



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
PROGRAMA DE MAESTRÍA Y DOCTORADO EN FILOSOFÍA
FACULTAD DE FILOSOFÍA Y LETRAS
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES FILOSÓFICAS

DERECHO Y MORAL.
UN ANÁLISIS A PARTIR DEL CONCEPTO DE DERECHO DE H.L.A. HART

TESIS
QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE:
MAESTRO EN FILOSOFÍA

PRESENTA
GERARDO LÓPEZ ANAYA

TUTOR
DOCTOR PAU LUQUE SÁNCHEZ
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES FILOSÓFICAS

Ciudad de México, Septiembre de 2021



Universidad Nacional
Autónoma de México



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.

DERECHO Y MORAL
UN ANÁLISIS A PARTIR DEL CONCEPTO DE DERECHO DE H.L.A. HART

ÍNDICE

Introducción	4
I. La tesis de Hart	11
A. Hart y la tesis de la separación	11
B. La búsqueda de un concepto del derecho como punto de partida	11
C. Moral, justicia y derecho	12
II. La conexión entre derecho y moral	13
A. Las diferentes maneras de relacionar moral y derecho	13
B. El plan de exposición	14
1. Derecho natural y positivismo jurídico	14
a. Justificación del análisis	14
b. El contexto del debate	15
c. Una primera versión de la tesis del derecho natural y una primera objeción	16
d. Una aproximación a la idea de “necesidad” y la objeción correlativa	17
e. La tesis del derecho natural	19
1) La razón de ser de la concepción teleológica y su posible aplicación al derecho	19
2) La supervivencia como fundamento de la tesis del derecho natural	20
a) Objeciones formuladas contra la tesis de la supervivencia	21
3) La tesis del “contenido mínimo” del derecho natural	23
4) La tesis pluralista de la “naturaleza humana”	26
f. La tesis del positivismo jurídico	27
1) Escepticismo ético	28
2) Positivismo ideológico	30
3) Positivismo teórico	31
4) Positivismo conceptual	32
a) Positivismo “de meros hechos”	33
2. Sinopsis de la primera parte	37
3. Tesis concretas de conexión entre moral y derecho	39
a. Justificación del intento por vincular	39
b. Tesis de vinculación iusnaturalistas	40
1) La influencia de la moral sobre el derecho	40
2) El derecho como modelo coercitivo	42
a) La tesis del imperativo	42
b) Crítica a la tesis	43
c) Conclusión del argumento. La tesis de los dos modelos en la teoría del derecho	45
i. Objeción a partir de una fundamentación no dicotómica	45
ii. Objeción a partir de la función	45

político-creadora de los jueces	47
iii. Objeción a partir de la noción “deber ser”	49
3) La justicia como fundamento de validez jurídica	50
a) La crítica del derecho	50
i. La crítica del derecho bajo la óptica del derecho natural	51
ii. El argumento de la validez universal de los juicios de valor	52
b) La tesis alemana de la posguerra	53
i. La tesis de William Blackstone	54
ii. Objeción a la tesis	54
iii. Una tesis complementaria	55
iv. Un excursus literario-filosófico	55
v. La tesis de Gustav Radbruch	56
vi. Objeción directa al argumento	58
vii. Objeción fundada en el criterio de utilidad	59
viii. La carga emotiva como criterio de distinción	62
4) Los elementos valorativos en la resolución judicial	64
a) La tesis de los elementos valorativos	64
b) Objeción a la tesis	66
5) La moral interna del derecho	67
a) La tesis de Fuller de la moral interna	67
b) Objeción de Hart a la tesis	67
c) Réplica de Fuller	68
d) Objeción de Raz a la tesis	70
i. La idea del Estado de Derecho	70
ii. El valor del Estado de Derecho	71
iii. Objeción a la tesis	71
e) Determinismo y libertad en relación con la moral legal	72
i. La hipótesis determinista	73
ii. Objeción a la hipótesis	73
iii. Dos argumentos a favor del indeterminismo	74
f) Las cuatro conclusiones de Fuller	76
g) La conexión necesaria entre derecho y moral	77
4. Sinopsis de la segunda parte	79
III. A. El debate entre Hart y Dworkin	86
1. Las reglas y los principios	86
a. El positivismo y la distinción entre reglas y principios	86
b. La objeción de Hart	89
c. La “derrotabilidad” (<i>defeasibility</i>) de las normas jurídicas	90
2. Los principios y la regla de reconocimiento	91
a. La regla de reconocimiento	91
b. Crítica de Dworkin y objeción de Hart	91
3. La crítica a la Tesis de las fuentes sociales	93
4. Derecho y moral (a partir de la teoría interpretativa)	96
B. El positivismo incluyente (Incorporacionismo)	98
Conclusiones	106
Referencias bibliográficas	110
.Bibliografía	115

INTRODUCCIÓN

Tema

El tema general de este trabajo es el de las relaciones existentes entre derecho y moral, tema visto tomando como punto de referencia, el pensamiento de H. L. A. Hart.

Delimitación del tema

Algo que ha puesto de manifiesto la complejidad del tema, es que éste se ha presentado, no como referido a una sola clase de relación, sino a un amplio espectro de vínculos imaginables, que con frecuencia se confunden. Si bien es cierto que en algún sentido esto ha contribuido a que su estudio se tornara particularmente enriquecedor, toda vez que a partir del mismo se han emitido afirmaciones que interesan a disciplinas distintas y distantes, que van desde la historia del derecho o de la moralidad, hasta aquellas de contenido estrictamente filosófico, también es cierto que esta profusión desordenada de afirmaciones dispares acerca de un mismo tópico, ha problematizado la comprensión del carácter diferenciado que deben asumir las relaciones entre moral y derecho.

Si el derecho se relaciona con una variedad de disciplinas, esta investigación trata casi de manera exclusiva de la relación existente con la moral y sólo en mucho menor medida de las relaciones existentes con la política, la historia o la psicología. Pero eso es suficiente para que se inscriba en un ámbito interdisciplinario. No se intenta profundizar así en un único campo, sino ahondar en la comprensión de alguna o algunas de las variadas formas en las que moral y derecho se relacionan. Aunque ni siquiera en todas ellas. No nos interesa de momento profundizar, por ejemplo, en relaciones manifiestamente contingentes, objeto de un análisis histórico, más que estrictamente filosófico, mientras cuestiones denominadas por algunos autores, de ética normativa, como si el derecho debe o no, imponer cierto tipo de preferencias morales, sólo serán tratadas tangencialmente. Esta investigación versará acerca de la posibilidad de existencia de relaciones entre moral y derecho, pero desde una perspectiva mucho más estrecha, en un sentido mucho más “fuerte”, tópico que interesa por una parte a la teoría del derecho, pero también por otra, como algunos autores lo han señalado atinadamente, a una teoría general de las normas, teoría unificadora de todos los fenómenos normativos, disciplina apenas en ciernes. Amén de lo anterior, cabe mencionar que sobre dicho género de relaciones nos interrogamos a partir del diálogo –o si se quiere, controversia- que sostienen algunos pocos autores, que hemos pensado significativos al respecto y no, por supuesto, a partir de la ingente literatura que sobre el tema, puede seguramente aportarnos la historia entera de la filosofía jurídica.

Problema

Como se puede desprender de lo anterior, la relación entre moral y derecho incide directamente en un problema que interesa de manera especial a la teoría jurídica, el “cabo de las tormentas” de la filosofía del derecho (según la afortunada –y también controvertida- expresión de otro connotado iusfilósofo): en lo que se refiere a su necesidad o contingencia, ¿qué tipo de relación existe entre la moral y el derecho?. Tal y como lo vemos, tema y problema tienen que ver con dos cuestiones capitales de la filosofía jurídica. La primera corresponde a lo que se ha dado en llamar, el problema de la “naturaleza” del derecho. Esto es perfectamente entendible, toda vez que inquirir por la naturaleza de algo, significa preguntar por aquello que lo hace ser tal cual es, preguntar por su “esencia” y esto en cierto sentido equivale a intentar acotarlo, ponerle límites, lo cual exige situar dicho objeto en su particular entorno. En este orden de ideas, comprender la naturaleza del vínculo entre moral y derecho, significa simultáneamente comprender la naturaleza de los objetos vinculados. La segunda cuestión con la que nuestro tema y problema se relacionan, es la de la supuesta

[Escriba texto]

o pretendida existencia de un fundamento último del derecho, aquello que hace que las normas jurídicas deban de ser obedecidas; en otros términos, lo que les confiere o parece conferirles su particular fuerza. La pregunta en este punto es: ¿deriva la obligatoriedad del derecho de un componente moral? Porque si la moral y el derecho están conceptualmente vinculados, las reglas jurídicas contienen un elemento que legitima su imposición a los sujetos. Pero si no ocurre así, habrá que buscar dicho fundamento en algo distinto.

En suma y a riesgo de parecer reiterativos, a partir del problema y sus ramificaciones, podemos decir que la pregunta central subyacente, eje y guía que orienta esta investigación, es ésta: ¿existe o no una relación necesaria entre moral y derecho?. Sólo quisiéramos agregar que esta conexión, en cuanto a su necesidad o contingencia, ha sido el blanco de un debate relativamente reciente, inicialmente situado en el contexto de la filosofía jurídica anglosajona. Como respuesta a esta pregunta-problema, algunos teóricos han sostenido la tesis de la vinculación o de la relación necesaria; otros, la tesis de la separación o de la ausencia de dicho género de relación. El punto es que, como en otras cuestiones similares, no existe y quizás nunca exista acuerdo entre los contendientes.

Hipótesis de trabajo

La hipótesis que se sujetará a comprobación en el presente estudio puede enunciarse en los siguientes términos: “A partir del análisis de la controversia que sobre la relación entre derecho y moral, se ha suscitado entre Hart y otros interlocutores, no es posible sustentar la existencia de una conexión necesaria entre derecho y moral”. Dicho de otro modo, partiremos de una tesis que postula la separación conceptual entre moral y derecho. No obstante, nos vemos obligados a precisar el alcance de la proposición previa, toda vez que enunciada tal cual, podría justificadamente aparecer como comprendiendo un objeto mayor al que en realidad se dirige. El estudio a continuación centra su análisis en las seis formas de relación consideradas por Hart en el capítulo IX de su obra *El concepto de derecho*, apartado tercero, denominado por su autor “Validez jurídica y valor moral” en conjunto con las formas de relación contenidas en el artículo previo del mismo autor “El positivismo jurídico y el problema de la separación entre el derecho y la moral”.¹ Por esta razón, aunque el estudio comprende al final la controversia posterior sostenida por Hart con Ronald Dworkin –la que circunstancialmente ha despertado nuestro interés en el tópico-, lo hace de manera separada y predominantemente en tono expositivo. Por otra parte, tampoco se aboca este trabajo al estudio de las objeciones opuestas con posterioridad a la desaparición de Hart por sus numerosos críticos y detractores, quienes más que postular una vinculación derecho-moral, cuestionan la consistencia de la tesis propuesta por aquel autor. Aunque dichas críticas han sido con frecuencia formuladas por autores también considerados iusnaturalistas, a diferencia del conjunto previo de argumentos, éstos se originan en el núcleo mismo del positivismo postulado por Hart, poniendo en entredicho la viabilidad y capacidad explicativa de esta perspectiva de análisis. Entre estas tesis críticas se encuentran: la oposición a la controvertible tesis del “contenido mínimo” del derecho natural, la equiparación del punto de vista interno de las reglas en los sistemas jurídicos con el punto de vista moral o bien, la puesta en tela de juicio de los fundamentos y por ende, de la plausibilidad del positivismo metodológico al que parece querer adherirse Hart.

Hecha esta acotación, de modo general podemos decir acerca de la tesis de la separación, que se trata de una hipótesis que ha asumido formas diversas, aunque siempre desde la

¹ H. L. A. Hart, *El concepto de derecho* (trad. de Genaro R. Carrió). Abeledo-Perrot, 2ª ed., Buenos Aires, 1992, pp.247-261. Traducción de la versión original en inglés de *The Concept of Law*. Oxford University Press, 1961. H. L. A. Hart, “El positivismo jurídico y el problema de la separación entre el derecho y la moral”, en *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis* (trad. de Genaro R. Carrió). Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1962, pp.1-64. La edición original inglesa es de 1958.

perspectiva de la corriente llamada en filosofía del derecho “positivismo jurídico”. La hipótesis contraria ha sido sostenida con especial énfasis, sobre todo en tiempos relativamente recientes, por los partidarios de la doctrina del derecho natural o iusnaturalismo. Aunque la historia de esta última posición –en marcado contraste con el positivismo- es no sólo secular, sino milenaria, sus presupuestos no fueron cuestionados sistemáticamente, sino hasta hace unos doscientos años, y precisamente por los positivistas, quienes así se transformaron en sus acérrimos adversarios. Es por ello que la hipótesis “Existe una conexión necesaria entre derecho y moral” durante mucho tiempo no necesitó formularse siquiera en términos tales, pues difícilmente se precisaba convencer a alguien en particular. Se trataba de un presupuesto que de hacerse explícito, sólo hubiera evidenciado lo que se consideraba por todos sabido desde siempre; porque no podía haber algo más claro que el hecho inobjetable de que las normas jurídicas hacían derivar su legitimidad y fundamento último, de su estrecha intimidad con una normatividad inderogable y superior por omnipresente, tanto espacial como temporalmente. No obstante, hace poco más de dos siglos, un movimiento intelectual, político, científico y filosófico, habría de conmover los más hondos cimientos de la tradición, que parecían de suyo tan firmes. Corriente caracterizada por una actitud crítica y analítica, heredera del renacimiento europeo y de la física de Newton, aunque de matices más irreverentes, la Ilustración del siglo XVIII, empuñando la espada de la razón, cuestionó el sistema de pensamiento teológico-medieval, fundamento del Antiguo régimen. La teoría del derecho no habría de permanecer al margen de esta revolución; desde la primera mitad del siglo XIX, fuertemente influido por la filosofía racionalista-mecanicista de Thomas Hobbes, un abogado prácticamente desconocido, de nombre John Austin, trasladaría al terreno de las ideas jurídicas, el método que por entonces ya se transformaba en un lugar común en la naciente ciencia política, lo que haría decir a Gray: “El gran avance en sus concepciones fundamentales que la teoría general del derecho experimentó en los últimos cien años fue el reconocimiento de la verdad de que el derecho de un Estado... no es un ideal sino algo que realmente existe... No es lo que debe ser, sino lo que es. Fijar esto en forma definitiva en la teoría general del *common law*, tal es la hazaña que Austin cumplió”.²

Cuestiones relacionadas

A partir de la hipótesis de trabajo propuesta, es posible plantear una serie de interrogantes relacionadas, algunas de las cuales serán abordadas en el desarrollo de este trabajo. Otras en realidad trascienden los objetivos de esta investigación. Por mencionar algunas:

- Sostener que no existe un vínculo conceptual entre derecho y moral, a partir de la controversia de referencia, ¿significa afirmar que no existe en absoluto dicho tipo de conexión? Si así es, ¿esto tiene que ver con la prevalencia de la tesis positivista?.
- Si la respuesta a la primera pregunta es “no”, es decir, mientras los argumentos no demuestren dicha “necesidad”, ¿tendremos que adherirnos a la tesis de la separación?, ¿o nos conformaremos con sostener que hasta este momento no es posible sostener su vinculación?.
- ¿Es posible demostrar algo como lo que se pretende? Si la respuesta es afirmativa: ¿han estado mal encaminados los intentos de los iusnaturalistas?; ¿existe alguna mejor vía por la cual probar esta pretendida conexión?.
- Con independencia de si es posible probar o no la conexión necesaria o de si esto se ha hecho o no, cabe preguntarse: ¿qué sentido tiene hacerlo?, ¿qué se obtiene con ello?, ¿por qué en el transcurso de esta controversia, las partes se han esforzado sobremanera por dejar en claro la necesidad o contingencia de dicha conexión?.

² Gray (*The nature and sources of the law*, p.94, 1909), citado por Hart, “El positivismo jurídico y el problema de la separación entre el derecho y la moral”, en *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, op.cit., p.13.

- Si resultara que no hay tal conexión necesaria, ¿de qué manera afectaría esto la manera en la que concebimos y aplicamos nuestras reglas e instituciones jurídicas?; ¿sería grave la afectación respectiva?.

Metodología

Sujetamos a verificación la afirmación del teórico que sostiene la existencia de una conexión necesaria entre moral y derecho y no la de aquel que la niega. Partiendo de un principio jurídico y procesal, así como del sentido común más elemental, lo que debe acreditarse son los hechos positivos (con excepción de los negativos que envuelvan una afirmación, que no es el caso). Si los partidarios de la tesis de la vinculación sostienen la existencia efectiva de un nexo entre derecho y moral dotado de ciertas cualidades, su tesis debe sostenerse al ser sometida a un examen crítico. No pensamos que el nexo necesario entre moral y derecho deba concebirse como algo ya dado, ni en el plano analítico, ni en el normativo, ni en el empírico, de manera que corresponda al teórico de la separación, demostrar el fundamento de su pretensión. Así pues, no procedemos en un sentido inverso, pretendiendo demostrar la no existencia de vínculo alguno entre derecho y moral. En esto diferimos del tratamiento que -como se verá posteriormente- algún teórico no positivista ha dado a la cuestión.³

Asimismo, siendo varias las posibles posiciones que pueden asumirse en relación con el problema tratado, dependiendo del punto de vista que se adopte, partimos de la situación del espectador-observador, quien al afirmar que no hay conexión necesaria entre moral y derecho, lo hace desde la óptica de una moralidad crítica. Coincidimos con Francisco Laporta en que esta posición resulta más útil que la del partícipe o *insider*, tanto cuando afirma como cuando niega la existencia de dicha conexión conceptual. Lo mismo, concebimos al iusnaturalista (quien sostiene la tesis opuesta) desde una posición análoga; es decir, como observador externo y objetivo que afirma la relación necesaria entre derecho y moral crítica. En realidad no puede ser de otra manera, pues no se le puede concebir como a aquel que en términos sólo empíricos se refiere al nexo desde cierta moralidad positiva (su pretensión es mucho más ambiciosa que esto). Y tampoco lo podemos entender como a aquel partícipe que, desde un punto de vista meramente interno, asume las reglas como directrices de su conducta.⁴

Procedimiento de comprobación de la hipótesis (Plan de exposición)

En principio no han sido ni Austin ni Hart quienes despertaron nuestro interés en el tópico, objeto de este trabajo, sino un pequeño ensayo escrito por Ronald Dworkin⁵, quien postulaba de manera contundente la fundamentación y concepción sobre una base moral de los derechos, a partir de su conocida y controvertida tesis de los principios jurídicos. No obstante, con sólo profundizar un poco en el tema, nos hemos percatado de que esta

³ Cfr. al respecto a Robert Alexy, "Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral", en *Derecho y moral* (comp. Rodolfo Vázquez). Gedisa editorial, Barcelona, 1998, p.118. Por lo demás, Hart mismo procede de modo similar. Sería -pensamos- un desatino proceder de otro modo, intentando demostrar el hecho negativo bajo el cual puede concebirse la separación conceptual derecho-moral. Por ello diferimos de la apreciación hecha por Rodolfo Luis Vigo, quien advierte una preferencia de Hart por destacar "la separación conceptual del derecho y la moral", más que afrontar y profundizar las vinculaciones entre ambos. Realmente es a esto último a lo que precisamente se aboca el autor británico, aunque en un sentido crítico. Rodolfo Luis Vigo, *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas. Ross-Hart-Bobbio-Dworkin-Villey*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991, p.81.

⁴ Francisco Laporta, "Vindicación del observador crítico y aporía del iusnaturalista", en *Derecho y moral* (comp. de Rodolfo Vázquez). Gedisa editorial, Barcelona, 1998, pp.256,257.

⁵ Ronald Dworkin, *¿Es el derecho un sistema de reglas?* (trad. de Javier Esquivel y Juan Rebolledo). Colección Cuadernos de crítica. Instituto de Investigaciones Filosóficas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., 1977.

contribución no constituía sino el epílogo (desde la perspectiva de Hart, claro) de una ya extensa controversia acerca de la dimensión moral del derecho.

