramos la postura de filósofos que se adhieren al positivismo, pero que al momento de desarrollar su postura metaética asienten a la posibilidad de un cognitivismo ético. Por tanto, llegan a la conclusión de que no hay una relación necesaria entre el positivismo jurídico y alguna posición metaética.

El caso central que nos ocupa en esa investigación es el del filósofo británico H.L.A. Hart. Es interesante el caso de Hart puesto en torno a su colocación en alguna de las dos posturas mencionadas. En primer lugar, Hart no consideraba que la postura metaética tuviera relación con el positivismo jurídico. Negaba la relación puesto que consideraba que de la adopción de una teoría metaética no se seguía nada en torno al problema de la conexión conceptual entre derecho y moral. En segundo lugar, nunca se decantó explícitamente por una postura metaética.

En este capítulo se explorará qué es la metaética; cuál es la relación que el positivismo jurídico ha mantenido con la metaética; y cuáles es la postura metaética que Hart dejó entrever en sus textos.

2. ¿Qué es la metaética?

Nosotros tenemos el *conocimiento* de que está mal que una persona le prenda fuego a otra. Es *verdad* que los movimientos por los derechos de los indígenas son correctos. Es un *hecho* que el clasismo es incorrecto. Si una

cultura considera que es bueno que las personas infieles sean torturadas entonces están cometiendo un *error*.

¿Pero realmente podemos hablar de conocimiento moral? ¿Los enunciados morales pueden calificarse como verdaderos? ¿Podemos decir que es un hecho que el clasismo es malo? ¿Puede existir lo bueno y lo malo independientemente de lo que las personas piensan?

Las anteriores son preguntas metaéticas. La metaética es un lenguaje de segundo orden. Es una rama de la filosofía moral encargada de estudiar las cuestiones ontológicas, semánticas y posibilidades de justificación del lenguaje moral. El estudio de estas cuestiones ha dado lugar al desarrollo de teorías que difieren de las teorías éticas normativas puesto que no pretenden guiar nuestra conducta. No son teorías éticas, sino teorías sobre la ética.

Aunque la metaética es probablemente tan antigua como la filosofía misma, solo ganó un sentido de identidad desde la publicación de *Principia Ethica*¹ de G. E. Moore en 1903. El auge de la metaética coincidió con el periodo de la filosofía en que se consideró que ésta debía ceñirse al análisis del lenguaje. Así, la metaética se consideró como una verdadera filosofía puesto que sería una explicación sobre el significado y justificación de los juicios morales.

Si la metaética trata de comprender la práctica de la ética, entonces podemos comenzar a explicarla pensando en las diversas partes de esa práctica. Una parte de la metaética analiza la semántica del lenguaje moral. Por ejemplo, ¿qué quiere decir la gente cuando dice que algo está "mal"? ¿Podemos calificar como verdaderos o falsos los juicios morales? ¿Podemos definir términos morales?

¹ Moore, G.E. Moore, *Principia Ethica*, trad. Adolfo García Díaz, México, Centro de Estudios Filosóficos, 1959.

La metaética también explora preguntas sobre la existencia (ontología). En la metaética se hacen preguntas sobre si las propiedades morales son reales. ¿Podrían existir hechos morales independientemente de las personas? ¿Podrían las propiedades morales ser causales?

Finalmente, la metaética también explora cuestiones sobre la objetividad de los juicios. El campo de la objetividad moral se puede dividir en preguntas sobre las posibilidades de justificar los juicios morales y cómo se podrían justificar.

La metaética, entonces, es el análisis sistemático de:

- El problema semántico de los juicios morales
- El problema ontológico de las propiedades morales a las que apelan los juicios morales.
- El problema de la objetividad de los juicios morales

El carácter semántico de los juicios morales

Sobre el carácter semántico de los juicios morales existen comúnmente dos respuestas. Por un lado, la cognitivista: los juicios morales son enunciados aptos para ser evaluados en términos de verdad y de falsedad, puesto que su significado procede de sus condiciones de verdad. Un juicio moral será verdadero si se satisfacen sus condiciones de verdad; falso, en cambio, si no se satisfacen. Los cognitivistas piensan que los juicios morales son aptos para la verdad o la falsedad, y que el estado mental de aceptar un juicio moral suele ser el de una “creencia”. Piensan que las expresiones típicas de juicios que contienen predicados morales expresan creencias de la misma manera que lo hacen típicamente los otros enunciados con predicados descriptivos ordinarios.

Por otro lado, las posturas no-cognitivistas sostienen que, a pesar de su apariencia sintáctica, en realidad los juicios morales no son enunciados

aptos para la verdad o para la falsedad y su significado no guarda relación con condición de verdad alguna. Su significado puede depender de una variedad de fenómenos – actitudes, emociones, estados mentales, etc.– pero en cualquier caso nunca se tratará de una creencia.

El carácter ontológico de las propiedades morales

Las preguntas de carácter ontológico tienen que ver con el estatuto de la propiedad a la cual el juicio moral refiere. El problema ontológico se refiere a la posibilidad de que tal propiedad exista independientemente de los estados mentales de los agentes. Los que responden afirmativamente al problema, afrontan dos preguntas ulteriores: ¿qué tipo de independencia? y ¿cuán independiente?

Por un lado, los realistas morales sostienen que los juicios morales son cognitivos, es decir, susceptibles de ser conocidos, y – por lo menos – algunos de ellos son verdaderos; y, por otro lado, que son verdaderos en virtud de hechos morales que forman parte de la estructura objetiva del mundo. El realista moral argumenta que las propiedades morales existen y son de alguna manera independientes de los juicios de las personas. Por ejemplo, si el realismo moral fuera correcto entonces podemos decir que el hecho de asesinar a alguien tiene la propiedad de maldad. Y que lo tiene independientemente de si la gente piensa que sí lo tiene.

Los antirrealistas morales rechazan que los juicios morales sean cognitivos, ya que, a pesar de la apariencia sintáctica, apelan a entidades inexistentes, lo que los hace inaptos para la verdad o la falsedad.

Así pues, tenemos dos grandes familias metaéticas: por un lado, el realismo moral, que afirma la existencia de hechos morales y la capacidad de estos para operar como *truthmakers* de los juicios morales; y, por otro lado, el antirrealismo moral, que niega que existan semejantes entidades y

que cree que esto hace que el significado de los juicios morales no sea cognitivo.

El carácter objetivo de los juicios morales

Lo que denominamos “carácter objetivo” de los juicios morales, en este trabajo lo delimitamos a las posibilidades de justificación de los juicios morales. Las preguntas centrales son si ¿hay posibilidad para el acuerdo racional en materias morales?, o bien, ¿hay cuestiones morales que tienen una respuesta unívoca para todos los seres humanos y todos los contextos?

Por un lado, el objetivismo moral considera que los seres humanos disponemos de una capacidad racional para acceder a un conjunto privilegiado de pautas morales válidas.

Por otro lado, el no-objetivismo moral considera que no es posible justificar un conjunto privilegiado de pautas morales, sino múltiples que dependen de cada contexto.

Puede ocurrir que alguien que responda afirmativamente a la pregunta ontológica y a la pregunta semántica, como hace el realismo, responda negativamente a la pregunta de la objetividad: es decir, se puede afirmar que los juicios morales son susceptibles de verdad y de falsedad en virtud de unas propiedades o hechos morales, y sin embargo pensar que de ello no se sigue la objetividad de la moral, es decir, que ello no garantiza que encontremos acuerdos o convergencia acerca de las cuestiones morales en nuestras sociedades. Y otro tanto respecto de quienes rechazan la existencia de hechos morales y por tanto la cognoscibilidad de los juicios morales: de ello no se sigue que no puedan responder afirmativamente a la pregunta de la objetividad, esto es, que puedan contemplar la posibilidad de acuerdos en las sociedades acerca de las cuestiones morales.

3. Principales corrientes de la metaética

Por razones del tema que nos ocupa voy a tratar de profundizar y dicotomizar las teorías metaéticas solo en los campos cognitivistas y no-cognitivistas. El cognitivismo y el no cognitivismo son términos que han sido utilizados de manera algo diferente por diferentes filósofos. La diferencia que emplearé para distinguir entre teorías cognitivistas y no-cognitivistas es si permiten que los juicios morales sean verídicos en relación con ciertos hechos morales o realidad moral. Si bien esta diferencia es suficiente por sí sola para la dicotomía, obtenemos automáticamente otra diferencia a partir a la primera. Es solo un estado mental cognitivo, como la creencia, lo que puede ser apto para la verdad. Una creencia apunta a alguna verdad y puede ser verdadera o falsa, dependiendo de si la verdad supuesta se obtiene. Los estados mentales no-cognitivos o lo que también se conoce como estados mentales conativos, como el deseo, no pueden ser verdaderos o falsos ya que no apuntan a la verdad.

1. *El cognitivismo moral*

Como lo entenderé, el punto de vista cognitivista señala que los juicios morales cuentan como creencias que pueden ser verdaderas o falsas en virtud de su representación más o menos precisa de los hechos dentro del dominio: hechos morales. El *leitmotiv* de las teorías cognitivistas es la postura que señala que los juicios morales son aptos para la verdad; hay hechos morales, y, por tanto, nuestros juicios morales pueden ser verdaderos (o falsos). El cognitivismo comprende dos tesis:

- El descriptivismo semántico, la idea de que los juicios morales pretenden representar hechos y propiedades morales;
- Y el cognitivismo psicológico, la idea de que los juicios morales implican un estado mental cognitivo, es decir, la creencia.

Como los juicios morales expresan creencias, apuntan a la verdad y, como tales, podrían fallar o tener éxito en el seguimiento de la verdad. Con esto viene la idea de la justificación. Un juicio moral está justificado cuando es verdadero. Cuando hay un desacuerdo moral entre dos partes, hay un desacuerdo sobre hechos morales; si uno de ellos tiene razón, el otro tiene que estar equivocado en cuanto a una verdad moral. Los cognitivistas se dividen en otras subdivisiones: realistas morales, constructivistas, relativistas, voluntaristas y teóricos del error. Si bien todas las versiones de cognitivismo comparten las tesis semánticas y psicológicas mencionadas anteriormente, difieren en la cuestión ontológica, es decir, en la naturaleza y el estado de los hechos morales.

El realismo moral es el paradigma de las teorías cognitivistas. Argumenta que nuestras pretensiones morales pretenden describir las propiedades morales de las personas, las acciones y las instituciones: propiedades que se obtienen independientemente de nuestra teorización moral. Afirma la existencia de hechos morales y verdaderas proposiciones morales. Sostiene que hay hechos morales cuya existencia y naturaleza son independientes de nuestras creencias sobre lo que es correcto e incorrecto. Estos hechos morales están ontológicamente "dados" en lugar de ser contruidos en algún lugar o tiempo por algún proceso real, hipotético o ideal.

Por otra parte, los constructivistas comparten los supuestos semánticos y psicológicos de los realistas. Solo difieren con los realistas en ontología, al sostener que la realidad moral no se da ontológicamente sino que es algo "construido"². Russ Shafer-Landau, por ejemplo, al contrastar la idea de la realidad moral de los constructivistas con la de los realistas, argumenta que constructivistas, al igual que los realistas, respaldan la

² En el capítulo III, abordaré los problemas del constructivismo como teoría meta-ética.

realidad de un dominio, pero explican esto invocando una función constructiva a partir de la cual se crea la realidad³.

Los teóricos del error aceptan los compromisos semánticos y psicológicos de los cognitivistas. Están de acuerdo en que los enunciados morales pretenden describir la realidad moral y nuestros conceptos morales son precisamente cómo los cognitivistas los describen para ser. Sin embargo, de manera crucial, donde no están de acuerdo con los cognitivistas, es en la tesis ontológica; argumentan que no hay hechos morales. La teoría del error de Mackie⁴ concluye que pese al estatus de cognitivismo semántico de los juicios morales, éstos refieren a propiedades inexistentes dentro del mundo, lo que los convierte a todos en sistemáticamente falsos.

El relativismo moral comparte los compromisos semánticos y psicológicos de los cognitivistas y, por lo tanto, podría categorizarse como una teoría cognitivista. Sin embargo, en contraste con otros cognitivistas, los relativistas sostienen que las verdades morales son relativas a la cultura y las prácticas sociales de un grupo social. Un relativista moral piensa que los hechos morales están constituidos por las prácticas morales de un grupo social, con el resultado de algo que es moralmente verdadero en un lugar y tiempo puede no serlo de otro lugar y tiempo. Sin embargo, el relativismo está severamente desacreditado como una postura metaética. Al considerar que “X es correcto” es equivalente a “X es lo hecho en la sociedad Y”, la postura del relativismo moral se vuelve fácilmente refutada por nuestra experiencia moral. A menudo cuestionamos moralmente las prácticas sociales de nuestra propia sociedad. Además, el relativismo tampoco parece ser capaz de explicar la naturaleza de nuestros desacuerdos morales, ya

³ Russ Shafer-Landau, *Moral Realism: A defense*, Oxford, Clarendon Press, 2003, p. 17.

⁴ Mackie, John, *Ética: la invención de lo bueno y lo malo*, trad. Tomás Fernández, Gedisa, Barcelona, 2000.

que, de acuerdo con ello, todos nuestros desacuerdos morales se reducen a desacuerdos fácticos sobre lo que es hecho en la sociedad.

2. El no-cognitivismo moral

La idea de que los juicios morales no son representativos proporciona el hilo conductor de las teorías no cognitivistas. Los juicios morales, según los no cognitivistas, no pretenden enunciar ningún hecho moral. Como no pretenden enunciar hechos, los juicios morales no implican estados mentales cognitivos asociados con el descubrimiento de hechos, es decir, la creencia. En cambio, argumentan que los juicios morales implican un estado mental conativo, cuya función principal no es representativa. Tales estados mentales conativos podrían comprender el deseo o actitudes similares al deseo. Las teorías no cognitivistas literalmente obtienen su nombre de la tesis psicológica de que los juicios morales no son cognitivos (es decir, no implican creencia).

Dos tesis negativas componen el no-cognitivismo:

- El no-descriptivismo semántico (moral), la tesis de que los juicios morales no pretenden describir propiedades y hechos morales; y
- El no-cognitivismo psicológico, la tesis de que los juicios morales no implican estados mentales cognitivos como la creencia.

Ahora, en cuanto al compromiso ontológico de los no cognitivistas: éstos argumentan que no hay verdades morales, ni hechos y propiedades morales objetivas. En otras palabras, nuestro mundo no contiene valores en el sentido en que el cognitivista los entiende. Cuando dos partes discrepan moralmente, el no cognitivista argumentaría que su desacuerdo debe

entenderse de manera diferente a cómo se entendería un desacuerdo "de hecho".

Hay diversidad de posturas dentro del no-cognitivismo, comenzando con el emotivismo de A.J. de Ayer, la versión de Charles Stevenson del emotivismo, el prescriptivismo de Richard Hare, hasta los relatos "expresivistas" más sofisticados de Allan Gibbard y Simon Blackburn.

Si bien hay mucho que separa a estas posturas, han mantenido en su núcleo las dos tesis semánticas y psicológicas negativas. Hagamos un recuento de las posturas no-cognitivistas.

Ayer, mediante el principio de verificación, afirmó que un enunciado solo tiene significado si es analítico o empíricamente verificable. Una afirmación es analítica si es verdadera o falsa solo en virtud de los significados de las palabras. Un enunciado es empíricamente verificable si la evidencia empírica va hacia el establecimiento de que el enunciado es verdadero o falso.

En *Lenguaje, Verdad y Lógica*⁵, Ayer aplicó el principio al lenguaje ético. Si digo "el asesinato es incorrecto", esto no es analítico, y ninguna investigación empírica puede mostrar esto. Podemos demostrar que el asesinato causa pena y dolor, o que a menudo se hace por enojo. Pero no podemos demostrar, de la misma manera, que está mal. Los juicios morales no establecen verdades o falsedades, y por lo tanto son literalmente insignificantes. En cambio, argumentó Ayer, expresan sentimientos: Si le digo a alguien, "actuó incorrectamente al robar ese dinero"... simplemente estoy mostrando mi desaprobación moral. Es como si hubiera dicho: "Robaste ese dinero" (en un tono de disgusto). Pero el lenguaje moral no solo expresa nuestros sentimientos, sino que también busca despertar sentimientos en los demás y hacer que actúen de cierta manera.

⁵ Ayer, A.J, *Lenguaje, Verdad y Lógica*, trad. Marcial Suárez, Valencia, Universidad de Valencia, 2000.

Ayer afirmó que el intuicionismo de Moore era insatisfactorio. Para Ayer, no podemos establecer la verdad o la falsedad de una afirmación moral apelando a la intuición a menos que podamos proporcionar algún criterio para decidir entre intuiciones conflictivas. La intuición en sí misma no es una forma de verificar un reclamo. Dado el principio de verificación, solo un criterio empírico servirá. Pero no hay una prueba empírica que establezca qué intuición es correcta y cuál es incorrecta. Y entonces, concluye Ayer, los juicios morales no son genuinamente significativos, sino que simplemente expresan nuestros sentimientos de aprobación o desaprobación y despiertan esos sentimientos en los demás.

Si bien Stevenson en *Ética y lenguaje*⁶ admitió que el lenguaje moral no tenía contenido factual o cognitivo, argumentó que tenía un significado emotivo. Las proposiciones morales no son verdaderas o falsas, pero tampoco carecen de sentido: el lenguaje moral nos permite expresar. Cuando no estamos de acuerdo, Stevenson pensaba que teníamos un desacuerdo en la actitud. Una disputa moral es un desacuerdo de actitudes; para Stevenson los desacuerdos morales existen, pero expresan emociones en conflicto, no creencias en conflicto acerca de la naturaleza de una supuesta realidad moral objetiva.

El prescriptivismo universal es el punto de vista metaético que afirma que, en lugar de expresar proposiciones, las oraciones éticas funcionan de manera similar a imperativos que son universalizables: quien hace un juicio moral se compromete con el mismo juicio en cualquier situación. Esto hace que el prescriptivismo sea una forma universalista de no-cognitivismo. El prescriptivismo se opone a otras formas de no-cognitivismo (como el emotivismo), así como a todas las formas de cognitivismo (incluidos el realismo moral).

⁶ Stevenson, Chales, *Ética y Lenguaje*, trad. Eduardo Rabossi, México, Paidós, 1994.

Desde que el filósofo R. M. Hare introdujo el prescriptivismo en su libro de 1952, *El lenguaje de la moral*, se le ha comparado con el emotivismo y el imperativo categórico de Immanuel Kant. Sin embargo, a diferencia de Kant, Hare no invoca la universalidad como una prueba de permisibilidad moral. En cambio, él lo ve como un requisito de coherencia que está integrado en la lógica del lenguaje moral y ayuda a hacer del pensamiento moral una empresa racional. Dos acciones, en situaciones similares, deben ser correctas o no. Si creo que es incorrecto robarme, porque infringe mis derechos de propiedad, entonces debo pensar que es un error robarle, porque infringe sus derechos de propiedad, a menos que pueda haber alguna diferencia relevante entre los dos casos. Debemos estar dispuestos a 'universalizar' nuestros juicios morales. No hacerlo es lógicamente contradictorio.

Originalmente, Hare propuso el prescriptivismo como una especie de enmienda al emotivismo⁷. Al igual que los emotivistas, Hare cree que el discurso moral no es principalmente informativo o de hecho. Pero mientras que los emotivistas afirman que el lenguaje moral está principalmente destinado a expresar sentimientos o influir en el comportamiento, Hare cree que el propósito central del discurso moral es guiar el comportamiento diciéndole a alguien qué hacer. Su objetivo principal es "prescribir" (recomendar) un acto determinado.

Para ilustrar el punto de vista prescriptivista, consideremos la frase moral "el suicidio es incorrecto". De acuerdo con el realismo moral, una sentencia tal afirma que debe haber alguna propiedad objetiva de "incorrección" asociada con el acto de suicidio. Según algunas versiones del emotivismo, tal oración simplemente expresa una actitud del hablante; solo significa algo como "¡aversión al suicidio!" Pero de acuerdo con el prescriptivismo, la frase "el suicidio es incorrecto" significa algo más

⁷ Hare, Richard, *El lenguaje de la moral*, trads. Genaro Carrió y Eduardo Rabossi, México, Instituto de Investigaciones Filosóficas, 1975.

parecido a "no cometer suicidio". Lo que expresa no es, por lo tanto, principalmente una descripción o una emoción, sino un imperativo. Los términos de valor general como "bueno", "malo", "correcto", "incorrecto" generalmente también tienen significados descriptivos y emotivos, pero estos no son sus significados principales según los prescriptivistas.

Las versiones del expresivismo de Allan Gibbard y Simon Blackburn, aunque están de acuerdo con la idea emotivista central de Ayer de que los juicios morales son psicológicamente no-cognitivos y semánticamente no-hechos, se separan en algunos aspectos. El emotivismo identifica el estado conativo con una emoción: por ejemplo, juzgar que "X ha hecho mal" se equipara con emotivismo con "estar molesto con X". Los expresivistas, sin embargo, han ido más allá de esta idea. Los expresivistas argumentan que los juicios morales expresan estados mentales conativos (y las emociones también son conativos), pero sostienen que estos estados mentales conativos deben entenderse en términos de actitudes complejas en lugar de meras emociones. Los expresivistas argumentan que el emotivismo da demasiada impresión de que los juicios morales son como el enojo, pero no es necesario que estén tan estrechamente alineados con las emociones.

Gibbard identifica un juicio moral con una actitud compleja de aceptación de normas; una aceptación de una norma que exija tal enojo. El estado mental postulado de aceptación de la norma sigue siendo un tipo de actitud: una aprobación de la respuesta emocional, según corresponda. Pero tales actitudes pueden divergir de los sentimientos más cargados de pasión⁸. Puedes encontrarte enojado con un portador de malas noticias, por ejemplo, a pesar de pensar que no debes "culpar al mensajero". Así, el expresivismo ha desarrollado la capacidad de reconocer un respeto en el cual las respuestas emocionales particulares pueden ser defectuosas y otras aptas, aunque niega que haya "hechos morales" contra los cuales medirlos.

⁸ Gibbard, A., *Wise Choices Apt Feelings*, Oxford University Press, 1990.

Como veremos en el segundo capítulo, las teorías cognitivistas parecen ser mejores para explicar las afirmaciones de verdad que parecen hacer nuestros juicios morales; y las no-cognitivistas parecen estar mejor preparadas para explicar el impulso motivacional de nuestros juicios morales.

4. La crítica a la posibilidad de la reflexión metaética

Antes de avanzar, vale la pena aclarar que existe una segunda concepción general de la metaética. Ésta argumenta en favor del colapso entre ésta y la ética normativa o, lo que es lo mismo, que la metaética no es valorativamente neutra. Desde esta perspectiva, entonces, la metaética puede seguir definiéndose como una reflexión de los problemas ontológicos, epistemológicos, semánticos y lógicos del lenguaje moral, pero pierde su neutralidad valorativa. Con ello, quiere decirse que, desde esta concepción, la teoría metaética que se suscriba ejercerá un influjo en la postura moral sustantiva que se elija.

Dworkin considera, básicamente que la metaética avalorativa es imposible dado que, de acuerdo con él, toda postura metaética que se sostenga es, en última instancia, una postura normativa. Así, para Dworkin es imposible hacer una investigación, puramente filosófica, de segundo orden con respecto a la moralidad, puesto que dicha investigación será, en realidad, una investigación de ética normativa camuflajeada de metaética; de este modo, las preguntas metaéticas, aunque abstractas y teóricas, son preguntas morales sustantivas. Dworkin reconceptualiza la metaética, y concibe a ésta, como una rama de la moral que se pregunta sobre cuestiones altamente abstractas y teóricas -ontológicas, epistemológicas, semánticas y lógicas - en torno a la moralidad, pero que no permanece valorativamente neutral con respecto a las cuestiones éticas sustantivas.

Así redefinida la metaética, Dworkin ofrece algunas líneas de apoyo para argumentar en favor del colapso entre metaética y ética normativa. Por un lado, señala que: “cualquier teoría sobre lo que hace verdadera a una convicción moral o cuáles son buenas razones para aceptarla debe ser en sí misma una teoría moral y por lo tanto debe incluir una premisa o presuposición moral”.

Ahora bien, para apoyar esta tesis, Dworkin ofrece un argumento relacionado con el espacio lógico ofrecido por las modalidades deónticas. El argumento, en paráfrasis, señala una situación hipotética en la que cuatro sujetos se posicionan deónticamente con respecto a la moralidad del aborto⁹.

- A señala que el aborto es moralmente perverso, y en todas circunstancias, tenemos una razón categórica para prohibirlo;
- B considera que el aborto es moralmente obligatorio en algunas circunstancias, como en casos de madres adolescentes solteras y sin recursos.
- C sostiene que el aborto nunca es moralmente obligatorio o moralmente prohibido. No hay razón categórica para ninguna de las direcciones. Por tanto, siempre es permisible.
- D piensa que el aborto no es ni prohibido, ni obligado, ni permitido.

Como puede verse, A, B y C están adoptando una postura moral sustantiva y, al menos en apariencia, D permanece neutral con respecto a la moralidad del aborto. Así, la afirmación de D sería, *prima facie*, considerada metaética, si y sólo si, por metaética se entiende un lenguaje moral de segundo orden que permanece axiológicamente neutral con respecto a las posturas morales sustantivas.

⁹ Dworkin, Ronald, *Justicia para erizos*, trad. Horacio Pons, México, Fondo de Cultura Económica, 2014, p. 63-64. Publicación original: Dworkin, Ronald, *Justice for Hedgehogs*, Harvard University Press, Cambridge, 2011.

Dworkin señala es que D, en última instancia, adopta una postura moral sustantiva similar a la de C, dado que D se compromete con la idea de que no hay determinación deóntica respecto a la moralidad del aborto —en virtud de que no existen los hechos morales, tales que garanticen la verdad de los juicios morales que cada uno de los sujetos profirió con respecto al fenómeno del aborto—, pero esto lo liga a una postura en favor de la permisibilidad moral del aborto, similar a la de C, dado que D está señalando que no hay razones ni a favor ni en contra del aborto.

De esto se desprende que D no adopta una postura metaética valorativamente neutra, sino que su postura metaética ejerce un influjo en sus consideraciones morales sustantivas. Por ello, Dworkin considera que la metaética no permanece neutral con respecto a la ética normativa. Con base en Dworkin, entonces, puede colegirse que la metaética existe, si y sólo si, no se la concibe como una rama de la filosofía moral que permanezca neutral con respecto a las posturas morales sustantivas, esto es, con respecto a la ética normativa.

Juan Vega explica que para Dworkin existe una diferencia entre la metaética y la ética normativa, en tanto que las preguntas que se plantea la primera tienen mayor nivel de abstracción, sin embargo tienen la misma naturaleza que las preguntas sustantivas¹⁰:

La razón principal para llegar a esa conclusión en Dworkin consiste en que en la moral —y en otras disciplinas también estamos frente a conceptos que tienen una naturaleza interpretativa-sustantiva, y en los cuales los juicios que vertimos en relación a sus preguntas van a ser verdaderos en virtud de la argumentación y defensa sustantiva que podamos formular en relación con los mismos.¹¹

¹⁰ Vega, Juan, *Ensayos de filosofía jurídica analítica*, Madrid, Dykinson, 2014, pp. 49-50.

¹¹ *Ibidem*, p. 50

5. La teoría jurídica positivista: ¿aséptica o no-cognitivista en metaética?

Existen varias formas de identificar al positivismo jurídico y también numerosos mitos que se disfrazan como caracterizaciones. Por ejemplo, la atribución a los positivistas de tesis absurdas como la necesidad de una interpretación exclusivamente textual de las normas jurídicas o que no existe ninguna conexión entre el derecho y la moral.

En su exposición más simple, puede entenderse al positivismo jurídico a partir de la tesis según la cual la existencia y el contenido del derecho dependen exclusivamente de hechos sociales y no de consideraciones acerca de su mérito moral. El derecho es una construcción social que depende de que, en circunstancias concretas de tiempo y lugar, determinados estándares de conducta sean tomados como autoritativos por las personas relevantes. Esa tesis no implica que la moral carezca de importancia, constituya un sinsentido o que sus pretensiones sean ininteligibles o, inclusive, que no existan fines morales socialmente inobjetables de cuya realización el derecho es condición necesaria.

En el artículo *Positivism and the Separation of Law and Morals*, Hart menciona cinco significados que se le han dado al positivismo jurídico¹²:

Puede ser de ayuda identificar cinco significados (aunque puede haber más) del “positivismo” en la teoría jurídica contemporánea:

- (1) La tesis de que las leyes son mandatos de seres humanos.
- (2) La contención de que no hay una conexión necesaria entre el derecho y la moral o el derecho como es y el derecho como debe ser.
- (3) La contención de que el análisis (o el estudio del significado) de los conceptos jurídicos en primer lugar vale la pena y en segundo lugar debe diferenciarse de los cuestionamientos históricos sobre las causas u orígenes del derecho, de los

¹² De los cinco significados, Hart solo está dispuesto a defender la tradición positivista solo mediante el segundo y tercer significado.

cuestionamientos sociológicos en relación con el derecho y otros fenómenos sociales, y de las críticas o valoraciones del derecho bien en términos morales, fines sociales, “funciones”, u otros.

(4)La contención de que un sistema jurídico es un “sistema lógicamente cerrado” en el que las decisiones jurídicas correctas pueden deducirse por medios lógicos a partir de de reglas jurídicas predeterminadas sin referirse a los fines sociales, consideraciones de convivencia y utilidad social. los estándares morales-

(5)La contención de que los juicios morales no pueden establecerse o defenderse como puede hacerse respecto a las declaraciones de hechos, es decir mediante argumentación racional, evidencia o pruebas (el “no-cognitvismo” en la ética)¹³

Centrémonos en el quinto significado del positivismo. Hay teóricos que defienden tal tesis como parte del positivismo jurídico, aunque la mayoría no están de acuerdo. Así, podríamos identificar lo que podría denominarse la “tesis de la asepsia metaética”, y la tesis “no-cognitivista”.

La tesis de la asepsia metaética

Por un lado, está la “tesis de la asepsia metaética”, la cual sostiene que el positivismo jurídico es neutral. Esta tesis se basa por un lado en sostener que el positivismo jurídico al defender la tesis de la separación conceptual entre derecho y moral, quedan fuera del análisis teórico-jurídico los posicionamientos metaéticos.

Por otro lado, un argumento similar que se da a favor de esta tesis es que el positivismo jurídico es una teoría jurídica con fines meramente descriptivos, por lo que tiene un carácter de neutralidad. Así el filósofo

¹³ Hart, H.L.A, “El positivismo y la separación del derecho y la moral”, en *El debate Hart-Fuller*, trad. Jorge González, Bogotá, Universidad de Externado, 2016, pp. 35-36, nota al pie 25. Publicación original: “Positivism and the Separation of Law and Morals”, *Harvard Law Review*, No. 71, 1958.

positivista puede ser descriptivo en teoría jurídica, y en la teoría moral o política puede asumir la tarea de defender un objetivismo moral.

Desde esta postura, el positivismo jurídico no es una tesis sobre el valor moral del derecho, sino sobre los criterios para la descripción y el nombrar del objeto derecho. Por eso tal tesis descriptiva no choca con ninguna doctrina metaética.

Concebido como un intento de explicar la validez y la normatividad del derecho sin pronunciarse sobre una postura metaética, el positivismo no resulta teóricamente incompatible ni con la teoría del derecho natural – al menos no con la “tradición clásica” aristotélico-tomista ni con las posturas cognitivistas.

Así, un teórico del derecho positivista puede decir que la norma jurídica N es por sus contenidos errónea desde los patrones de un cognitivismo moral; mas nada en su posición teórica le fuerza a tener que añadir que por ser moralmente errónea, la norma jurídica no es jurídica. Si acaso, tendrá motivos para cuestionar que tal norma jurídica deba obedecerse o fundamentos para luchar por su derogación o modificación. De este modo, un cognitivista ético puede ser al tiempo positivista jurídico sin necesidad de una contorsión teórica. Para identificar la “tesis de la irrelevancia”, a continuación, se citan algunos pasajes de autores que se aproximan a este tipo de razonamiento.

Jeremy Waldron en su obra *Law and Disagreement* hay un apartado titulado *The Irrelevance of Moral Objectivity* donde considera lo siguiente:

Legal positivism may be understood as a view about what legal decision-making involves, or it may be understood as a view about what legal decision-making ought to involve; I shall call the former "descriptive positivism" and the latter "normative positivism". According to that conception, law is to be understood in terms of rules or standards whose

status as legal rules or standards derives from their origination in some human source, sociologically defined.

Thus statements about what the law is - whether there are statements made in the course of describing a legal system, offering legal advice, or disposing of particular cases - may be made without exercising moral or other evaluative judgment. [...] Once a legal rule has been enacted by a legislature, no further exercise of moral judgment is required for its identification, interpretation or application. That, in general, is the positivist conception of law.

[...] As a descriptive or a definitional thesis, legal positivism is meta-ethically neutral. It takes no position on the nature or moral judgment, It is compatible with moral realism and with moral anti-realism. All it says is that legal decision-making is one thing, moral judgment another.¹⁴

Una línea similar de argumentación sigue el filósofo del derecho Leslie Green en la Enciclopedia de Filosofía de Stanford, quien considera que el postulado del Derecho Natural ateniende a considerar la existencia de principios morales objetivos en la naturaleza humana no contradice al positivismo jurídico:

The view that the existence of law depends on social facts does not rest on a particular semantic thesis, and it is compatible with a range of theories about how one investigates social facts, including non-naturalistic accounts. To say that the existence of law depends on facts and not on its merits is a thesis about the *relation* among laws, facts, and merits, and not otherwise a thesis about the individual relata. Hence, most traditional “natural law” moral doctrines--including the belief in a universal, objective morality grounded in human nature--do not contradict legal positivism¹⁵.

¹⁴ Waldron, Jeremy, *Law and Disagreement*, Oxford, Clarendon Press, 1999, p. 164.

¹⁵ Green, Leslie, "Legal Positivism", en Edward N. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, <https://plato.stanford.edu/entries/legal-positivism/>.

La tesis de la relevancia metaética

La segunda tesis sostiene la relevancia de una postura no-cognitivista dentro de los postulados del positivismo jurídico, lo que significa asumir una posición sustantiva negativa de que los juicios morales pretenden describir propiedades y hechos morales.

Los críticos del positivismo jurídico tienden a tomar esta postura como típica de la tradición positivista. Un autor que también se ha pronunciado sobre la compatibilidad del positivismo jurídico -sin él ser positivista- con el objetivismo moral es Manuel Atienza. Para Atienza la tesis de la separación conceptual entre derecho y moral, es la tesis central del positivismo jurídico. Si es posible separar dichos conceptos, entonces, dice Atienza, no habría problema entre el cognitivismo moral y el positivismo jurídico. Sin embargo, señala también que al momento de empujar la moral afuera del concepto del derecho y criticar las posturas que asumen una moralidad interna del derecho, el positivismo jurídico se vuelve casi una concepción incompatible con el cognitivismo moral.

Algunos positivistas contemporáneos también aceptan esa identificación. Quizás el caso más evidente es Bulygin que considera al no-cognitivismo como una característica definitoria del positivismo jurídico, asumiendo la distinción tajante entre proposiciones prescriptivas y descriptivas, junto con la tesis de que las normas (jurídicas y morales) no constituyen entidades del tipo de las que podemos considerar verdaderas ni falsas. Desde esta visión, el positivismo jurídico es contradictorio no sólo con cualquier variante del iusnaturalismo, sino también con cualquier teoría que afirme un cognitivismo moral.

Es interesante la conclusión que Bulygin extrae del no-cognitivismo moral como nota constitutiva del positivismo jurídico: la necesidad de que la teoría del derecho se ocupe exclusivamente de lo que denomina “validez jurídica” o “aplicabilidad” y abandone por completo la cuestión de la

normatividad, es decir, renuncie a la pretensión de pronunciarse sobre si el derecho es realmente obligatorio o si proporciona razones concluyentes para la acción¹⁶.

En una entrevista realizada por Ricardo Caracciolo, Bulygin señala que, si admitir la objetividad las discusiones morales significa aceptar una verdad moral, la distinción conceptual entre derecho y moral se vuelve insostenible. Incluso llega a sostener que la creencia en un objetivismo moral pondría en duda la existencia del derecho. Para Bulygin, el abandono del no-cognitivism ético obliga a abandonar la tesis de la separación entre derecho y moral.

Más aún, la existencia del derecho (entendiendo por tal el derecho positivo) se torna problemática. ¿Para qué dictar normas jurídicas si ya sabemos qué debemos hacer? Como ya decía Kelsen, ¿acaso no es insensato pretender iluminar a la luz solar?¹⁷

Brian Leiter afirma que la doctrina kelseniana sostenía un relativismo moral, y que Hart mediante la influencia de la filosofía analítica del lenguaje ordinario también sostuvo un no-cognitivism. Leiter afirma que tanto Kelsen y Hart estaban en la visión metaética respecto del positivismo jurídico. Lo anterior conlleva, que para Leiter el defender el positivismo correctamente conlleva un no-cognitivism:

Thus, Kelsen's jurisprudence bears the stamp of NeoKantianism and the moral anti-realism common among logical positivists, while Hart's jurisprudence reflects the methodological influence of ordinary language philosophy and the substantive influence of post-World War II Oxford-style non-cognitivism. Kelsen and Hart had the correct metaethical views, but did

¹⁶ Bulygin, Eugenio, "¿Está (parte de) la filosofía del Derecho basada en un error?", *Doxa*, vol. 27, 2008, p. 15-26.

¹⁷ Caracciolo, Ricardo, "Entrevista a Eugenio Bulygin", *Doxa: cuadernos de filosofía del derecho*, núm. 14, 1993, pp. 511.

not, perhaps, fully appreciate their import with respect to their central jurisprudential concerns.¹⁸

6. Hart y su alejamiento de un compromiso metaético

“I have the dim... outline of this book in my mind...One side saying: you are blind. The other: you are seeing ghosts¹⁹”.

La cita anterior proviene de un cuaderno de Herbert Hart, de donde surgió *The Concept of Law*. ¿Cuáles son los dos lados que Hart imaginó que lo empañaban o confundían? Parecería que para Hart eran dos eran los campos metaéticos opuestos que buscaban explicar la naturaleza de la moralidad. "Un lado" representó a los cognitivistas que, según Hart, afirman la existencia de principios inmutables que constituyen parte de la trama del Universo, que no son elaborados por el hombre, sino que están allí para ser descubiertos por el intelecto. El “otro lado” fue el de los no-cognitivistas que niegan la existencia de tales verdades morales al afirmar que los juicios morales son expresiones de actitudes, elecciones, demandas y sentimientos cambiantes.

Metafóricamente un lado afirma que nuestros juicios morales son los hijos de Apolo, el dios de la razón; y el otro afirma que nuestros juicios morales son los hijos de Dionisio, el dios de la pasión, que involucran, pasión o sentimientos. El polo no-cognitivista dionisiaco argumenta que expresamos o proyectamos nuestra pasión sentimental en el mundo como juicios morales. El polo apolíneo acusa al campo dionisiaco de ceguera ante

¹⁸ Leiter, Brian, ‘The Demarcation Problem in Jurisprudence: A New Case for Skepticism’, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 31, 2011, p. 666.

¹⁹ Lacey Nicola, *A Life of H.L.A. Hart: The Nightmare and the Noble Dream*, Oxford University Press, 2004, p. 222.

las verdades morales y este último responde que el primero ha estado viendo fantasmas todo el tiempo.

¿A cuál de los dos bandos Hart se inclinó? Por crucial que sea la pregunta, no admite una respuesta directa. Podría decir que Hart no se comprometió en el tema. En *The Concept of Law*, justo después de exponer las dos posiciones, declara su no alineación metaética: “en lo que sigue buscaremos eludir estas dificultades filosóficas”²⁰. Incluso en 1982, en *Essays on Bentham*, declara que sigue sin comprometerse con algún frente metaético²¹.

Sin embargo, hay ciertos pasajes en los que Hart parece abandonar su no alineación metaética y tomar una posición directa sobre el tema²². En *The Concept of Law*, Hart sugiere que el panorama apolíneo es profundamente defectuoso; argumenta: “la pretensión de que hay principios verdaderos de conducta correcta, racionalmente descubribles, no ha sido habitualmente formulada como una doctrina autónoma, sino que fue presentada originariamente, y defendida durante mucho tiempo como parte de una concepción general de la naturaleza inanimada y viviente. Este enfoque es, de muchas maneras, antitético con la concepción general de la naturaleza que constituye la estructura del moderno pensamiento secular”²³. ¿Significa esto que se inclinó hacia el polo dionisiaco? Es difícil decirlo. Aunque no dice nada en contra de la visión no-cognitivista en *The Concept of Law*, en *Legal and Moral Obligation* Hart señala que la variante de Richard Hare de la imagen dionisiaca es una posición demasiado ‘protestante’:

²⁰ Hart, H.L.A., *El concepto de derecho*, trad. de Genaro Carrió, Buenos Aires, 1963, p. 209. Publicación original: Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961.

²¹ Hart, H.L.A., *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1982, p. 159-160.

²² Hart, H.L.A., *El concepto...*, cit. pp. 159-160

²³ Hart, H.L.A., *El concepto...*, cit. p. 230.

“caracterizar la moral de modo principal como un asunto de la aplicación a la conducta de su vida, me parece un enfoque excesivamente protestante”²⁴.

De hecho, este tema metaético se desarrolla a través de las obras de Hart durante el siguiente cuarto de siglo, con la última publicación de su vida en 1986. En la recensión al libro de Bernard Williams *Ethics and the Limits of Philosophy* parece asumir la idea de considerar como convincente la idea de las razones internas o “subjetivas”, según la cual las razones de una persona para actuar dependen de sus deseos o motivaciones subjetivas:

...the question, "What should I do in these circumstances" is essentially "firstpersonal" and not a mere derivative of and replaceable by "What should anyone do in these circumstances?" For the "I" of practical deliberation that stands back from my desires and reflects upon them is still the "I" that has those desires, and, unless I am already committed to the motivations of an impartial morality, reflective deliberation will not lead me to it. To hold otherwise is to confuse reflection with detachment; and that confusion has encouraged the mistaken idea that if our moral beliefs are to be more than mere prejudices they must be regulated by some general ethical theory *au dessus de la méele* of our ethical practices.²⁵

Basado en esa publicación, John Finnis sostiene que el silencio metaético de Hart estaba lejos de ser imparcial. Argumenta que Hart albergaba una profunda simpatía latente por la filosofía humeana y una postura de la moralidad humeana; y que la recensión respalda firmemente el subjetivismo ético de Williams, al tiempo que enfatiza su carácter controvertido²⁶. Recordemos la tesis humeana de la motivación consiste en sostener que los fines últimos de los actos humanos no pueden en ningún

²⁴ Hart, H.L.A., *Obligación jurídica y obligación moral*, Instituto de Investigaciones Filosóficas, México, 1977, p. 16. Publicación original: Hart, H.L.A., “Legal and Moral Obligation”, *Essays in Moral Philosophy*, Seattle, University of Washington, 1958.