Bajo esta tesitura, el estudio lo hemos estructurado en dos grandes apartados. El primero, centrado en dos textos de Hart, pretende fijar su posición acerca del problema; asimismo, con el propósito de hacer asequible el tema, presenta el contexto de la controversia. Se principia con una sucinta introducción a la problemática y relevancia planteada por las relaciones entre moral y derecho, lo que conducirá inevitablemente a la exposición y crítica de las dos teorías iusfilosóficas que nos ocupan: derecho natural y positivismo jurídico, siempre desde la caracterización efectuada por Hart. Hecho esto, resta –en la segunda parte- exponer el desarrollo de la disputa, para lo cual procedemos cronológicamente, presentando por orden, una serie de tesis de vinculación partidarias de la teoría del derecho natural. Precedido por la constatación del influjo inconstante de la moral sobre el derecho, nuestro punto de partida se sitúa en la tesis fundada en las inconsistencias que revela la teoría utilitarista del imperativo, sustentada por Austin. Ha sido desde entonces, que cada vez con mayor frecuencia, algunos han tomado posición a favor y otros en contra de la definición y fundamentación del derecho, apelando a *standards* extrajurídicos correctivos. De hecho, la primera gran crítica sistemática a la teoría de Austin proviene del propio Hart. Positivista también, este autor cuestiona y termina por socavar, a su manera, los cimientos de una teoría del derecho fundada en las nociones simples de mandato y hábito de obediencia, característicos para muchos de cierto pensamiento de corte positivista, lo que en su momento parecerá tornar endeble la posición que asumirá el mismo Hart en relación con el tema que nos ocupa. De este modo, así como para comprender las tesis de Dworkin, se hace necesario el estudio de Hart, entender mejor a este último nos remite ineludiblemente al pensamiento de Austin. Pero en el desarrollo de esta controversia aparecen otros interlocutores y modos argumentativos, como los de Gustav Radbruch y Lon Fuller, cuyas tesis pretenden reivindicar, aunque desde puntos de vista muy distintos –lo mismo que lo hará posteriormente la posición de Dworkin-, especies de iusnaturalismo que Hart rechaza. Con ellos ocurre algo similar a lo que acontece con Austin: una más cabal comprensión de las tesis de Hart exige no pasarlos por alto. La tesis de Radbruch constituye una versión del argumento clásico del derecho natural, por el que se atribuye al derecho un cierto componente moral, a falta del cual, la norma deja de vincular a su destinatario. Las dos tesis a continuación son similares, en la medida en que ambas se refieren al proceso de aplicación de reglas a casos específicos. Mientras la primera se centra en los elementos de estimación valorativa cotidianamente incorporados a la práctica judicial, la segunda subraya una serie de requerimientos lógico-morales denominados por Fuller “adjetivos”, epíteto engañoso, toda vez que –desde su perspectiva- dichos requisitos se tornan imprescindibles para certificar la juridicidad de toda regla. Después de las discusiones precedentes, agregamos un apartado que contiene en grandes líneas la conocida controversia entre Hart y Dworkin. La posición de Dworkin, a diferencia de la de los anteriores oponentes a Hart, no es la de un iusnaturalista anclado en los tradicionales postulados iusnaturalistas, razón por la que a Dworkin se le ha considerado un pensador atípico, denominándole –a falta de mejor término- “neoiusnaturalista”, justificando esta etiqueta su insistencia en la tesis de la vinculación.

Tomando como referencia el trabajo de Hart, a medida que presentemos los argumentos de cada autor iusnaturalista, sujetaremos a comprobación cada una de las tesis presentadas, aceptándola o en su caso descartándola, total o parcialmente, recurriendo para ello, en parte, a las objeciones planteadas por otros autores, y de haberlas, a las respuestas a las objeciones mismas, insertando las observaciones y críticas que consideremos pertinentes. Asimismo, intentaremos relacionar cada tesis con tesis emparentadas, poniendo énfasis particular en aspectos relevantes.

Justificación del procedimiento de comprobación

No está de más decir que los interlocutores cuyos argumentos se presentan en este trabajo, son sólo algunos pocos entre los sucesores de esta secular controversia y quizás ni siquiera los principales en el decurso de la historia de la filosofía jurídica reciente; teóricos como Hans Kelsen, Alf Ross o Joseph Raz, por mencionar sólo algunos, son citados sólo circunstancialmente. Esto se comprende si se piensa tanto en el tema base de este estudio, como en el hecho de que la posición a partir de la que nos desplazamos, es la definida y acotada por el punto de vista sustentado por Hart, en el texto citado. Esto último amerita una ulterior aclaración. Aunque nuestro interés derivó en primera instancia del texto de Dworkin, ya mencionado, hemos creído –como no habrá pasado inadvertido-, que resultaría mucho más prolífico situarnos, como punto focal de referencia, en la órbita del pensamiento de Hart, para tratar del tema objeto de esta investigación. Las razones de ello son las siguientes:

1. Al tratar de las tesis sustentadas por Hart, así como de los argumentos esgrimidos contra Hart mismo, pueden observarse y desenvolverse de manera variada y compleja, más que en torno a otros autores, los distintos matices que asumen las relaciones entre moral y derecho.
2. Hart es un autor preocupado sobremanera, por la problemática teórica planteada por la naturaleza o “esencia” del derecho, así como por la cuestión del fundamento último del mismo; esto lo lleva a sostener un diálogo constante con aquellas tesis que pretenden sustentar una naturaleza o fundamento moral en el derecho.
3. Al interior del pensamiento de Hart, pese a tratarse de un teórico considerado positivista, coexisten teorías que finalmente operan como un puente de contacto entre los iusnaturalismos y los positivismos extremos. Se trata en este sentido, de un positivista moderado o “suave” –como él mismo admitirá-, que nunca ha negado la existencia de mutuas y complejas interrelaciones entre moral y derecho, circunstancia ésta que incluso ha suscitado lecturas iusnaturalistas de algunas de sus tesis.
4. Si lo que se pretende, es inquirir sobre la plausibilidad de conexiones de algún tipo entre moral y derecho, será siempre preferible intentar hacerlo desde la perspectiva de una crítica razonada de tesis tales, que desde la óptica de un partidario de las mismas.
5. El modelo de Hart pretende constituir un verdadero sistema, por lo menos en lo que al derecho se refiere. Cualquier cambio en alguno de los elementos o en el entramado de relaciones presentes en el sistema debe, cuando menos, atender a un principio de coherencia o congruencia en cuanto al resto del sistema. De no ser así, habrá que generar los mecanismos explicativos necesarios. Analizar el problema que nos ocupa, a partir de este tipo de esquema, resulta en extremo formativo y aleccionador.
6. Hart es un filósofo analítico, fuertemente influido por el denominado “grupo de Oxford”, alguien que en principio no recurre a explicaciones de carácter metafísico o esencialista, argumentos que con frecuencia no puedan anclar en la experiencia de nuestras prácticas o instituciones sociales. En todo caso, destaca su preocupación por el modo en que los términos jurídicos son ordinariamente empleados por juristas, jueces, abogados y ciudadanos, en determinado contexto. A nuestro entender, este modo suyo de proceder, resulta a la larga más honesto y convincente en términos explicativos, descriptivos y de argumentación.

Sólo agregaremos que el tema que esta investigación comprende, es un material que seguramente podría y de hecho ha sido objeto de estudios monográficos independientes. No obstante y a riesgo de incurrir en una expresión común, pensamos que –como en todo estudio- lo que se pierde en detalle o en profundidad, se gana en visión de conjunto (claro, siempre que sea posible observar el conjunto). Llegado el momento, nos hemos tenido que plantear esta disyuntiva. La decisión adoptada sólo puede justificarse en aras de una

pretensión de naturaleza auto-formativa, finalidad que creemos, sería más difícil de alcanzar recurriendo al primer modo de proceder.

I. La tesis de Hart

Para exponer la posición original de Hart, utilizaremos principalmente dos textos suyos: el artículo denominado “El positivismo jurídico y el problema de la separación entre el derecho y la moral” y su obra ya clásica *El concepto de derecho*, a las que en el cuerpo de la “Introducción” nos hemos referido.

A. Hart y la tesis de la separación

En el artículo mencionado, Hart pretende examinar y también defender el punto de vista sostenido por Holmes, entre otros, criticados a su vez por aquellos que sostienen que el derecho y la moral de algún modo están indisolublemente unidos.⁶ Si en una primera aproximación a las teorías que relacionan al derecho con la moral, podemos utilizar como primera y exhaustiva categoría de diferenciación, la de si se trata de teorías que vinculan o no necesariamente ambos campos, la teoría de Hart se enmarca claramente –o al menos él así lo admite, siendo explícito en este sentido- en la segunda de estas categorías: aquella que sostiene la no existencia de un vínculo necesario, también llamado esencial o conceptual, entre moral y derecho. Pero para ello, como podría esperarse, centrará su atención, no en su propia pretensión, lo que no lo llevaría muy lejos, por revestir su afirmación la forma de una negación, sino en la aseveración opuesta, aquella que sostiene que realmente existe una conexión esencial entre derecho y moral, pretensión a la que intentará dar forma a partir de tres argumentos distintos: la crítica a la teoría utilitarista del imperativo, el argumento postulado por el realismo norteamericano y la tesis alemana de la posguerra. Si Hart consigue –en el artículo de referencia- poner en evidencia el carácter no demostrativo de estos argumentos, habrá socavado de manera importante la pretensión implícita en ellos. Pero estas tesis, junto con otras, se desarrollarán más adelante.

B. La búsqueda de un concepto del derecho como punto de partida

¿Qué lleva a este autor a interesarse por la cuestión?. En *El concepto del derecho*, Hart subraya desde un principio, al referirse a la pretensión de definir al derecho, tanto la relevancia como el carácter problemático de la relación entre derecho y moral. Afirma que al perseguir el objeto que da título a su libro, se presentan tres problemas recurrentes: el de la concepción del derecho como órdenes respaldadas por amenazas, el del derecho considerado como moral y el del derecho visto como reglas.⁷ Agrega además, que dicho esfuerzo por comprender en qué consiste el derecho, se ha traducido en un intento por conceptualizarlo: “El principal propósito de la mayor parte de la especulación sobre la ‘naturaleza’ del derecho ha sido eliminar dudas y perplejidades acerca de estas tres cuestiones... especulación... usualmente concebida como la búsqueda de una definición del derecho”.⁸ Desafortunadamente –nos dice- las formas familiares de definición han resultado insuficientes. De cualquier modo, insiste: esta pretensión por definir no ha estado mal orientada, toda vez que “es posible aislar y caracterizar un conjunto central de elementos que forman una parte común de la respuesta a las tres [cuestiones]”.⁹ Dado lo anterior, Hart en esta obra –como él lo sostiene- no pretende proporcionar una definición

⁶ Aunque –de acuerdo con Lon Fuller y sin insistir demasiado en ello, sino más a modo de pretexto para inquirir sobre el tema-, el juez Holmes se ha caracterizado efectivamente por sostener una marcada distinción entre derecho y moral, ha hecho afirmaciones como la que se desprende de una cita suya tomada de *The Path of the Law* (*Harvard Law Review*. 1897, p.459): “No digo que no exista un punto de vista más amplio desde el cual la distinción entre derecho y moral se vuelva de secundaria importancia, así como todas las distinciones matemáticas se desvanecen en presencia de lo infinito”. Lon Fuller, *La moral del derecho* (trad. De Francisco Navarro). Trillas, México, D.F., 1967, p.169.

⁷ Hart, *El concepto del derecho*, op.cit., pp.7-10.

⁸ Idem, p.16.

⁹ Idem, p.20.

del derecho, aunque sí contribuir al avance de la teoría jurídica a través de una mejor comprensión de las semejanzas y diferencias entre derecho, coerción y moral, como tipos de fenómenos sociales.¹⁰ Planteada esta finalidad, queda claro que la naturaleza de la relación entre derecho y moral no deviene un asunto menor para nuestro autor. La caracterización que en lo subsecuente haga de este conjunto central de elementos dependerá, en gran medida, de la posición que asuma ante el problema planteado por la existencia o no, de un vínculo necesario entre derecho y moral, objeto del presente análisis. Si bien puede ocurrir que el carácter del vínculo entre coerción y derecho no guarde relación alguna con el vínculo entre moral y derecho, como más adelante lo sostendrá el mismo Hart, la naturaleza de la conexión derecho-moral por lo menos define y por ende, acota dos de los conceptos, posibilitando entonces su diferenciación. Aunque Hart emprende una contrastación preliminar entre moral y derecho, sólo después de aclarar la naturaleza de la relación entre ambos, es posible elaborar una más óptima comparación.

C. Moral, justicia y derecho

Partiendo de estas premisas, Hart, en la tercera y última parte de su texto, se abocará a desarrollar el tema de las diversas relaciones existentes entre derecho y moral. Pero en su intento por acotar el ámbito de la moral, dará antes un pequeño rodeo, dedicando un apartado al tema de la justicia, comenzando por aclarar un frecuente malentendido: la confusión entre justicia y moral. Subraya este autor que la justicia constituye sólo un segmento de la moral que no se refiere primariamente a la conducta individual, sino a la forma como son tratados clases de individuos. Ésta no constituye –como pudiera parecer– una mera acotación marginal, porque si lo moral no se encuentra vinculado de manera necesaria con el ámbito de lo jurídico, como después lo sostendrá Hart, lo justo lo estará aún menos. Después de desarrollar una clasificación análoga a la tradicional división aristotélica de justicia en distributiva y correctiva y de subrayar el presupuesto de igualdad, afirma la existencia de una estructura compleja en la idea de justicia, por la cual ésta se integra tanto de un criterio constante, como de un criterio variable o cambiante, determinante material del concepto, caracterizado por su relatividad o ambigüedad. Asimismo, distingue entre justicia de la norma en sí y justicia en la aplicación de la norma.¹¹ Hecho este necesario deslinde, Hart se dedica a caracterizar a la moral, subrayando tanto la dificultad de delimitar su campo, como el desacuerdo acerca de su *status*, para entonces establecer una serie de semejanzas y diferencias entre la moral y el derecho. Aunque en principio Hart ha centrado su análisis en una moral convencional o social, aclara que la moral comprende mucho más que las obligaciones y los deberes reconocidos en la práctica

¹⁰ Idem, p.21.

¹¹ Llamada por M. Bayles, "justicia administrativa". Michael D. Bayles, *Hart's Legal Philosophy. An examination* (Law and Philosophy Library). Kluwer academic publishers. Netherlands, 1992, p.111. Es significativo el hecho de que Hart, pese a dedicar un amplio análisis a la idea de justicia, no haga explícitas en este punto las consecuencias derivadas de la noción del criterio variable, para efectos de la doctrina del derecho natural, vínculo que por supuesto ni desconoce ni niega, como se observará en su concepto de "iusnaturalismo". Este tratamiento difiere de argumentaciones más radicales, como la asumida por un realista como Alf Ross, quien al principiar el análisis del concepto, destaca en primer término: "En la filosofía del derecho natural, la idea de justicia ha ocupado siempre un lugar central. El derecho natural insiste en que en nuestra conciencia reside una idea simple y evidente, la idea de justicia, que es el principio más elevado del derecho como opuesto a la moral. La justicia es la idea específica del derecho. Está reflejada en un grado mayor o menor de claridad o desfiguración en todas las leyes positivas y es la medida de su corrección". Después de todo, también es cierto que Hart no desprende consecuencias tan drásticas a partir del análisis de este concepto; como veremos más adelante, no puede considerársele un escéptico en materia ética, a diferencia de Ross. De aquí que las conclusiones que se siguen del criterio variable no deban ser demoledoras para la teoría del derecho natural, como en cambio si lo serán desde la óptica de Ross. Alf Ross, *Sobre el derecho y la justicia* (trad. de Genaro R. Carrió). Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1970, p.261.

efectiva de los grupos sociales. Hay ideales morales, así como principios e ideales empleados en la crítica moral de la sociedad.¹²

II. La conexión entre derecho y moral

A. Las diferentes maneras de relacionar moral y derecho

Decir que derecho y moral están conectados, puede entenderse en más de un sentido, nos dice Hart. ¿Qué es lo que queremos decir, al afirmar o negar que el derecho y la moral están relacionados? Porque una cosa es afirmar o negar una conexión empírica, contingente; pero una muy distinta, que a partir de lo anterior se afirme o niegue una conexión en un sentido mucho más “fuerte”: ‘que un sistema jurídico tiene que exhibir alguna concordancia específica con la moral o con la justicia, o que tiene que apoyarse en una convicción ampliamente difundida de que hay una obligación moral de obedecerlo’.¹³ De hecho, en una obra posterior¹⁴, Hart advertirá que las relaciones entre derecho y moral no configuran una sola cuestión, sino varios problemas heterogéneos que requieren ser considerados por separado. Primeramente, una cuestión fáctica, objeto de estudio histórico: ¿ha sido el derecho, en el transcurso de distintas épocas, influido por la moral?. Y con esto, la otra pregunta obligada: en su desenvolvimiento, ¿ha sido influida la moral por el derecho?, asunto este último sobre el que apenas se ha investigado. En segundo término, tenemos la cuestión analítica o definicional, objeto de la teoría del derecho. Para definir adecuadamente al sistema jurídico ¿debe existir una referencia a la moral?; en otros términos, ¿es un hecho meramente contingente que derecho y moral con frecuencia se confundan y compartan un vocabulario?. Dos cosas han generado confusión; primero, el uso ambiguo de los términos “positivismo” y “derecho natural”, y por otra parte, el escaso criterio para determinar qué hace adecuada una definición del derecho. En tercer lugar, se presentan las variadas formas que adopta la crítica moral al derecho, un asunto de teoría de la moral; ¿es el derecho susceptible de crítica moral?. Dicho de otro modo, el hecho de que una regla sea válida en términos legales, ¿implica que no sea sujeta de corrección moral?. Pocos pensarían así (aunque Kelsen ha sostenido que existe una contradicción lógica en una afirmación como la anterior); no obstante, aún admitiendo la posibilidad de crítica moral al derecho, podemos preguntarnos si existe o no algún criterio moral único o exclusivo –justicia, bondad, utilidad, bienestar o algún otro–, que sirva de fundamento para la validación de reglas jurídicas. Y finalmente, la cuestión del reforzamiento de la moralidad por medio del derecho, asunto de ética normativa. El hecho de que cierta conducta sea comúnmente considerada inmoral, ¿basta para justificar el castigo a través del derecho?. En otras palabras, ¿es moralmente correcto reforzar jurídicamente la moralidad misma?, o bien ¿debe la inmoralidad tal cual constituir un crimen?. Dada la hipótesis de trabajo que constituye la directriz de este estudio, de los cuatro modos de relación, parece que deberíamos centrar nuestra exclusiva atención sólo en el segundo. No obstante, nos abocaremos en alguna medida al estudio de los demás. De modo particular trataremos del tercer modo, toda vez que ha sido presentado por cierta corriente crítica del positivismo, como si hiciera referencia realmente al segundo. Del primer modo trataremos sobre todo para destacar la diferencia entre contingencia y necesidad, así como para distinguir entre lenguaje descriptivo y prescriptivo. Del cuarto género de relación sólo nos ocuparemos

¹² Algo similar a la caracterización que en su momento sostendrá Lon Fuller y que más adelante abordaremos. Sólo señalaré que este autor sostiene que la moral se presenta en una escala: el primer nivel, la moral del deber, hace referencia a “mínimos”, mientras que el último, la moral de aspiración, se refiere a “máximos”. Hart cifra el interés del derecho y por ende, del análisis relacional que le ocupará, lo mismo que Fuller, en el primero de estos estratos. Lon Fuller, op.cit., pp.12 ss.

¹³ Hart, *El concepto del derecho*, op.cit., p.229.

¹⁴ H.L.A. Hart, *Law, Liberty and Morality*. Stanford University Press, Stanford, 1963, pp.1-4.

marginalmente al tratar de la crítica del derecho, toda vez que desde cierta perspectiva, el cuarto modo de relación es subsumible en el tercero.

B. El plan de exposición

En este orden de ideas, en *El concepto de derecho*, Hart examina la naturaleza de la relación derecho-moral, recurriendo a dos criterios. De acuerdo con el primero, desarrolla la controversia entre el derecho natural y el positivismo jurídico, finalizando con la tesis que sostiene la existencia de un contenido mínimo del derecho natural, mientras el segundo criterio tiene que ver con la presentación de algunas de las variadas formas que ha asumido la pretensión de que existe una conexión necesaria entre derecho y moral. En lo subsecuente, como se desprende de la “Introducción” precedente, nos permitiremos seguir un orden de exposición similar al adoptado por Hart. En primer término, desarrollaremos la referida controversia; la tesis iusnaturalista desde la particular óptica de Hart, anclada en la concepción teleológica y en su tesis del contenido mínimo. En cambio, revisaremos la tesis positivista no desde algo que Hart afirme al respecto, sino desde lo que hemos pretendido constituye una consideración global de su sistema, procediendo a una caracterización de su positivismo.¹⁵ En segundo lugar, nos abocaremos al análisis de pretensiones particulares de vinculación; evidentemente, resulta de mayor provecho estudiar argumentos específicos que vinculan moral y derecho, así como sus correlativas objeciones, una vez expuesto el marco teórico en el que éstos se originan. Estos argumentos son los presentados por Gustav Radbruch, Lon Fuller y Ronald Dworkin¹⁶, teóricos considerados partidarios de alguna versión iusnaturalista, precedidos por la tesis que ha pretendido que una vez criticada la tesis del imperativo, desarrollada por John Austin, es necesario reconocer la naturaleza moral del derecho.

1. Derecho natural y positivismo jurídico

a. Justificación del análisis

El hecho de que Hart nos introduzca a la vieja controversia entre iusnaturalismo y positivismo jurídico al emprender el estudio de la relación derecho-moral, no es por supuesto fortuito. Como Nino lo ha hecho notar, la cuestión de la naturaleza de la conexión entre derecho y moral es lo que en buena parte –justificada o injustificadamente- ha enfrentado a los partidarios de ambas corrientes iusfilosóficas. Alexy es categórico cuando nos dice: “Todas las teorías positivistas argumentan a favor de la tesis de la separación. Ésta dice que el concepto de derecho ha de definirse de manera que no incluya, en absoluto, ningún elemento de la moral”.¹⁷ No obstante –matiza Nino-, sería simplificar en exceso, afirmar que mientras el iusnaturalismo sostiene la existencia de una vinculación necesaria, el positivismo jurídico niegue lo anterior, toda vez que no existe una sola, sino varias formas de conectar en un sentido “fuerte” derecho y moral.¹⁸ Y efectivamente, términos como “iusnaturalismo” y “positivismo

¹⁵ Un análisis complementario del positivismo en Hart se encuentra en el apartado ubicado al final de este trabajo, de título “Positivismo incluyente (Incorporacionismo)”, en el que el contexto lo constituye el debate entre Hart y Dworkin.