²⁵ Hart, H.L.A., “Who Can Tell Right from Wrong?”, en *The New York Review of Books*, vol. 35, n. 12, 1994, p. 50.

²⁶ John Finnis, ‘On Hart’s Ways: Law as Reason and Fact’, en *The Legacy of HLA Hart: Legal, Political and Moral Philosophy*, Oxford University Press, 2009.

caso explicarse por la razón, sino que se encomiendan eternamente a los sentimientos y afectos de la humanidad, sin dependencia alguna de las facultades mentales²⁷.

Otra publicación que puede dar luz sobre el tema es la publicación en 1978 de *Morality and Reality*, una reseña hecha por Hart en 1978 a los libros de Gilbert Harman y J.L. Mackie. Hart parece tomar una posición no-cognitivista al subjetivizar el concepto de moral en el siguiente pasaje: "If we accept that there are no transcendent reasons to dictate what the good life must be, the good life must be one that men are actually disposed to welcome; and since men or cultural, political, and religious reasons will have different views, there are few generalizations to be made its content"²⁸.

Uno de los primeros temas de teoría jurídica a los que Hart dirigió su atención fue el de la semántica de los enunciados de obligación jurídica. En su primer trabajo publicado en 1949, *The Ascription of Responsibility and Rights*²⁹, argumentó que los enunciados de obligación jurídica son performativos, cuya función principal era crear un estado de cosas; por lo general, para atribuir responsabilidades y derechos. Esto reflejaba la visión de Austin; sobre que los enunciados performativos están naturalmente en casa en el mundo jurídico. En el modelo performativista de Hart, llamado "adscriptivismo" los enunciados no eran adecuados para la verdad. Si se me permite aventurar una conjetura, Hart en un inicio interesado en idear un modelo semántico no-cognitivista para enunciados jurídicos que evitaran el descriptivismo moral.

En el Capítulo VI de *Essays on Bentham*, Hart reafirma su compromiso con el no-descriptivismo argumentando que los enunciados jurídicos: "do not refer to actions which they have a categorical reason to do, but... refer

²⁷ Hume, David, *Ensayos morales, políticos y literarios*, Madrid, Trotta, 2001.

²⁸ Hart, H.L.A, "Morality and Reality", *The New York Review of Books*, vol. 25, n. 3, pp.35-38, 1978.

²⁹ Hart, H.L.A, "The Ascription of Responsibility and Rights", en *Proceedings of the Aristotelian Society*, New Series, vol. 49, pp. 171-194.

to actions which are due from or are owed by the subjects having the duty, in the sense that they may be properly demanded from them³⁰". Reiterando su no-descriptivismo en el Capítulo X de *Essays on Bentham* Hart argumenta:

Of course, if Raz's ... cognitive analysis of the notion of duty were correct so that 'X has a duty to act in a certain way' means that there is an objective reason for X to act in that way, this would amount to a moral judgment...but I find little reason to accept such a cognitive interpretation of legal duty...far better adapted to the legal case is a different non-cognitive account³¹

En consecuencia, Hart proclama que los deberes legales no tienen nada que ver directamente con las razones de acción del sujeto.

En una entrevista con la revista española *Doxa*, cerca del final de su carrera, en 1988, sostuvo que "las obligaciones legales y morales son conceptualmente distintas³²" en el sentido de que los enunciados de obligaciones tienen un significado diferente en el derecho y en la moralidad.

Todo dicho y hecho, tendríamos que concluir que Hart nunca adoptó una postura firme sobre este tema.

En torno a la identificación del positivismo jurídico con la afirmación de que los juicios morales no pueden establecerse como verdaderos o falsos. Hart insiste en que hay una confusión al considerar que el positivismo jurídico necesariamente conlleva una perspectiva metaética, como el subjetivismo, el relativismo o el no-cognitivism, o una postura sobre enunciados de hechos y valores.

Hart supone que, si los juicios morales son racionalmente defendibles como cualquier otro tipo de juicios, no se sigue nada respecto a la conexión entre el derecho que es y el derecho como debe ser. Si un cognitivista moral

³⁰ Hart, H.L.A., *Essays on...*, cit. p. 160.

³¹ Hart, H.L.A., *Essays on...*, cit. p. 160., p. 159.

³² Páramo, Juan, "Entrevista a H.L.A Hart", *Doxa*, vol. 5, 1988, p. 340

sostiene la diferencia entre el derecho que es y el derecho como debe ser, podría demostrar la inequidad o inmoralidad de las reglas; pero la demostración de esto no mostraría que la regla no es derecho³³.

Hart asume la tesis de la “asepsia metaética”, al sostener que una postura cognitivista moral que condena las reglas jurídicas al calificarlas como verdaderamente incorrecta, no afecta asumir al mismo tiempo que haya reglas jurídicas con un alto grado de inequidad. Hart entendía que no era misión de la teoría jurídica comprometerse con teoría moral alguna.

³³ Hart, H.L.A. Hart, “El positivismo y la...”, cit., p. 80.

**CAPÍTULO II. LA NORMATIVIDAD
HARTIANA Y LA METAÉTICA**

1. Apertura

En la medida en que la teoría jurídica contemporánea asume como tema prioritario a la normatividad del derecho, se desarrolla también una profundización en cuestiones de fundamentación que hace ineludible la reflexión de los problemas centrales de la metaética.

Una de las preguntas centrales actualmente en la teoría jurídica es la siguiente: ¿los enunciados jurídicos pretenden describir hechos y propiedades morales objetivas? Los cognitivistas morales responderían de forma afirmativa y los no-cognitivistas responderían de forma negativa. Sobre la base de esta diferencia, Raz y Finnis pertenecerían al cognitivismo; y los realistas escandinavos, y Von Wright serían no-cognitivistas.

En el siguiente capítulo se abordará cuál es el modelo de la normatividad que desarrolló Hart; cómo su silencio sobre la inclinación postura metaética le impidió desarrollar un modelo completo de la normatividad del derecho.

2. ¿Qué es la normatividad?

On the *rule-involving* conception, normativity involves rules, or requirements, which distinguish between what is *allowed* and *disallowed*, or what is *correct* and *incorrect*. Some examples are laws, the requirements of some code of honour, the rules of etiquette, and rules about spelling, grammar, and the meanings of words. Such rules or requirements are often called *norms*, and claims that state or apply such norms we can call *normative* in the *rule-implying* sense. On the *reason-involving* conception, normativity involves reasons or apparent reasons. When I call some claim *normative* in the *reason-implying* sense, I mean that this claim asserts or implies some claim about some reason or apparent reason. This, I shall argue, is the best conception.³⁴

³⁴ Parfit, Derek, 'Normativity' en Russ Shafer-Landau ed., *Oxford Studies in Metaethics*, vol. 1, Oxford University Press, 2006, p. 553.

En el anterior pasaje Parfit distingue dos sentidos del término “normatividad”. Uno es el de *rule-involving conception* y otro es la de *reason-implying sense*. En ese sentido asumimos que el término "normativo" abarca dos conceptos distintos: uno semántico y otro metaético. El término "normativo" es utilizado por los filósofos en el sentido metaético para transmitir la idea de que los requisitos morales son "vinculantes". Sin embargo, los filósofos también usan el término "normativo" para designar semánticamente como “normativo” cualquier enunciado que pretenda transmitir lo que es requerido en relación con algún estándar.

Uno de los objetivos centrales de la teoría jurídica ha sido proporcionar una explicación sobre por qué el derecho es normativo. Dados los dos sentidos de "normatividad", consideramos que una teoría necesita abordar ambas concepciones para explicar de manera completa la normatividad del derecho.

- a) Semántica: el modelo semántico teórico de enunciados jurídicos debe presentar tales enunciados como semánticamente "normativos";
- b) Metaética: el teórico debe explicar cómo el contenido de los enunciados jurídicos semánticamente normativos se vuelve moralmente vinculante.

Centrémonos en el segundo sentido. En el sentido metaético, la normatividad de los juicios morales (por ahora dejemos la normatividad del derecho a un lado) los cognitivistas y los no-cognitivistas toman posturas opuestas. Los cognitivistas defienden las ideas de la verdad y la justificación; y los no-cognitivistas asumen la idea de la motivación.

Luke Russell sostiene que hay dos nociones distintas de normatividad en juego en las disputas contemporáneas. La primera noción de normatividad está conectada a la motivación. La segunda noción de normatividad se relaciona con la justificación y la corrección. El atribuye el modelo motivacional a Hume (y los no cognitivistas) y el modelo justificativo

a Korsgaard (o a cualquier cognitivista)³⁵. De manera similar, Jean Hampton señala que la idea de normatividad de los juicios morales se puede entender a través del modelo justificativo de los cognitivistas o el modelo motivacional de los no-cognitivistas³⁶.

Como podemos observar el contraste entre las posturas justificativas y motivacionales de la normatividad se deriva de las diversas perspectivas metaéticas. Primero podemos identificar al modelo justificativo de los cognitivistas. Para los cognitivistas el estado normativo de los juicios morales se trata de una función simple de su pretensión de describir verdaderamente las características éticas objetivas de las acciones. Esta postura se contrasta con la lectura motivacional de normatividad de los no-cognitivistas, según la cual el estatus normativo de un juicio se refiere a su capacidad para determinar una conducta.

Para un cognitivista, la normatividad debe entenderse en términos de verdad. En la postura cognitivista, los juicios morales, siendo verdaderos, pretenden describir hechos morales; y cuando lo hacen con éxito, es decir, cuando están justificados, el juicio moral es normativo o vinculante. El éxito de la justificación es la clave de la explicación cognitivista de la normatividad. Cuando los juicios morales rastrean con éxito lo que es “verdadero” están justificados.

En el modelo cognitivista, uno tendría que asentar la posibilidad de que un juicio moral sea "vinculante", incluso si no ejerce en lo más mínimo un impulso motivador sobre el agente que emite el juicio. Para los cognitivistas, la cuestión de la motivación no tiene vinculación con la normatividad. Por ello, cuando se plantea cualquier pregunta con respecto a los motivos que gobiernan el compromiso de uno para hacer lo que el juicio moral afirma o

³⁵ Russell, Luke, “Two Kinds of Normativity: Korsgaard v. Hume”, en Charles Pigden (ed.) *Hume on Motivation and Virtue*, Palgrave Macmillan, 2009, p. 208.

³⁶ Jean, Hampton, *Authority of Reason*, Cambridge University Press, Cambridge, 1996, pp. 94-98.

exige que uno deba hacer, los cognitivistas generalmente la descartan como una "pregunta psicológica".

Los no-cognitivistas intentan comprender la normatividad en términos de pasión, deseo y actitud. Charles Stevenson usa una frase que captura el énfasis en la motivación en la comprensión de la normatividad de los no-cognitivistas; él lo llamó el "magnetismo" del bien. Para un no-cognitivista, la vinculación o normatividad del juicio moral debe entenderse en términos del impulso motivacional o "magnetismo" que ejerce en el razonamiento del agente. La "autoridad" de la moralidad es la autoridad motivacional³⁷. Esto, de acuerdo con el no-cognitivista, explica por qué una persona que sinceramente hace un juicio moral también está motivada para actuar de acuerdo con él; y así, cualquier juicio moral sincero es también (motivacionalmente) normativo.

Haciendo hincapié en este aspecto motivacional de los juicios morales, Gibbard entiende la normatividad en términos de un "elemento de respaldo" en los juicios morales. Para Gibbard, este elemento de respaldo se deriva del estado conativo y cargado de motivación involucrado en hacer un juicio moral³⁸.

El no-cognitivista, habiendo respaldado la lectura motivacional de la normatividad, señala que no hay nada más de que hablar sobre la normatividad que esta conexión motivacional entre un juicio moral y las acciones del agente. Los no-cognitivistas insisten en que "verdad" y "justificación" son postulados vacíos para comprender la normatividad.

Como hemos visto, para el cognitivista hay un contraste entre la motivación y la justificación y, por lo tanto, la normatividad debe entenderse como una cuestión de "verdad", distinta de la de la motivación. Es un lugar común entre los cognitivistas decir que los no-cognitivistas no pueden

³⁷ Stevenson, Charles, "The Emotive Meaning of Ethical Terms", *Mind*, vol. 14, 1937, p.11.

³⁸ Gibbard, *Wise Choices Apt Feelings*, Oxford, Oxford University Press, 1990.

explicar la normatividad de la moralidad, o la fuerza normativa de las razones morales. Su crítica es que las tesis no-cognitivistas son limitadas.

Los no-cognitivistas defienden que los cognitivistas no se concentran en la definición de "normatividad". Los no-cognitivistas argumentan que el mundo contiene una realidad mucho más delgada que la que perciben los cognitivistas; porque para ellos la normatividad solo debe entenderse en términos de motivación.

En el modelo de cognitivista la normatividad se relaciona con el agente, independientemente de su motivación. Habiendo asumido que los juicios morales son aptos para la verdad, el que tome dicha postura debe pensar que algo debe hacerlos verdaderos o falsos; la meta entonces se convierte, para tomar prestada la frase en dilucidar la condición de verdad y nuestro acceso a ella. La condición de verdad que ella señala es la "fuente" de la normatividad. Por otro lado, los no-cognitivistas insisten en que "verdad" y "justificación" son postulados vacíos para comprender la normatividad. La "fuente" de normatividad para el no-cognitivista es puramente subjetiva: reside en las actitudes y sentimientos del agente moral.

3. La lectura cognitivista de la normatividad del derecho

La idea que subyace a un modelo cognitivistas (o justificativo) es que la vinculación moral debe entenderse en términos justificativos. Los juicios morales, siendo aptos para la verdad, pretenden describir estándares morales objetivos; y, cuando lo hacen con éxito, es decir, cuando están justificados, el juicio moral es normativo o vinculante. La idea de dar razones está entrelazada con la idea del estándar moral objetivo o verdadero que actúa como *truth-maker* (lo que hace que el juicio moral sea verdadero). Como se señaló anteriormente, esta idea de dar razón está notoriamente ausente en el modelo motivacional porque cuando se trata de ontología, éste último evita la idea de verdad moral.

Considero que el *modelo justificativo de la normatividad del derecho* es paralelo al *modelo justificativo de los juicios morales*. Este modelo establece que la vinculación moral del derecho debe entenderse en términos justificativos, de modo que el derecho es normativo si está de acuerdo con alguna norma moral objetiva. La idea de la justificación moral en relación con alguna norma moral objetiva es fundamental para el modelo justificativo.

La tesis semántica inherente al modelo justificativo de la vinculación moral del derecho es la del descriptivismo moral: la afirmación de que los enunciados de obligación jurídica pretenden denotar hechos y propiedades morales objetivas.

Aquellos comprometidos con el modelo justificativo insisten en que los enunciados jurídicos son semánticamente "normativos" en el mismo sentido que los enunciados morales.

En el modelo justificativo, existe una conexión conceptual entre los enunciados de obligación jurídica y las normas morales objetivas, en el sentido de que los enunciados jurídicos pretenden denotar normas morales, independientemente de si lo hacen con éxito. Es decir, esta conexión conceptual se mantiene independientemente de si los requisitos legales son moralmente justificados o no.

En el modelo justificativo, se puede decir que el derecho pretende denotar estándares morales objetivos. Lo más importante es que esta conexión conceptual se mantiene independientemente de si los requisitos legales están moralmente "justificados" o no.

Los compromisos ontológicos de los teóricos del derecho que se suscriben al modelo justificativo pueden variar, al igual que los compromisos ontológicos de los cognitivistas. Aquí podríamos esperar encontrar corrientes que van desde el realismo, el constructivismo y el

voluntarismo. Como resultado, el estándar moral objetivo que actúa como *truth-maker*, hace que los requisitos morales sean vinculantes.

Hay dos versiones posibles del modelo justificativo. A uno, la llamaremos la postura directamente justificativa y la otro, la postura indirectamente justificativa. En una postura directamente justificativa uno puede encontrar una relación de justificación dependiente del contenido entre el estándar moral objetivo y el enunciado jurídico que pretende referirse a él; y, a continuación, la idoneidad de la verdad moral de los enunciados jurídicos es un asunto de correspondencia con tales estándares morales objetivos.

En el modelo indirectamente justificativo hay dos niveles de justificación. En el nivel inferior está la directiva de la autoridad. El enunciado de obligación legal pretende referirse a la directiva de la autoridad. En el nivel superior está la norma moral objetiva que otorga la unión moral a la directiva de la autoridad. Un enunciado será moralmente vinculante solo si la autoridad que emite la directiva cumple con los criterios establecidos en la norma moral objetiva.

Un modelo indirectamente justificativo de la normativo de la moralidad sería el de Raz. Raz sustenta la tesis de que el punto de vista jurídico está incluido en el punto de vista moral y ella opera como premisa de su versión fuerte de la tesis de las fuentes sociales: sólo una autoridad que pretenda ser legítima para proporcionar un criterio de actuación a un sujeto dotado de autonomía moral, destinado a reemplazar el propio criterio de éste, puede conceptualmente ser considerada derecho. No hay, de acuerdo con Raz, un punto moral y un punto de vista jurídico. La moral es mucho más vasta y constitutiva de la condición humana que el derecho. El punto de vista jurídico sólo es inteligible, por tanto, formando parte del punto de vista moral y las razones jurídicas son necesariamente razones morales, caracterizadas por rasgos que sólo surgen institucionalmente y que hacen

posibles ciertos fines que se identifican según la moral (como, por ejemplo, la vida en civilización bajo ciertas condiciones que hacen posibles la autonomía personal y la libertad de todos)³⁹.

Además, la identificación por las fuentes sociales es, para Raz, un requerimiento conceptual del derecho que surge a partir de la necesidad de que, para prestar un servicio al obligado por sus normas, deba ser entendido como pretendiendo autoridad legítima. Aunque la pretensión de legitimidad del derecho como autoridad de facto es una cuestión conceptual, la legitimidad efectiva del derecho, su real justificación normativa, es una pregunta abierta, que requiere una respuesta moral. La autoridad jurídica es instrumental y, aunque la identificación de los cursos de acción que ordena es formal, las razones para su aceptación son necesariamente sustanciales.

4. La lectura no-cognitivistica de la normatividad del derecho

Podríamos comenzar recordando la posición no-cognitivistica de la normatividad moral antes de pasar a su contraparte en la teoría jurídica. Para un no-cognitivistica, la vinculación o la normatividad de un juicio moral debe entenderse en términos del impulso motivacional que ejerce en el razonamiento del agente. Para un no-cognitivistica, este elemento de respaldo se deriva del estado conativo cargado de motivación (lo que ellos llaman una actitud), algo de lo que carecería un estado cognitivo (creencia). El no-cognitivistica, habiendo respaldado la lectura motivacional de la normatividad, señalaría que no hay nada más de que hablar sobre la normatividad que esta conexión motivacional entre el juicio moral y las acciones del agente. Él insistiría, como lo hacen Blackburn y Gibbard, en que "verdad" y "justificación" son *spare-wheels* para comprender la

³⁹ Raz, Joseph, *Between Authority and Interpretation*, New York, Oxford University Press, 2009.

normatividad y el carácter vinculante. La búsqueda de *truth-makers* se descarta en este modelo.

El modelo no-cognitivistista de la normatividad del derecho es el del realismo escandinavo representado por Ross y por Olivecrona. Ambos argumentaron que la obligatoriedad moral del derecho debía entenderse no de acuerdo con un estándar moral objetivo (porque pensaban que no existen tales estándares), sino de acuerdo con el modelo no-cognitivistista de vinculación, es decir, en términos de una postura moral conativa adoptada por los sujetos hacia el derecho. Los realistas escandinavos hicieron todo lo posible por reducir los conceptos jurídicos, como los derechos y las obligaciones a hechos psicológicos del comportamiento de los agentes y sus inclinaciones⁴⁰.

El modelo justificativo de la normatividad del derecho como ya dijimos trata a los enunciados de obligación jurídica como enunciados descriptivos morales; términos como "deber", "derechos" y similares pretenden denotar estándares morales objetivos. En ese sentido, el modelo no-cognitivistista debe adoptar una ruta semántica diferente a la que adopta el modelo justificativo. El no-cognitivistista no puede ayudarse a sí mismo con el modelo semántico jurídico de los teóricos cognitivististas. Puede pensarse que se tendría entonces que recurrir al modelo semántico del no-descriptivismo moral podría permitir al no-cognitivistista sostener que los enunciados jurídicos no son moralmente descriptivististas, como afirman los cognitivististas. Esto haría que el no-cognitivistista tuviera la siguiente postura: que los enunciados de obligación jurídica son enunciados no-cognitivististas que expresan la actitud del hablante hacia la aprobación del derecho.

Sin embargo, el modelo semántico no-descriptivistista para los enunciados jurídicos no parece plausible. Un modelo semántico debe

⁴⁰ Bix Brian, "Ross and Olivecrona on Rights", *Australian Journal of Legal Philosophy*, vol. 34, 2009. p. 103.

conservar la posibilidad de que un enunciado jurídico sea correcto o incorrecto según lo que el derecho determina. Una característica indiscutible de los enunciados jurídicos es que son aptos para la verdad en relación con el derecho. Un enunciado no-cognitivist, por definición, no es válido para la verdad. Este modelo semántico no-cognitivist de enunciados jurídicos llevaría al resultado contraintuitivo de que cuando alguien hace un enunciado jurídico, no sea más que una actitud que expresa y no hay manera de decir si es correcto o incorrecto de acuerdo con el derecho. Por estas razones, la versión no-cognitivist semántica (el no-descriptivismo) de los enunciados jurídicos es insostenible. Quizás el modelo semántico de la normatividad del derecho desarrollado por Hart fue la respuesta a este problema.

5. El modelo de normatividad de Hart

Como se dijo al inicio de este capítulo. Un modelo de la normatividad del derecho debe de ser capaz de explicar cómo los enunciados jurídicos son semánticamente normativos; y cómo el contenido de los enunciados jurídicos semánticamente normativas se vuelve moralmente vinculante.

Como se vio en el primer capítulo Hart profesó eludir completamente cualquier compromiso metaético. La postura de Hart fue una asepsia metaética, a la vez que quería desarrollar un modelo de la normatividad del derecho. Se negó a reconocer que el punto de vista interno implicara una postura moral. Raz argumentó que si la aceptación de Hart desde el punto de vista interno se interpretaba como aceptación moral, amenazaría sus ambiciones positivistas.

En ese sentido, dado su silencio en metaética, Hart no pudo desarrollar un modelo capaz de entender por qué el derecho es moralmente vinculante. Hart no debatió sobre cuál es la obligación de obedecer al derecho. Sostengo que, de acuerdo con el aparato conceptual utilizado en este capítulo, su

teoría se circunscribió solo a explicar por qué los enunciados jurídicos son semánticamente normativos. La propuesta semántica de la normatividad por Hart, en forma resumida, fue la siguiente: los enunciados de obligación jurídica son "normativos", ya que transmiten lo que es requerido por una regla.

Hart sostiene que para entender la idea de los enunciados de obligación jurídica debemos recurrir a una situación que incluya la existencia de reglas sociales “porque esta situación contribuye de dos maneras al significado del enunciado de que una persona tiene una obligación⁴¹”:

- a. La existencia de tales reglas, que hacen de ciertos tipos de comportamiento una pauta o modelo, es el trasfondo normal o el contexto propio; aunque no expreso, de tal enunciado; y
- b. La función distintiva de este último es aplicar tal regla a una persona particular, destacando el hecho de que su caso queda comprendido en ella.

Aquí, mucho depende de lo que Hart entiende por "la existencia de tales reglas, que hacen de ciertos tipos de comportamiento una pauta o modelo ". La regla que hace que el comportamiento sea una pauta o modelo es la regla de reconocimiento. Por lo tanto, los enunciados de obligación jurídica son enunciados que señalan que lo que se requiere de una persona está sujeto a una regla, "identificada" por la regla de reconocimiento.

El uso, por los jueces y por otros, de reglas de reconocimiento no expresadas, para identificar reglas particulares del sistema, es característico del punto de vista interno. Quienes las usan de esta manera manifiestan así su propia aceptación de ellas en cuanto reglas orientadoras, y esta actitud trae aparejado un vocabulario característico, distinto de las expresiones

⁴¹ Hart, H.L.A, *El concepto...*, cit. p. 105.

naturales del punto de vista externo. Quizás la forma más simple es la expresión “It is the law that... (‘El derecho dispone que)’”⁴²

Los enunciados de validez jurídica de reglas particulares, hechos en la vida cotidiana de un sistema por jueces, abogados o ciudadanos ordinarios... son enunciados internos de derecho que expresan el punto de vista de quienes aceptan la regla de reconocimiento del sistema.⁴³

La regla de reconocimiento está constituida por la práctica de los *officials*. Los enunciados de obligación jurídica transmiten lo que requieren las reglas (primarias) que derivan su validez de la regla de reconocimiento. Según Hart, se podría decir que existe una obligación legal cuando existe una regla, identificable por la regla de reconocimiento, que se basa en las prácticas de los *officials*.

Ahora podríamos pasar a considerar cómo el análisis normativo de los enunciados jurídicos de Hart logra proponer una alternativa al “no-descriptivismo moral” que es problemático para el no-cognitivista que quiere desarrollar un modelo semántico de la normatividad del derecho

La posición de Hart se basa en una base social “empirista”, la de la regla de reconocimiento que practican los *officials*⁴⁴. Para Hart, la regla de reconocimiento practicada socialmente juega el papel crucial de separar la obligación jurídica de cualquier razón moral objetiva. Un enunciado de obligación jurídica transmite lo que se requiere por una regla que deriva su validez de la regla de reconocimiento practicada oficialmente. Del enunciado “de acuerdo con el derecho X tiene una obligación de Ø” no se sigue que “X tiene una obligación moral de Ø”. Un enunciado de obligación jurídica, según Hart, no pretende indicar ninguna razón moral objetiva para la

⁴² *Ibidem*, p. 128

⁴³ *Ibidem*, p. 134.

⁴⁴ *Ibidem*, pp. 142-143.

acción. Por lo tanto, los enunciados de obligación, según Hart, no tenían el mismo significado en contextos legales y morales⁴⁵.

Los enunciados jurídicos internos se hacen desde el punto de vista interno de la norma y, como tales, pueden ser hechas incluso por aquellos que no aprueban la regla.

Hay un conjunto amplio y abierto de razones por las que los ciudadanos podrían aceptar que el derecho les proporciona razones para la acción. Hart escribe que un ciudadano puede obedecer las normas jurídicas “por una multiplicidad de razones diferentes y entre esas razones puede contarse a menudo, aunque no siempre, el conocimiento de que eso es lo que más le conviene”⁴⁶. Y en otro capítulo añade: “la adhesión al derecho no siempre puede estar motivada por esta (la obligación moral), sino por el cálculo de intereses a largo plazo o por el deseo de seguir con una tradición o por una preocupación desinteresada por los demás.”⁴⁷ Si, de acuerdo con el análisis de Hart, alguien acepta que el sistema jurídico le da razones para la acción ¿de qué tipo de razones se trata? ¿Existe alguna alternativa a entender dichas razones como razones morales? Una alternativa que viene a la cabeza es que las personas pueden obedecer el derecho por razones meramente prudenciales: para evitar sanciones económicas, una eventual restricción de la libertad o la afrenta pública que puede derivarse de ser considerado un infractor.

Hart argumentó que el descriptivismo moral de Raz implicaba la opinión de que hacer un enunciado de obligación jurídica era equivalente a hacer un juicio moral. Hart se oponía firmemente a esta opinión⁴⁸. Los enunciados de obligaciones jurídica, según Hart, no necesariamente

⁴⁵ Hart, H.L.A., *Essays on...*, cit., pp. 134-135.

⁴⁶ Hart, H.L.A., *El concepto...*, cit. p. 142.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 286.

⁴⁸ Hart, H.L.A., *Essays on...*, cit., pp. 159-160.

conlleven un respaldo moral motivador por parte del agente que las emite, de la manera en que lo hacen los enunciados morales.

Este modelo semántico de la normatividad del derecho de Hart ayuda a conservar el elemento significativo en la fenomenología de los enunciados jurídicos. En lugar de proponer una reducción de los términos "normativos" como "obligación", "derecho", "deber", etc., sostiene que estos términos se utilizan en un sentido no moral pero sí "normativo" en enunciados jurídicos.

Podría interpretarse que Hart trata el derecho como una forma *sui generis* de normatividad. Hart no analiza si existen buenas razones morales para aceptar un determinado sistema jurídico como algo que proporciona razones para la acción. De forma similar, Hart no analiza en ninguna medida qué tipo de razones las personas podrían pensar que el derecho les da. Para Hart es suficiente que algunas personas consideren que el derecho les proporciona razones para la acción. Según Hart, el teórico del derecho no necesita preocuparse demasiado de qué tipo de razones podría tratarse y si estas están bien fundamentadas. En otro lugar, Hart pone de relieve que no debería confundirse el "deber ser" con la moral: hay muchas formas de "deber ser", muchos tipos de razones para la acción.

En la misma línea podría interpretarse que Hart defiende que, para la persona que acepta el derecho, el tipo de razón jurídica, como quien realiza otras elecciones podría considerarse a sí mismo como sujeto a las razones del ajedrez (mientras está jugando, por ejemplo, razones en el juego para mover el alfil en diagonal en vez de en otra forma, y a una casilla mejor que a otra), las de la etiqueta o la moda. En el mismo sentido, para quienes aceptan que el derecho les proporciona razones para la acción, ¿por qué deberíamos asumir que estas razones son razones morales? Por ejemplo, en el caso de la etiqueta o el ajedrez, entendemos cómo puede dar razones que no son morales. Tal vez el derecho, de forma análoga, proporcione razones que no son morales.

6. Críticas al modelo de la normatividad hartiano

El modelo hartiano de la normatividad se enfrenta a la idea, cada vez más popular en la teoría jurídica, de que es un aspecto esencial del derecho el ser autoritativo, moralmente adecuado o al menos "correcto", en un sentido general. ¿Por qué se debería asumir que el derecho hace exigencias morales? A continuación, exploraré algunas de las críticas al modelo hartiano de la normatividad.

En primer lugar, Leslie Green señala que el derecho dicta exigencias morales a sus súbditos⁴⁹ (parte de su lista de formas en las que hay conexiones necesarias entre el derecho y la moral, al contrario de algunas interpretaciones de la "tesis de la separabilidad" del positivismo jurídico). Green explica que el derecho "dicta exigencias categóricas" a los ciudadanos, para que estos actúen sin tener en cuenta el propio interés individual sino el interés de otros sujetos, y que estos criterios constituyen "exigencias morales".

Ante la posición de Hart de distinguir entre la obligación moral y obligación jurídica, Timothy Endicott sostiene que el modelo semántico de Hart es inadecuado porque deja sin explicar la naturaleza de la diferencia entre la obligación legal y la moral. Critica, en consecuencia, que Hart no tiene nada que decir sobre el significado de las expresiones normativas en los enunciados jurídicos.

According to Hart, the meaning of normative language differs in morality and in law, but he never explained the difference. In fact, Hart had nothing to say about the *meaning* of normative expressions such as 'ought'

⁴⁹ Cfr. Green, Leslie, "Positivism and the Inseparability of Law and Morals", *New York University Law Review*, Vol. 83, No. 4, 2008, pp. 1035-1058.

and 'must' or 'obligation' or 'right' (except that their meaning differs in law and in morality).⁵⁰

Endicott luego sugiere que el lenguaje normativo significa lo mismo en sus usos morales y en sus usos jurídicos. En otras palabras, Endicott invita a Hart a asumir el descriptivismo moral raziano. Sin embargo, creemos que para hacer tal crítica, primero Endicott tendría que establecer por qué las expresiones "normativas" que expresan estándares de etiqueta o enunciados que transmiten estándares de gramática, deben entenderse en el sentido moral.

En la segunda edición de *The Authority of Law* Joseph Raz considera que la exigencia del derecho de autoridad es una exigencia moral, pues se trata de una exigencia que incluye la afirmación de un derecho a conceder derechos e imponer deberes en materias que afectan a aspectos básicos de la vida de las personas y las interacciones entre ellas⁵¹.

Ya en la primera edición Raz temía que el análisis de Hart de los enunciados de obligaciones legales, tal como están, no vaya más allá de la reducción de Bentham.

La respuesta de Bentham fue negar que tales expresiones (enunciados jurídicos) constituyeran expresiones normativas. 'X tiene el deber de θ -r' significa 'X es responsable de una sanción si no θ '. Posteriores positivistas admitieron que 'disposición jurídica', 'deber', 'derecho', etcétera tienen sus usos normativos pero presuponían que contenían un sentido puramente fáctico cuando eran calificados por el adjetivo "jurídico" o precedidos por el operador 'el derecho es que' y sus equivalentes. Pero esto, esencialmente no es más que una versión más sofisticada de la opinión de Bentham. El derecho es identificado no necesariamente como producto de

⁵⁰ Endicott, Timothy, *Law and Language*, <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2010/entries/law-language/>>

⁵¹ Raz, Joseph (2009). *The Authority of Law*, 2da edición, Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 315-316.

la legislación, sino como una práctica de los tribunales y de otros funcionarios.⁵²

Raz argumenta que el reduccionismo está condenado al fracaso porque no logra captar una característica crucial de los enunciados jurídicos; los enunciados jurídicos son "deónticos o prácticos", ya que se utilizan para exigir y justificar acciones. Los "positivistas posteriores" a los que Raz alude en el pasaje anterior, también incluyen a Hart. Raz teme que el modelo de enunciados de obligaciones jurídicas de Hart, a pesar de la afirmación de Hart de haber proporcionado una postura "normativa", no vaya más allá del reduccionismo. Argumenta esta conclusión de la siguiente manera. Comienza con la división bipartita de Hart de enunciados jurídicos: internos y externos.

a. Enunciados internos: Raz señala que los enunciados internos de Hart son aquellos que aplican el derecho y la utilizan como un patrón por medio del cual evalúan, guían o critican aquellos comportamientos a las cuales la norma se aplica. Hacer enunciados internos es un signo de respaldo a la norma respectiva.⁵³

b. Enunciados externos. Raz luego señala que los enunciados externos de Hart sobre el derecho son enunciados de las prácticas y acciones de las personas. Son afirmaciones teóricas de hecho y, haciéndose eco de Hart, Raz sostiene que son irrelevantes para la explicación de la normatividad o el uso del lenguaje normativo en el derecho.⁵⁴

Raz luego continúa argumentando que la idea de los enunciados internos de Hart es errónea en la medida en que insiste en que no implican ninguna afirmación moral del hablante. Argumenta que los enunciados jurídicos internos no pueden sino implicar afirmaciones morales hechas por

⁵² Raz, Joseph, *La autoridad del derecho*, México, Ediciones Coyoacán, 2011, p. 198.

⁵³ *Ibidem*, p. 199.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 199.

el hablante. Raz argumenta que las expresiones normativas se usan en el mismo sentido en contextos legales y morales⁵⁵.

Esta objeción que plantea Raz no es más que una apelación al descriptivismo moral. En la metaética cognitivista de Raz, hacer una afirmación moral no es más que pretender describir algunos hechos y propiedades morales objetivas. Por lo tanto, Raz dice, en efecto, que la teoría de Hart es errónea al negar el descriptivismo moral. Para Raz, sin el descriptivismo moral la postura de Hart no será más que un reduccionismo disfrazado.

¿Por qué Raz piensa que los enunciados jurídicos necesariamente implican pretensiones morales? Raz explica que gran parte del discurso legal se refiere a los derechos y deberes de los demás. Raz sostiene que, si bien uno puede aceptar el derecho como una guía para su propio comportamiento por razones prudenciales, no puede aducir las propias razones prudenciales como una justificación para sostener que otras personas deben, o tienen el deber de actuar de cierta manera. Afirmar que otra persona tiene que actuar en mi interés es normalmente hacer un enunciado moral sobre sus obligaciones morales. Para Raz es imposible resistirse a la conclusión de que la mayoría de los enunciados jurídicos internos son afirmaciones morales⁵⁶.

En los últimos años, Kevin Toh ha hecho una relectura de Hart a la luz del expresivismo metaético contemporáneo⁵⁷. Toh pretende introducir el no cognitivismo a través de la idea de Hart de enunciados jurídicos internos;

⁵⁵ *Ibidem*, p. 204.

⁵⁶ Raz, Joseph, "Purity of the Pure Theory", en Paulson S.L. y Paulson P.L., *Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford, *Oxford University Press*, 1999, p. 249.

⁵⁷ Toh, Kevin, "Hart's Expressivism and his Benthamite Project", *Legal Theory*, Vol. 11, 2008, p. 75.

los trata como declaraciones morales, expresando la actitud de aprobación del hablante hacia el derecho.

Recordemos que el modelo semántico de Hart apunta que las declaraciones de obligación legal establecen lo que es correcto o requerido en relación con los estándares practicados socialmente. Por ello, creo que su argumento va más allá de lo expuesto por Hart. Hart insistió que la aceptación desde el punto de vista interno no implica ningún respaldo moral de la ley. La reconstrucción de Toh, por el contrario, implica que la aceptación desde el punto de vista interno es necesariamente una aceptación moral.

Por otra parte, Stephen Perry se aventura a señalar que Hart sí presentó argumentos para defender la obligación moral del derecho desde el no-cognitivismo. Según Perry, Hart sostuvo la opinión de que un agente que realiza un enunciado interno expresa su actitud de aprobación hacia el derecho; y, por lo tanto, trató de explicar la "normatividad del derecho" con la ayuda de esta actitud no-cognitivista. Perry entiende que esta actitud no-cognitivista constituye el punto de vista interno. Perry argumenta que esta explicación de la "normatividad del derecho", sin embargo, debe fallar, ya que el modelo no puede explicar la razón potencial de derecho.

Una explicación plausible de la "normatividad del derecho" de acuerdo con Perry debe explicar cómo los funcionarios podrían tener el poder de cambiar la situación normativa de los demás al darles razones para la acción como la postura raziana lo hace. Perry desestima la explicación de Hart sobre la "normatividad del derecho". El *quid* de la crítica de Perry se puede resumir así: una explicación de la "normatividad del derecho" debe explicar la razón del derecho y el dar razones requiere estándares morales objetivos como fuente de normatividad; así, un relato no-cognitivista, que busca apoyar la fuente de la normatividad en una actitud, nunca puede explicar el dar razones. Perry presupone el modelo justificativo y espera que el

modelo motivacional o no-cognitivistista siga ese modus operandi. El error que comete Perry es suponer que cualquier modelo plausible de normatividad necesariamente tendría que seguir el modus operandi del razonamiento que se encuentra en un modelo justificativo.

En el modelo justificativo afirma que cuando el derecho es vinculante, significa que está "justificado" por un *truth-maker*. En el modelo motivacional, por el contrario, la "fuente" de la normatividad es una actitud conativa. El modus operandi del modelo motivacional no es "justificativo"; que el derecho sea vinculante para un agente significa que tiene una actitud moral conativa y motivacionalmente efectiva hacia el derecho.

La queja de que Hart no tuvo una postura exitosa de la normatividad la señala Stephen Perry de esta manera:

In the end, he [Hart], like Austin, does not take normativity sufficiently seriously. Since the internal point of view is nothing more than an attitude that a standard is [morally] binding, Hart is not offering an account of the 'normativity of law' that looks to its (potential) reason givingness. I argue that Hart's non-cognitivist account of the meaning of legal statements, based as it is on the idea that the proper explanation of the 'normativity of law' looks to the expressed endorsement of a standard of conduct rather than to the law's potential to create reasons for action of a specifically legal kind, prevents him from offering...a proper theoretical account of that aspect of the phenomenon of law which he himself took to be most important.⁵⁸

Perry piensa que el modelo de "normatividad del derecho" de Hart falla porque no explica la vinculación moral del derecho de una manera que concuerde con la comprensión de Perry sobre la vinculación moral. Para Perry, el punto de vista interno hartiano es una mera actitud, a saber, una actitud de aprobación hacia un estándar legal; y una mera actitud de

⁵⁸ Perry, Stephen, "Hart on Social Rules and the Foundations of Law: Liberating the Internal Point of View", *Fordham Law Review*, vol. 75, 2006, p. 1171.

aprobación nunca podría, en sí misma, explicar cómo el estándar podría ser moralmente vinculante. Estas críticas se derivan de la tácita adhesión de Perry al modelo justificativo, que sostiene que para que un requisito moral sea vinculante, debe ser verdadero "objetivamente". Una mera actitud "subjetiva", como la que Perry encuentra en la postura de Hart, simplemente no puede hacer el trabajo de vincular moralmente a un agente. Como consecuencia, las discusiones sobre la "normatividad del derecho" de acuerdo con Perry deben basarse en el supuesto de que el modelo justificativo es la explicación plausible de la vinculación moral del derecho; y el modelo motivacional nunca podría hacer lo mismo.

Sin embargo, vale la pena insistir que para Hart tener el punto de vista interno relativo a la norma, todo lo que uno tiene que hacer, es ser miembro de un grupo social y ser consciente de sus reglas. Para tener el punto de vista interno no importa si el agente está comprometido moralmente con alguna de las reglas. Para Hart, el punto de vista interno es desde el cual se identifica al derecho y se hacen enunciados jurídicos internos. Los enunciados jurídicos internos son enunciados similares a los enunciados de las reglas de etiqueta o de un juego. Establecen lo que es requerido a la luz de algunos estándares o pautas socialmente actuales. El juicio de lo que es requerido por algún estándar social actual no implica ningún compromiso moral por parte del agente que realiza el juicio. De ello se deduce que, para emitir enunciados internos, la persona no necesita estar moralmente comprometida con el estándar que ha identificado. Como los enunciados jurídicos internos deben entenderse como enunciados de acuerdo con la regla, no implican ningún respaldo moral por parte del agente que las emite. Como hemos dicho, Hart puso gran énfasis en el hecho de que la identificación de la normatividad del derecho no implica ningún tipo de compromiso moral.

Lo expuesto en el capítulo se puede resumir en que Hart se limitó a explicar la normatividad a través de un punto de vista interno sin un

compromiso moral, por lo que su teoría le limita al nivel semántico de la normatividad. Como se ha reiterado, un modelo completo sobre la normatividad del derecho también tiene que explicar por qué el derecho pretende ser moralmente obligatorio. No se puede evadir que el derecho afecta a las personas de manera moralmente significativa. La crítica a esta limitación del modelo hartiano la señala Verónica Rodríguez Blanco:

Hart was not interested in the justified character of the normativity of law whereby the law-abiding citizen is guided by legal rules as providing reasons for actions and imposing genuine obligations. Hart aimed to describe the behaviour of participants when they *accept* rules which they *believe* are duty-imposing and reason-giving. However, the social normativity of law is merely a *partial* explanation of the normative character of the law and this is, perhaps, the target of Hart's critics.⁵⁹

En cuanto a su modelo semántico, Hart pudo establecer cómo los enunciados jurídicos son "normativos" sin comprometerse con un descriptivismo moral o un no-descriptivismo moral. Sin embargo, para completar una teoría sobre la normatividad del derecho, le faltó demostrar como el derecho se vuelve moralmente vinculante. Un modelo metaético no-cognitivist sería el único plausible capaz de alinearse con su modelo semántico de la normatividad del derecho desarrollado por Hart, dada su incomodidad con el descriptivismo moral de Raz.

Al abordar el estado actual de la teoría jurídica, la normatividad del derecho ha pasado a ser un tema central, que no se puede abordar sin recurrir a una posición metaética.