¹⁶ Discusión incluida en el apartado denominado “El debate entre Hart y Dworkin”.

¹⁷ Alexy, op.cit., p.115.

¹⁸ Carlos Santiago Nino, *Introducción al análisis del derecho*. Ariel, Barcelona, 1983, pp.16,18. Y en efecto, existen varias formas de conectar en un sentido “fuerte” derecho y moral. A manera de ejemplo, podemos mencionar anticipándonos un poco –recurriendo a la caracterización del iusnaturalismo de Alexy- el “neoiusnaturalismo” de un autor como Ronald Dworkin. Replicando Dworkin una serie de observaciones que Hart le hace, nos dice que en opinión de este último, la jurisprudencia estadounidense ha escogido entre dos teorías extremas; la primera –al sostener que en el derecho existente no hay norma alguna- es una pesadilla; la segunda, un noble sueño, que atribuye precisamente a Dworkin, supone que el derecho existente es tan rico

jurídico” están caracterizados por una polisemia tal, que hace que –dependiendo de la connotación en juego- no siempre se presente una confrontación directa entre cualesquiera de los significados atribuidos a uno u otro de estos términos. Como Bobbio ha sostenido con una asertividad que se aproxima al sarcasmo: “Precisamente por no tener en cuenta los diversos planos, se crea la curiosa consecuencia de que a menudo los argumentos de los adversarios no se encuentran y que después del duelo a muerte, ambos están más vivos que al principio”.¹⁹ De cualquier manera, se hayan o no radicalizado las posiciones de ambos contendientes, lo cierto es que existe o por lo menos parece existir un plano en el que ambos términos, al ser contrastados, dan lugar a una oposición que puede considerarse difícilmente reductible y que orilla a una necesaria toma de posición. A esta oposición es a la que en lo subsecuente intentaremos apegarnos, procurando aislarla de cualquier falsa disyuntiva. Así, dirigiendo nuestras miras a la tensión existente entre los partidarios del derecho natural y del positivismo jurídico, conseguiremos instalarnos en el meollo mismo de la cuestión que nos interesa: la necesidad o contingencia de las relaciones entre moral y derecho.

b. El contexto del debate

Algo que no debe pasar inadvertido es el momento que a Hart le toca conocer en el curso de esta ya milenaria o por lo menos secular controversia. Según algunos, habría que remontar a la segunda mitad del siglo XVIII, el movimiento intelectual que habría de cimentar el espíritu crítico del positivismo jurídico. Si tal es el caso, resulta que en menos de medio siglo, a partir de la obra de John Austin, quedaría establecido con precisión el enfoque metodológico que en lo esencial, habrían de adoptar en lo sucesivo los positivistas más connotados y que terminaría por convertir a esta corriente en la tesis dominante aún en nuestros días. Después de la acerba crítica de que ha sido objeto la versión clásica del antiguo derecho natural por autores como Kelsen o Ross²⁰, seguramente teóricos pertenecientes a corrientes diversas se han hecho preguntas como ésta: “¿Es posible establecer con cierta solidez intelectual principios de justicia material, con mayor firmeza que las simples reglas convencionales de la sociedad, pero sin la frialdad e inflexibilidad de los dogmas?”.²¹ El mismo Kant manifestaba ya en el siglo de las Luces una inquietud similar, la que habría de orientar buena parte de su empresa filosófica (expresión que según Hans Welzel, podría servir de lema a toda la teoría del derecho natural): “Todo pasa ante nosotros como el decurso de un río, y el gusto cambiante y las distintas figuras de los hombres hacen

y detallado [en normas] como para que el juez “deba suponer siempre que para cada caso concebible hay alguna solución que es ya derecho [existente] antes de que él decida el caso, y que espera que él la descubra. El juez no debe suponer que el derecho sea jamás incompleto, incoherente o impreciso; si así lo parece, el fallo no está en el derecho, sino en la limitación de los humanos poderes de discernimiento del juez...”. (Hart, *American Jurisprudence through English Eyes: the Nightmare and the Noble Dream*, 1977). El caso es que Dworkin afirma no sostener esta teoría de los derechos indiscutibles, que él llama del “libro secreto” y que Hart le atribuye. Sostiene asimismo esperar persuadir a los juristas para que abandonen la teoría del derecho existente, en favor de una teoría que considera a los derechos jurídicos como casos especiales de los derechos políticos. Y así las cosas, pese a no acudir a principios de justicia material preestablecidos, Dworkin pretende conectar en sentido “fuerte” derecho y moral, negando asimismo la tesis positivista de la separación absoluta entre derecho y moral (conceptualmente hablando). Citado por Dworkin, *Los derechos en serio* (trad. de Marta Guastavino). Planeta-De Agostini, Barcelona, 1993, p.414.

¹⁹ Norberto Bobbio, *El problema del positivismo jurídico* (trad. de Ernesto Garzón Valdés). Distribuciones Fontamara, 3ª ed., México, 1994, p.67. Para Hart, algo que ha contribuido a la falta de precisión en esta discusión, ha sido la coexistencia de una amplia literatura de comentarios sobre las concepciones históricas del derecho natural, con las ambigüedades que han caracterizado a la expresión “positivismo”. *El concepto del derecho*, op.cit., pp.320,321, n. a la p.229.

²⁰ Cfr. Hans Kelsen, *¿Qué es la justicia?* (trad. de Ernesto Garzón Valdés). Distribuciones Fontamara, México, 2001, pp.69-73; Alf Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, op.cit., pp.251-260.

²¹ Eusebio Fernández, “El iusnaturalismo”, en Garzón Valdés/Laporta, (comp.). *El derecho y la justicia*. Trotta, 2ª ed., Madrid, 2000, p.59.

de todo el espectáculo algo incierto y engañoso. ¿Dónde encuentro puntos firmes de la naturaleza que el hombre no pueda nunca desplazar, y dónde puedo hallar referencias de la orilla a la que debe atenerse?”.²² El análisis a continuación —al mostrar algunos aspectos del derecho natural por lo general ignorados u oscurecidos por sus críticos, al tiempo que algunos de los puntos más débiles de ciertas corrientes del positivismo jurídico— pretende desarrollar la respuesta que Hart ha dado a este género de interrogantes.

c. Una primera versión de la tesis del derecho natural y una primera objeción

Creemos pertinente como aproximación primera a este tema y porque anuncia ya su conocida tesis del “contenido mínimo” del derecho natural, hacer mención de una vía a la que Hart recurre en el artículo de referencia, por la cual, nos dice, es probable establecer la conexión conceptual entre derecho y moral, vía que, desde la perspectiva de la citada tesis, después descartará (para desencanto de los partidarios del iusnaturalismo), aunque cabe decirlo, de forma tal que ha dado lugar a una viva controversia.

La tesis de John Austin. Mientras la “jurisprudencia particular” tiene como objeto de estudio el conjunto de leyes y normas positivas de una comunidad concreta, la “jurisprudencia general” o filosofía del derecho positivo, fruto de la comparación entre sistemas jurídicos particulares, es la ciencia que expone los “principios, nociones y distinciones” comunes y necesarios a los sistemas de derecho.²³ El objeto propio de esta jurisprudencia general es “la descripción de aquellos objetos y fines del derecho que son comunes a todos los sistemas, así como de aquellas semejanzas entre diferentes sistemas que descansan en la común naturaleza del hombre,...”²⁴. Como ejemplos de nociones tenemos: deber, derecho, libertad, delito, pena y resarcimiento. Entre las distinciones se encuentran: derecho escrito y no escrito, derechos reales y personales, derecho de propiedad y derechos sobre cosa ajena, delitos públicos y privados. Todo sistema de derecho implica nociones y distinciones comunes y necesarias como éstas, entre otras.²⁵

Objeción a la tesis. Dos acotaciones. Primera: de acuerdo con Hart, de la sola coincidencia de reglas de derecho con *standards* morales o de justicia, difícilmente puede desprenderse algo más que un hecho; quizás no arbitrario, pero a fin de cuentas, no más que un mero hecho.²⁶ En otros términos, la realidad carece de fuerza o proyección normativa; por ende, no es posible inferir, a partir de dicho estado de cosas, la existencia de una conexión en un sentido más fuerte. Que los “principios, nociones y distinciones” puedan ser comunes, lo que es factible inferir de un estudio comparativo de naturaleza empírica como el que Austin ha efectuado, a partir de la minuciosa observación de sistemas jurídicos particulares, es algo que puede resultar tangible y hasta medible, un objeto susceptible de descripción; empero, dar el salto cualitativo a la tesis de la “necesidad” es algo que Hart no concederá. En este punto, este autor no hace sino reproducir aquella estricta distinción académica que exige separar con nitidez el ámbito del ser del ámbito del deber ser, perfilando cierto

²² Idem, p.60.

²³ John Austin, *Sobre la utilidad del estudio de la Jurisprudencia* (trad. de Felipe González Vicén). Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1951, p.31.

²⁴ Idem, p.41.

²⁵ Idem, pp.31-33. El uso de esta vía argumentativa para introducir a la tesis iusnaturalista, procedente de un positivista de primera línea como Austin, puede parecer singular, pero no es inapropiada, pues como el mismo Hart sostiene: “Quizás la crítica más seria que se puede sostener contra Austin, es que no se da cuenta que al comprometerse con el punto de vista de que la jurisprudencia tiene por objeto lo que es “necesario” y “radicado en la naturaleza común del hombre”, se ha identificado con la parte más inteligible de las teorías del derecho natural que él mismo despreció. John Austin, *El objeto de la jurisprudencia* (trad. de Juan Ramón de Páramo Argüelles). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p.13. A partir de un criterio similar, González-Vicén ha llamado a este conjunto de principios de naturaleza invariable de los que el legislador no puede prescindir, la teoría de las verdades jurídicas, teoría que caracteriza, no como típicamente iusnaturalista, pero sí como intermedia entre el derecho natural y el positivismo jurídico. Idem, p.XXIII.

²⁶ “El positivismo jurídico y el problema de la separación entre el derecho y la moral”, op.cit., pp.51,52.

concepto del derecho que será no sólo característico de él, sino prevaleciente en otros positivistas importantes. Como se ve, se pretende evidenciar una variante de la falacia naturalista: de los simples hechos, no es legítimo desprender necesidad alguna (por lo menos no en el sentido deseado por los iusnaturalistas). Segunda acotación: como lo subraya Hart, análogamente a como ocurre con las sanciones, puede afirmarse en el caso que nos ocupa que se presenta una conexión derecho-moral. Si es cierto –como en efecto lo es- que no podemos siquiera imaginar un sistema de derecho en el que la adecuación con un standard moral haya faltado, lo mismo debe ocurrir con respecto a cada elemento específico, regla o principio. Pero resulta que esta “verdad”, aunque plausible si consideramos el conjunto, se ve oscurecida al considerar, ya no el todo, sino los elementos individuales que lo integran. Ésta es la llamada falacia de división. El error puede asumir también la forma inversa. De hechos individuales, considerados aisladamente, se infiere una conexión derecho-moral, presente en todos y cada uno de los hechos que integran el conjunto. Nos encontramos ahora ante la denominada falacia de composición. Por otra parte, de la crítica al argumento iusnaturalista de “la coincidencia”, no se extraería sólo la crítica basada en la falacia naturalista sino “el embrión del positivismo incluyente: la contingencia (o no-necesariedad) de la conexión entre derecho y moral”. Pues como señalo más adelante, este tipo de positivismo sostiene que hay -al menos algunas- normas morales que se han convertido en parte del derecho por su valor o contenido, pero tal cosa ha acontecido sólo por el hecho (contingente) de que nuestra práctica jurídica incluye la convención de reconocerlas como derecho. Dicho de otro modo, aún en versiones “suaves” del positivismo, la contingencia se convierte en el signo característico y la bandera que distingue al positivismo jurídico, del iusnaturalismo. Cabe dejar abierta la interrogante de si en efecto la distinción entre el ser y el deber ser opera de modo tan absoluto como tradicionalmente se ha supuesto. Empero, dejamos para otro momento el desarrollo de este punto.

d. Una aproximación a la idea de “necesidad” y la objeción correlativa Pese a lo anterior, el tratamiento que del tema hace Hart no concluye, como podríamos pensar, en este punto, lo que a primera vista sería congruente con el positivismo conceptual al que parece afiliarse. Aunque prefiere –según nos dice- dejar a los filósofos investigar la naturaleza lógica o fáctica de tal relación, esto no le impide recurrir a una “fantasía filosófica”, por la que sostiene que en todo caso, tal pretensión de “necesidad”, podría basarse –si efectivamente existiera- en dos elementos:

1. Provisiones que prohíben la violencia y protegen formas mínimas de propiedad, fundadas en una necesidad elemental de supervivencia.
2. Provisiones de justicia procesal conformadas por principios de objetividad e imparcialidad en la administración del derecho, que garanticen que las reglas se apliquen a todos los casos y sólo a aquéllos comprendidos en ellas, procurando un mínimo de igualdad.²⁷

²⁷ Estas provisiones no son sino una incipiente prefiguración de la tesis más elaborada sustentada por Hart en *El concepto de derecho*, quien fundado en una serie de verdades elementales, postulará un *contenido mínimo* para el derecho natural. Ahora bien, no se trata de la primera vez que se hacen afirmaciones tales acerca de la naturaleza humana. Por poner un ejemplo, Hugo Grocio, a principios del s. XVII, en su obra *De iure belli ac pacis*, sostiene la existencia de caracteres esenciales y específicos de la naturaleza humana, a cuya atención y conservación se encuentra dirigido el derecho natural. Estos principios fundamentales específicos son el respeto a las cosas ajenas, la restitución de la propiedad ajena y del lucro derivado, la obligación de mantener las promesas y la responsabilidad penal; pero sobre todo, el principio fundamental general consistente en la obligación de cumplir los pactos (*stare pactis*). Y si Grocio sostiene esto -lo que para nosotros debe ser de sumo interés- es para afirmar la existencia de principios universalmente válidos de justicia, en oposición a la tesis

Objeción del mismo Hart. Imaginemos un escenario en el que se aplican imparcialmente leyes opresivas, leyes que no sancionan la violencia y el robo cometidos contra gran parte de la población. En circunstancias tales, se cumple todavía con 1 y 2, conservando el sistema jurídico resultante su sentido.²⁸ Evidentemente, aquellos que sostienen una conexión necesaria entre derecho y moral, no quedarían muy conformes con la existencia de dicho estado de cosas.²⁹

Hart parte, en principio, de las provisiones mencionadas. Y desde ese punto, planteándonos un estado de cosas compatible con las mismas, arriba a una conclusión que juzga inaceptable para quien sostenga una relación conceptual entre moral y derecho. Por ende, se pone en entredicho la viabilidad de las premisas iniciales. Como observamos –y para hacer uso de una distinción empleada por Hart–, mientras el primer postulado hace referencia a una moralidad intrínseca a las reglas mismas, el segundo hace referencia a la forma en la que se administran dichas reglas. ¿Pueden aplicarse leyes opresivas con imparcialidad? Sí, pues como Hart sostiene, el sistema de abstenciones mutuas puede limitarse a sólo cierto grupo de personas. Existe una especie de justicia intrínseca a la norma y otra de carácter procesal, referente a su aplicación, de modo que es factible administrar justamente normas manifiestamente injustas. Pero en tal supuesto, dudamos –al contrario de lo que Hart sostiene– que se cumpla cabalmente con el primer postulado, pues se incurre entonces en una injusticia que el mismo Hart denominaría “por compensación”, caracterizada por la presencia de privilegios o inmunidades inequitativos en provecho de cierto segmento de la población. Una ley opresiva nos parece por lo menos cuestionable como provisión que prohíbe la violencia y protege formas mínimas de propiedad, toda vez que si lo hace, tutela sólo los intereses de cierto sector, en menoscabo de los intereses de otros grupos. La inmoralidad en el contenido hace colapsar la inmoralidad en la aplicación de la ley, desde la perspectiva del iusnaturalista y esto es así, porque el iusnaturalista defiende la necesidad de ambos tipos de provisiones en cualquier sistema jurídico, para que pueda ser considerado tal. Ignoro si la exigencia de ambos anula su capacidad de establecer una distinción nítida entre los mismos, aunque es probable que tras dicha exigencia, desaparezca o al menos se atenúe la necesidad de subrayar la diferencia. De cualquier modo, como Hart sostiene, el sistema jurídico resultante conserva su factibilidad. Incluso, dudo mucho que algún sistema jurídico concreto y real prohíba todas las formas de violencia y proteja todas las formas mínimas de propiedad, tutelando por igual los intereses de todos y cada uno de los destinatarios de las reglas.

Aunque el argumento de Hart, creemos, no consigue refutar su propia “fantasía filosófica”, dejaremos abierta la cuestión, toda vez que ésta será desarrollada con algún detalle al exponer su tesis del contenido mínimo del derecho natural, así como en la cuarta pretensión concreta de vinculación, fundada en la presencia de elementos valorativos en la resolución judicial. Sólo anticiparemos que allí Hart no enfocará su crítica desde las consecuencias que se siguen naturalmente de las premisas mismas; su intento se centrará en todo caso, en desvirtuar la pretensión de “necesidad” contenida en los dos tipos de provisiones previos, verdadero meollo de esta tesis vinculante.

relativista y escéptica personificada en Carneade. Citado por Guido Fassó, *Historia de la filosofía del derecho* (trad. de José F. Lorca Navarrete). Ediciones Pirámide, 2ª ed., Madrid, 1981, t.II, p.71.

²⁸ Para Hart, las protecciones y beneficios acordados por el sistema de abstenciones mutuas que subyace al derecho y a la moral, pueden ser extendidos a muy diferentes campos de personas. No obstante, no es necesaria tal extensión. Las discriminaciones pueden producir un sistema jurídico y una moral social que no reconozcan el derecho a un mínimo de protección frente a los demás, de modo que para que una sociedad sea viable tiene que ofrecer sólo a *algunos* de sus miembros un sistema de abstenciones mutuas y no a todos. Para que un sistema jurídico sea impuesto por la fuerza, basta que algunos individuos lo acepten voluntariamente. Se crea así *autoridad* y se establece poder coercitivo, ejercitable contra transgresores a las normas o bien para someter a un grupo, más o menos grande. *El concepto del derecho*, op.cit., pp.247,248,199,200.

²⁹ “El positivismo jurídico y el problema de la separación entre el derecho y la moral”, op.cit., pp.52-56.

e. La tesis del derecho natural

En *El concepto de derecho*, Hart entiende a las teorías clásicas del derecho natural en estos términos: “hay ciertos principios de conducta humana a ser descubiertos por la razón de los hombres, con los que el derecho elaborado por éstos debe concordar para ser válido.”³⁰ Esta definición del derecho natural básicamente coincide con la que ha sido descompuesta por Carlos Nino en dos partes:

- a) Una tesis de filosofía ética que sostiene que hay principios morales y de justicia universalmente válidos y asequibles a la razón humana.
- b) Una tesis acerca de la definición del concepto del derecho, según la cual un sistema normativo o una norma no pueden ser calificados de ‘jurídicos’ si contradicen aquellos principios morales o de justicia”.³¹

1) La razón de ser de la concepción teleológica y su posible aplicación al derecho

La concepción del derecho natural puede hoy resultarnos extraña; ¿cuál es entonces su fundamento o razón de ser?.³² Para explicarlo, recurre Hart a dos concepciones del mundo y del hombre: la concepción que denomina “teleológica” (a la que se adscribe la teoría del derecho natural) y la concepción moderna (con la que se identificaría algún aspecto del positivismo actual). Esta última concepción se basa en la sola constatación de regularidades observables en la naturaleza, en el mundo que podemos llamar del ser. En cambio, en la concepción teleológica, perspectiva muy anterior a la moderna, no sólo se constatan regularidades, sino que cada cosa se dirige hacia un fin que le es propio; la naturaleza contiene en sí niveles de excelencia que las cosas realizan. Aunque el avance hacia el fin puede presentar alguna regularidad, ésta es una cualidad que deviene secundaria. Los sucesos no meramente ocurren periódicamente y no es una cuestión distinta el hecho de si efectivamente ocurren, de si debieran ocurrir; lo que sucede es bueno, lo que debe suceder, un paso hacia el fin propio de la cosa.³³ Lo que necesita Hart en este punto, es intentar contemplar el derecho bajo esta perspectiva finalista, para –a partir de esta subsunción- inferir consecuencias y someterlas a un examen crítico. Se trata de saber si las reglas o las instituciones jurídicas están o no sujetas a una lógica interna, por efecto

³⁰ H.L.A. Hart, *El concepto del derecho*, op.cit., p.230.

³¹ Carlos S. Nino, *Introducción al análisis del derecho*. Ariel, Barcelona, 1983, pp.27,28.

³² Hacemos esta pregunta no en lo que concierne a los motivos psicológicos que pudieran dar cuenta del origen del impulso o de la atracción de seres humanos hacia una tesis explicativa por el estilo, sino en lo que se refiere al grado de coherencia interna o capacidad explicativa de la teoría, que es propiamente a lo que Hart apunta. Sobre lo primero, Ross y Kelsen ya han dado cuenta ampliamente. Cfr. Hans Kelsen, *¿Qué es la justicia?*, op.cit., pp.69-73; Alf Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, op.cit., pp.251-260.

³³ Idem, pp.230-235. La teleología es la parte de la filosofía natural que explica los fines de las cosas. Como Hart pone de manifiesto, es en el pensamiento griego donde se origina esta concepción, particularmente en el pensamiento de Anaxágoras, Platón y Aristóteles. Al comienzo de su *Ética*, Aristóteles nos dice: “Todo arte y toda investigación e, igualmente, toda acción y libre elección parecen tender a algún bien; por esto se ha manifestado, con razón, que el bien es aquello hacia lo que todas las cosas tienden”. Un poco más adelante, en relación con el fin propio del hombre, pregunta: “¿O no es mejor admitir que así como parece que hay alguna función propia del ojo y de la mano y del pie, y en general de cada uno de los miembros, así también pertenecería al hombre alguna función aparte de éstas?...”. *Ética nicomáquea* (trad. de Julio Pallí Bonet). Gredos, Madrid, 2000,1094a, 1097b. En Aristóteles mismo se reconoce este género de concepción en la llamada “causa final” o “fin”, realidad hacia la cual algo tiende a ser, aquello *para-lo-cual* (fin). La concepción moderna puede en cambio reconocerse en la denominada “causa eficiente”, principio del cambio, *aquello de donde proviene el inicio primero del cambio y del reposo* (agente). *Metafísica* (trad. de Tomás Calvo Martínez). Gredos, Madrid, 2000, L.I 3.983b, L.V 2.1013a. No obstante, aunque estas causas –junto con la causa material y formal- concurren a la producción del efecto, la causa final predomina, identificada con el “bien” de la cosa o su bien por excelencia. La causa eficiente, por otra parte, se considera concepción causal exclusiva, a partir de Demócrito y sobre todo con Galileo, tomándose como fundamento de la física moderna. Con esto, se definen y separan paulatinamente dos tradiciones en la historia de las ideas, a las que podemos llamar aristotélico-teleológica y galileana-moderna.

de la cual “deban” existir de cierto modo y no de otro. La pregunta que se hace es: ¿habrá un fin que le sea propio al derecho?. Pero Hart da un pequeño rodeo y se pregunta primero, si existe un fin propio de la actividad humana, para sostener que en este punto no existe unanimidad. Para algunos, nos dice, el ser humano persigue la realización de ciertos valores, el conocimiento de Dios o adquirir más saber; para otros, en cambio, el fin perseguido por la actividad humana es mucho más modesto: la simple supervivencia.³⁴

2) La supervivencia como fundamento de la tesis del derecho natural

Aunque pueda diferir en lo que respecta al alcance de una afirmación tal, en principio Hart coincide con quienes sostienen esta última tesis; afirma incluso que ésta es lo que finalmente da sentido a la concepción teleológica. Parece, en efecto, existir un fin propio para la actividad humana. Y esto se constata en el hecho de que la mayor parte de los hombres durante la mayor parte del tiempo desean continuar viviendo. Las acciones buenas son las necesarias para continuar viviendo.³⁵ En este punto creemos que Hart, aunque no lo hace explícito, asume que si lo anterior ocurre en relación con la actividad humana, la moral y el derecho, principales criterios sociales de corrección que sujetan dicha actividad a reglas, deberán –con mayor razón– anticipándose, contribuir a dicho fin, tal y como no es difícil de comprobar. Así ha respondido afirmativamente este autor a la pregunta inicial formulada en relación con el fin propio del derecho. Bajo esta óptica la doctrina del derecho natural adquiere un nuevo sentido y justificación.

Si aquí concluyera el argumento de Hart, podríamos pensar que su posición coincide esencialmente con las de los partidarios de versiones no radicales del derecho natural, distanciándose incluso de las versiones más moderadas del positivismo jurídico. Evitando propiciar una interpretación errónea de su tesis, aclara este autor que, no obstante lo que antecede, desde la concepción moderna podemos descartar a la sobrevivencia como algo preestablecido o necesariamente deseado por ser el fin propio y en cambio sostener que se trata de un mero hecho contingente que los hombres, tal y como están constituidos, en efecto desean. Sin embargo, insiste, el propósito de supervivencia sigue poseyendo un *status* especial en relación con la conducta humana y con nuestro pensamiento acerca de ésta, *status* que corre paralelo a la importancia y necesidad atribuidas a la supervivencia en las teorías ortodoxas del derecho natural. No sólo la abrumadora mayoría de los hombres realmente desean vivir, sino que esto se refleja en estructuras enteras del pensamiento y del lenguaje. Además, hay consideraciones más simples y menos filosóficas,

³⁴ *El concepto del derecho*, op.cit., pp.236,237. Representativo de esta posición es Thomas Hobbes, quien en el contexto del estado de naturaleza, privilegia al objetivo de supervivencia denominándole *conservación*, al definir al “Derecho de naturaleza” (*jus naturale*), como “la libertad que cada hombre tiene de usar su propio poder como quiera, para la conservación de su propia naturaleza, es decir, de su propia vida; y por consiguiente, para hacer todo aquello que su propio juicio y razón considere como los medios más aptos para lograr ese fin”. A partir de la misma base empírica, “Ley de naturaleza (*lex naturalis*) es un precepto o norma general, establecida por la razón, en virtud de la cual se prohíbe a un hombre hacer lo que pueda destruir su vida o privarle de los medios de conservarla; o bien, omitir aquello mediante lo cual piensa que pueda quedar su vida mejor preservada”. Por lo demás, en un sentido marcada y reveladoramente teleológico, refiriéndose al surgimiento de este cuerpo artificial al que llama “Leviatán”, nos dice Hobbes: “La causa final, fin o designio de los hombres (que naturalmente aman la libertad y el dominio sobre los demás) al introducir esta restricción sobre sí mismos (en la que los vemos vivir formando Estados) es el cuidado de su propia conservación y, por añadidura, el logro de una vida más armónica; es decir, el deseo de abandonar esa miserable condición de guerra que, tal como hemos manifestado, es consecuencia necesaria de las pasiones naturales de los hombres, cuando no existe poder visible que los tenga a raya y los sujete, por temor al castigo, a la realización de sus pactos y a la observancia de las leyes de naturaleza...”. *Leviatán. O la materia, forma y poder de una república, eclesiástica y civil* (trad. de Manuel Sánchez Sarto). Fondo de cultura económica, México, 1940, pp.106,137. Es el mecanismo psicológico del hombre, fundado en el deseo y la razón, el que establece las condiciones mínimas de una vida civilizada, que en términos de moralidad y de derecho, posibilita la paz y la seguridad y por ende, la conservación de los seres humanos.

³⁵ *El concepto del derecho*, op.cit., p.236.

que muestran que la aceptación de la supervivencia es una meta necesaria, de modo más relevante para el derecho y la moral: nos ocupamos de medidas sociales para la existencia continuada y no de reglas para un club de suicidas.³⁶

a) Objeciones formuladas contra la tesis de la supervivencia

Esta conclusión de Hart ha sido blanco de varias críticas. Desde el sistema de coordenadas descrito por Hart, las afirmaciones que identifican a la función propia del hombre con su supervivencia, pueden resultar plausibles. Un propósito primario tal estaría acorde, por ejemplo, con una situación como la descrita por Hobbes en aquel hipotético estado de naturaleza, presente en las comunidades primitivas o en la política existente entre los diversos Estados soberanos, en el que la inclinación general puede consistir en “un perpetuo e incesante afán de poder”. Si se le preguntara entonces a cualquier atribulado sujeto, en que cifra la bondad de una acción, muy probable y comprensiblemente su respuesta guardaría estrecha relación con el hecho de su propia supervivencia: el bien conduciría a esta finalidad; el mal tendría el efecto contrario. No obstante, considerar esto como la respuesta probable en cualesquiera otras circunstancias, resulta acaso excesivo, porque fuera de situaciones excepcionales tales, rara vez el “hombre de la calle” circunscribe su vida y el sentido que atribuye a ésta dentro de tan estrechos límites.³⁷ Sin duda, como Hart sostiene, queremos seguir viviendo, ocupándonos de medidas sociales para la existencia continuada y no de reglas para un club de suicidas. Pero casi seguramente, la mayor parte del tiempo y en gran cantidad de situaciones, no deseamos sólo eso; no queremos únicamente “vivir”, si de lo que se trata es de “vivir” de cualquier manera. Sobrevivir es el presupuesto lógico, especie de común denominador y esto puede explicarnos la razón por la que el deseo de supervivencia termina por reflejarse en estructuras enteras del pensamiento y del lenguaje, pasando con frecuencia inadvertido. Pero hay que preguntarse: ¿se agota con ello la “función propia” del hombre?. Como sabemos, se trata del problema central abordado por teorías de tipo muy diverso, de las que sólo nos referiremos a dos.

La teoría ética de Aristóteles. Partiendo del ejemplo más familiar, para Aristóteles es claro que existe una función propia del hombre, cuando se pregunta: “¿Acaso existen funciones y actividades propias del carpintero, del zapatero, pero ninguna del hombre, sino que éste es por naturaleza inactivo?”.³⁸ Termina así por ubicar la función propia del hombre en algo distinto de la supervivencia. Se trata de vivir, en efecto, pero no de cualquier modo, sino de –según lo denomina- vivir “bien”; en esto y en “obrar bien”, reside aquello que Aristóteles reconoce como el bien supremo del hombre.³⁹ La supervivencia o el mero hecho de “vivir” puede ser el piso mínimo que constituye la función propia de las plantas, que en esto coinciden con los animales y con los hombres; pero nunca puede serlo para estos últimos, ya que ni siquiera para los animales basta. Si consideramos que al bien sólo se llega por medio de cierta actividad del alma según la razón, habremos dado con la respuesta: la función propia del hombre consiste en arribar, por medio de su razón, a la vida buena, que no es sino la vida virtuosa.⁴⁰

Objeción de Fuller. Lon Fuller cuestiona también este punto del argumento de Hart. Si bien no puede existir disputa en cuanto a que la supervivencia sea el presupuesto lógico de

³⁶ Idem, pp.237,238.

³⁷ El mismo Hobbes admite esto cuando, en relación con aquella guerra “que es la de todos contra todos”, sostiene: “Acaso puede pensarse que nunca existió un tiempo o condición en que se diera una guerra semejante, y, en efecto, yo creo que nunca ocurrió generalmente así, en el mundo entero; pero existen varios lugares donde viven ahora de ese modo...”. *Leviatán*, op.cit., p.104.

³⁸ Aristóteles, *Ética nicomáquea*, op.cit., 1097b 25-30.

³⁹ Idem, 1095a 15-20, 1098b 20-25.

⁴⁰ Idem, 1097b 30 – 1098a 15.

todas las demás realizaciones y satisfacciones humanas, no es aceptable la afirmación de Hart en el sentido de que en la supervivencia radica “el indiscutible elemento central que proporciona un buen sentido empírico a la terminología del derecho natural”.⁴¹ En todo caso, si hemos de escoger un principio que sostenga e inspire toda aspiración humana –nos dice Fuller-, lo encontraremos en el objetivo de “mantener comunicación con nuestros semejantes”.⁴² Dicho objetivo cumple con dos funciones; la primera es la básica señalada por Hart: gracias a la capacidad para adquirir y transmitir conocimiento, así como para, consciente y deliberadamente, coordinar sus esfuerzos, es que los seres humanos han sobrevivido. Hasta este punto podemos pensar que Fuller no difiere esencialmente de Hart, al supeditar la cualidad comunicativa al logro del objetivo primario que es la supervivencia. La segunda función de la comunicación, en cambio, -continúa Fuller- tiene que ver con un anhelo humano por “trascender”, con esa especie de sentido de muerte o de su percepción, que se apacigua por nuestra capacidad para comunicarnos. Al hacerlo, servimos de “puente”; por una parte, heredamos las realizaciones de nuestros antepasados y por la otra, enriquecemos las vidas de las generaciones futuras, lo que brinda algún sentido existencial a nuestras vidas. Así –prosigue este autor- “Cómo y cuándo logremos comunicarnos unos con otros puede ampliar o reducir los límites de nuestra vida” o en otros términos, -citando a Wittgenstein-: “los límites de mi lenguaje son los límites de mi mundo”.⁴³ En este punto, sólo cabe preguntarse si esta última función de la comunicación no tiene que ver también con un mecanismo sublimado de supervivencia; no material o física, como en el primer supuesto, pero sí con una supervivencia matizada por un claro sentido de trascendencia supra-temporal. Si así fuera, Hart no estaría tan desencaminado desde la particular óptica de Fuller: la función propia del hombre sería en efecto trascender o “sobrevivir”, materialmente o de algún otro modo. Claro que Hart no parece referirse en ningún momento al deseo de supervivencia en este último sentido, sino sólo en el primero; pero nada impide concebir una traspolación tal.

Como hemos visto, Hart no ignora las profundas diferencias existentes cuando de lo que se trata es de proporcionar un fundamento sólido a la tesis de un pretendido derecho natural y por ende, lo cuestionable que su tesis de la supervivencia puede resultar para muchos. Tampoco desconoce que lo que le confiere ventaja es el hecho de postular un mínimo común compartible para todos aquellos que se han pronunciado sobre el asunto. Tratándose del estrato más bajo posible, es algo que no sólo pueden, sino que incluso deben conceder todos ellos, aunque sea a manera de simple presupuesto tácito –como se ha visto en los ejemplos previos-, pero sin el cual no se ve como podrían construir sus tesis más elaboradas.⁴⁴ No importa la variabilidad de las circunstancias a la que puede estar sometido un sujeto en un momento dado e incluso, que tan desesperadas se puedan estas circunstancias tornar. El propósito de supervivencia permanecerá como prioridad o bien, aún en el más optimista de los escenarios, oculto tras un velo de suficiencia que cuando mucho únicamente conseguirá disimularlo. Parece que, si lo que buscamos es un criterio que nos aproxime lo más posible al límite asintótico definido por la noción de “necesidad”, el fin de la supervivencia –sustentado por Hart- deviene lo más adecuado. Además, en relación con lo anterior, todo indica que estamos evolutivamente conservados para albergar el propósito de supervivencia. Y lo anterior porque este propósito es compartido con las demás especies, tanto existentes como ya inexistentes, e incluso con generaciones humanas de las que nos separan una gran cantidad de generaciones en el tiempo. Adaptarse es no optativo. Esto puede tener que más que ver con la “posibilidad”, en sentido

⁴¹ Fuller, op.cit., p.203.

⁴² Idem, p.204.

⁴³ Loc.cit.

⁴⁴ En esto se revela Hart, como él mismo lo afirma, como un seguidor de las ideas de filósofos como Hume o Hobbes.

lógico que con la “necesidad”, también en sentido lógico. O tal vez acontece que la teoría evolutiva convierte en irrelevante la distinción posible/necesario cuando se trata de la tesis de la supervivencia (o de manera directa, irrelevante, la disputa misma acerca de tesis de la supervivencia). Creo que si estamos evolutivamente conservados para albergar ese propósito, difícilmente podemos escapar a esa clase de determinismo, para hacernos siquiera conscientes del mismo, lo cual, aventuro, es algo seguramente dotado de sentido.

3) La tesis del “contenido mínimo” del derecho natural

De la existencia de un propósito primario de supervivencia para el hombre, Hart sostiene que hay ciertas reglas de conducta –jurídicas y morales- que toda organización tiene que contener para ser viable⁴⁵; principios universales basados en ciertas verdades elementales, que pueden considerarse el contenido mínimo de un derecho natural, en contraste con construcciones más controvertidas enunciadas bajo dicho nombre. Estas verdades obvias son: vulnerabilidad humana, igualdad física e intelectual aproximada, altruismo limitado, recursos escasos, comprensión y fuerza de voluntad limitados. Al considerar dichas verdades y su conexión con el derecho y la moral y dada la supervivencia como objetivo, en cada caso hay una razón para que el derecho y la moral incluyan un contenido específico. Sin dicho contenido las normas jurídicas y morales no podrían llevar a cabo el fin de la supervivencia y por ende, los hombres no tendrían razón alguna para obedecer voluntariamente ninguna regla y a falta de tal obediencia, sería imposible coaccionar a aquellos que no obedecieran voluntariamente.⁴⁶

Estas verdades “develan el núcleo de buen sentido que hay en la doctrina del derecho natural. Ellas tienen vital importancia para la comprensión del derecho y de la moral, y explican por qué la definición de las formas básicas de uno y otra en términos puramente formales, sin referencia a ningún contenido específico o a las necesidades sociales, ha resultado tan inadecuada”. Así, se puede contestar a la tesis positivista de que “el derecho puede tener cualquier contenido”.⁴⁷

Es necesario preguntarse por el sentido y alcance de estas afirmaciones: ¿afirma este autor que si las reglas jurídicas carecen de un contenido específico no son válidas?. Pensamos que Hart no afirma tanto, sino únicamente que dados ciertos hechos “verdaderos” en función de una finalidad contingente aunque con status preeminente, si deseamos que la obediencia a las reglas del sistema se encuentre racionalmente justificada, será necesario que dichas reglas no se aparten de cierto contenido. La tesis pertenece más así al terreno de la teoría de la moral que al de la teoría del derecho, pues no concierne tanto a la obligatoriedad de la regla, como a su legitimidad. O si se quiere, las afirmaciones de Hart afectan a la validez en un sentido descriptivo, no normativo. Además, las verdades enunciadas son sólo “relativas” a la forma en la que los seres humanos están constituidos y en dicho sentido, son empíricamente constatables. Así, se propone Hart navegar a igual distancia entre dos posiciones radicales, evitando confundirse con ellas. Por una parte, no se compromete con aquellas tesis del formalismo jurídico que –tomadas erróneamente como representativas del positivismo jurídico- históricamente han parecido sostener la viabilidad de aquellos órdenes jurídicos que soslayan principios de convivencia considerados básicos. Por la otra, evita que su tesis se asimile con aquellas que postulan necesidades “absolutas” o “universales”, fundadas en una pretendida “naturaleza” humana

⁴⁵ La idea “viabilidad” introducida por Hart es sumamente relevante, en la medida en que servirá para rescatar algunos elementos de la teoría del derecho natural, desde su particular iuspositivismo.

⁴⁶ *El concepto del derecho*, op.cit., pp.239-246.

⁴⁷ *Idem*, pp.245,246.

inmutable, lo que le permite salvar el escollo que no ha podido librar la tesis ortodoxa del derecho natural.⁴⁸

Prosiguiendo con el argumento, quizás más de uno se podría preguntar: si las reglas del sistema no proporcionan a los sujetos razones para obedecer, por no hacer referencia a un contenido en particular, ¿podemos afirmar aún que sigan vinculándolos?. En otros términos, ¿hasta dónde la existencia de razones para obedecer las reglas tiene que ver con su obligatoriedad?⁴⁹ Porque si este nexo es más fuerte de lo que Hart supone, dichas reglas no constituyen realmente “derecho”. Una ley que no obliga es una contradicción en los términos, como el mismo Austin lo sostiene.⁵⁰ De cualquier modo, esto no debería afectar en un sentido práctico el argumento de Hart, pues de acuerdo con su tesis, el que el derecho no proporcione razones para obedecer –o por lo menos este tipo de razones-, no es algo que se relacione directamente con su obligatoriedad, sino en todo caso con la tesis moral de origen liberal que al rechazar la intervención del Estado en la esfera de exclusiva competencia del individuo, deja la puerta abierta a la desobediencia civil. La vinculatoriedad de las reglas proviene de su referencia a una fuente social y no de algo tan incierto como su adhesión a cierto contenido específico. No deja de proseguir Hart en la línea de Austin: “... La existencia de una ley es una cosa, su mérito o demérito otra. Si existe o no, es una cuestión; si se acomoda o no a un presunto modelo [aún el definido por las verdades fundamentales en relación con el objetivo específico de supervivencia], es una cuestión diferente. Una ley que realmente exista es una ley, aunque nos disguste, o aunque sea disconforme respecto del criterio con el que gobernamos nuestra aprobación o desaprobación [por no proporcionarnos, bajo este supuesto, razones suficientes y justificatorias para la obediencia voluntaria]”.⁵¹

A partir de la tesis del contenido mínimo del derecho natural, Hart intenta elaborar un concepto del derecho más explicativo y comprensivo que lo que conseguiría desde las tesis del positivismo teórico características del formalismo jurídico, lo que le permite asimismo reivindicar la parte que considera más valiosa de la tradición iusnaturalista. Aún para un positivista y más para uno que sostiene tesis liberales en el ámbito moral, debe ser difícil no poder pronunciarse en algún sentido en lo que respecta a ciertos temas –el fundamento del deber jurídico, la legitimidad del derecho o las relaciones entre moral y derecho, entre otros- planteados a lo largo de la historia del derecho natural, y respondidos desde su muy particular perspectiva. De cualquier manera, siendo riesgosa la incursión de un positivista en el terreno problemático de la filosofía moral, se cuida Hart de que a partir

⁴⁸ Lo anterior impide que podamos coincidir con una posición como la de Rodolfo L. Vigo, quien pretende desprender de cierta terminología presente en Hart, una aproximación a las tesis clásicas del derecho natural. Hart en efecto refiere “verdades esenciales”, pero esta aparente ambigüedad queda aclarada cuando también refiere “verdades de hecho” o “verdades elementales”. Lo que sin duda alguna se esfuerza Hart por dejar en claro, es su distanciamiento con respecto a aquellas teorías radicales ancladas en el derecho natural clásico, punto que Vigo pasa por alto. Cfr. Vigo, op.cit., p.92. Un autor como Greenawalt, en cambio, ve en la tesis del contenido mínimo, al margen de la terminología empleada, la superposición de cierto contenido común a la moralidad y al derecho de cualquier sociedad. Pocos que comprendan la posición de Hart negarían –nos dice esa conexión mínima. Kent Greenawalt, “Too Thin and Too Rich: Distinguishing Features of Legal Positivism”, en *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism* (ed. por Robert P. George). Oxford University Press, Oxford, 1999, p.11. Y en efecto, puede concederse esa conexión mínima, como Hart mismo lo hace. No obstante, la necesidad de la conexión –que para nosotros es un tópico de mayor interés- es algo que este autor niega enfáticamente.