⁵⁹ Rodríguez, Verónica, *Law and Authority under the Guise of God*, México, Oxford, Hart Publishing, 2014, p. 77.

**CAPÍTULO III. LOS PROBLEMAS
METAÉTICOS DEL POSITIVISMO
INCLUYENTE**

1. Apertura

Cuando Hart publica el *Postscript* en 1994, el positivismo jurídico se divide en dos grandes posturas: los excluyentes y los incluyentes. El positivismo jurídico excluyente considera que la identificación del derecho no depende nunca, por razones conceptuales, de argumentos morales. El positivismo jurídico incluyente fundamentalmente defiende que cuando las fuentes del derecho apelan a la moralidad, entonces la determinación de lo que el derecho requiere depende de la moral.

Una de las críticas centrales al positivismo incluyente, y que interesan para efectos de este capítulo, proviene de Ronald Dworkin. Dworkin criticó el positivismo incluyente señalando que para aceptar la incorporación de la moral en la regla de reconocimiento era necesario también aceptar una visión metafísica sobre la objetividad de la moral, algo contraintuitivo para los postulados positivistas. Esta crítica llevó a Hart en el *Postscript* a señalar que el positivismo jurídico debe evitar comprometerse con teorías filosóficas controvertidas sobre el estatus general de los juicios morales y que es necesario dejar abierta la pregunta sobre la “base objetiva” de los principios y valores. La respuesta de Hart resulta un poco desconcertante por las razones que se verán más adelante.

En este capítulo se argumentará cómo el positivismo incluyente, que parte de la defensa de Hart en el *Postscript*, necesita el compromiso con una postura metaética que defienda una tesis sobre la base objetiva de la moral para poder diferenciarse del positivismo jurídico excluyente. Para ello, en primer lugar, se argumenta que dejar la pregunta abierta como lo hizo Hart, limita la pretensión descriptiva del positivismo jurídico y termina por dejar a la mitad del camino la tesis del positivismo jurídico incluyente. Más adelante, se exponen algunas corrientes metaéticas con las que se podría defender la base objetiva de la moral incorporada en la regla de reconocimiento; algunas de ellas, esconden posturas morales sustantivas

que terminan por perjudicar la pretensión descriptiva que como teoría jurídica tiene el positivismo jurídico.

Así, el cometido de este capítulo será argumentar que la dificultad que afronta el positivismo jurídico incluyente para diferenciarse del positivismo jurídico excluyente y a su vez evitar ser una teoría jurídica evaluativa, tiene como trasfondo el abordaje de teorías metaéticas.

2. El debate Hart- Dworkin

La obra que fijó las bases de la teoría jurídica contemporánea en el mundo anglosajón es *The Concept of Law*. Sus críticas al positivismo austiniiano y kelseniano, y su novedoso enfoque del positivismo jurídico hicieron de Hart un autor muy influyente en la comunidad académica.

A los seis años de haber sido publicado *The Concept of Law*, Dworkin presentó *The Model of Rules*⁶⁰, un texto que se configuró como una crítica a las tesis hartianas. Debido a la penetración de las críticas dworkinianas y el éxito que había tenido el libro de Hart, estas obras representan el inicio de un debate sobre el que correrían ríos de tinta y en el que desde entonces ha participado, con mayor o menor intensidad, una buena parte de filósofos del derecho.

Ante las críticas de Dworkin, surgieron intentos de afrontarlas conservando simultáneamente la esencia de la versión hartiana del positivismo jurídico. Uno de estos intentos fue el positivismo jurídico incluyente. En esencia, se trata de un intento de hacer compatibles los principios jurídicos y la incorporación de valores al derecho con el positivismo jurídico. Esta versión del positivismo jurídico parece ser la que finalmente fue sostenida por el Hart, cuando el *Postscript* de la segunda

⁶⁰ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 1984, p. 65. Versiones originales: Dworkin, Ronald, "The Model of Rules (I)", *University of Chicago Law Review*, 1967 y Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Londres, Duckworth, 1977-

edición de *The Concept of Law* refiere a la expresión del *soft positivism*⁶¹. A continuación, se expondrán brevemente las críticas de Dworkin, así como las respuestas de Hart en el *Postscript*.

Dworkin se propone demostrar que la versión hartiana del positivismo jurídico es un modelo de y para un sistema de reglas que obliga a pasar por alto el papel de muchos estándares importantes que no forman parte de este sistema de reglas. De esta manera, el problema de la versión hartiana del positivismo jurídico es que cree que los estándares jurídicos son solamente reglas⁶².

Con respecto a la regla de reconocimiento, Dworkin ofrece argumentos que intentan demostrar su incapacidad para identificar principios. Uno de estos argumentos es conocido como el argumento del pedigrí⁶³. Por medio de este argumento, Dworkin advierte que la regla de reconocimiento establece que el derecho se identifica por medio de un test de origen o pedigrí. Esto significa que una norma es reconocida como jurídica sólo en virtud de su origen, por ejemplo, por haber sido promulgada como ley, y no por su contenido. Sin embargo, para Dworkin, los principios no pueden ser reconocidos mediante este test. La juridicidad de los principios morales parece depender de méritos sustantivos y no de condiciones fácticas. Dworkin intenta demostrar que los principios son normas jurídicas obligatorias. Para esto, observa cómo en distintos casos los tribunales reconocen ciertos principios morales como normas jurídicas, y cómo el reconocimiento de los mismos no se produce mediante un test de origen propuesto por el positivismo jurídico.

⁶¹ Hart, H.L.A., *Post Scriptum al Concepto del Derecho*, trad. Rolando Tamayo, México, UNAM, 2000. Publicación original: Hart, H.L.A., *Postscript*, en *The Concept of Law*, 2a. ed., Oxford, Clarendon Press, 1994.

⁶² Dworkin, Ronald, *Los derechos... cit.*, p. 72.

⁶³ *Ibidem*, p. 65.

A partir de ahí, Dworkin concluye que la regla de reconocimiento positivista resulta incapaz de reconocer todo el derecho vigente⁶⁴. Además, para Dworkin, es imposible formular una regla que pueda identificar todos los principios, porque si se designa una regla de reconocimiento que establezca que todos los principios en vigor son derecho se cometería una tautología al afirmar que el derecho es el derecho; y si se intenta enumerar todos los principios el fracaso es inevitable por ser innumerables y cambiantes⁶⁵.

Con el *Postscript*, Hart pretendió responder a las críticas que su teoría fue recibiendo durante más de treinta años. Sin embargo, solo logró terminar una de las partes de este trabajo dedicada a responder las críticas de Dworkin. La otra sección dedicada a defender su teoría de otros autores no pudo ser terminada y por eso los editores prefirieron no publicarla. Hart aprovechó su última publicación para “aclarar lo que es oscuro, y revisar lo que originalmente escribió donde sea incoherente y contradictorio”. Si bien expresa la intención de aclarar su teoría, más que de modificarla, también es cierto que reconoce lo acertado de algunas críticas que ésta ha recibido. Así, admite, aunque solo parcialmente, las críticas que lo acusan de haber ignorado en su teoría a los principios morales, lo que a su juicio puede solucionarse sin mayores problemas, simplemente acomodando la teoría a estos.

Sobre la insuficiencia de la regla de reconocimiento que señalaba Dworkin, Hart sostiene que no hay “razón alguna, por la que tal regla de reconocimiento no pudiera identificar directamente ciertos principios por su contenido y exigir que fueran tomados en cuenta como parte del criterio de validez jurídica”⁶⁶, sea que se refieran genéricamente a la moral o específicamente a la justicia. Así, la regla de reconocimiento puede

⁶⁴ *Ibidem*, p. 94-98.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 99.

⁶⁶ Hart, H.L.A., “El nuevo desafío del positivismo jurídico”, *Sistema: Revista de Ciencias Sociales*, 36, 1990.

incorporar como criterios de validez jurídica la conformidad con principios morales y valores sustantivos.

Para Hart, la crítica dworkiniana basada en el “argumento del pedigrí” incurre en dos errores: la afirmación que los principios no pueden ser identificados por su pedigrí, y el sostener que una regla de reconocimiento sólo puede proveer criterios de pedigrí. En opinión de Hart, ambas afirmaciones son equivocadas porque por lo menos algunos principios pueden ser identificados como derecho por criterios de pedigrí proporcionados por la regla de reconocimiento y porque un complejo positivismo *soft* es capaz de identificar principios como criterios de contenido y no sólo con criterios de pedigrí. Así, para Hart aceptar que los principios morales son parte del derecho es compatible con la regla de reconocimiento.

En este sentido, el *soft positivism* de Hart parece adoptar una respuesta a la crítica de Dworkin con posiciones incorporacionistas o incluyentes. De hecho, Hart cita a Coleman y a Soper como autores que desarrollan esta alternativa. De esta forma, Hart parece admitir -lo que a su juicio ya había hecho en *The Concept of Law*- que no existe ningún problema en admitir que un sistema jurídico establezca principios morales como criterios de validez⁶⁷. Con estos argumentos Hart cree haber salvado al positivismo jurídico de las críticas dworkinianas.

Ahora bien, un problema, de acuerdo con Dworkin, que habrían de enfrentar los modelos que tratan de hacer compatible la regla de reconocimiento con los principios sería el de la objetividad de la moral. Según Dworkin, los positivistas tienen el deseo de hacer que el nivel objetivo de las proposiciones de derecho sea independiente de cualquier compromiso con cualquier teoría filosófica controvertida del status de los juicios morales, puesto que una prueba moral puede ser una prueba para el derecho

⁶⁷ Hart, H.L.A., *Post Scriptum... cit.*, pp. 44-46.

preexistente sólo si existen hechos morales objetivos en virtud de los cuales los juicios morales sean verdaderos.

Sobre el problema descrito en el párrafo anterior, Hart se ocupa de aclarar que, a su juicio, y no obstante los problemas que plantea la crítica dworkiniana, “la teoría jurídica debe evitar comprometerse con teorías filosóficas controvertidas sobre el status general de los juicios morales y debe dejar abierto, como hago en este libro, la cuestión general de saber si éstos tienen lo que llama ‘nivel objetivo’”⁶⁸. A juicio de Hart, la cuestión de la objetividad moral cuando la regla de reconocimiento incorpora criterios morales no es una cuestión de importancia práctica, ya que en la práctica no importa si un juez crea nuevo derecho con base en la moral o si, guiado por su juicio moral, aplica derecho preexistente.

Hart decide, de forma consecuente, dejar abierta la cuestión de si el *soft positivism* -al admitir la posibilidad de que se incluyan principios morales en el criterio de validez jurídica- logra que los valores morales sirvan como criterios de validez jurídica, o si en cambio, solo constituyen directivas para que los jueces creen nuevo derecho de acuerdo a lo que a su juicio les exigen esos criterios morales:

No importará, para cualquier propósito práctico, si al decidir así los casos el juez encuentra creando derecho de conformidad con la moralidad (sujeto a cualquier limite que esté impuesto por el derecho) o, alternativamente, guiado por su juicio moral como si un derecho previamente existente hubiera sido revelado por una prueba moral para (la determinación) del derecho.⁶⁹

Al dejar evitar un compromiso con una teoría sobre la objetividad moral coloca al *soft positivism* en una encrucijada. Antes de continuar sobre los dilemas a los que se enfrenta el positivismo ‘blando’, cabe acotar que esta corriente se ha bifurcado en el llamado positivismo incluyente y el

⁶⁸ *Ibidem*, p. 30.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 31.

positivismo incorporacionista. Ambos presentan el mismo desafío sobre la objetividad moral.

El positivismo incluyente, por una parte, trata de admitir que los principios morales pueden formar parte de la regla de reconocimiento en el sentido de que pueden formar parte de los criterios para identificar las normas jurídicas. La regla de reconocimiento puede incorporar estándares morales sólo como condición necesaria de validez jurídica. Para que una norma debidamente promulgada sea jurídicamente válida su contenido debe ser consistente con el grupo de normas morales incorporadas.

Que un estándar moral opere como un componente necesario de validez jurídica implica que toda norma, para ser jurídicamente válida, debe ajustarse a ese estándar moral. Esto significa que en estos casos la moral funciona como límite al derecho promulgado⁷⁰.

El positivismo incorporacionista -tal como lo defiende Coleman- afirma que la regla de reconocimiento permitiría la entrada de los principios en el derecho si ella misma consistiera en un criterio moral capaz de determinar la validez jurídica de una norma exclusivamente sobre la base de su contenido moral. Es decir que las razones que un operador jurídico tiene para aplicar una norma jurídica no provienen de dichas normas sino del contenido moral recogido por la regla de reconocimiento. Los estándares morales incorporados a la regla de reconocimiento pueden operar como una condición suficiente de validez jurídica. Para que una norma jurídica sea válida basta con que reproduzca el contenido del principio moral incorporado. Esto significa que normas no promulgadas pueden ser jurídicamente válidas en virtud de su contenido moral⁷¹.

⁷⁰ Waluchow, Wilfrid, "Authority and the Practical Difference Thesis: A Defense of Inclusive Legal Positivism", *Legal Theory*, vol. 6, 2000, p. 76

⁷¹ Coleman, Jules, *The Practice of Principle. In Defense of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 2001, p. 111.

Por más que Hart no se haya expresado sobre esta cuestión, tanto Waluchow como Coleman consideran que el positivismo *soft* del profesor inglés se encuentra en la línea de sus respectivas propuestas. El primero, por considerar que cuando Hart ejemplifica cómo se incorpora la moral al derecho sólo se observa el componente necesario de validez. El segundo, porque sostiene que, si no se admite el componente suficiente de validez, no se logra superar las críticas de Dworkin.

3. ¿Qué significa “moral”?

Conviene aclarar de qué moral habla Hart y la serie de autores incluyentes o incorporacionistas, cuando sostienen que la regla de reconocimiento puede incorporar criterios morales. Dicha pregunta y la respuesta que se ofrezca son cruciales para entender la encrucijada a la que se enfrentan.

Se pueden sintetizar cuatro sentidos en los que puede entenderse el término “moral”:

1. Moral como moral individual, que consiste en un conjunto de principios sobre la conducta humana en relación con la idea que cada uno tiene del bien o del mal.
2. Moral como moral social (positiva o convencional), que se define como un conjunto de principios sobre el comportamiento humano en relación con la idea que un determinado grupo tiene del bien o del mal.
3. Moral como moral concertada, que consiste en un conjunto de principios -obtenido a través del debate intersubjetivo- sobre el comportamiento humano en relación con la idea que la mayoría de las personas tienen del bien o del mal.
4. Moral como moral objetiva (universal, ideal, crítica), que comprendería un conjunto de principios sobre la conducta humana

que son justos en sí mismos, sin que su corrección moral tenga relación alguna con la que los seres humanos consideren bueno o malo⁷².

La moral individual se puede reducir a un hecho de tal forma que resultaría posible determinar qué cree un individuo sobre lo bueno y lo malo. Además, si la moral a la que hiciera referencia la regla de reconocimiento fuera la individual no habría certeza.

Por su parte, la moral social y del mismo modo la moral concertada, está basada en fuentes o hechos sociales, como pueden ser las costumbres, los hábitos, las creencias y las concepciones comunes de un grupo. Por tanto, las creencias morales de los operadores jurídicos o de las personas de un grupo son hechos sociales que se pueden comprobar empíricamente, sean de la clase que sean. Por esta razón, considerar que el derecho puede estar determinado por la moral social no entraña problema alguno para el positivismo jurídico ni invalida ninguna de sus tesis, ni la tesis de las fuentes sociales ni tampoco la tesis de la separación conceptual entre derecho y moral, pues éstas afirman que es posible localizar el derecho sin recurrir a principios morales que sean asumidos como valores, pero eso no excluye que puedan ser analizados como hechos.

De los cuatro sentidos del término “moral”, tanto la moral individual como la social y la concertada están determinadas a un tiempo y lugar concreto y pueden ser reconducidas a hechos. Como tales hechos es posible hacer de ellos una descripción en términos evaluativamente neutros. Se puede verificar empíricamente lo que un individuo, una sociedad o la mayor parte de los Estados -en un momento y lugar dados- entienden por bueno y malo. Sin embargo, la moral objetiva no está circunscrita a un tiempo y

⁷² Pozzolo, Susana, Inclusive positivism: alcune critiche, *Diritto&questioni pubbliche*, n. 1, 2001, pp. 169-171.

espacio determinados. Ello significa que esta moral es independiente de cualquier consideración individual o desarrollo social.

De este modo, si ningún tipo de positivismo niega que el derecho, en ocasiones, se remite a la moral social, entonces parece sencillo concluir que la moral incorporada de la que hablan los positivistas incluyentes como Hart tiene que tratarse de la moral objetiva.

Si los incluyentes entendieran que la moral que puede determinar el derecho fuera la moral social o concertada todo su esfuerzo teórico habría sido inútil, pues lo único que habría conseguido hubiera sido reafirmar la tesis de las fuentes sociales del derecho. Los principios morales que pueden determinar la validez jurídica de los que habla el positivismo jurídico incluyente sólo pueden pertenecer a la moral objetiva y, por lo tanto, tales principios no son incorporados como hechos, sino como valores.

En resumen, tanto el *soft positivism* como las demás versiones del positivismo jurídico incluyente al hablar de “moral” necesariamente se tienen que referir a una moral objetiva. Y si la moral debe ser objetiva, entonces es necesaria una metodología que permita determinar de forma fiable qué es lo que requiere dicha moral.

De este modo, son varias las respuestas que han surgido en torno al compromiso del positivismo incluyente con una corriente metaética que defiende la existencia de una moral objetiva. Dichas respuestas podrían ser agrupadas en al menos dos líneas: a) la evasión del problema -la cual parece ser la que Hart asume en el *Postscript* y que ya fue descrita previamente-, y b) la aceptación de la carga teórica de defender una postura metaética sobre la objetividad moral (como el realismo moral o el constructivismo moral).

4. La evasión del problema

Una primera línea de defensa del positivismo incluyente frente al problema de la objetividad de la moral busca evadir la cuestión. En este sentido se ha sostenido que ésta no es una cuestión de importancia práctica, ya que en la práctica jurídica no importa si un juez crea nuevo derecho con base en la moral o si, guiado por su juicio moral, aplica derecho preexistente.

Esto es un tanto curioso porque se deja a mitad de camino el esfuerzo teórico de defender que el positivismo es capaz de sostener que la moral puede ser incorporada al derecho. Aunque para Hart no hay mayores diferencias prácticas, es evidente que las consecuencias sobre si los tribunales aplican o crean derecho cuando utilizan principios morales son muy diferentes cuando menos en términos teóricos (de descripción y explicación de la praxis jurídica) y esa, la teórica parece ser la misión central de la teoría jurídica positivista.

De hecho, cuando Hart señala que el positivismo jurídico no debe comprometerse con posiciones controvertidas de metaética, es exactamente lo contrario lo que está haciendo al sostener que el reenvío a la moral para la identificación del derecho se trata o bien de un modo de descubrimiento de derecho preexistente, o bien de una mera habilitación de la discrecionalidad judicial, según el objetivismo moral sea verdadero o falso, respectivamente.

En conclusión, Hart tendría que haber defendido una teoría metaética objetivista. Algo que por sí mismo es complicado puesto que al admitir que la validez del derecho pueda depender de valores objetivos y no de las meras actitudes relativas a esos valores observables desde una perspectiva empirista, se está haciendo una aseveración que nunca había sido defendida por el positivismo jurídico. Esta afirmación resulta contraria a la idea positivista que sugiere que la verdad de las proposiciones jurídicas consiste

en hecho históricos ordinarios referentes al comportamiento individual o social.

Para afianzar la dependencia del positivismo incluyente traigamos a colación la distinción que realiza Soper entre dos formas de entender la incorporación de la moral al derecho. Soper, por un lado, observa los casos en que la moral se incorpora al derecho de forma meramente formal. En estos casos, cada vez que los jueces recurren a un estándar moral crean nuevo derecho. Por el otro, afirma que la moral puede incorporarse al derecho de forma sustancial. En estos casos, a diferencia de los anteriores, cuando los jueces recurren a un estándar moral no crean nuevo derecho, sino que aplican derecho preexistente. Esta distinción permite diferenciar el modo en que el positivismo excluyente y el positivismo incluyente consideran que la moral se incorpora al derecho. Para el positivismo excluyente, la moral se incorpora sólo formalmente -porque considera que los estándares morales son controvertidos-, mientras que para el positivismo incluyente la moral puede incorporarse tanto formal como sustancialmente⁷³. La plausibilidad teórica definitiva del positivismo incluyente o incorporacionista depende de la verdad del objetivismo moral. Si este último fuese falso, toda apelación a contenidos morales como elemento determinante de la validez jurídica de una norma no sería más que una habilitación a la discreción de los jueces para creación de derecho nuevo.

Kenneth Himma señala que la objetividad de la moral no supone una dificultad para el positivismo incluyente porque cree que su viabilidad no depende de que la moral sea objetiva. Himma cree que el positivismo jurídico incluyente es compatible con una versión del relativismo moral que sugiere que el contenido de la moral es determinado intersubjetivamente por las creencias convergentes de los miembros de la cultura. Por ello, afirma que

⁷³ Soper, Philip, "Two Puzzles from the Postscript", *Legal Theory*, 4, 1998, p. 360 y 370-371.

si este relativismo cultural es verdadero, una regla de reconocimiento que incorpora la moral al derecho hace que la validez de las normas dependa de que éstas sean consistentes con un grupo de convenciones sociales. Así, para Himma, Hart sólo debe preocuparse de un subjetivismo extremo -que considere que el contenido moral depende de las creencias subjetivas de los individuos-. Sin embargo, para Himma, versiones moderadas del subjetivismo, como puede ser el relativismo cultural normativo, no generan problemas lógicos para la tesis de la incorporación⁷⁴. El problema con la postura de Himma es que al sostener que el contenido moral que es identificado por una regla de reconocimiento puede ser explicado mediante un convencionalismo social que identifique lo que la mayoría de las personas tienen del bien o del mal, equivale a reducir a la moral a un hecho social.