⁴⁹ Con esto aparentemente excedemos la tesis de Hart. Tan es así, que algunos de sus críticos, defensores de la llamada Tesis de la Autonomía, han rechazado que la validez de las reglas de derecho descansa en la regla de reconocimiento, toda vez que ésta remite simplemente a la aceptación oficial de las reglas, como procedimiento identificatorio del derecho, deviniendo las razones de dicha aceptación prácticamente irrelevantes. Cfr. Gerald J. Postema, “Law’s Autonomy and Public Practical Reason”, en *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism*, op.cit., p.84.

⁵⁰ Loc.cit.

⁵¹ Idem, p.188.

de su tesis del “contenido mínimo” pueda desprenderse una conexión necesaria entre moral y derecho. Representa así una muestra de cómo una actitud que se pretende a-valorativa en su aproximación al concepto del derecho, no se encuentra en conflicto con la asunción de una conciencia crítica con respecto a temas de contenido moral. En otros términos, no es necesario sustentar doctrinas iusnaturalistas para mantener a salvo la conciencia moral –para emplear los términos a los que ha recurrido Bobbio-, como parecerían sostenerlo ciertos partidarios de estas tesis, en relación con alguna variante específica del positivismo. Sin soslayar las complicaciones que conlleva la inserción de la tesis del contenido mínimo del derecho natural en el sistema hartiano, no creemos que sea inevitable caer en la perplejidad, postulando paralelamente la suma debilidad y los rasgos contradictorios de la teoría que nos ocupa.⁵²

Recapitulando, en *El concepto del derecho*, Hart caracteriza a la concepción del derecho natural, concibiéndola como parte de una concepción más amplia y distinguiéndola así de la postura positivista-empirista. En este punto, da énfasis al propósito de supervivencia, como actividad propia del hombre que pone de manifiesto el “buen sentido” de la tesis iusnaturalista. Postula a partir de esto, ciertas verdades elementales, cuya enunciación se perfilaba ya en el punto 1 de su artículo⁵³, que si bien son contingentes, como entonces ya lo anticipaba, poseen un status especial y no arbitrario en relación con los seres humanos. De aquí que toda regla, para ser viable y eficaz [mas no válida en términos empíricos y por ende, obligatoria], deba apegarse a estas verdades básicas, lo que conduce a la conclusión sólo en apariencia contraria a la aseveración de origen positivista (en particular, del formalismo jurídico), que afirma que “el derecho puede tener cualquier contenido”. Por supuesto que el derecho puede tener cualquier contenido; lo que ocurre es que sólo un contenido específico puede legitimar o justificar, valorativamente hablando, el sistema, tornándolo funcional. Esto llevará a nuestro autor a afirmar finalmente la existencia de lo que denomina el “contenido mínimo” del derecho natural. Sería quizás más atinado afirmar con Hart un juicio de valor como éste: ni el derecho ni la moral “deben” tener cualquier contenido, toda vez que siempre –o por lo menos, mientras prevalezcan las verdades de hecho citadas-, será preferible que apunten al objetivo de la supervivencia humana.

¿Qué relación guarda esto con la cuestión de la relación necesaria entre derecho y moral? Después de todo, a través de su argumentación, Hart ha reivindicado la doctrina del derecho natural, reconociendo “el buen sentido” que ésta tiene. ¿Podríamos sostener que, al hacerlo, ha legitimado la tesis que postula la existencia de una conexión necesaria entre derecho y moral, tesis esgrimida por algunos defensores del derecho natural?. Nos parece que no; su reivindicación del derecho natural no permite establecer el tipo de conexión que estamos buscando. Su “iusnaturalismo”, de base contingente, posee una naturaleza distinta a la pretendida por los iusnaturalistas, pues nunca afirma la existencia de valores morales, a los que necesariamente se tenga que supeditar la regla de derecho para ser tal. En lugar de esto, derecho y moral se han transformado en factores adaptativos y por ende variables, cuya operatividad se define en función de otra serie de factores: el propósito de supervivencia por una parte y de ciertas –pero no menos contingentes- “verdades” elementales. En otros términos, D y M (derecho y moral) son factores variables que existen en función de S y V (supervivencia y verdades elementales), hechos ambos de carácter preeminente, pero igualmente contingente. A partir de esto, ¿es razonable suponer una conexión necesaria entre D y M?. No, cuando mucho puede comprenderse la coincidencia empírica entre ambos. El argumento que antecede puede explicar la superposición en el

⁵² Cfr. al respecto Juan Ramón de Páramo Argüelles, *H.L.A. Hart y la Teoría analítica del derecho*. Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1984, pp.373,379.

⁵³ “El positivismo jurídico y el problema de la separación entre el derecho y la moral”, op.cit., pp.52-56. El contenido mínimo no es necesario para la existencia de un sistema legal, sólo para su viabilidad. Cfr. Michael D. Bayles, op.cit., p.120.

contenido de derecho y moral y con ello, revelar la probable causa de la infundada suposición de una conexión fatal entre ambos. El propósito de supervivencia y las verdades precitadas son hechos primarios, pero no más que eso; datos fundamentales de la experiencia que –tal y como las cosas son- al ser humano se le imponen. La moral y el derecho, productos ambos del artificio o de la convención, sin conexión necesaria entre sí. Podemos observar que, en ocasiones, el derecho sanciona ciertos *standards* de moralidad considerados valiosos, pero esto no nos debe hacer pensar que exista una conexión directa entre moral y derecho; mucho menos aún una conexión en un sentido mucho más fuerte. Ahora, si a esa superposición de contenidos meramente empírica le queremos atribuir un carácter relacional podremos hacerlo, aunque siempre en el entendido previo.⁵⁴

4) La tesis pluralista de la “naturaleza humana”

La tesis del “contenido mínimo” del derecho natural presenta similitudes notorias con afirmaciones vertidas por Isaiah Berlin a propósito de ciertos temas morales. Este autor señala en *Cuatro ensayos sobre la libertad*: “En cuanto a la cuestión de la relatividad y de la naturaleza subjetiva de los valores, yo me pregunto si ésta ha sido exagerada por los filósofos para apoyar sus argumentaciones: si los hombres y sus concepciones han sido tan diferentes en grandes unidades de espacio y tiempo como a veces se les ha representado”.⁵⁵ Para Berlin se puede hablar de naturaleza humana; hay una humanidad compartida que evita que cada civilización se encuentre encerrada en “su propia burbuja impenetrable”. De ello que sean distintos “relativismo” y “pluralismo”; mientras que en el relativismo el juicio de un hombre o de un grupo, dado que es expresión de un gusto, actitud emotiva o punto de vista, es sólo lo que es, sin correspondencia objetiva que determine su veracidad o falsedad⁵⁶, el pluralismo expone que: “hay muchos fines, muchos valores últimos, objetivos, algunos incompatibles con otros, que persiguen diferentes sociedades en diferentes épocas,... Estos fines pueden ser incompatibles, pero su variedad no puede ser ilimitada, pues la naturaleza de los hombres, aunque diversa y sujeta al cambio, debe poseer cierto carácter genérico para que pueda llamársele humana”. Existe una serie de valores compartidos, “un mínimo sin el que las sociedades difícilmente podrían sobrevivir”, con cierta objetividad y universalidad: “Las maneras de pensar de culturas que están muy alejadas de la nuestra nos son solamente comprensibles en la medida en que de alguna manera compartimos sus categorías básicas”.⁵⁷ La necesidad de aceptar y respetar esos valores es imperiosa para cualquier sociedad decente; algunos son los que fundamentan las normas que prohíben prestar falso testimonio, o torturar libremente, o asesinar a otros hombres por placer. Valores, principios y normas que son presupuestos del ser humano y que posibilitan la convivencia y el reconocimiento recíproco como personas. Concluye Berlin: “Se trata de una especie de retorno a la idea antigua del derecho natural, pero, para algunos de nosotros, con un ropaje empírico, no ya necesariamente basado en fundamentos teológicos o metafísicos. Por tanto, hablar de nuestros valores como objetivos y universales no equivale a decir que exista algún código objetivo, que se nos haya

⁵⁴ Algunos autores erróneamente sugieren que el contenido mínimo es necesario para proveer de una base moral a la obligación legal. No obstante, Hart no está argumentando que la razón para el contenido mínimo, sea una de índole moral. Él indica que la gente puede aceptar el contenido mínimo sobre la base de un interés personal de largo plazo, preocupación por otros o valor intrínseco, no está diciendo que se trate específicamente de contenido moral. En vez de ello, las mismas razones explican la similitud de contenido entre el derecho y la moral. Michael D. Bayles, op.cit., p.120.

⁵⁵ Isaiah Berlin, citado por E. Fernández, op.cit., p.62.

⁵⁶ “No hay nada, ningún punto de apoyo, fuera del movimiento general en donde nosotros, o ellos, podamos, o puedan, tomar una posición fija; no hay normas estáticas absolutas con arreglo a las cuales puedan, en último término, ser evaluadas las cosas y las personas”. Isaiah Berlin, “La inevitabilidad histórica”, en *Cuatro ensayos sobre la libertad* (trad. de Julio Bayón). Alianza editorial, Madrid, 2000, p.132.

⁵⁷ Idem, p.192.

impuesto desde fuera, que no podamos quebrantar porque no lo hicimos nosotros; equivale a decir que no podemos evitar aceptar esos principios básicos porque somos humanos”⁵⁸. La tesis de Berlin, como la de Hart, pretende pasar a igual distancia entre dos extremos: el representado por la tesis que sostiene la existencia de valores morales objetivos y trascendentes, más suprahumanos que humanos, desconociendo aquello señalado por Raymond Aron, “los valores no se afirman ni se inventan fuera de ese intercambio incesante entre el individuo y el medio, intercambio que constituye una de las características de la historicidad del hombre” y el extremo constituido por el relativismo, concepción que al exagerar las perspectivas posibles, ha ignorado caracteres de permanencia y estabilidad en nuestras valoraciones, abriendo así paso a una especie de nihilismo epistemológico. La tesis del contenido mínimo del derecho natural hace referencia precisamente a este “mínimo” sin el cual las sociedades no podrían sobrevivir siquiera. También apunta a aquella humanidad compartida, aunque cabe decirlo, sin desembocar en lo que Berlin denomina sin ambages una “naturaleza” humana. El término parece siempre –en particular para alguien de extracción empirista, como Hart- llevar aneja la noción de “necesidad”, en el sentido de causalidad física. No obstante, evidentemente no es éste el significado que Berlin le atribuye. Como bien sostiene este autor, se trata de la antigua idea del derecho natural, aunque ya desprovista de su ropaje metafísico o teológico. Como ha señalado Guido Fassó: “Sólo desligado de la idea de un derecho natural metafísico, extrahistórico, eterno e inmutable, el iusnaturalismo puede encontrar un lugar en la cultura jurídico-política actual”.⁵⁹

f. La tesis del positivismo jurídico

A partir de *El concepto del derecho*, entiende Hart por ‘positivismo jurídico’ la afirmación de que “en ningún sentido es necesariamente verdad que las normas jurídicas reproducen o satisfacen ciertas exigencias de la moral, aunque de hecho suele ocurrir así”.⁶⁰ Dicho positivismo acepta, por ende, únicamente un nexo contingente entre derecho y moral. Por supuesto, dicha caracterización es muy general y parece decirnos poco acerca del positivismo sustentado por este autor. Pues como lo sostienen autores como Robert Alexy –previamente citado- o Eugenio Bulygin, todas las teorías positivistas coinciden al argumentar a favor de la tesis de la separación (o en contra de la tesis de la vinculación), tesis por la cual el concepto de derecho ha de definirse de manera que no incluya, en absoluto, ningún elemento de la moral.⁶¹ Sostiene Hart asimismo que la expresión “positivismo” es usada en la literatura anglo-norteamericana para designar una variedad de tesis:

1. Las normas jurídicas son órdenes dadas por seres humanos.
2. No hay conexión necesaria entre el derecho y la moral, o entre el derecho que es y el derecho que debe ser. Esta tesis es la que sostiene John Gardner, como común a los principales representantes del positivismo jurídico, entre los que incluye a Hart mismo y se expresa del modo siguiente: “En cualquier sistema jurídico, que una norma sea legalmente válida y forme parte del derecho de ese sistema, depende de sus fuentes, no de sus méritos (donde sus méritos, en un sentido relevante, incluyen los méritos de sus fuentes).⁶²

⁵⁸ Berlin, citado por E. Fernández, op.cit., p.63.

⁵⁹ Guido Fassó, citado por E. Fernández, op.cit., p.64.

⁶⁰ *El concepto del derecho*, op.cit., p.230.

⁶¹ Cfr. Alexy, op.cit., p.115. Eugenio Bulygin, “¿Hay vinculación necesaria entre derecho y moral?”, en *Derecho y moral*, op.cit., p.214.

⁶² John Gardner, “Legal Positivism, 5 ½ myths”, en *The American Journal of Jurisprudence*, Vol.46, p.201.

3. El análisis del significado de los conceptos jurídicos es importante y debe distinguirse de las investigaciones históricas y sociológicas y de la valoración crítica del derecho en términos de moral, fines sociales y funciones, entre otros.
4. Un sistema jurídico es un sistema “lógicamente cerrado” en el que se pueden deducir decisiones correctas a partir de reglas jurídicas predeterminadas utilizando exclusivamente medios lógicos.
5. Los juicios morales, a diferencia de los juicios de hecho, no pueden ser establecidos mediante argumento, evidencia o prueba racionales.⁶³

No es necesario que todas estas tesis se sostengan conjuntamente. *Prima facie*, aunque no se adscribe en este punto explícitamente a alguna de las tesis previas, parecería que Hart sostiene las tesis 2 y 3.⁶⁴ De cualquier modo, con el propósito de comprender mejor la posición de Hart frente a la tesis del derecho natural, recién expuesta, así como los presupuestos de los que parte en el debate con otros interlocutores, en lo subsecuente emprendemos una caracterización de su positivismo, recurriendo a una tipología sostenida, entre otros autores, por Bobbio y Nino.⁶⁵

1) Escepticismo ético⁶⁶

Hart no puede ser considerado un escéptico en materia ética; los juicios o enunciados morales son o pueden ser tan racionales como otros juicios. En este sentido, habría que descartar que sustente la última de las acepciones positivistas enumeradas. Es importante aclarar que aunque ello lo aleja de teóricos como Kelsen o Ross⁶⁷, esto no tiene por efecto un acercamiento de Hart al iusnaturalismo, como se verá al tratar de la pretensión de conexión fundada en la crítica moral del derecho.⁶⁸ Lo cual se explica porque en última instancia, de acuerdo con Hart, aún si nos encontráramos en posibilidad de afirmar la validez universal de ciertos principios morales, las reglas jurídicas podrían o no reconocer dichos principios. La concepción del positivismo no se relaciona en realidad con la racionalidad de los enunciados morales, que bien considerada es una cuestión referente a la teoría de la moral y no a la teoría del derecho. En otros términos, un positivismo como el

⁶³ *El concepto del derecho*, op.cit., p.321, n. a p.229.

⁶⁴ Como se ve en la sección siguiente, en este punto diferimos de la opinión de M. Bayles, para quien Hart sustenta una forma mitigada de no cognitivismo (correspondiente a la tesis no.5). Cfr. Michael D. Bayles, op.cit., p.123.

⁶⁵ A diferencia de Hart y Bobbio, García Máynez, aunque tampoco busca establecer una definición unitaria del positivismo jurídico, afirma que es pertinente preguntarse si entre las diferentes tesis “existe algún elemento que justifique la denominación común y pueda considerarse como esencial al iuspositivismo o, al menos, como el más importante de todos”. Citado por Rodolfo Vázquez, *Derecho, moral y poder. Ensayos de filosofía jurídica*. Porrúa, México, 2005, pp.4,5. Asimismo, cabe mencionar que al final de este trabajo se complementa la caracterización del positivismo hartiano, a partir del debate sostenido con R. Dworkin.

⁶⁶ Aunque Nino considera al escepticismo ético como un aspecto característico del positivismo jurídico, Bobbio no lo menciona. Empero, al hacer la crítica del iusnaturalismo que denomina “tradicional”, lo hace desde dicha perspectiva, no admitiendo la existencia de principios éticos evidentes por sí, con valor absoluto y universal, obtenidos *per conclusionem*, es decir, a partir de una argumentación racional. Dicha crítica sentará las bases del llamado positivismo ideológico. Bobbio, op.cit., pp.72-75.

⁶⁷ Kelsen sostiene la subjetividad y por ende, la relatividad de los juicios morales: “... la inutilidad de los intentos de encontrar por medios racionales una norma de conducta justa que tenga validez absoluta... la justicia absoluta es un ideal irracional...”. Op.cit., p.75. Una corriente que niega carácter cognoscitivo a los juicios de valor, es el realismo jurídico. Ross, representante de la misma, considera a la justicia como militancia de tipo biológico y emocional, a partir de la cual no es posible arribar a consenso racional alguno: “Invocar a la justicia es como dar un golpe sobre la mesa: una expresión emocional que hace de la propia exigencia un postulado absoluto... Es imposible tener una discusión racional con quien apela a la ‘justicia’, porque nada dice que pueda ser argüido en pro o en contra. Sus palabras constituyen persuasión, no argumento...”. Op.cit., p.267.

⁶⁸ Cfr. “El positivismo jurídico y el problema de la separación entre el derecho y la moral”, op.cit., pp.56-60.

representado por Hart es perfectamente compatible con el primer postulado de filosofía ética de la doctrina del derecho natural, citado por Nino.⁶⁹

Si consideramos el carácter heterodoxo de las tesis vertidas por Hart en relación con el contenido mínimo del derecho natural, no es de extrañar que –a diferencia de Kelsen o de Ross- emprenda una revisión del punto de vista que sostiene la imposibilidad de fundamentar los juicios morales. Como ya se ha dicho, si bien es cierto que los criterios de corrección no afectan la validez jurídica, de ello no se deduce –aunque no sea más que en el sentido práctico ya expresado- que el derecho pueda tener cualquier contenido. Y toda vez que en este punto devienen más relevantes las semejanzas que las diferencias entre los dos órdenes normativos, la moral debe recibir un trato similar: dados el objetivo de la supervivencia y las verdades de facto enunciadas, sólo cierto género de moral haría viable el sistema. Teniendo presente la forma en la que están diseñadas nuestras reglas y construidas nuestras instituciones, la argumentación en términos racionales tendría que ver, no con el establecimiento de principios objetivos e inamovibles, sino con la mejor manera de asegurar la consecución de la finalidad antes descrita.

La anterior afirmación, me parece, es la que da buen sentido al intento de Hart por encuadrar racionalmente los enunciados de carácter moral. Al interior del concepto del derecho ocurre lo mismo. Concebir racionalmente dichos sistemas, proporciona un adecuado marco explicativo al intento de Hart por sustentar su teoría. Lo anterior no significa, por supuesto, que todas y cada una de las afirmaciones suyas se correspondan entre sí, de manera que su edificio teórico sea inexpugnable. Como bien lo han subrayado algunos estudiosos de su obra, dicha construcción es en muchos casos no sólo ambigua, sino hasta inconsistente. Por ello no es de extrañar que cuando se ha emprendido un análisis de su conocida tesis de las reglas del derecho desde el punto de vista interno, un autor como Kevin Toh afirme, apoyándose en Devlin y mayormente en Raz, que Hart era un escéptico o no cognitivista en materia ética.⁷⁰ Y el error proviene, a su parecer, del hecho de que el análisis de los enunciados externos, expresado desde el mismo Bentham en un lenguaje prescriptivo y neutral, se ha hecho extensivo indebidamente a los enunciados internos. Sin embargo, es importante considerar lo siguiente: 1. En algunas partes hace también Hart afirmaciones que lo acercan a un cognitivismo ético. De aquí su ambigüedad y la crítica entendible a su afán racionalista. Tan es así, que como el mismo Toh lo sostiene, la deficiente interpretación es generalizada, incluso entre sus principales críticos, como Dworkin. 2. Que se considere a Hart un defensor del racionalismo en materia ética y no un

⁶⁹ No podemos tampoco coincidir con el criterio sustentado por M.D.Bayles, quien a partir de que adjudica a Hart -como ya hemos dicho- una forma atemperada de escepticismo moral, termina por sostener que Hart rechaza lo mismo el postulado de teoría del derecho, que el de filosofía moral, atribuidos por Nino, a la doctrina del derecho natural. M.D.Bayles, op.cit., p.123. La opinión de Eugenio Bulygin, al tratar de los derechos morales o humanos, es categórica, difiriendo de lo anterior, al afirmar que el escepticismo ético es “una característica definitoria del positivismo jurídico”, la única actitud racional de rechazo de toda pretensión de fundamentación objetiva. Citado por Ernesto Garzón Valdés, “Derecho y moral”, en *Derecho y moral* (comp. de Rodolfo Vázquez). Gedisa editorial, Barcelona, 1998, p.38. Como se ve, bajo una perspectiva tal, una posición que deja abierta la posibilidad de fundamentar racionalmente los juicios de valor, como la que Hart sostiene, sería incompatible con el positivismo, pues a su parecer esta doctrina, debe rechazar no sólo la segunda de las tesis formuladas por Nino en relación con el derecho natural, sino también la primera de éstas. En este punto diferimos de la opinión de Bulygin, toda vez que al teórico del derecho le ha interesado criticar la universalidad de los principios morales, sólo en la medida en que se ha pretendido constituyen el criterio de juridicidad de las reglas; por lo demás, como hemos dicho, se trata de un asunto que concierne mayormente a la teoría de la moral, de la que el positivismo puede desentenderse. Afirmar que el escepticismo ético es característica definitoria del positivismo, es ignorar lo que es quizás la característica definitoria más importante compartida por los principales representantes de esta corriente: la nítida distinción entre el nivel descriptivo y el nivel prescriptivo de la realidad; característica que permanece neutral en lo que se refiere a la cuestión de la probable fundamentación racional de los juicios de valor.

⁷⁰ Kevin Toh, “Hart’s Expressivism and his Benthamite Project”, en *Legal Theory* 11, Cambridge University Press, 2005, pp.75-123.

escéptico, proporciona en lo interpretativo, una mayor coherencia a su concepto del derecho, visto –metafóricamente hablando- de manera sistemática como bosque y no como sólo árboles desordenadamente acumulados. 3. Aún suponiendo sin conceder, que Hart sea un escéptico en materia ética, esto no es realmente importante al momento de determinar si Hart es o no un positivista. Lo seguirá siendo, como algunos de los más connotados positivistas, como Ross o Kelsen, escépticos indiscutibles, aunque en la modalidad del positivismo incluyente. Pues la distancia con los defensores del derecho natural, como lo menciono líneas arriba, es evidente. Con respecto al punto 2 aunque si bien es cierto que la discusión filosófica tiene como objetivo fundamental encontrar la verdad, puedo decir en descargo mío que en ocasiones encontrar la verdad puede ser más una empresa subjetiva, que poca relación guarde con la naturaleza de las cosas o de las personas. Y eso ocurre precisamente en el intento plausible que nos ocupa, en el que Toh intenta hacer una reconstrucción hipotética del positivismo de Hart, a partir de citas dispersas en sus obras.

2) Positismo ideológico

Sobre si Hart es un positivista ideológico, sostiene este autor que el derecho no debe sobrevalorarse, de modo que siempre ha de sujetarse a la corrección moral, la cual no puede reemplazar.⁷¹ No existe al respecto, un deber incondicional de obediencia o de lealtad hacia el sistema jurídico tal cual. Esta posición se explica por varios factores:

1. Al no profesar este autor un escepticismo ético, tampoco se ve orillado a sostener, al lado de una tesis relativista, otra de corte conservador que sostenga la necesidad de someterse al orden jurídico estatuido, proveniente de la autoridad política, con independencia de cual sea este orden.
2. Hart reiteradamente se declara liberal, corriente impregnada de una fuerte valoración ética, desde la cual es necesario se reconozca un mínimo de libertades a favor del individuo, incluida la de conciencia, delimitando una esfera de acción que los poderes públicos no deben sobrepasar.⁷² En este orden de ideas, nunca sería admisible un argumento que supeditara la conciencia del individuo a un principio que, como la máxima paulina, al hacer provenir toda autoridad, de la divinidad misma, prescribiera el acatamiento incondicional a la primera.⁷³ Ésta es la fuente de la que provienen los criterios morales de corrección.
3. La actitud a-valorativa o éticamente neutra en relación con el derecho mismo, rasgo característico de Hart, observable ya desde su definición misma del positivismo jurídico, la que será desarrollada más adelante.

Al referirse Gardner al medio mito acerca del positivismo jurídico, hace referencia a esta variante, al afirmar que los “positivity-welcomers” (PW) sostienen que el positivismo jurídico identifica “no sólo la verdad acerca de las normas jurídicas, sino también algo meritorio”, de modo que la positividad del derecho no es sólo algo con lo que tenemos que vivir, sino algo de lo que podemos estar orgullosos. Y aunque también asevera que casi todos los positivistas reconocidos han rechazado esta posición, Hart constituye un caso

⁷¹ “El positivismo jurídico y el problema de la separación entre el derecho y la moral”, op.cit., pp.44,45. Dada la estrecha relación existente entre el positivismo ideológico y la doctrina del derecho natural, no debe extrañar que en contra del primero se pueda echar mano de un argumento que Hart dirige contra la tesis del segundo tipo. Como lo señala Nino, este género de positivismo involucra una posición ideológica o moral, combinando una definición del derecho en términos puramente fácticos, con “la idea iusnaturalista de que toda norma jurídica tiene fuerza obligatoria moral”. Op.cit., p.33.

⁷² Norberto Bobbio, *Liberalismo y democracia* (trad. de José F. Fernández Santillán). Fondo de cultura económica, México, 2000, pp.21-26.

⁷³ “Sométase toda persona a las autoridades superiores; porque no hay autoridad sino de parte de Dios, y las que hay, por Dios han sido establecidas. De modo que quien se opone a la autoridad, a lo establecido por Dios resiste...”. Epístola a los romanos XIII:1,2.

especialmente interesante, al sostener que existe una cualidad meritoria de las reglas, que no deriva precisamente de su positividad, sino del hecho de que al ser aplicadas a diferentes casos, contribuyen a que los casos semejantes se traten de manera también semejante, para mostrarse después en desacuerdo con Hart. No obstante, si esta cualidad meritoria no deriva de la positividad misma, como lo admite el mismo Gardner, Hart puede perfectamente alinearse con todos los positivistas importantes, en su rechazo a esta clase de positivismo.⁷⁴

3) Positivismos teórico

Sobre si en Hart puede reconocerse a un positivista teórico, es necesario subrayar varios aspectos. En primer lugar, en su opinión el derecho no se reconoce por provenir de un acto de carácter estatal. Pero si como Alexy sostiene: “para una teoría positivista sólo quedan dos elementos definitorios [descartado el elemento moral]: el elemento de la decisión de la autoridad y el elemento de la efectividad social”, de modo que las variantes del positivismo jurídico responden a interpretaciones de estos dos elementos⁷⁵, para Hart el derecho procede en última instancia de una compleja práctica social de aceptación que denomina “regla de reconocimiento”, regla cuya existencia se constata en la práctica de la comunidad por efecto de la cual tribunales, funcionarios, policías o ciudadanos, obtienen “criterios con autoridad para identificar las reglas primarias de obligación”.⁷⁶

No comparte este autor la tesis positivista que sostiene que el derecho consiste sólo en normas que reglamentan el uso de la fuerza, haciendo de la coacción el elemento definitorio de todo sistema de derecho. Mientras Dworkin, desde su teoría interpretativa –según Hart–, presume que el propósito del derecho y de la práctica jurídica consiste en justificar la coacción, Hart enfático sostiene: “... no existe nada en mi teoría para soportar el punto de vista de Dworkin, el cual, ciertamente no comparto, de que el propósito del derecho sea justificar el uso de la coacción”.⁷⁷ En todo caso, su propósito es proveer guías a la conducta humana y estándares de crítica para tal conducta, mediante reglas secundarias, recurriendo a una pretensión general de prioridad sobre otros estándares. A partir del análisis de la teoría de Austin, afirma Hart que el modelo simple del derecho como órdenes coercitivos del soberano, no reproduce algunas de las características salientes de un sistema jurídico⁷⁸, toda vez que no puede explicar la idea de “regla”, sin la cual no es posible elucidar las formas más elementales del derecho. “Verse obligado” a hacer algo es distinto de “tener una obligación” de hacerlo.

En estrecha relación con lo anterior, se encuentra la crítica pormenorizada que en su momento expondremos, en relación con la teoría imperativista del mismo Austin. El concepto de norma como “mandato” desfigura la manera en la que operan los sistemas jurídicos modernos: no todas las normas ordenan hacer o no hacer algo, no todas son legisladas ni la expresión del deseo de alguien, no todas son órdenes dadas a otros y tampoco todas expresan realmente las intenciones efectivas de algún legislador. Agregando modificaciones y ajustes al modelo simple original, la noción de órdenes generales respaldadas por amenazas puede resultar transformada a tal grado, que ya no se le reconozca.⁷⁹

Otra tesis de este autor, emparentada con los conceptos previos, es aquella que sostiene que la presencia de una sanción, no es algo que defina a la regla jurídica como tal, toda vez

⁷⁴ Gardner, op.cit., pp. 204-206.

⁷⁵ “Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral”, en *Derecho y moral*, op.cit., pp.115,116.

⁷⁶ *El concepto del derecho*, op.cit., p.125.

⁷⁷ H.L.A. Hart, *Post scriptum al concepto del derecho* (trad. por Rolando Tamayo y Salmorán). U.N.A.M., México, 2000., pp.23,24.

⁷⁸ *El concepto del derecho*, op.cit., p.99.

⁷⁹ Idem, pp.33,34.

que, por una parte, no son equiparables las sanciones que caracterizan a las reglas que imponen deberes, con la nulidad característica de las reglas que confieren potestades y por otra parte, porque tampoco es cierto que el derecho consista sólo en la norma primaria que establece la sanción, como sostiene Kelsen, pues las principales funciones del derecho han de verse, no en los litigios privados o en las causas penales, sino en las formas en que el derecho es usado para controlar, guiar y planear la vida fuera de los tribunales.⁸⁰

Respecto a las fuentes del derecho, las leyes no constituyen la fuente exclusiva de reglas jurídicas, pues tenemos también a la costumbre y a la jurisprudencia. Las reglas consuetudinarias también son reglas, aunque no –como los mandatos- provenientes de actos deliberados y con un origen cierto; además, su existencia o *status* de normas no está condicionado por un reconocimiento legal o judicial, sino por la aceptación de la regla de reconocimiento que les puede asignar o no un lugar subordinado al de la ley misma.⁸¹ Y lo mismo puede afirmarse de la jurisprudencia, que al consistir en declaraciones judiciales originadas en potestades jurisdiccionales, se encuentra sancionada por reglas secundarias llamadas “reglas de adjudicación”, que determinan en forma definitiva y con autoridad, si en ciertas circunstancias una regla primaria ha sido o no transgredida. Al ser utilizada para identificar las reglas aplicables, esta fuente está estrechamente emparentada con la regla de reconocimiento, aunque constituyendo una forma imperfecta de ésta, pues no puede formularse en términos generales y su uso identificatorio depende de inferencias producto de decisiones particulares, las que varían con la habilidad de la interpretación efectuada.⁸² Con respecto a la tesis de la plenitud y consistencia del orden jurídico, afirma Hart la textura abierta característica de los lenguajes naturales en los que se expresa el derecho, que origina la consecuente discrecionalidad a la que los jueces precisan recurrir, cuando tienen que elegir entre los significados asignables a un término general, al resolver casos concretos.⁸³ Esta tesis constituye uno de los focos principales de la disputa que Hart sostiene con Ronald Dworkin: al existir casos no regulados en los que el derecho está parcialmente indeterminado, no es posible aplicar derecho preestablecido. De aquí, que el juez tenga que ejercer su discreción y crear derecho *ex profeso*, no existiendo algo como lo que Dworkin denomina la “respuesta correcta”, para cada caso.⁸⁴ Como vemos, Hart no comparte en este punto, de las distintas acepciones del término “positivismo jurídico”, la cuarta de las acepciones mencionadas.

Por lo demás, la crítica al positivismo teórico –entendido como formalismo jurídico- se ha hecho ya patente en las consecuencias que se desprenden de la tesis del contenido mínimo del derecho natural desarrollada por Hart: si queremos que el derecho proporcione razones para ser obedecido, debemos remitirnos a las verdades elementales, amén del propósito de supervivencia, que hacen que no podamos concebir al derecho como un mero asunto de forma, sino también de contenido.

4) Positivismo conceptual

Hasta ahora no hemos hecho sino una caracterización negativa del concepto del derecho en Hart. En este punto emprendemos la caracterización contraria. Sobre si Hart es un positivista conceptual, como se ha visto, recurre con frecuencia a la diferencia entre ser y deber ser, concepción “moderna” opuesta a la concepción “teleológica” o finalista, de la que hace desprender en cambio la tesis del derecho natural. No casualmente sus referencias a los utilitaristas –como Bentham o Austin- son reiteradas. A tono con lo dicho por Bobbio,

⁸⁰ Idem, pp.45-53.

⁸¹ Idem, p.126.

⁸² Idem, pp.120,121.

⁸³ Idem, p.159.

⁸⁴ H.L.A. Hart, *Post scriptum al concepto del derecho*, op.cit., p.54. Esta discusión se trata más extensamente en el desarrollo del debate Hart-Dworkin.

para Hart el teórico del derecho debe ocuparse del estudio del derecho que es y no del derecho que debe ser, del derecho real y no de un pretendido derecho ideal, del derecho como hecho y no del derecho como valor.⁸⁵ Aunque este autor incluye elementos morales en su análisis, su aproximación al estudio del derecho no intenta ser prescriptiva, sino únicamente descriptiva, éticamente neutra. Para identificar a las reglas que pertenecen al sistema jurídico, distinguiéndolas de aquellas que quedan excluidas del mismo, recurre Hart a la regla de reconocimiento, hecho observable y por ende verificable en la práctica social efectiva. Visto esto, los elementos teleológicos o finalistas (v.gr. la justicia), quedan descartados como herramienta apropiada para el análisis metodológico del derecho. Muestra de ello, será que cuando Austin sostenga tanto la tesis del imperativo como la de la separación conceptual entre moral y derecho, la crítica de Hart sólo se dirigirá contra la primera de estas tesis; la segunda la dejará intacta, tal y como originalmente la planteaba Austin en la nota marginal a la lección V de *El Objeto de la jurisprudencia*. Separando puntualmente al ser del deber ser, Hart nos dice: “Tanto Bentham como Austin tenían sumo interés en subrayar estas dos simples cosas: primero, que en ausencia de una prescripción legal o constitucional expresa, del mero hecho de que una regla viole pautas morales no se infiere que ella no es una regla de derecho; e, inversamente, del mero hecho de que una regla sea moralmente deseable no se infiere que es una regla de derecho”.⁸⁶

a) Positismo “de meros hechos”

A propósito del positivismo conceptual de Hart, se suscita una discusión con Dworkin. En el *Post scriptum*, al parecer de Hart, Dworkin afirma que el error fundamental en el positivismo del primero, es la idea de que la verdad de las proposiciones de derecho, depende únicamente de cuestiones de *meros hechos* históricos (las cursivas son nuestras), incluyendo hechos sobre las creencias de los individuos y las actitudes sociales. Los hechos

⁸⁵ Cfr. Norberto Bobbio, *El problema del positivismo jurídico*, op.cit., pp.41,42. Jeremy Bentham es famoso por su distinción entre jurisprudencia expositiva y jurisprudencia censoria. Una cosa es lo que la ley es, lo cual puede descubrirse examinando los hechos sociales; lo que el derecho tiene que ser es diferente y se descubre aplicando principios morales. La teoría de Hart coincide con el positivismo clásico en estos dos principios. No obstante, con respecto a la jurisprudencia censoria, Hart es partidario de una ética pluralista, al no aceptar un principio uniforme (monismo) con el cual evaluar las leyes, como sí acontece con Bentham. Peter M. S. Hacker, “Hart’s Philosophy of Law”, en *Law, Morality and Society. Essays in honour of H.L.A. Hart*. Oxford University Press, Oxford, 1977, p.8, n.12. Por otra parte, con respecto a la vigencia de este positivismo en Hart, Hacker mismo menciona que la doctrina esencialmente intencional y teleológica relativa a los fenómenos humanos y sociales, la cual no asimila la estructura lógica de su descripción y explicación con la de las ciencias físicas, sólo muy tarde fue asimilada en la corriente principal de la filosofía inglesa.

⁸⁶ “El positivismo jurídico y el problema de la separación entre el derecho y la moral”, op.cit., pp.11,12. En este punto diferimos de nueva cuenta del criterio sostenido por R. L. Vigo, quien niega rotundamente que Hart sea un positivista de corte conceptual. Según nos dice, para definir un concepto del derecho, no escoge Hart una vía meramente descriptiva; además, según sostiene, sus enunciados principales poseen características prescriptivas. Amén de ello, se privilegia el “punto de vista interno”, resultando finalmente que su punto de vista es el normativo y no el descriptivo. Vigo, op.cit., pp.110-112. Creemos que en este punto Vigo confunde dos aspectos diferentes. Uno es la forma en la que el estudioso del derecho se aproxima o pretende aproximarse a su objeto; otra bien diferente es el contenido del estudio mismo. Hart al aproximarse al derecho lo hace conceptual, descriptivamente. Lo que no es óbice para que dentro del objeto descrito destaque lo mismo elementos descriptivos que prescriptivos. Suponiendo sin conceder, que se privilegiara al interior de la teoría el “punto de vista interno”, esto no dice nada acerca de la metodología de estudio utilizada. Pese a lo anterior, ni siquiera se puede partir del supuesto mencionado, toda vez que como sostiene expresamente Hart: es probable que la vida de cualquier sociedad consista, en cualquier momento dado, en una tensión entre quienes aceptan las reglas desde el punto de vista interno y quienes las consideran desde el punto de vista externo. Al parecer del mismo autor, “una de las dificultades que enfrenta cualquier teoría jurídica ansiosa de hacer justicia a la complejidad de los hechos, es tener en cuenta la presencia de ambos puntos de vista y no decretar, por vía de definición, que uno de ellos que uno de ellos no existe”. De lo que antecede, que aunque sostenemos que metodológicamente Hart ha procedido descriptivamente, esto es perfectamente consistente con el hecho de que al interior de su concepto del derecho, convivan con similar peso específico los puntos de vista interno y externo del derecho. Cfr. Hart, *El concepto de derecho*, op.cit., p.113.

son los “fundamentos del derecho”, fijados incontrovertiblemente por reglas lingüísticas, compartidas por jueces y abogados, reglas que gobiernan el uso y significado de la palabra “derecho”. Dicha fijación incontrovertible la explica Dworkin, por lo que denomina el “mal semántico”, creencia errónea por parte de los positivistas, de que si los fundamentos fueran controvertibles, la palabra “derecho” significaría cosas distintas para diferentes personas, no siendo posible comunicar algo en relación con ella.⁸⁷ Y en efecto, de acuerdo con el punto de vista del hecho evidente, presentado como tal por Dworkin⁸⁸, el derecho sólo tiene por fundamento los hechos históricos evidentes, de modo que el único desacuerdo sensato sobre el derecho es un desacuerdo empírico sobre qué decidieron en el pasado las instituciones legales; los argumentos teóricos son ilusorios, pues tienen más que ver con lo que el derecho debería ser, que con el derecho mismo. El acuerdo se manifiesta en el hecho de que seguimos –incluidos en primer término, los jueces y abogados- reglas o criterios objetivos compartidos sobre qué es el derecho. Los primeros intentos filosóficos por explicitar esto, se han referido al “significado” del derecho, mientras intentos posteriores se han referido a los “usos” del término. Aunque con esta ligera variante, a ambos modos de proceder se les puede englobar dentro de las “teorías semánticas” del derecho, siendo sustentados por sendos representantes del positivismo jurídico: Austin y Hart.

En respuesta, Hart rechaza padecer de dicho mal semántico (“aguijón semántico”), haciendo una serie de aclaraciones al respecto. Entre éstas, la que en especial nos interesa atribuye a Dworkin una defectuosa interpretación de su positivismo, pues la doctrina de la regla de reconocimiento no recurre únicamente como criterios para la identificación del derecho a hechos históricos, sino también –y de modo explícito, en algunos sistemas de derecho como el de Estados Unidos- a principios de justicia y valores morales substantivos, que podrían constituir el contenido de límites jurídicos constitucionales.⁸⁹ Según Hart, al atribuirle Dworkin un “positivismo de meros hechos”, ignora esta parte de su teoría. La segunda hipótesis por la que Dworkin explica la referencia inequívoca que hacen los positivistas a los hechos como fundamentos del derecho, tiene que ver con lo que denomina “convencionalismo”, teoría interpretativa que al consistir en una convicción compartida por jueces y abogados, tiene el mérito de que las ocasiones para la aplicación de la coacción jurídica se hacen depender de meros hechos asequibles a todos. Al respecto, insiste Hart: su teoría no constituye un positivismo de meros hechos, puesto que entre los criterios para determinar el derecho admite también valores; además, decir que el derecho tiene como propósito justificar la coacción, implica desconocer que, en todo caso, el derecho sólo pretende establecer guías de conducta y estándares de crítica para la misma, por medio de reglas secundarias.⁹⁰

Pese a que Hart lo niega, su positivismo sí puede ser llamado, sin con ello adoptar un tono peyorativo, un positivismo de hechos. Porque aunque, si bien es cierto que Hart admite, como parte del contenido de la regla de reconocimiento, la concordancia con valores morales específicos –que en ocasiones se revelan en limitaciones constitucionales de fondo-, estos principios no los considera constitutivos de la naturaleza de la regla en sí o si

⁸⁷ *Post scriptum* al concepto de derecho, op.cit., pp.18,19.