Este apartado se concluye mediante la afirmación de que una característica distintiva de la regla de reconocimiento es que pueda cumplir una función epistémica para que al menos los funcionarios puedan reconocer el derecho y por lo menos exista la mayoría del tiempo un grado razonable de certidumbre. Y, por lo tanto, para que una regla de reconocimiento incluyente logre cumplir con su función epistémica tienen que darse dos condiciones: 1) tiene que haber verdades morales; 2) éstas deben ser conocidas casi todo el tiempo.

En los siguientes dos apartados se abordarán dos teorías metaéticas que el positivismo incluyente podría asumir para defender una tesis de la objetividad moral, así como las limitaciones y problemas que acarrearán cada una.

⁷⁴ Himma, Kenneth, "Final Authority to Bind with Moral Mistakes: On the Explanatory Potential of Inclusive Legal Positivism", *Law and Philosophy*, vol. 24, pp. 33 y 34.

5. El intento de responder al problema de la objetividad de la moral mediante el realismo moral

Una corriente metaética que defiende la existencia de una moral objetiva es el realismo moral, el cual se puede resumir en las siguientes cuatro tesis:

- a) Las normas (o los juicios de corrección moral, o los que utilizan predicados morales) pueden ser verdaderas o falsas. Es decir, 'los enunciados normativos de deber' expresan proposiciones genuinas. Esta sería una tesis semántica.
- b) Algunas normas son sintéticamente verdaderas (su verdad no es analítica). Son las que integran la moral objetiva.
- c) Estas normas son objetivamente verdaderas. Esto es, su verdad no depende de creencias. Más bien, son verdaderas por su correspondencia con ciertos hechos, calificados como "morales" o "normativos".
- d) Se puede probar la verdad de, al menos, algunas de estas proposiciones.⁷⁵

Se tratará de argumentar que la tesis del realismo moral no abonaría nada a la defensa de una dimensión objetiva de los juicios morales cuando la regla de reconocimiento remita a la moral. Para comenzar, resumo una exposición que ha realizado Jeremy Waldron en torno a la certeza jurídica y el realismo moral.

Waldron afirma que la motivación que lleva a importantes representantes del positivismo jurídico a empeñarse en trazar una frontera nítida entre el derecho y la moral está en la búsqueda de certeza, seguridad jurídica o conocimiento respecto de que es lo que los operadores jurídicos pueden decidir. Todo ello se sintetiza en la idea de es la arbitrariedad de los jueces lo que mueve al positivismo. Dicha arbitrariedad puede resumirse en

⁷⁵ Caracciolo, Ricardo, "Realismo moral vs. Positivismo jurídico", *Analisi e diritto*, 2000, p. 37.

tres ideas: a) falta de certeza en el sentido de no poder predecir el derecho en su fase de aplicación; b) falta de racionalidad, es decir, carencia de claridad argumentativa al momento de exponer o motivar una decisión; y c) falta de legitimidad democrática, entendida como falta de autoridad o aval moral para tomar el tipo de decisiones que toman los jueces en algunos casos controvertidos⁷⁶. De acuerdo con Waldron ninguno de estos tres aspectos de la arbitrariedad puede ser superado apelando al realismo moral. Esta conclusión se desprende de la incapacidad del realismo moral para ofrecer soluciones concluyentes en los supuestos de desacuerdo. Dado que el realismo moral tiene que aceptar su incapacidad para ofrecer soluciones concluyentes a los casos de desacuerdos genuinos entre distintas creencias o percepciones sobre los hechos morales -tal como los concibe el realista-, entonces no puede ofrecer argumentos mejores a los que podría ofrecer, por ejemplo, un emotivista frente casos controvertidos.

La existencia de una objetividad moral, para el realista moral es una mera cuestión ontológica. Así que el realismo no aporta nada sobre la resolución de desacuerdos morales.

El realismo moral, usando los argumentos de Waldron, no da posibilidad de alcanzar objetividad moral respecto a las controversias, ya que éste plantea una tesis sobre ontología moral en tanto hechos morales, mientras que el desacuerdo persiste en el plano del significado de los juicios morales⁷⁷. De este modo, el realismo moral no es de utilidad para defender la dimensión objetiva de la moral que necesita el positivismo jurídico incluyente.

Las versiones del positivismo incluyente entonces requerirían de una metaética no ya como una cuestión ontológica, sino precisamente como una cuestión relativa al significado y función de los juicios de valor.

⁷⁶ Waldron, Jeremy, *Law and Disagreement*, Oxford, Clarendon Press, 167-168.

⁷⁷ *Ibidem*, 186-187.

A diferencia del realismo como teoría ontológica, se ha dicho que la objetividad moral también puede ser entendida como un predicado parcialmente cognitivista sobre el valor de verdad de los enunciados, es decir, un parámetro con el cual intentar superar la subjetividad y por tanto el desacuerdo.

6. El intento de responder al problema de la objetividad de la moral sin realismo moral

Aunque resulta convincente la conclusión de Waldron en el sentido de que el realismo no parece aportar nada significativo en este sentido, quedan por explorar las posibilidades de una teoría metaética que abrace la objetividad de la moral, sin un compromiso ontológico fuerte como el del realismo moral.

Algunos autores han postulado que el problema del objetivismo moral puede superarse sin hacer referencia al realismo robusto como teoría ontológica, sino apelando a una objetividad entendida como un predicado parcialmente cognitivista sobre el valor de los enunciados, es decir, un parámetro con el cual intentar superar la subjetividad y, por tanto, el desacuerdo. Dicha objetividad podría lograrse mediante un conocimiento moral filtrado por la reflexión racional, la capacidad de universalización, la toma de distancia respecto de posiciones subjetivas; es por ello que podemos decir que se trata de un predicado “parcialmente cognitivista” en la medida en que, aun rechazando la existencia de verdades morales en sentido ontológico, no renuncia a superar el punto de vista enteramente subjetivo.

Mientras que las tesis realistas suelen descansar sobre presupuestos ontológicos descriptivistas o cognitivistas-en el sentido de que para conocer los enunciados morales, éstos deberían confrontarse con hechos morales-sin lograr respuestas a las cuestiones sobre el significado, para algunas

posturas antirealistas puede lograrse objetividad moral a través fundamentalmente de confrontaciones de tipo argumentativo.

Así, por ejemplo, Moreso es uno de los consientes de los problemas que supone asumir la objetividad de la moral para el positivismo jurídico hartiano. Por ello, trata de demostrar que hay un tipo de objetivismo moral que es compatible con diferentes teorías metaéticas antirrealistas. Moreso advierte que generalmente el problema de la objetividad moral se asocia al problema del realismo moral. Es decir, al hecho de si existen hechos o propiedades morales independientes de nosotros -ahí afuera- y capaces de hacer verdaderos nuestros juicios morales. El problema, para Moreso, es que se ha pensado que una respuesta contraria al realismo moral implica una respuesta no-cognitivistica sobre la moral, es decir, que los juicios morales no son aptos para la verdad⁷⁸. Además, esto parece implicar que fuera del realismo moral no parece haber lugar para la objetividad moral, es decir, no parece haber lugar para acuerdos racionales en términos morales.

Para Moreso es posible rechazar el realismo moral, negando la existencia de propiedades morales en el mundo, sin que por esto se nos imponga el no-cognitivismo. De esta manera, para Moreso, “hay un espacio conceptual para el antirrealismo cognitivista”⁷⁹.

Así, varios positivistas incluyentes, han tratado de respaldar un objetivismo moral sin realismo moral; esto con el propósito de superar la trampa tendida por Dworkin a Hart, tratando de ofrecer una versión del positivismo jurídico incluyente que no necesite recurrir a un objetivismo fuerte como el realismo moral.

⁷⁸ Moreso, José Juan, “En defensa del positivismo jurídico incluyente”, en Navarro, P.E. y Redondo, M.C. (eds.), *La relevancia del derecho: Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Barcelona, Gedisa, 2002, p. 97 y 98.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 99.

6.1 La respuesta mediante el constructivismo moral

Una de las opciones a la que podría recurrir un positivista incluyente para defender una objetividad moral sin la necesidad de adscribir un realismo moral, es el constructivismo moral. Sin embargo, el presentar un tipo de objetivismo constructivista (que busca un espacio entre un realismo moral y un relativismo fuerte), no está exenta de complicaciones. En lo que sigue, se argumentara que el constructivismo moral es una corriente metaética que enfrenta problemas de neutralidad, pues esconde posturas sustantivas sobre la moral.

El constructivismo ético engloba a una serie de autores que contradicen tesis realistas y también antirrealistas. El proyecto del constructivismo ético “promete un espacio para el acuerdo racional en materias morales sin comprometerse con la existencia de hechos morales *out there*”⁸⁰.

El constructivismo rechaza la tesis ontológica del realismo moral (la existencia de hechos y propiedades morales), y en este sentido acepta la tesis ontológica del antirrealismo (la inexistencia de hechos y propiedades morales) pero al mismo tiempo rechaza que los juicios morales expresen estados mentales conativos y no cognitivos, esto es, impugna la tesis semántica del antirrealismo.

Para el constructivismo ético los juicios morales son cognitivos, pero su cognoscibilidad no depende de unos hechos morales independientes que actúen como truthmakers de los juicios, sino que “elegirían seres humanos situados en determinadas condiciones ideales”⁸¹. De manera que el constructivismo ético puede formularse como sigue:

⁸⁰ Moreso, José Juan, *La Constitución: modelo para armar*, Madrid, Marcial Pons, 2009, p. 101.

⁸¹ *Ibidem*, p. 102.

(TC1) Tesis semántica. Los juicios morales son aptos para la verdad y falsedad.

(TC2) Tesis de las condiciones ideales. Un juicio moral X será verdadero si agentes morales en condiciones ideales consideran moralmente correcto actuar con arreglo al juicio moral-

Llevado el constructivismo al plano de la decisión judicial, puede decirse que un juez, al verse obligado a evaluar la corrección moral como criterio de validez jurídica, debe “introducirse” en una especie de equilibrio reflexivo, llevar adelante, desarrollar, el procedimiento. Este rol sería activo, no se queda en la mera constatación de convenciones sociales, sino que demanda la argumentación sustantiva.

El constructivismo ético afronta dos grandes problemas. Por un lado, identificar cuáles son las condiciones ideales que proporcionarían los criterios de corrección moral objetivos. Y, por otro lado, lo que se conoce como el dilema de Eutifrón, aplicando al debate metaético, esto es, ¿un juicio moral X es moralmente verdadero si y sólo si es considerado como moralmente correcto por agentes morales en condiciones ideales o bien X es, por sí mismo, moralmente verdadero y es precisamente por ello que agentes morales en condiciones ideales lo consideran correcto?

Aunque existen diferencias entre las teorías constructivistas acerca de cuál sería el conjunto de condiciones ideales, existe un núcleo de condiciones indisputado entre los constructivistas, según el cual los agentes morales en condiciones ideales “serían seres humanos imparciales, con capacidades cognitivas y afectivas óptimas, capaces de desprenderse de los prejuicios y torpezas que nublan nuestra visión adecuada de las cosas”⁸².

La teoría más exitosa en este sentido es la teoría de la justicia de John Rawls. Rawls dispuso que tales condiciones ideales las encontraríamos

⁸²*Idem.*

situándonos tras el velo de la ignorancia. Y lo que obtendríamos serían los principios de la justicia. Los principios serían “razonables”, en el sentido de que serían aceptables por seres humanos en condiciones ideales:

La visión constructivista acepta desde el comienzo que una concepción moral no puede establecer sino un marco laxo para la deliberación, la cual tiene que confiar de forma considerable en nuestras facultades de reflexión y juicio. Estas facultades no están fijadas por todas, sino que son desarrolladas por una cultura pública compartida y por ende moldeadas por esa cultura.⁸³

Esta forma contemporánea de constructivismo ético constituye el heredero – o por lo menos reivindica el legado filosófico – de dos tradiciones filosófico-morales y políticas genuinamente europeas conectadas con la Ilustración: el contractualismo social y la filosofía moral kantiana.

Por un lado, este constructivismo ético propone un contractualismo hipotético, el contrato o acuerdo social que firmarían agentes que se encontrarían en unas hipotéticas condiciones ideales. Y, por otro lado, este constructivismo concibe la moralidad como un aspecto de la razón práctica. Y su búsqueda de los principios morales consiste en ejercer ese razonamiento práctico, no en descubrir supuestos hechos morales independientes.

Para el constructivismo ético la objetividad de los valores, como la justicia, por ejemplo, está abocada a ser puramente procedimental: lo justo o moralmente correcto depende de un estándar dependiente al procedimiento de elección. Más allá de cuál sea el resultado o conclusión de ese procedimiento, aquél supuestamente deberá considerarse moralmente justo o correcto por el mero hecho de ser fruto de ese procedimiento.

⁸³ Rawls, John, *Justicia como equidad*, 2.ª ed., M. Á. Rodilla (trad.), Madrid, Tecnos, 1999, p. 251

La justicia de los principios de la organización social básica no proviene sino -y exclusivamente- del procedimiento a través del cual se ha llegado a un acuerdo acerca de ellos. El contenido material de estos principios puede ser, fundamentalmente, cualquiera: basta con que se haya seguido el procedimiento propuesto por Rawls para asegurar la imparcialidad del resultado. "El rasgo esencial de la justicia procedimental pura -escribe Rawls- (...) es que no existe criterio de justicia independiente; lo justo viene definido por el resultado del procedimiento mismo"⁸⁴.

Nótese que el constructivismo ético abandona el léxico propio de la metaética y no sólo habla de justificación de nuestras prácticas morales, sino que directamente propone una determinada teoría de la justicia. Esto último, a priori, debería expulsarlo del reino de la metaética. Sin embargo, la razón por la que es considerada una alternativa al realismo y al antirrealismo susceptible de discusión en el ámbito de la metaética descansa en que no se trata de una teoría de la justicia sustantiva (como las diversas formas de comunitarismo, algunas formas de liberalismo, etc.) sino que pone el énfasis en el aspecto procedimental y asigna un papel supuestamente neutral a ese procedimiento y a las instituciones que deben seguir ese procedimiento.

Sin embargo, tal aspiración a trascender la distinción realismo/antirrealismo ha chocado con una potente objeción que tal vez haga fracasar esa aspiración y lo aboque a inclinarse por una de las grandes familias metaéticas. Esta objeción adapta al debate metaético el antiquísimo dilema de Eutifrón, sacado del diálogo de Platón que lleva el mismo título, con el fin de impugnar el procedimiento al que apela el constructivismo ético.

Recordemos, en primer lugar, el dilema de Eutifrón: o bien es la aprobación de los dioses la que constituye la piedad de determinados actos

⁸⁴ Rawls, John, *Sobre las libertades*, Barcelona, Paidós, 1990, págs. 73-74.

o bien, por el contrario, dichos actos son amados por los dioses porque son piadosos. El dilema de Eutifrón, extrapolado al debate metaético, sería algo así como: O bien (1) un juicio moral X es moralmente correcto si y sólo si es considerado como moralmente correcto por agentes morales en condiciones ideales o bien (2) X es, por sí mismo, moralmente correcto y es precisamente por ello que agentes morales en condiciones ideales lo consideran correcto.

Si optamos por el cuerno (2) del dilema, entonces caemos en el realismo moral, ya que afirmamos la existencia de propiedades morales independientemente de los agentes morales y del procedimiento al que estos se someten. Si aceptamos el cuerno (1) del dilema, entonces, como dice Moreso, «no sabemos cómo librarnos de la amenaza de la arbitrariedad». Cualquiera de los dos cuernos resulta inconsistente con el proyecto constructivista.

Todo depende de si las condiciones iniciales de elección son moralmente neutrales o por el contrario no lo son, es decir, si las condiciones ideales están moralizadas o bien no lo están, siendo esta última a priori la opción de los constructivistas. Si para garantizar esa conexión entre los resultados del proceso de construcción y nuestras profundas convicciones morales, decidimos que esas condiciones ideales estén “barnizadas” moralmente, entonces estamos reconociendo implícitamente que existen propiedades morales que preexisten – y por supuesto sobreviven – al proceso de construcción. En otras palabras, si imponemos algunas restricciones morales entre las condiciones ideales, entonces abandonamos el constructivismo por el realismo, ya que estamos presuponiendo que existen algunas propiedades morales que el constructivismo ético no puede capturar en el proceso de construcción. En pocas palabras: o las condiciones ideales tienen connotaciones morales o bien son, por decirlo de alguna manera, amorales. O bien el constructivismo se une a la familia del realismo moral o bien contribuye a engrosar las filas del antirrealismo a través de algún tipo de subjetivismo.

A nuestro parecer el problema es que la aplicación de posturas objetivistas antirrealistas como el constructivismo moral solo produce argumentaciones normativas camufladas de descriptividad, e indica, de hecho, la adopción de una perspectiva normativa, esto es, una perspectiva que no está dirigida a conocer el derecho como es sino a prescribir cómo se desearía que fuera. El constructivismo moral para defender la objetividad moral presupone la existencia de propiedades o hechos morales expuestos como condiciones ideales; y se pronuncia sobre cuáles son esas condiciones ideales:

Esta interpretación de la objetividad implica que, más que pensar en los principios de justicia como verdaderos, mejor es decir que son los principios más razonables para nosotros, dada nuestra concepción de las personas como libres e iguales y como miembros plenamente cooperantes de una sociedad democrática.⁸⁵

Para Pozzolo, tales teorías en realidad están dirigidas a ofrecer criterios para evaluar el derecho, configurándose como política o metapolítica del derecho. El positivismo jurídico incluyente, produce argumentaciones morales camuflajeadas de descriptividad. Una perspectiva que no está dirigida a conocer el derecho como es sino a prescribir cómo se desearía que fuera⁸⁶.

Afirmar que la moral objetiva puede determinar tanto la existencia como el contenido del derecho supone apartarse de la pretensión metodológica iuspositivista consistente en realizar enunciados jurídicos axiológicamente neutrales. Cuando un positivista necesita para justificar su concepción acerca del derecho comprometerse con una determinada teoría moral sustantiva ha dejado de actuar, en resumidas cuentas, como un positivista.

⁸⁵ *Ibidem*, pág. 45

⁸⁶ Pozzolo, Susana, "Riflessioni su inclusive e soft positivism", en Comanducci, P. y Guastini R. (eds.) *Análisis e diritto*, Torino, 1998, pp. 242-243.

Añado brevemente que la reformulación que necesita la tesis de la discrecionalidad la ha llevado casi a su práctica desaparición entre las filas de los autores incluyentes. No hay autor incluyente que haya abordado esta tesis en su totalidad; y, como también se indicó, tal cosa no es casual. Quizá la razón esté en que la tesis de la discrecionalidad resulta “incómoda” desde el momento en que se admita que la moral objetiva, es decir, los conceptos morales incorporados en las normas jurídicas, puede determinar tanto la existencia como el contenido del derecho.

7. El positivismo excluyente y la metaética

Advierto que el positivismo jurídico excluyente no requiere, a diferencia del incluyente, del compromiso con una teoría metaética. Lo que el positivismo jurídico excluyente necesita es un compromiso, pero de signo muy diferente al que sostienen los incluyentes; un compromiso con una actitud que admita como método de verificación el empírico.

El positivismo jurídico excluyente no niega que las normas jurídicas puedan estar motivadas por valores o principios morales, ni que los jueces, al decidir los casos, se comprometan con argumentos morales. Y por supuesto, tampoco desconocen algo que por su obviedad iría contra los propios hechos, esto es, que las leyes contienen referencias a la moralidad. El positivismo jurídico tiene dos explicaciones respecto al alcance de la inclusión de “palabras morales” en las normas jurídicas.

En primer lugar, tales palabras pueden hacer referencia sencillamente a la moral social del grupo. Y la moral social se puede reducir a hechos sociales. Es un hecho lo que la mayoría del grupo crea que es bueno o malo, lo cual no implica que sea ni lo uno ni lo otro. Siendo la moral social un tipo de hecho social, ésta no plantea ningún problema ni para la versión fuerte de la tesis de las fuentes ni para el positivismo jurídico excluyente.

En segundo lugar, las palabras morales incluidas en las normas jurídicas pueden ir referidas no a la moral social, sino, por ejemplo, a la moral objetiva. Entonces, lo que el positivismo jurídico excluyente sostiene es que tales situaciones exceden los límites del derecho, esto es, que dichas referencias morales serían remisiones a una cosa -la moral- distinta al derecho, y por ende, que dichos valores o principios morales no son derecho. El positivismo jurídico excluyente no hace más que excluir del ámbito de identificación de lo jurídico lo que otros incluyen, la moral.

8. La encrucijada de las versiones incluyentes

El *soft positivism hartiano*, y demás versiones del positivismo que desarrollan la tesis de que la regla de reconocimiento puede establecer criterios morales sustantivos, llevan aparejado el problema de demostrar que el objetivismo moral es verdadero. En caso de que la tesis de la objetividad moral sea falsa, cuando el derecho apela a la moralidad solo desplegaría recomendaciones a los tribunales para que creen derecho; por lo que el positivismo jurídico incluyente no se diferenciaría en nada del positivismo jurídico excluyente. Por ello mismo, dejar la pregunta abierta sobre la objetividad, como lo hizo Hart, deja a la mitad del camino la aseveración de que la regla de reconocimiento puede incorporar criterios morales.

Además, por un lado, afirmar que la moral objetiva puede determinar tanto la existencia como el contenido del derecho, supone apartarse de la pretensión metodológica iuspositivista de no pronunciarse en favor sobre alguna corriente metaética.