⁸⁸ Ronald Dworkin, *El Imperio de la justicia* (trad. de Claudia Ferrari). Gedisa editorial, 2ª ed., Barcelona, 1992, pp.35-38.

⁸⁹ Hart se refiere a ciertas limitaciones “de fondo” existentes en algunas constituciones federales, donde no es posible, siguiendo los procedimientos ordinarios de legislación, modificar la división de poderes o algunos derechos individuales. El ejemplo al que recurre es el de la Quinta Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos, por la que se establece que ninguna persona será privada “de su vida, libertad o propiedad, sin debido proceso legal”. *El concepto de derecho*, op.cit., pp.89,90.

⁹⁰ Hart, *Post scriptum al concepto de derecho*, op.cit., pp.20-24. A este aspecto de la tesis de Hart nos hemos referido al exponer su rechazo del positivismo teórico; de cualquier modo, lo desarrollamos más adelante, al tratar de la segunda de las pretensiones de conexión necesaria entre derecho y moral, fundada en la ausencia de un fundamento coercitivo para el derecho.

se quiere, de su status, lo que se pone de manifiesto en la caracterización que hace de su tesis, a la que Dworkin llamará entonces de pedigrí. Si bien su positivismo no puede denominarse en algún sentido de “meros hechos”, los “hechos” desempeñan el papel fundamental en su concepto del derecho. Traemos a colación un par de ejemplos relacionados con aspectos centrales de su teoría: la regla de reconocimiento misma y el contenido mínimo del derecho natural. Al exponer la naturaleza de la regla de reconocimiento, confronta la conocida tesis kelseniana de la “hipótesis”, con su propia tesis. Toda vez que en la cadena de razonamiento jurídico, la regla de reconocimiento es una regla última, no es posible hablar de criterios de “validez” a los que se sujete, pero tampoco cabe “dar por admitida” o “postular” dicha regla, como lo hace Kelsen. Al sólo poder constatarla en la práctica efectiva, constreñidos por ese carácter esencialmente fáctico, únicamente nos queda aceptarla. Prosigue Hart: ‘Una vez que la existencia de las reglas ha sido establecida *como hecho* (las cursivas son nuestras), sólo confundiríamos las cosas, afirmando o negando que ellas son válidas, o diciendo que ‘damos por admitida’ su validez, pero que no podemos demostrarla’.⁹¹ La afirmación de que una regla de reconocimiento existe, sólo puede ser un enunciado de hecho externo. Mientras una regla subordinada de un sistema puede ser válida y en ese sentido ‘existir’ aún cuando sea generalmente desobedecida, la existencia de la regla de reconocimiento es una cuestión de hecho.⁹² Un tratamiento similar, es el que Hart efectúa, al buscar dotar de sentido a la teoría del derecho natural. Como hemos visto, se trata de la doctrina del derecho natural, aunque revestida con un ropaje empírico, lo que se entiende si pensamos en la concepción moderna o secular –a la que se adhiere este autor- como fundada en regularidades observables en “hechos” o fenómenos de la naturaleza. Por efecto de esta trasposición, como ya hemos visto, se puede afirmar algo como lo siguiente: “lo que da sentido a este modo de pensamiento y de expresión es algo completamente obvio: el presupuesto tácito de que el fin propio de la actividad humana es la sobrevivencia; y esto reposa en el *simple hecho contingente* (las cursivas son nuestras) de que la mayor parte de los hombres durante la mayor parte del tiempo desean continuar viviendo”.⁹³ Agrega el mismo autor, más adelante: “Al referirnos a la supervivencia podemos descartar, como demasiado metafísica para las mentes modernas, la noción de que ella es algo fijado de antemano... en lugar de ello podemos sostener que el hecho de que los hombres en general desean vivir es un *mero hecho contingente* que podría ser de otra manera... Sin embargo,..., la supervivencia sigue poseyendo un status especial...”.⁹⁴ En otros pasajes del mismo texto, habla Hart de verdades obvias, de verdades elementales o de sucesos que simplemente ocurren. Cuando se refiere, por ejemplo, a los recursos limitados o a la igualdad aproximada, verdades también elementales, lo hace en términos de hechos contingentes; ambas expresiones son después de todo equivalentes. Lo que importa dejar en claro es que a partir de los hechos y sólo de ellos, se desprenden razones para que el derecho y la moral deban tener cierto contenido y no uno diverso⁹⁵: la tesis del contenido mínimo del derecho natural es una tesis que se funda primariamente en “hechos” y no en valores o principios morales. Aún en el supuesto de una “verdad obvia” con un trasfondo moral significativo, como el “altruismo limitado”, sólo hay que acudir a la observación de tendencias existentes en el comportamiento humano, para darse cuenta de que el altruismo humano es “limitado en extensión e intermitente”, verificación empírica que no pretende comprometerse con las posiciones morales que han postulado la bondad o la maldad en los hombres.

⁹¹ Hart, *El concepto de derecho*, op.cit., p.136.

⁹² Idem, p.137.

⁹³ Idem, p.236.

⁹⁴ Idem, p.237.

⁹⁵ Idem, p.239.

Aún así, su posición no deja de ser moderada, con respecto a la teoría sostenida, por ejemplo, por Austin, quien sí reserva los valores morales al ámbito de lo que llama moralidad positiva, definiendo al derecho sólo en términos de fuerza y amenazas, abriendo así paso a un auténtico positivismo de meros hechos. De cualquier modo, una tesis positivista que, partiendo de la concepción utilitarista, distingue con nitidez entre las esferas del ser y del deber ser, entre el derecho real e ideal, que pretende describir más que prescribir, por necesidad debe remitirse a los hechos mismos como su objeto de estudio. Si ha de tener que ver con los valores, será en atención a su cualidad de hechos y no en virtud del mérito o demérito que subjetivamente puedan representar, lo que constituye el auténtico meollo de lo valorativo. Tanto en la teoría semántica, como en la teoría interpretativa del convencionalismo retratadas por Dworkin, se observan los rasgos que denotan esta especie de aproximación científica del positivismo a su objeto: en la medida en que los hechos fijados, ya sea por reglas lingüísticas o por convicciones, sean compartidos por jueces y abogados, serán comunicables y por ende, objeto de conocimiento en términos intersubjetivos. Esto sería muy difícil de obtener en relación con valoraciones morales, ancladas en la tradición o en los prejuicios personales.

Asintamos sin embargo a la objeción hecha por Hart, en el sentido de que su positivismo no es de meros hechos, sino que, al incorporar principios morales, configura lo que se ha denominado un “positivismo suave”. Aún así, al parecer de Dworkin, esta teoría enfrenta un dilema irresoluble, del que el comentario previo no es, en cierto sentido, sino una paráfrasis: “Existe una inconsistencia profunda entre el positivismo suave, el cual permite que la identificación del derecho dependa de cuestiones controvertibles, de conformidad con juicios morales u otros juicios de valor, y la visión positivista general del derecho como esencialmente interesada en proporcionar estándares de conducta confiables y públicos que pueden ser identificados, con certeza, como cuestiones de meros hechos, sin depender de argumentos morales controvertibles”. Creemos que Hart representa un positivismo “moderado” o “suave”, pero no en atención a que haga depender la identificación del derecho de principios o valores morales, sino porque incorpora éstos a su sistema, a través de su tesis del contenido mínimo del derecho natural. Por otra parte, la objeción que Hart dirige a la acusación de convencionalismo difícilmente acierta en su objeto. Aunque son pertinentes las aclaraciones tocantes al elemento coacción como no definitorio del esquema de Hart, así como la relativa al positivismo de “meros hechos”, el meollo del convencionalismo en los términos descritos por Dworkin queda intacto, pues como lo señala este último, al operar una contrastación entre Hart y Austin: “La versión de Hart del positivismo es aún más convencional, pues su regla de reconocimiento es una regla que casi todos han aceptado, o al menos todos los jueces y otros abogados, sin importar cual sea el contenido de dicha regla”.⁹⁶

⁹⁶ Dworkin, *El Imperio de la justicia*, op.cit., p.298, n.2.

2. Sinopsis de la primera parte

1. Hart se propone contribuir al avance de la teoría jurídica, para lo cual precisa elucidar la naturaleza del derecho. Siendo necesario distinguir entre derecho, coerción y moral, deviene importante comprender el carácter del vínculo derecho-moral, pronunciándose este autor por una relación de tipo contingente entre ambos. Dicha relación, al referirse a una cuestión analítico-definicional, sólo configura un tipo de vínculo entre varios posibles. Mientras el iusnaturalismo ha afirmado al respecto la tesis de la vinculación derecho-moral, el positivismo jurídico ha sostenido la tesis de la separación. A pesar de declararse partidario Hart de esta última posición, su propia tesis pretende evidenciar aquellos aspectos favorables en la doctrina clásica del derecho natural, lo mismo que aquellos rasgos que desafortunadamente han caracterizado las versiones más radicales del positivismo jurídico.
2. Antes de desarrollar la teoría del derecho natural, Hart entrevé dos tesis de marcado sabor iusnaturalista. La primera proviene de John Austin, quien afirma la existencia de “principios, nociones y distinciones” comunes y necesarios en todos los sistemas jurídicos, los cuales tienen sustento en una común naturaleza humana. La objeción por parte de Hart subraya la infundada generalización de ciertos hechos, el salto cualitativo radical del ser al deber ser o si se quiere, la indebida identificación de lo “común” con lo “necesario”. En vista de este primer intento fallido de vinculación, aventura el mismo Hart una segunda tesis, consistente en la existencia en todo sistema jurídico de un conjunto de provisiones que prohíben la violencia, formas mínimas de propiedad, así como provisiones de justicia procesal, que garantizan imparcialidad y objetividad en la administración del derecho. Anticipa así este autor su tesis del contenido mínimo del derecho natural, en la que parcialmente está contenida la objeción a este argumento. No obstante, dicho sistema de abstenciones mutuas puede limitarse a sólo cierto grupo de personas.
3. La tesis del derecho natural sostiene, de acuerdo con Hart, que hay ciertos principios de conducta humana a ser descubiertos por la razón de los hombres, con los que el derecho elaborado por éstos debe concordar para ser válido. Preguntándose por el fundamento que rige una aseveración tal, encuentra que ella se origina en una concepción “teleológica” del hombre y de cuanto lo rodea, que afirma que todo cuanto existe –incluido el hombre- tiende a algún fin que le es propio, de manera que las cosas no sólo ocurren, sino que ocurren porque ello las aproxima a ese particular fin. Al inquirir por la validez de dicha afirmación en lo que respecta al derecho, Hart se interroga antes si el quehacer humano estará en efecto orientado o no por un fin que le sea privativo, respondiendo positivamente: el fin propio de la actividad humana consiste en el mínimo representado por la supervivencia. Siendo el derecho un criterio regulador de la actividad humana, debe estar guiado por la misma finalidad, lo cual otorga sentido a la tesis del derecho natural. En este punto podríamos pensar que, toda vez que ha procedido en sus términos la concepción finalista, en lo que al derecho concierne, la tesis de la vinculación ha quedado demostrada. No obstante y esto lo deja muy claro este autor, aunque puede ser evidente que dicho propósito de supervivencia posee un status especial en relación con nuestras vidas, ese hecho no origina “necesidad” alguna en el sentido expresado por lo partidarios del iusnaturalismo. Por otra parte, el objetivo de supervivencia ha sido criticado desde múltiples perspectivas; sin embargo, todas ellas, de manera más o menos velada, se fundan en él, lo que confirma la pertinencia del argumento.
4. Apoyado en el propósito primario aunque contingente de supervivencia, sostiene Hart que hay ciertas reglas de conducta –jurídicas y morales- que toda organización tiene que contener para ser viable; principios universales basados en ciertas verdades de

hecho, que conforman el contenido mínimo de un derecho natural. Este contenido mínimo proporciona razones a los sujetos, para que obedezcan el derecho vigente y a falta del mismo, para que no lo hagan. De modo tal que, más que relacionarse con la validez descriptiva del derecho, se vincula con su validez normativa. Así se distancia Hart tanto del formalismo jurídico como del derecho natural clásico. Posición similar a la de este autor es la que asume Isaiah Berlin, quien desde una perspectiva pluralista y coincidiendo con la idea de un derecho natural de base empírica, sostiene la existencia de una naturaleza característicamente humana, que se manifiesta en la persistencia de valores mínimos compartidos que posibilitan la supervivencia del hombre; estándares que a lo largo de la historia humana han tendido un puente entre las distintas civilizaciones.

5. Hart entiende por positivismo jurídico, la tesis que afirma que “en ningún sentido es necesariamente verdad que las normas jurídicas reproducen o satisfacen ciertas exigencias de la moral, aunque de hecho suele ocurrir así”. Al aproximarnos a su concepto del derecho, podemos sostener que con respecto al escepticismo ético, no existe un criterio uniforme acerca del valor que concede a la racionalidad, aunque esto no consigue poner en tela de juicio su pertenencia al positivismo. Por otro lado, no es un positivista ideológico, toda vez que –nos dice- el derecho no debe sobrevalorarse, sino siempre sujetarse a la corrección moral, la cual no puede reemplazar. Asimismo, no podemos considerar a Hart un positivista teórico, en atención a lo siguiente: el derecho no proviene de un acto de origen estatal; tampoco consiste el derecho sólo en normas que reglamenten el uso de la fuerza, haciendo de la coacción su elemento definitorio (el derecho no consiste exclusivamente en órdenes respaldados por amenazas); no toda norma implica la existencia de una sanción; regla jurídica no es sinónimo de ley y existen casos no regulados, en los que el derecho se encuentra parcialmente indeterminado. Por lo demás, es claro que no se adhiere a un formalismo jurídico, como se desprende de su controvertida tesis del contenido mínimo del derecho natural. A la par de la caracterización negativa previa, podemos afirmar que Hart es un positivista conceptual o metodológico, pues parte de la distinción de origen utilitarista, entre el derecho que es y el derecho que debe ser; lo primero interesa propiamente al derecho, lo segundo a la moral. En este punto sólo se postula, más que demostrar la tesis de la separación; en todo caso se recurre a ejemplos o supuestos particulares. De cualquier modo, su empeño se dirige a someter a prueba la tesis de la vinculación. Por otra parte, aunque en la controversia con Dworkin intenta Hart deslindar su concepción de un positivismo de “meros hechos”, los “hechos” desempeñan en su sistema un papel primordial, como se constata a partir del status de la regla de reconocimiento, así como en la base fáctica de su teoría del contenido mínimo del derecho natural. Asimismo, tampoco consigue objetar la caracterización de su concepción como “convencionalismo”, toda vez que la regla de reconocimiento descansa efectivamente en su aceptación como práctica social.

3. Tesis concretas de vinculación entre moral y derecho

a. Justificación del intento por vincular

Antes de explicar las formas diversas que asume el intento de vincular a la moral con el derecho, en un sentido “fuerte”, pretende Hart explicar la razón de ser de tal intento. ¿Para qué vincularlos de ese modo?, ¿qué se gana con ello?. Nos dice el mismo autor, anticipándose a una variedad de teorías emparentadas entre sí, que al pasar del mundo pre-jurídico al jurídico, con la introducción de reglas secundarias, las ventajas son la certeza, la adaptabilidad ante el cambio y la eficiencia; pero el precio es el riesgo de que el poder –ahora centralmente organizado- se emplee para la opresión de muchos, cuyo apoyo no resulta imprescindible y esto, porque para que una organización social resulte viable, basta que ofrezca sólo a algunos de sus miembros un sistema de abstenciones mutuas y de protecciones mínimas y no a todos. Se crea con ello autoridad y se establece poder coercitivo, ejercitable contra transgresores a las normas o bien para someter a un grupo, más o menos grande. Lo anterior constituye un riesgo que se ha materializado y puede materializarse nuevamente. Por ello, nos dice Hart, se pretende que “el derecho tiene que adecuarse a la moral” o que existe una conexión necesaria entre derecho y moral.⁹⁷ En otros términos, dadas las características del sistema político y jurídico, si no queremos que un estado de cosas inmoral como el descrito se presente, derecho y moral deben encontrarse estrechamente relacionados. Pero esto no es, por supuesto, lo que reconoceríamos como el tipo de argumento al que deseamos arribar. La razón de fondo que sirve de guía a esta tesis puede ser muy laudable; pero el medio del que se vale sólo sujeta la verdad al criterio de utilidad o conveniencia.

Expone Hart en *El concepto de derecho* varias formas que adopta esta pretensión. Adquieren particular relevancia las siguientes teorías: la de la influencia de facto de la moral en relación con el derecho, la teoría que sostiene que a falta de un fundamento coercitivo, debe apelarse necesariamente a un fundamento axiológico, así como las tesis sustentadas por dos destacados representantes del derecho natural: la que fundamenta la validez jurídica en la idea de justicia, sostenida por Gustav Radbruch y la que postula la existencia de ciertas exigencias formales en la administración del derecho, de Lon Fuller. En la segunda parte de este estudio, iremos presentando cada una de estas pretensiones de vinculación, oponiendo objeciones a las mismas, al tiempo que sujetamos a verificación la hipótesis de trabajo que orienta esta investigación. Un tratamiento independiente lo amerita la tesis de Ronald Dworkin; por ello le dedicamos de manera preponderante la tercera parte de este trabajo.

Como ya lo hemos adelantado en el cuerpo introductorio, la que podríamos denominar –recurriendo a la jerga procesal- “la carga de la prueba”, la hemos atribuido a aquellas tesis que afirman el nexo conceptual entre moral y derecho y no a aquellas que lo niegan o que en todo caso sostienen la separación conceptual. En este punto diferimos de un autor como Alexy, quien desde la perspectiva opuesta, asevera: “Un positivista que quiera defender la versión universal de la tesis de la separación con alguna posibilidad de éxito tiene que sostener dos pretensiones. Primero, tiene que negar cualquier relación conceptual necesaria entre el derecho y la moral en un nivel analítico; segundo, en el nivel normativo, tiene que sostener que hay mejores razones para una definición independiente de la moral que para una definición que la incluya. El no positivista, por otra parte, tendrá éxito defendiendo la tesis de la vinculación si puede refutar cualquiera de las dos tesis”.⁹⁸ No pensamos que el nexo necesario entre moral y derecho deba concebirse como algo ya dado, ni en el plano analítico, ni en el normativo, de manera que corresponda al teórico de

⁹⁷ *El concepto del derecho*, op.cit., pp.247-250.

⁹⁸ Alexy, op.cit., p.118.

la separación, demostrar el fundamento de su pretensión. Es un principio no sólo jurídico-procesal, sino del más elemental sentido común que “Quien afirma debe de probar” y en esta controversia, son los teóricos de la tesis de la vinculación, quienes afirman la existencia de relaciones conceptuales entre los objetos materia de este estudio.⁹⁹ Por otra parte y como se verá más adelante, refutar alguna de las tesis de la separación en los niveles analítico o normativo, no equivale en modo alguno a haber demostrado la tesis de la vinculación.

b. Tesis de vinculación iusnaturalistas

1) La influencia de la moral sobre el derecho

El derecho en todo Estado moderno muestra en mil puntos la influencia tanto de la moral social aceptada, como de ideales morales más amplios. Este influjo se presenta por vía legislativa o judicial; de manera explícita o en ausencia de limitación formal alguna; asimismo, en diversidad de materias.¹⁰⁰

En efecto, el derecho históricamente ha estado influido, en todo tiempo y lugar, por la moral en sus diversas manifestaciones. Al respecto, el profesor de Oxford afirma: “nunca ha existido un sistema en que esa adecuación haya faltado por completo, y... un sistema tal no podría subsistir”.¹⁰¹ Ningún ‘positivista’ podría –ni pretendería siquiera- negar estos hechos, así como el papel que dicha concordancia ha desempeñado en la estabilidad de los sistemas jurídicos. Si a esto se refiere la existencia de una conexión necesaria entre derecho y moral, debe concederse tal relación.¹⁰² Sin embargo, Hart no ignora que la “necesidad” del vínculo al que apela el iusnaturalista, es de una naturaleza bien distinta.

⁹⁹ La anterior afirmación -que constituye un concepto eje en el planteamiento de mi estudio- se puede ver bajo una luz diversa, toda vez que la idea general de que ‘quien afirma debe de probar’ está en última instancia fundamentada en la navaja de Ockham: no hay que multiplicar innecesariamente los objetos (físicos o abstractos) del mundo. De manera que tiene sentido demandar que quien cree que X está en el mundo tiene la carga de probar que vale la pena aceptar una ontología más barroca. Intuitivamente, esto querría decir que, en efecto, quienes sostienen la existencia de una relación de necesidad entre derecho y moral tienen la carga de la prueba. Creo que esto es así si uno adopta una forma débil de iusnaturalismo, es decir, una que simplemente afirme que hay una relación de implicación material entre ambas cosas. No obstante, una versión más fuerte del iusnaturalismo, una medieval, podría sostener que el derecho injusto no es derecho y, con ello, haría colapsar, hasta el punto de borrar toda distinción, entre derecho y moral. Si derecho y moral son una y la misma cosa entonces parece que quien tiene la carga de la prueba es el positivista, puesto que es quien afirma que son dos cosas distintas y, por lo tanto, es quien busca multiplicar las entidades del mundo. Como sostengo en la introducción a este trabajo, en la historia milenaria de las ideas, fue dado como cierto, casi de modo axiomático, que la tesis de la vinculación era no sólo “la tesis dominante”, sino “la tesis” por antonomasia, pues correspondía a un esquema de pensamiento teológico-medieval, jamás cuestionado ni cuestionable, de manera que la tesis de la separación es la que tuvo que, para decirlo coloquialmente, abrirse paso y “remar contra corriente”. Así que fue sólo hasta el advenimiento de la Edad Moderna, que bajo el influjo de las ideas ilustradas, puede sostenerse esta concepción racionalista moderna que exige del iusnaturalismo, de modo inusitado, probar los extremos de su pretensión vinculativa. Sólo en este orden de ideas se comprenden las afirmaciones de un autor como Alexy, en el sentido de que es a los representantes del positivismo jurídico a los que corresponde sostener [entiéndase, demostrar la verdad de] sus pretensiones.