Por otro lado, una vez que las tesis del positivismo jurídico, en las versiones incluyentes, quedan comprometidas a un objetivismo moral. Queda por averiguar cómo puede lograrse esa objetividad de la moral. Como se analizó, el realismo moral, en tanto corriente ontológica, no auxilia en

resolver el problema de la certeza de la regla de reconocimiento. Mientras si se recurre a posturas antirrealistas pero cognitivistas, como el constructivismo moral, es dudosa la neutralidad del lenguaje que utilizan, dado que las supuestas condiciones ideales a partir de las cuales se pueden construir valores o principios morales objetivas están cargadas de moralidad. De este modo se socavaría aún más la pretensión axiológicamente neutral del positivismo jurídico.

Lo anterior, tiene el cometido de demostrar que las discusiones metaéticas está incrustadas en el debate sobre la viabilidad del positivismo jurídico incluyente, al haber una dependencia de este último con la objetividad moral. Dependencia que pone al positivismo jurídico incluyente en una encrucijada, puesto que es complicado defender un objetivismo moral neutral sin apelar al realismo moral.

**CAPÍTULO IV. EL CONTENIDO MÍNIMO DEL
DERECHO NATURAL Y SUS POSIBLES
IMPLICACIONES METAÉTICAS**

1. Apertura

La teoría jurídica hartiana presenta una perspectiva de positivismo jurídico -la posición que niega que los criterios de validez jurídica tengan que hacer referencia a la moral o a la justicia-. Sin embargo, en el contexto de una discusión más general acerca de las diversas maneras en que se podrían decir que el derecho y la moral coinciden o se influyen entre sí, Hart plantea la idea de que los sistemas jurídicos tienen que contar con un mínimo de contenido moral, en el sentido de que debido a ciertas verdades sobre la naturaleza humana, así como el estado actual de la tecnología, ninguna sociedad podría perdurar por mucho tiempo sin ofrecer, a cuando menos una parte significativa de la población, un mínimo grado de protección frente a ataques físicos y frente a ataques a la institución de la propiedad.

En el presente capítulo haré una descripción de la teoría del contenido mínimo del derecho natural, para luego ligar las afirmaciones de Hart al respecto con la corriente metaética del realismo moral naturalista.

2. El contenido mínimo de derecho natural

La primera vez que Hart planteó la teoría del contenido mínimo del derecho natural, aun en forma germinal, fue en *Positivism and the Separation of Law and Morals*⁸⁷, en 1958.

En el artículo examinó que ciertas normas eran necesarias, esto es, que ningún concreto derecho podría prescindir de ellas. Esto sería así siempre y cuando el mundo tal como lo conocemos, y los seres humanos que lo habitan, continúen teniendo las mismas características que en el presente, pues pudiera ser que éstas cambiaran de tal forma que, entonces, aquellas normas necesarias a las que él se refería, dejaran de serlo. Así, si los hombres se volvieran invulnerables o pudieran prescindir de los

⁸⁷ Hart, H.L.A. Hart, “El positivismo y la...”, cit., pp. 35-36, nota al pie 25.

alimentos, perderían su sentido ciertas normas que hoy en día consideramos imprescindibles. Pero mientras la realidad siga como es, habrá algunos preceptos que tanto para la moral como para el derecho serán necesarios, pues es inevitable que se prohíba el homicidio, la violencia indiscriminada o el robo, por ejemplo. A esa necesidad no habría ningún problema en llamarla “natural”, dijo. Ahora bien, para cerrar su argumentación había que referirse a una característica humana de especial importancia, al hecho de que los hombres tengan el humilde propósito de sobrevivir en estrecha proximidad con sus semejantes. Ese objetivo, unido a las circunstancias del mundo, exigía que todo orden jurídico contuviera las reglas apuntadas.

La constatación de lo obvio, de acuerdo con Hart, no hace que surja una necesidad moral de obedecer las normas jurídicas, porque si bien era cierto que si el contenido referido no se respetaba el derecho quedaría convertido en una retahíla de tabúes sin sentido, bastaría con que la protección que significan las normas necesarias apuntadas se dispensara sólo a unos pocos. Evidentemente, las personas privadas de esos beneficios no tendrían otro motivo de obediencia que el miedo, y sí, en cambio, toda clase de razones morales para rebelarse⁸⁸.

Prescindiendo del primer artículo en el que Hart discutió estos temas, me centraré sobre todo en el cap. IX de *The Concept of Law*, en el cual está contenido y desarrollada la teoría que será objeto de discusión:

En verdad, la continua reafirmación de alguna forma de la doctrina del derecho natural se debe en parte al hecho de que su atractivo es independiente de la autoridad divina y de la autoridad humana, y al hecho de que a pesar de una terminología, y de mucha metafísica, que pocos podrían hoy aceptar, contiene ciertas verdades elementales que son importantes para la comprensión de la moral y el derecho. Trataremos de

⁸⁸*Ibidem*, p. 77.

liberarlas de sus adherencias metafísicas y de reformularas en términos más simples.⁸⁹

Hay un elemento teleológico en la naturaleza que persiste en alguna de las formas en que pensamos en los seres humanos y hablamos de ellos. El mismo está latente cuando caracterizamos a ciertas cosas hechas como necesidades humanas que es bueno satisfacer seres o a ciertas cosas hechas a seres humanos o sufridas por ellos, como daños o lesiones. Así, aunque es verdad que algunos hombres pueden rehusarse a comer y al descansar como algo más que cosas y el descanso son necesidades humanas, aunque algunos se nieguen a aceptarlas cuando las necesitan. Por ello decimos no sólo que es natural que todos los hombres coman y duerman, sino que todos los hombres deben comer y dormir, o que es naturalmente bueno hacer estas cosas.⁹⁰

Hart señala que la convivencia humana no está dirigida a la destrucción, sino a la supervivencia. Todo grupo social es una comunidad que exige una estructura de derechos y obligaciones recíprocos, una estructura que prohíba las formas más groseras de daños. Así, al plantear la cuestión de qué normas deben regir en una sociedad, hay que suponer que los hombres que la componen pretenden vivir, de donde se deduce que hay ciertas reglas de conducta que toda organización tiene que contener para ser viable. Son esas pautas culturales, pero determinadas naturalmente, y algunas características jurídicas que traen consigo, las que Hart considera que integran el contenido mínimo del derecho natural. Tales principios de conducta universalmente reconocidos son considerados por Hart como el “contenido mínimo del derecho natural”, en contraste con las construcciones más pretenciosas y controvertidas que a menudo han sido enunciadas bajo es nombre.

⁸⁹ Hart, H.L.A, *El concepto...*, cit. pp., p. 232-233

⁹⁰ *Ibidem*, p. 235-236

La base del contenido mínimo del derecho natural es la supervivencia en tanto es un presupuesto necesario e implícito de cualquier discusión sobre las instituciones sociales, en tanto estas instituciones no sean simples clubs de suicidas.

Antes de analizar ese “mínimo” contenido del derecho y la moralidad, conviene puntualizar que, de acuerdo Hart, el tipo de conexión existente entre las “simples verdades obvias” y el derecho y la moral no es, ni una conexión causal, ni una conexión lógica. Se trata -dice Hart- de una conexión racional, los hechos suministran una razón para que, dada la supervivencia como objetivo, el derecho y la moral deban un contenido específico⁹¹. El status de este tipo de conexión distintamente racional sería un punto intermedio entre la causa natural (plano empírico) y el plano lógico (presencia de un cierto contenido en el concepto de derecho y la moral).

Las “verdades obvias” que determinan el contenido mínimo del derecho y la moral son, brevemente, las siguientes⁹²:

1. Las primeras reglas que todo orden jurídico o moral ha de contener son las que limitan el uso de la violencia. El hecho de que se proscriba el homicidio posibilita, más que si no estuviera prohibido, que los seres humanos puedan seguir viviendo. Un derecho o una moral que, como regla general, no protegiera la vida y la integridad física de los individuos, sería absurdo. Hart explica que esto ocurre porque los hombres son vulnerables, y advierte que si esa característica llegara a desaparecer, entonces ya no se necesitarían esas normas.

2. Los seres humanos, por lo demás, son más o menos iguales, en el sentido de que no hay ninguno que sea tan poderoso como para someter a los demás. Es esta igualdad aproximada la que hace que tanto el derecho como la moral tengan que establecer un sistema de

⁹¹*Ibidem*, p. 239.

⁹²*Ibidem*, p. 240-245.

coordinación, un sistema en el cada uno no pueda actuar a su antojo sino, como regla general, teniendo en cuenta a los demás. Es éste el motivo de que aparezca el instituto de la obligación, tanto moral como jurídica. También es la explicación, por cierto, de que las sociedades hayan pasado de tener una simple reglamentación moral a otra jurídica.

3. Moralmente, además, los hombres no son demonios pero tampoco ángeles. Este equilibrio, sin embargo, es inestable, pues resulta obvio que los actos egoístas pueden ser fatales para la vida en sociedad y, por tanto, necesariamente tienen que ser controlados, lo que refuerza la idea de que las agresiones han de ser restringidas y la cooperación impuesta.

4. También resulta algo trivial decir que los recursos son limitados, pero no por eso es menos cierto, y trae consigo que algún tipo de institución de la propiedad sea necesario, aunque eso no signifique que sea necesaria la propiedad privada, sino sólo algún tipo de propiedad. Por otra parte, que se produzca cierto número de bienes y, salvo en sociedades muy pequeñas, que el trabajo se halle dividido, trae consigo que se establezcan algunas reglas relativas a la distribución de bienes y su comercio. Es ésta la razón de que las promesas generen obligaciones.

5. Por último, resulta patente que el hecho de vivir en sociedad trae consigo que sea inevitable un mínimo de cooperación. En el mejor de los casos, tanto las reglas necesarias que hemos visto, como las particulares de un concreto Derecho, serán cumplidas gustosamente por muchos, pero también es cierto que puede haber individuos que, si no tuviera consecuencias, las vulnerarían. Incluso, tampoco hay que descartar que esa tentación la sienta, en algunos casos, una gran mayoría de personas. De nada valdrían las pautas impuestas si

podrían ser violadas impunemente. Por eso hacen falta sanciones, no para que sean el motivo habitual de obediencia, lo que convertiría el sistema en indeseable, sino para que actúen «como una garantía de que aquellos que obedecen voluntariamente no serán sacrificados a quienes no lo hacen. Así las cosas, lo racional es que el grupo social enlace la voluntariedad con cierta amenaza, para así desarrollar una estructura de cooperación voluntaria en el marco de un sistema coercitivo.

En resumen, dada la existencia de ciertas necesidades naturales de los hombres y de las sociedades, se sigue que el derecho tiene que servir a su satisfacción, lo que hará por medio de las normas al uso: prohibición del homicidio y las lesiones, protección de algún tipo de propiedad, establecimiento de un sistema de cooperación, etc.

Más adelante, en 1967, Hart volvió sobre el contenido mínimo del derecho natural en un trabajo titulado *Problems of the Philosophy of Law*, y cuyo título expresaba bien lo que el autor pretendía, apuntar los temas con los que debía ocuparse cualquier filósofo del derecho. Ya al final, dentro del capítulo que dedicaba al problema de la crítica del derecho, otra vez se refirió a la necesidad que tiene todo derecho de contener ciertas normas sustantivas, aunque antes ya había advertido que esa pretensión no era equiparable a la de las clásicas teorías del derecho natural, sobre todo porque muchas de ellas contenían postulados metafísicos inaceptables para el pensamiento moderno, y porque solían introducir alguna referencia ilegítima a la moralidad en la definición del derecho. Volvió a reconocer que la suya también era una teoría del derecho natural, pero advirtió que se trataba de una versión empírica y modesta⁹³.

⁹³ Hart, H.L.A., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1985, 111-114.

Desde luego, no se refería a ningún telos superior y sublime, sino a ciertas condiciones básicas de la vida social pues, por lo demás, los propósitos de los hombres podrían ser absolutamente diversos e, incluso, contradictorios, lo que sin duda tendría su reflejo en los diversos derechos. Era el aseguramiento de la vida social, por tanto, lo que explicaba que en todos los ordenamientos jurídicos contuvieran normas que restringían el uso de la violencia, otras que protegían algún tipo de propiedad y otras más que aseguraban ciertos contratos. Evidentemente, sin ellas no sólo otras normas serían ineficaces, sino que la vida social misma se tornaría imposible. Si en alguna ocasión llegara a ocurrir que tales preceptos resultaran prescindibles, sería porque el mundo y el hombre, tal como los conocemos, habrían cambiado sustancialmente. Así mismo, insistió, que de su teoría sobre el contenido mínimo del derecho natural no se seguía que hubiera razones morales para obedecer cualquier Derecho. Las habría en el caso de que igual protección se dispensara a todos, pero esto no habría de ser necesariamente así.

3. Las influencias en la teoría del contenido mínimo del derecho natural

La tradición jurídica inglesa, que pasa por Hobbes, Bentham y Austin, con su propuesta de separación entre el “es” y “debe” en el derecho, fue uno de los rasgos del positivismo jurídico anglosajón asimilado por Hart. Por ello, la doctrina del “contenido mínimo de derecho natural”, puede causar perplejidad.

Como se afirmó en el párrafo anterior, existe un núcleo de racionalidad de buen sentido, de significado claro y aceptable: el presupuesto tácito de que el fin propio de la actividad humana es la supervivencia. Este presupuesto se justifica por el simple hecho contingente de que la mayor parte de los hombres, durante la mayor parte del tiempo, desean continuar viviendo. Sobre esta base, Hart intenta construir una versión limitada y

empírica de la teoría iusnaturalista, siguiendo la tradición iniciada por Hobbes y Hume.

Los pensadores que influyeron en Hart a la hora de elaborar la teoría del contenido mínimo del derecho natural son Hobbes y Hume. En el caso de Hobbes, si bien es verdad que su teoría del derecho difiere de la de Hart en fundamentales aspectos, también lo es que el derecho natural que defendió gira en torno a un valor fundamental capaz de poner en marcha el entramado jurídico, el de la vida y por eso se puede decir que para ambos, para Hobbes y para Hart, de alguna manera, el núcleo de sus derechos naturales es el mismo.

En cuanto a Hume, también el influjo resulta fácil de observar. Aunque se suele resaltar su emotivismo moral, además Hume predicó que había algunas normas necesarias; artificiales pero necesarias: la del reconocimiento de la propiedad, la de su transmisión por el consentimiento y la del cumplimiento de las promesas. Lo anterior porque así lo demandan la paz y la seguridad de la sociedad humana. Entonces, en tanto que la teoría del contenido mínimo del derecho natural señala una serie de reglas indispensables, y en este sentido naturales, en Hume ya estaba apuntada esa doctrina, aunque fuera sucintamente.

Pero además de que la teoría del contenido mínimo del derecho natural se insertara en el desarrollo doctrinal de la teoría del Derecho, también pudo haber tenido otros influjos. Por una parte de la filosofía moral contemporánea anglosajona, que ya había comenzado a rebelarse contra el relativismo moral más radical. Así, no es extraño el parecido de familia que se observa entre la teoría del contenido mínimo del derecho natural y otras que por aquellos años abordaron Peter Winch⁹⁴ o Stuart Hampshire⁹⁵

⁹⁴ Winch, Peter, "Human Nature", Royal Institute of Philosophy Supplement, 4, 1970, p. 1-13.

⁹⁵ Hampshire, Stuart, "Human Nature", London Review of Books, 1, 1979.

Por otra parte, también se puede hacer alusión a la antropología social británica, que halló a sus más destacados representantes en Bronislaw Malinowski y en Radcliffe-Brown. Entre las teorías del derecho de éstos, que las tenían, había diferencias evidentes, y de hecho polemizaron sobre ellas, incluso agriamente. Pero lo que importa es que ambos se reconocían funcionalistas, y en la doctrina de cualquiera de ellos podría inspirarse la teoría del contenido mínimo del derecho natural. Si el derecho era una parte de la cultura, Malinowski definió ésta como un medio para satisfacer necesidades, con lo que no es extraño que también defendiera un Derecho Natural de contenido mínimo y de corte biológico⁹⁶. Mirados desde cierto punto de vista, todos los derechos eran distintos, pero en perspectiva antropológica, y en términos generales, Malinowski creía poder afirmar que reglas sociales más elementales, entre las que se incluían algunas jurídicas, eran idénticas en todas las sociedades.

Radcliffe-Brown entendió que la función de los elementos sociales, como el castigo de un crimen o una ceremonia funeraria, es la parte que se desempeña en la vida social como un todo y, por tanto, la contribución que hace al mantenimiento de la continuidad estructural, con lo que tampoco en este caso extraña que Radcliffe-Brown viniera a apuntar una teoría muy parecida a la teoría del contenido mínimo del derecho natural, afirmando que si el derecho tiene por fin garantizar la vida social, habrá normas exigidas en cualquier sociedad para mantener su existencia.⁹⁷

En fin, la teoría de contenido mínimo del derecho natural hartiano debía de distintas tradiciones intelectuales.

⁹⁶ Rivaya, Benjamín, “Una teoría científica del derecho. El pensamiento jurídico de Bronislaw Malinowsky”, *Sociologia del Diritto*, vol. 25, 1998, p. 50-53. 29-59

⁹⁷ Radcliffe-Brown, Alfred, *Structure and Function in Primitive Society*, London, Cohen & West Ltd., 1952.

4. Las lecturas del contenido mínimo del derecho natural

Siguiendo el esquema del estudio de Cattaneo, se podrían diferenciar dos tipos de cuestiones en torno a este tema: a) por un lado, el fundamento teórico y status lógico de las aserciones relativas a las cinco verdades obvias; b) en segundo lugar, la función que desempeñan tales aserciones en el contexto de la teoría general del derecho formulada por Hart⁹⁸.

Sobre el fundamento teórico y lógico del contenido mínimo del derecho natural. El profesor Passerin D'Entreves ha subrayado la peculiar "conexión racional", entre los cinco hechos empíricos enumerados y el "contenido" de las reglas jurídicas y morales, como un intento de superar el vacío epistemológico entre los hechos y valores tal y como fue formulado por Hume.

Sin embargo, según D'Entreves, este "salto" no ha tenido éxito, y la tesis de Hume acerca de la imposibilidad lógica de derivar proposiciones prescriptivas de proposiciones descriptivas ha permanecido intacta: en realidad la segunda proposición normativa es deducida de un juicio de valor, a saber, la presunción de que la supervivencia es el fin de toda asociación humana⁹⁹. Este argumento es similar al que se le podría objetar a Hobbes: éste deduce de una constatación de un hecho ("bellum omnium contra omnes") el precepto, la "regla general de la razón", "pax est quarendam, bellum vitandum" y todas las reglas que se deducen de ella. Ahora bien, entre la constatación de hecho y la prescripción, se interpone un juicio de valor; el juicio de que la conservación y la defensa de la vida es un bien. En otro orden de cosas, para D'Entreves, la semejanza entre Hobbes y Hart se deduce que en ambos encontramos una concepción "formalista" y

⁹⁸ Cattaneo, Mario, "Il diritto naturale nel pensiero di H.L.A. Hart", *Rivista Int. di Filosofia del Diritto*, 1965, p. 673-694, p. 679.

⁹⁹ Passerin D'Entreves, Alessandro, "Un 'noyau don sens' (a propos de la théorie du droit naturel chez H. Hart)", *Revue Internationale de Philosophie*, 1963, p. 322.

“normalista” de la razón, al medir entre principios y teoremas, de un lado, y normas de otro¹⁰⁰.

Ahora bien, el punto realmente controvertido se centra en el significado de “deber” en el enunciado siguiente: “si se quiere garantizar la supervivencia, entonces el derecho y la moral deben tener un contenido. Si se quiere A (supervivencia) se debe dar forma a B (derecho moral) según los elementos suministrados por C (verdades obvias). De acuerdo con Cattaneo este tipo de proposición podría analizarse desde un triple nivel¹⁰¹:

- a) Como juicios de hecho: los ordenamientos sociales eficientes son solamente aquellos en los que las normas tienen un cierto contenido.
- b) Como definiciones: para definir científicamente los términos de “derecho” o de “moralidad positiva” hay que tener en cuenta el contenido de los ordenamientos sociales.
- c) Plano prescriptivo: existen buenas razones para obedecer solamente los ordenamientos que tienen cierto contenido.

En el primer caso parece que existe una conexión lógica entre un juicio de hecho (aserciones de verdades obvias) y otro juicio de hecho (aserciones relativas a la existencia y eficiencia de ciertos ordenamientos sociales).

En el segundo caso, el primer juicio de hecho ofrece las condiciones para construir una definición descriptiva del derecho. Las primeras aserciones sobre las verdades obvias son presentadas por Hart como proposiciones con un estatus lógico intermedio entre las simples afirmaciones fácticas y las definiciones: son proposiciones cuya verdad depende del hecho de que la naturaleza humana y el mundo en el que vivimos mantengan las características y la estructura que tienen ahora. Para Hart, el “contenido mínimo del derecho natural” no es necesariamente parte

¹⁰⁰ Passerin D'Entreves, Alessandro, "Un 'noyau don sens' (a propos de la théorie du droit naturel chez H. Hart)", *Revue Internationale de Philosophie*, 1963, p. 312-334, p. 333.

¹⁰¹ Cattaneo, Mario, "Il diritto naturale nel pensiero di H.L.A. Hart", *Rivista Int. di Filosofia del Diritto*, 1965, p. 673-694, p. 681.

integrante de los conceptos de derecho y moral, ni está necesariamente presente de hecho en el derecho y en la moralidad positiva de la sociedad existente. Lo único que nos ofrece las proposiciones sobre las verdades obvias son “buenas razones” para obtener ciertas consecuencias, si se quieren alcanzar ciertos fines (supervivencia).

Con todo y, aun admitiendo la posibilidad y corrección lógica de la tesis del contenido mínimo del derecho natural -al suponer que se derivan juicios de hecho (eficacia) de juicios de hechos (verdades obvias)-, creo que la aceptación del fin de la supervivencia introduce elementos valorativos: se parte de un juicio de valor, a saber, que la supervivencia es buena y por ello debe ser garantizada por el derecho y la moral; la eficacia de un ordenamiento jurídico se refiere, en último término, a una instancia que fundamenta su propia existencia.

Hart afirma que el objetivo básico de los hombres es el de la supervivencia, pero éste no es un dato fáctico cualquiera, pues parece que le otorga un carácter normativo: no se trata de que los hombres lo deseen y por eso se convierta en deseable, sino de que los hombres, con una unanimidad fuera de toda duda, lo consideren deseable y por eso se convierta en deseable. No se trata del simple hecho de que los hombres vivan y quieran seguir haciéndolo, sino de que afirmen que hay razones para vivir.

Hart afirma que el fin propio de la actividad humana es la sobrevivencia, lo que significa que se considera bueno vivir o, en otras palabras, que existen razones para vivir. Incluso en una ocasión habló Hart de nuestro deber de conservarnos vivos o de desarrollar nuestras aptitudes naturales. Como dijo Bayles, la teoría del contenido mínimo del derecho natural trataría con razones no con causas.

La necesidad del contenido mínimo de la ley es un punto en el que el propio Hart parece incómodo. A veces dice que estos puntos de contacto entre el derecho y la moral son excusas para llamar a las conexiones en

cuestión necesarias; a veces dice que no son conceptualmente necesarios, sino que son asuntos de necesidad "natural". Tal vez está trató de dirigir un camino intermedio entre la necesidad conceptual y la mera contingencia para evitar chocar con otra de sus tesis.

5. Realismos morales

En el próximo apartado tratare de comparar las afirmaciones que hace Hart sobre el contenido mínimo del derecho natural con la corriente metaética del realismo moral naturalista. Pero antes, explicaré la diferencia entre el realismo naturalista y el realismo antinaturalista.

Por una parte, el realismo moral naturalista afirma que el conocimiento moral es algo que tiene carácter a posteriori, y que los hechos que convierten en verdaderas a algunas normas morales son hechos dependientes o supervinientes a una realidad empírica, de ahí que su conocimiento sea a posteriori. Por otro lado, el realismo moral antinaturalista afirma que el conocimiento moral tiene carácter a priori, y que los hechos que convierten en verdaderas a algunas normas morales son hechos que no dependen de ninguna circunstancia empírica¹⁰². En otras palabras:

- a) Para el realismo moral naturalista existen normas que son objetivamente verdaderas. Esto es, su verdad no depende de creencias. Más bien, son verdaderas por su correspondencia con ciertos hechos, calificados de hechos "morales" o "normativos" dependientes de ciertas circunstancias empíricas y describibles sólo mediante el lenguaje de las ciencias naturales o sociales.
- b) Para el realismo moral antinaturalista existen normas que son objetivamente verdaderas. Esto es, su verdad no depende de

¹⁰² Luque, Pau, "Caracciolo sobre realismo moral y positivismo jurídico", *Revista de Filosofía del Derecho*, 1, 2012, pp. 205-218, p. 209.

creencias. Más bien, son verdaderas por su correspondencia son ciertos hechos, calificados de hechos “morales” o “normativos” necesariamente no dependientes de circunstancias empíricas y, por lo tanto, no describibles mediante el lenguaje de las ciencias naturales o sociales.

Luego, el propio realismo moral naturalista se bifurca en dos supuestos. Por un lado, el naturalismo ético reductivista ha afirmado que las propiedades morales son idénticas a las propiedades naturales; en otras palabras, que el mundo moral es idéntico al mundo natural. Debido a nuestro lenguaje, esta superveniencia puede quedar oculta. Por ejemplo, cuando hablamos del “planeta rojo” y cuando lo hacemos del planeta “Marte”, nos estamos refiriendo al mismo objeto natural, aunque usemos distintos nombre para referirnos a él. De la misma manera, cuando hablamos de “lo moralmente correcto” y de “la maximización de las preferencias”, por ejemplo, también nos referimos al mismo objeto natural, sólo que lo designamos con nombres distintos.

En oposición a esta versión se ha apostado por un naturalismo ético de tipo no-reductivista. En primer lugar, de acuerdo con esta versión, la propiedad “moralmente correcto”, por ejemplo, no es idéntica a una única propiedad natural. Si así fuera, entonces lo moralmente correcto únicamente se daría si se instanciara una propiedad natural, por ejemplo, “ser solidario”; esto es, una acción sería “moralmente correcta” si y sólo si fuera solidaria. Y, sin embargo, podemos encontrar otras propiedades naturales, tales como, por ejemplo, “ser bondadoso” o “no violento”, que – por lo menos para algunos – ejemplificarían también lo “moralmente correcto”. De manera que se puede estar obrando de manera moralmente correcta sin que ello signifique estar obrando solidariamente. Las propiedades morales, por tanto, son realizables de múltiples maneras distintas. De lo que se sigue que la propiedad moral (“lo moralmente correcto”) no es idéntica a una sola propiedad natural (“ser solidario”).

6. ¿El contenido mínimo del derecho natural como afirmaciones del realismo moral?

Si bien en los tres capítulos anteriores se ha descrito la afinidad de Herbert Hart con corrientes no-cognitivistas, trataré de dar razones para considerar a la teoría del contenido mínimo del derecho natural como típica del realismo moral naturalista reductivista.

Fuente de valores morales

Los naturalistas reduccionistas sostienen que los valores morales provienen de hechos no morales sobre el mundo. Hart reconoce que los sistemas jurídicos viables tendrán cierto contenido específico en común con los valores morales aceptados. Las verdades obvias relacionadas con los hechos de nuestra existencia impactan sobre el contenido sustantivo del derecho y la moral como sistemas de ordenamiento social. La explicación de Hart de las razones de por qué tenemos ciertos valores morales es típica del naturalismo reduccionista.

La supervivencia es un "bien" que buscamos lograr. Los hechos sobre el mundo físico y la naturaleza humana impactan sobre cómo se puede lograr ese objetivo.

Empirismo

Los naturalistas reductivistas buscan pruebas empíricas de cuestiones de hecho; la verdad de un valor moral solo se acepta si hay evidencia empírica del hecho subyacente al que se puede reducir. Hart sostiene que las verdades obvias del derecho y la moral no son verdades universales. Sus afirmaciones son expresamente no-metafísicas. Cuando miramos a lo largo de la historia humana, el hombre realmente ha buscado la supervivencia

como un hecho observable. La supervivencia como un bien a perseguir ha jugado y continúa desempeñando un papel central en todos nuestros asuntos ordenados, cómo interactuamos y cómo entendemos el mundo que nos rodea. Del mismo modo, es un hecho empírico que los seres humanos son vulnerables al daño físico. Como resultado, tenemos el valor moral de que uno no debe dañar físicamente a otro ser humano. A lo largo de sus escritos, Hart abrazó el empirismo con respecto a las afirmaciones no-morales subyacentes utilizadas en apoyo a argumentos morales.

Evidencia científica

Los naturalistas reductivistas usan las ciencias para informar sus posiciones morales. A la manera de los naturalistas reductivistas, Hart está dispuesto a que su filosofía esté dirigida por el desarrollo de las ciencias físicas y sociales.

Revisabilidad

Para el reductivista los hechos naturales son contingentes. Lo mejor que podemos decir sobre una cuestión de hecho es que es verificable empíricamente como cierta por el momento. Si el valor de verdad de un hecho subyacente cambia, el valor de verdad del valor moral correspondiente también cambiaría.

Los valores morales son, por lo tanto, revisables. Para Hart, los seres humanos podrían haber evolucionado para ser inmunes al daño físico, los recursos podrían haber sido o algún día ser ilimitados y los seres humanos podrían haber evolucionado o evolucionar para ser radicalmente diferentes físicamente. Ciertos valores morales están profundamente arraigados en nuestro pensamiento y lenguaje debido a cuestiones de hecho, pero Hart considera que estos hechos son contingentemente verdaderos.

Esto nos lleva al tema de la objetividad. El naturalismo reductivista sostiene que ciertos valores morales se pueden reducir a una combinación de hechos objetivos no-morales.

Hay una serie de razones por las cuales los valores que analiza en el capítulo IX deben considerarse objetivos. Hart trata el objetivo de la supervivencia humana como un hecho observable: los seres humanos simplemente desean vivir, incluso a costa de una gran miseria. Estamos comprometidos con este objetivo en nuestras estructuras de pensamiento y lenguaje. Sin embargo, la afirmación de Hart sobre la supervivencia como objetivo humano va mucho más allá. Ninguna discusión sobre moralidad tiene sentido a menos que aceptemos la supervivencia como un objetivo humano básico. Simplemente tiene que ser bueno para nosotros sobrevivir, porque cualquier discusión sobre lo que debemos hacer como grupo se basa en la idea de que no somos un club suicida. Para que haya moralidad, nuestra supervivencia continua debe ser aceptada como un "bien" objetivo en lugar de una cuestión de preferencia subjetiva.

Hart analiza las verdades obvias que impactan en el logro de la supervivencia. Hart no los describe explícitamente como objetivos, pero los presenta como tales. Se dice que la vulnerabilidad humana, la igualdad aproximada y el altruismo limitado son "características sobresalientes" de la naturaleza humana; no solo creemos que estas cosas son verdaderas.

A lo largo del análisis, Hart se refiere a estos tópicos como hechos, 'los hombres son vulnerables a los ataques corporales', "ningún individuo es mucho más poderoso que otro", "los hombres no son demonios", "los seres humanos necesitan comida, ropa y refugio".

La lectura más natural de estas afirmaciones es que no dependen de la conciencia de un observador para conocer su verdad. Esta, entonces, es la razón por la cual los valores morales discutidos en el capítulo IX deben considerarse objetivos. La idea central del argumento de Hart es que los

valores morales centrales se basan en hechos bastante banales sobre la naturaleza física y nuestro mundo, hechos que reflejan tanto el derecho como la moral. La verdad objetiva simplemente significa verdad en virtud de algún conjunto de hechos sobre el mundo.

Lo que el análisis realizado demuestra es un respaldo de Hart de una versión "delgada" del realismo moral.

CONCLUSIONES

1. Podríamos identificar lo que podría denominarse la “tesis de la asepsia metaética”, y la tesis “no-cognitivista” dentro de las teorías iuspositivistas. La “tesis de la asepsia” sostiene que el positivismo jurídico no es una tesis sobre el valor moral del derecho, sino sobre los criterios para la descripción del derecho; por lo que la tarea descriptiva del positivismo no choca con ninguna doctrina metaética. Para la tesis “no-cognitivista” la defensa de la separabilidad conceptual entre derecho y moral depende de que no pueda probarse la verdad o falsedad de los juicios morales; depende, en otras palabras, de que no se refute el no-cognitivism moral en metaética.
2. Hart supone que, si los juicios morales son racionalmente defendibles como cualquier otro tipo de juicios, no se sigue nada respecto a la conexión entre el derecho que es y el derecho como debe ser. Si un cognitivista moral sostiene la diferencia entre el derecho que es y el derecho como debe ser, podría demostrar la inequidad o inmoralidad de las reglas; pero la demostración de esto no mostraría que la regla no es derecho.
3. Si bien Hart, no explicitó su afinidad por una corriente metaética, distintos pasajes en su obra lo acercan a corrientes no-cognitivist.
4. Una teoría jurídica que trate de explicar la normatividad del derecho tiene que hacerlo desde dos sentidos: a) semántico: el modelo semántico teórico de enunciados jurídicos debe presentar tales enunciados como semánticamente "normativos"; b) metaético: el teórico debe explicar cómo el contenido de los enunciados jurídicos semánticamente normativos se vuelve moralmente vinculante.
5. Identifico dos modelos para explicar la normatividad del derecho en el sentido metaético. Para el modelo justificativo existe una conexión conceptual entre los enunciados de obligación jurídica y las normas

morales objetivas, en el sentido de que los enunciados jurídicos pretenden denotar normas morales, independientemente de si lo hacen con éxito. La tesis semántica inherente al modelo justificativo de la vinculación moral del derecho es la del descriptivismo moral: la afirmación de que los enunciados de obligación jurídica pretenden denotar hechos y propiedades morales objetivas. El modelo motivacional de la normatividad del derecho argumenta que la obligatoriedad moral del derecho debía entenderse no de acuerdo con un estándar moral objetivo (porque pensaban que no existen tales estándares), sino en términos de una postura moral conativa adoptada por los sujetos hacia el derecho.

6. A través de su explicación sobre el “punto de vista interno” y “la regla de reconocimiento”, Hart pudo establecer cómo los enunciados jurídicos son "normativos" sin comprometerse con un descriptivismo moral o un no-descriptivismo moral. Sin embargo, para completar una teoría sobre la normatividad del derecho, le faltó demostrar como el derecho se vuelve moralmente vinculante. Un modelo metaético no-cognitivist sería el único plausible capaz de alinearse con su modelo semántico de la normatividad del derecho.
7. Cuando Hart señala que el *soft positivism* no debe comprometerse con posiciones controvertidas de metaética, es exactamente lo contrario que está haciendo al sostener que el reenvío a la moral para la identificación del derecho se trata o bien de un modo de descubrimiento de derecho preexistente, o bien de una mera habilitación de la discrecionalidad judicial, según el objetivismo moral sea verdadero o falso, respectivamente. Así, la plausibilidad teórica definitiva del *soft positivism* y demás versiones del positivismo jurídico incluyente, depende de la verdad del objetivismo moral.
8. Ni el realismo moral, ni el constructivismo ético son salidas razonables para las versiones del positivismo jurídico incluyente. La

existencia de una objetividad moral, para el realista moral es una mera cuestión ontológica. Así que el realismo no aporta nada sobre la resolución de desacuerdos morales, y por tanto no abona nada a la defensa de una dimensión objetiva de los juicios morales cuando la regla de reconocimiento remita a la moral. Por otra parte, si positivismo jurídico incluyente se ampara mediante un constructivismo moral, se producen argumentaciones morales sustantivas que merman el carácter descriptivo del positivismo jurídico.

9. Aunque el pensamiento hartiano se acerca al no-cognitivism moral, su teoría sobre el contenido mínimo del derecho natural parece típica al realismo moral reductivista, puesto que la idea central del argumento de Hart es que los valores morales centrales se basan en hechos bastante comunes sobre la naturaleza física y nuestro mundo, hechos que reflejan tanto el derecho como la moral. Y su verdad objetiva simplemente significa verdad en virtud de algún conjunto de hechos sobre el mundo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Ayer, A.J, *Lenguaje, Verdad y Lógica*, Valencia, Universidad de Valencia, 2000.
- Bix Brian, "Ross and Olivecrona on Rights", *Australian Journal of Legal Philosophy*, vol. 34, 2009.
- Caracciolo, Ricardo, "Entrevista a Eugenio Bulygin", *Doxa: cuadernos de filosofía del derecho*, núm. 14, 1993.
- Cattaneo, Mario, "Il diritto naturale nel pensiero di H.L.A. Hart", *Rivista Int. di Filosofia del Diritto*, 1965, p. 673-694.
- Charles Stevenson, "The Emotive Meaning of Ethical Terms", *Mind*, vol. 14, 1937.
- Coleman, Jules, *The Practice of Principle. In Defense of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 111.
- Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 1984, p. 65. Versiones originales: Dworkin, Ronald, "The Model of Rules (I)", *University of Chicago Law Review*, 1967 y Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Londres, Duckworth, 1977.
- _____, *Justice for Hedgehogs*, Harvard University Press, Cambridge, 2011, p. 122.
- Endicott, Timothy, *Law and Language*, <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2010/entries/law-language/>>
- Finnis, John 'On Hart's Ways: Law as Reason and Fact', en *The Legacy of HLA Hart: Legal, Political and Moral Philosophy*, Oxford University Press, 2009.
- Gibbard, *Wise Choices Apt Feelings*, Oxford, Oxford University Press, 1990.
- Green, Leslie, "Legal Positivism", en Edward N. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, <https://plato.stanford.edu/entries/legal-positivism/>.

- _____ “Positivism and the Inseparability of Law and Morals”, *New York University Law Review*, Vol. 83, No. 4, 2008-
- Hare, Richard, *El lenguaje de la moral*, México, Instituto de Investigaciones Filosóficas, 1975.
- Hart, H.L.A., *El concepto de derecho*, trad. de Genaro Carrió, Buenos Aires, 1963, p. 209. Publicación original: Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961.
- _____, “El positivismo y la separación entre derecho y la moral”, en *El debate Hart-Fuller*, Bogotá, 2016. Publicación original: “Positivism and the Separation of Law and Morals”, *Harvard Law Review*, No. 71, 1958.
- _____, *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1982, p. 160.
- _____ *Obligación jurídica y obligación moral*, Instituto de Investigaciones Filosóficas, México, 1977. Publicación original: Hart, H.L.A., “Legal and Moral Obligation”, *Essays in Moral Philosophy*, Seattle, University of Washington, 1958.
- _____, *Post Scriptum al Concepto del Derecho*, trad. Rolando Tamayo, México, UNAM, 2000. Publicación original: Hart, H.L.A., *Postscript*, en *The Concept of Law*, 2a. ed., Oxford, Clarendon Press, 1994.
- _____, “Morality and Reality”, *The New York Review of Books*, vol. 25, n. 3, pp.35-38, 1978.
- _____
- _____ “The Ascription of Responsibility and Rights”, en *Proceedings of the Aristotelian Society*, New Series, vol. 49.
- _____ “Who Can Tell Right from Wrong?”, en *The New York Review of Books*, vol. 35, n. 12, 1994.
- Hume, David, *Ensayos morales, políticos y literarios*, Madrid, Trotta, 2001.
- Jean, Hampton, *Authority of Reason*, Cambridge University Press, Cambridge, 1996.

- Lacey Nicola, *A Life of H.L.A. Hart: The Nightmare and the Noble Dream*, Oxford University Press, 2004.
- Leiter, Brian, 'The Demarcation Problem in Jurisprudence: A New Case for Skepticism', *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 31, 2011.
- Luque, Pau, "Caracciolo sobre realismo moral y positivismo jurídico", *Revista de Filosofía del Derecho*, 1, 2012.
- Mackie, John, *Ética: la invención de lo bueno y lo malo*, Gedisa, Barcelona, 2000.
- Moore, G.E. Moore, *Principia Ethica*, México, Centro de Estudios Filosóficos, 1959.
- Moreso, José Juan, "En defensa del positivismo jurídico incluyente", en Navarro, P.E. y Redondo, M.C. (eds.), *La relevancia del derecho: Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*.
- _____, José Juan, *La Constitución: modelo para armar*, Madrid, Marcial Pons, 2009.
- Páramo, Juan, "Entrevista a HLA Hart", *Doxa*, vol. 5, 1988.
- Parfit, Derek, 'Normativity' en Russ Shafer-Landau ed., *Oxford Studies in Metathics* vol. 1, Oxford University Press, 2006.
- Passerin D'Entreves, Alessandro, "Un 'noyau don sens' (a propos de la théorie du droit naturel chez H. Hart)", *Revue Internationale de Philosophie*, 1963.
- Perry, Stephen, "Hart on Social Rules and the Foundations of Law: Liberating the Internal Point of View", *Fordham Law Review*, vol. 75, 2006.
- Pozzolo, Susana, Inclusive positivism: alcune critiche, *Diritto&questioni pubbliche*, n. 1, 2001.
- _____, "Riflessioni su inclusive e soft positivism", en Comanducci, P. y Guastini R. (eds.) *Análisis e diritto*, Torino, 1998.

- Radcliffe-Brown, Alfred, *Structure and Function in Primitive Society*, London, Cohen & West Ltd., 1952.
- Rawls, John, *Justicia como equidad*, 2.^a ed., M. Á. Rodilla (trad.), Madrid, Tecnos, 1999.
- Rawls, John, *Sobre las libertades*, Barcelona, Paidós, 1990, págs. 73-74.
- Raz, Joseph, *Between Authority and Interpretation*, New York, Oxford University Press, 2009.
- _____, 'H.L.A. Hart (1907-1992)', *Utilitas*, vol. 5, 1993.
- _____, *La autoridad del derecho*, México, Ediciones Coyoacán, 2011.
- _____, "Purity of the Pure Theory", en Paulson S.L. y Paulson P.L., *Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford, *Oxford University Press*, 1999.
- Rivaya, Benjamín, "Una teoría científica del derecho. El pensamiento jurídico de Bronislaw Malinowsky", *Sociologia del Diritto*, vol. 25, 1998.
- Rodríguez, Verónica, *Law and Authority under the Guise of God*, México, Oxford, Hart Publishing, 2014.
- Russ Shafer-Landau, *Moral Realism: A defense*, Oxford, Clarendon Press, 2003.
- Russell, Luke, "Two Kinds of Normativity: Korsgaard v. Hume" en Charles Pigden (ed.) *Hume on Motivation and Virtue*, Palgrave Macmillan, 2009.
- Soper, Philip, "Two Puzzles from the Postscript", *Legal Theory*, vol. 4, 1998.
- Toh, Kevin, "Hart's Expressivism and his Benthamite Project", *Legal Theory*, Vol. 11, 2008, p. 75.
- Stevenson, Charles, *Ética y Lenguaje*, México, Paidós, 1994.
- Waldron, Jeremy, *Law and Disagreement*, Oxford, Clarendon Press, 1999.
- Waluchow, Wilfrid, "Authority and the Practical Difference Thesis: A Defense of Inclusive Legal Positivism", *Legal Theory*, vol. 6, 2000.