¹⁰⁰ *El concepto del derecho*, op.cit., pp.251, 252.

¹⁰¹ “El positivismo jurídico y el problema de la separación entre el derecho y la moral”, op.cit., p.51.

¹⁰² *El concepto del derecho*, op.cit., p.252. Cfr. “El positivismo jurídico y el problema de la separación entre el derecho y la moral”, op.cit., pp.10,11. J.R. Lucas plantea esta tesis de modo claro y razonable, cuando sostiene que para la mayor parte del derecho, tal como se entiende popularmente, hay un componente de moralidad o al menos una coincidencia con ella, y el sistema legal como un todo puede, por lo tanto, “sobrellevar” los casos que parecen ser moralmente incorrectos. Donde estos ocurren, son percibidos como una mancha, no sólo una mancha moral, sino una mancha en el sistema legal. J.R. Lucas, “The phenomenon of Law”, en *Law, Morality and Society. Essays in honour of H.L.A. Hart*. Oxford University Press, Oxford, 1977, p.97.

Porque de lo anterior se ha inferido que un sistema jurídico *tiene que* exhibir alguna concordancia específica con la moral o con la justicia o que *tiene que* apoyarse en una convicción ampliamente difundida de que hay una obligación moral de obedecerlo, lo que puede o no ser en algún sentido verdad, dependiendo de la lectura que de ello se haga. Y de este punto sólo hay un paso a afirmar algo como que el criterio de validez de toda norma jurídica particular tiene que incluir una referencia a la moral o a la justicia (lo cual completa el argumento que nos ocupa).¹⁰³

Como hemos expuesto al tratar acerca de una “primera versión del derecho natural”, partiendo precisamente de un estudio empírico de hechos, dedujo racionalmente Austin que los sistemas jurídicos desarrollados contienen “principios, nociones y distinciones” comunes y necesarios, así como que dichos objetos y fines de la teoría del derecho descansan en la común naturaleza del hombre.¹⁰⁴ De la constatación de un hecho o de muchos (aseveración inicial de este apartado), pasó este autor a sostener la necesidad de dicho estado de cosas, afirmación típicamente iusnaturalista. Si algo es de cierto modo, es porque debe ser así; dicho desde la óptica teleológica: “no es una cuestión distinta el hecho de si los sucesos efectivamente ocurren, de si debieran ocurrir”. Como se ha visto antes, la respuesta de Hart en su artículo, será que no es legítimo desprender consecuencias normativas tales, de meras situaciones de hecho; o bien, pasar de enunciados descriptivos a enunciados prescriptivos.¹⁰⁵ De la mera coincidencia entre moral y derecho, no deviene conexión “necesaria” alguna, lo que es mucho más claro al nivel de meras reglas aisladas.¹⁰⁶ Se trata para este autor de una simple cuestión contingente -acorde con su concepto de positivismo, así como con su positivismo metodológico-, cuyo análisis correspondería más a una historia de la moralidad y del derecho, que a una teoría del derecho.¹⁰⁷

¹⁰³ *El concepto del derecho*, op.cit., p.229.

¹⁰⁴ Austin, *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*, op.cit., pp.31,41.

¹⁰⁵ Se trata de la denominada “falacia naturalista”, a la que ya antes nos hemos referido. “El positivismo jurídico y el problema de la separación entre el derecho y la moral”, op.cit., pp.51,52.

¹⁰⁶ Sobre la conveniencia de –al analizar la plausibilidad de una relación necesaria entre moral y derecho- elegir un enfoque “norma a norma” en lugar de optar por una visión global del derecho “como un todo”, Francisco Laporta la justifica en los siguientes términos: “Es extremadamente difícil hacer pronunciamientos morales sobre *todo* un sistema jurídico y, en el caso de que tal cosa pudiera hacerse sin excesiva osadía, es muy posible que tales pronunciamientos morales fueran en la mayoría de los casos (aunque no necesariamente en todos) una función de pronunciamientos morales sobre normas concretas pertenecientes al todo. Si un orden jurídico es injusto lo es seguramente porque muchas de las normas que pertenecen a él lo son”. Laporta, “Vindicación del observador crítico y aporía del iusnaturalista”, en *Derecho y moral*, op.cit., p.254.

¹⁰⁷ Hay que ser muy cuidadoso con los argumentos presentados por Hart al respecto. Vigo citándolo, transcribe: “La conexión entre el derecho por un lado y los standards morales y los principios de justicia por otro, es tan poco arbitraria y tan necesaria como la conexión entre el derecho y las sanciones”. Así tomada la cita, pareciera que Hart admite francamente la necesidad de la relación derecho-moral, lo que refuerza consecuentemente el argumento de Vigo. No obstante, al acudir al texto original en Hart, nos percatamos de que a Vigo le ha faltado agregar un nada trivial entrecomillado a la palabra “necesaria”, antes transcrita. Hart, “El positivismo jurídico y el problema de la separación entre el derecho y la moral”, op.cit., p.52. Así las cosas, el sentido de la cita cambia por entero. Y sólo así se torna la referida expresión, congruente con la tesis que sostiene Hart sobre el contingente –en efecto, contingente- vínculo entre derecho y sanciones (noción que opone a la de Kelsen). Vigo a partir de lo que precede, entre otros argumentos, concluye que Hart en este tema, “distingue el juicio que propone en cuanto a las normas jurídicas del que enuncia para el sistema jurídico”. Op.cit., p.108. Esto es cierto, en efecto. Lo que desafortunadamente omite Vigo, es que dicha concesión no deviene relevante a juicio del profesor inglés. Si bien la necesidad del vínculo al que apela el partidario del derecho natural, no se conforma con la sola constatación de la influencia referida, sino que se remonta más allá, dicha influencia es aceptada de buena gana por positivistas y utilitaristas, toda vez que es compatible con los principios que sostienen. El blanco del ataque que Vigo dirige, debería ser, no la expresión transcrita, sino en todo caso, el peso o la relevancia que autores como Hart le atribuyen.

2) El derecho como modelo coercitivo

Un sistema jurídico no puede apoyarse en el mero poder del hombre sobre el hombre; por lo tanto, tiene que apoyarse en un sentido de obligación moral o en la convicción del valor moral del sistema.¹⁰⁸

Esta pretensión, que concierne claramente a la teoría del derecho, es ya tratada por Hart en el artículo citado, como la primera crítica a la separación entre el derecho y la moral. Allí adopta la forma de crítica dirigida por este autor a la teoría del imperativo, sostenida por John Austin, tesis de origen utilitarista que concibe al derecho en términos de órdenes o amenazas dirigidas por un soberano a sus súbditos, quienes habitualmente obedecen. Afirma Hart en dicho artículo, que existen –además de esta tesis– otras dos teorías utilitaristas relacionadas con el derecho: la tesis que postula la separación entre derecho y moral y aquella que sostiene la relevancia del estudio analítico de los conceptos jurídicos.¹⁰⁹ Así pues, toda vez que no podemos dar por sentada la primera proposición contenida en el argumento inicial, en lo subsecuente nos abocaremos a explicarla, para lo cual necesitaremos presentar antes la tesis del derecho como órdenes respaldadas por amenazas. Hecho esto, estaremos en posibilidad de evaluar la conclusión del argumento.

a) La tesis del imperativo

Esta tesis puede explicarse brevemente. Analizando los caracteres esenciales de un sistema jurídico, afirma Austin que toda ley o regla (en el sentido más amplio y propio) es un mandato, el cual consiste en la expresión o manifestación de un deseo de que otro haga o se abstenga de hacer algo, acompañado de la amenaza de producir un daño para el caso de que no se ajuste a dicho deseo. Quien está sujeto a dicho daño, está obligado o sujeto por el mandato correspondiente o se encuentra bajo el deber de obediencia. Asimismo, el daño que probablemente habrá de aplicarse constituye la sanción, mientras que la pena es el mal en que se incurre derivado de la desobediencia.¹¹⁰ Mandato, deber y sanción se convierten así en términos inseparablemente relacionados, denotando cada una de estas expresiones la misma noción compleja.¹¹¹ Por otra parte, toda ley positiva es establecida por un superior político, persona soberana o cuerpo soberano de personas, para un miembro o los miembros de la sociedad política independiente. Esta superioridad y la sociedad política independiente respectiva, se distinguen por dos rasgos básicos: el grueso de la sociedad tiene un hábito de obediencia o sumisión a un superior determinado y común y este superior no tiene un hábito de obediencia para con un superior humano determinado.¹¹²

El esquema descrito por Austin resulta simple: la existencia de un deber jurídico está condicionada por la existencia de una regla de derecho, habitualmente obedecida, proveniente del mandato emitido por un soberano, quien acompaña dicha orden de una amenaza de sanción para el caso de desobediencia. Bajo esta óptica, cualquier sistema jurídico se funda en el ejercicio de lo que Hart llamaría “coerción”.¹¹³ En *El concepto de derecho*, hace Hart una crítica pormenorizada del modelo propuesto por Austin, centrada en las dos nociones clave utilizadas por este último, según el mismo Hart lo afirma: la del mandato y la del hábito de obediencia.¹¹⁴

¹⁰⁸ *El concepto del derecho*, op.cit., p.250.

¹⁰⁹ “El positivismo jurídico y el problema de la separación entre el derecho y la moral”, op.cit., p.15.

¹¹⁰ Austin, *El objeto de la jurisprudencia*, op.cit., lección I, pp.36,37.

¹¹¹ Idem, p.40.

¹¹² Idem, lección VI, pp.198,199.

¹¹³ *El concepto del derecho*, op.cit., p.21.

¹¹⁴ *El objeto de la jurisprudencia*, op.cit., Introducción, p.8.

b) Crítica a la tesis

Para criticar la noción “mandato”, equipara Hart el modelo de Austin con la situación de un asaltante que ordena al empleado del banco ‘entrégume el dinero o disparo’. Como se ve, el asaltante ordena al empleado la entrega del dinero, asegurando el cumplimiento de los deseos expresados, mediante la amenaza de hacer algo considerado dañoso o desagradable.¹¹⁵ Las diferencias observables con la manera en que los sistemas jurídicos se comportan, son las siguientes:

1. Particularidad vs. generalidad. Una situación simple como la del asaltante no es, ni podría ser, la forma típica en que funciona el derecho; las directivas oficiales individualizadas, cara a cara, ocupan un lugar secundario; o bien son excepcionales o constituyen elementos auxiliares o refuerzos de formas generales de directivas. En forma primaria, aunque no exclusiva, el control jurídico opera mediante directivas que son generales en dos sentidos: indican un tipo general de conducta y se aplican a una clase general de personas. Ordenar a los demás que hagan ciertas cosas, implica realmente ‘dirigirse’ a ellos; dictar normas jurídicas, no.¹¹⁶
2. Transitoriedad vs. permanencia. Las normas jurídicas constituyen órdenes permanentes a ser seguidas de tiempo en tiempo por clases de personas. La simple orden cara a cara ‘entrégume esos billetes o disparo’ se agota con la emergencia. En el primer caso, a diferencia del segundo, prevalece una creencia general en la probabilidad continuada de la ejecución de la amenaza.¹¹⁷
3. Reglas que confieren potestades vs. reglas que imponen deberes. Existe una fuerte analogía entre el derecho penal y las órdenes generales respaldadas por amenazas. No obstante, existe una importante clase de normas jurídicas respecto de las cuales no opera en absoluto esta analogía, normas que cumplen una función social totalmente distinta: ‘Las reglas jurídicas que definen la manera de realizar contratos, celebrar matrimonios u otorgar testamentos válidos, no exigen que las personas actúen de modos determinados, lo quieran o no. Tales normas no imponen deberes u obligaciones. En lugar de ello, acuerdan a los particulares facilidades para llevar a cabo sus deseos, al otorgarles potestades para crear, mediante ciertos procedimientos específicos y bajo ciertas condiciones, estructuras de facultades y deberes dentro del cuadro coercitivo del derecho. La potestad así conferida a los individuos para dar forma a sus relaciones jurídicas con los demás mediante contratos, testamentos, matrimonios, etc., es uno de los grandes aportes del derecho a la vida social; y es una característica que queda obscurecida si se representa a todo el derecho como una cuestión de órdenes respaldadas por amenazas...’¹¹⁸ Una clase adicional de normas también confiere potestades jurídicas, pero es de naturaleza pública y no privada, encontrándose en las tres ramas: judicial, legislativa y administrativa.¹¹⁹
4. Heteroaplicación vs. autoaplicación. ‘La orden respaldada por amenazas es esencialmente, la expresión de un deseo de que otros hagan o se abstengan de hacer ciertas cosas’.¹²⁰ Es posible, por supuesto, que la legislación pueda asumir esta forma; sin embargo, al ser interpretada, puede incluir o excluir a aquellos que la dictaron; tener

¹¹⁵ *El concepto del derecho*, op.cit., p.24.

¹¹⁶ *Idem*, pp.26-28.

¹¹⁷ ‘La mera ascendencia temporaria de una persona sobre otra es naturalmente concebida como la antítesis polar del derecho, que tiene un carácter relativamente permanente y establecido’. *Idem*, pp.29,30.

¹¹⁸ *Idem*, pp.34,35.

¹¹⁹ *Idem*, pp.36 ss.

¹²⁰ *Idem*, p.53.

o no fuerza auto-obligatoria. Nada hay en ella que esencialmente excluya esa posibilidad.¹²¹

5. Origen cierto y deliberado vs. origen incierto y no deliberado. La creación de una regla legislada, al igual que el emitir un mandato, consiste en un acto deliberado de origen cierto. Sin embargo, la costumbre contradice esta pretensión. Puede incluso demostrarse que el *status* jurídico de una costumbre no se debe a la decisión de un tribunal al aplicarla a un caso particular, sino a algo diverso.¹²²

La noción “hábito de obediencia” define una estructura vertical, que según la teoría del imperativo, es parte esencial de toda sociedad que posea derecho. Hart formula varias críticas a dicho concepto:

1. La idea “hábito de obediencia”, a diferencia de las reglas, no da cuenta del carácter continuo de la autoridad para crear derecho, que poseen una sucesión de diferentes legisladores, pues el hecho de que haya obediencia habitual a un legislador, no fundamenta el enunciado de que su sucesor tiene derecho a dictar normas, ni el enunciado fáctico de que es probable que sea obedecido.¹²³
2. La idea “hábito de obediencia”, no da cuenta de la persistencia de las normas después de la desaparición de su creador. Se requiere una regla que, existente ahora, sea intemporal, al mirar no sólo al porvenir, sino también hacia atrás. Al morir el gobernante individual, su obra legislativa sigue viviendo, porque ella se apoya en una regla general que generaciones sucesivas continúan respetando en relación con cada legislador, cualquiera que haya sido el periodo en el que éste vivió.¹²⁴
3. Para determinar si una norma sancionada es derecho, no tenemos necesariamente que remontarnos a la norma sancionada por un legislador jurídicamente ‘ilimitado’, que no obedece habitualmente a nadie, toda vez que pueden existir limitaciones jurídicas a la autoridad legislativa, consistentes en incompetencias establecidas en reglas que lo habilitan para legislar. Hay que distinguir entre una autoridad legislativa jurídicamente ilimitada y una que, aunque limitada, es suprema en el sistema.¹²⁵
4. En el supuesto de que el soberano ilimitado resida en el electorado y no en la legislatura, resulta que ‘el grueso’ de la sociedad habitualmente se obedece a sí mismo, pues la mayoría obedece órdenes dadas también por la mayoría o por todos. No tenemos ni ‘órdenes’ ni ‘obediencia’ en el sentido original. Además, las reglas se convierten en constitutivas del soberano mismo; una expresión como ‘la sociedad en cuanto electorado’, significa que los electores han cumplido con ciertas reglas al elegir a sus representantes.¹²⁶

Concluye el mismo Hart que los argumentos anteriores, equivalen a afirmar que la teoría no solamente se equivoca en detalles, sino que las ideas simples de órdenes, hábitos y obediencia, no pueden ser adecuadas para el análisis del derecho. Estos conceptos resultan estrechos y limitados, como mecanismo explicativo del modo en el que los sistemas jurídicos realmente operan, generando serias deformaciones conceptuales.

¹²¹ Loc.cit.

¹²² Idem, pp.56-60.

¹²³ Idem, pp.68-75.

¹²⁴ Idem, pp.78,79.

¹²⁵ Idem, pp.85-88.

¹²⁶ Idem, pp.89.95.

c) Conclusión del argumento. La tesis de los dos modelos en la teoría del derecho

Consideremos pues, sin fundamento, la teoría del imperativo y por ende las nociones de mandato y hábito de obediencia y no olvidemos por otra parte, el hecho de que el utilitarismo ha sostenido al lado de esta teoría, la separación conceptual entre derecho y moral. Habremos entonces de concluir que, toda vez que los sistemas jurídicos no se fundan en el fenómeno de la coerción, tienen que hacerlo en algún sentido de obligación moral, como lo sostiene la tesis inicial. No existe al parecer nada que nos incline a pensar en un sentido diverso.

En abono de este argumento, creemos pertinente exponer una tesis dicotómica similar, sustentada por un teórico contemporáneo, Josep Aguiló, quien afirma la coexistencia de dos grandes modelos en la teoría del derecho: teorías del orden jurídico y teorías del derecho del caso o del método jurídico. Las primeras construyen la unidad del derecho desde las normas (“la unidad desde arriba”) y asumen que el género rector en el derecho es la política; el legislador (autoridad política por excelencia) es el protagonista central del derecho y el origen del deber jurídico se halla en la relación de sujeción y/o de autoridad, de modo que el derecho tiene naturaleza autoritativa. Las segundas en cambio, construyen la unidad del derecho desde las soluciones a los casos (“la unidad desde abajo”) y asumen que el género rector en el derecho es la moral; el juez (autoridad aplicadora del derecho por excelencia) es el protagonista central del derecho y el sentido del deber jurídico es la protección de ciertos bienes y/o valores morales, de manera que el derecho tiene naturaleza axiológica.¹²⁷ Evidentemente, bajo esta tesitura, se refuerza la conclusión asentada en el argumento inicial. Desacreditar a las teorías del orden jurídico, provenientes de la actividad de sujeción por parte del legislador-soberano, sólo puede dejar abierta una vía: la de la fundamentación moral del derecho, representada por las teorías del derecho del caso.

i. Objeción a partir de una fundamentación no dicotómica

En *El concepto del derecho*, reitera Hart que efectivamente –como ya ha sostenido en su artículo y en los capítulos precedentes de este texto- son insuficientes las nociones de órdenes respaldadas por amenazas y de hábito de obediencia, para caracterizar a un sistema jurídico. No obstante, no es válido inferir de ello que la separación entre derecho y moral esté equivocada, pues aún bajo la perspectiva utilitarista se trata de tesis independientes.¹²⁸ Descartar dichas nociones, no representa una aproximación de las reglas del derecho a un componente moral. Pensar lo contrario, tiene que ver con la tesis recién expuesta: o se fundamenta un orden jurídico en términos de fuerza, o bien se apoya en términos morales; proposición apoyada en una distinción exhaustiva. Pero no es cierto que la disyunción: ‘derecho basado meramente en el poder’ o ‘derecho aceptado como moralmente obligatorio’ agote todas las posibilidades. Y ello porque se puede aceptar voluntaria y no coactivamente el sistema, sin sentirse moralmente obligado a ello. El acatamiento al sistema puede estar basado en muchas otras consideraciones: cálculos interesados a largo plazo, interés “desinteresado” en los demás; una actitud tradicional o no reflexiva heredada; o bien, el mero deseo de comportarse como lo hacen los otros. Puede que incluso en ocasiones dichas consideraciones se opongan a lo que prescribe la conciencia moral.¹²⁹

¹²⁷ Josep Aguiló Regla, *Teoría general de las fuentes del derecho (y del orden jurídico)*. Ariel, Barcelona, 2000, pp.194-197.

¹²⁸ “El positivismo jurídico y el problema de la separación entre el derecho y la moral”, op.cit., pp.15-17.

¹²⁹ *El concepto del derecho*, op.cit., pp.250,251. En el prólogo mismo a la obra de Aguiló, ya Manuel Atienza cuestiona la capacidad explicativa de esa teoría. Observa que los dos grandes modelos en la teoría del derecho no hacen sino reproducir una ambigüedad característica de la noción de norma jurídica y, por tanto, de la de fuente del derecho y lo que es más importante: “no se ve por qué razón tengan [los dos modelos de referencia] que presentarse como una alternativa”. Si es que no se trata de un falso dilema, este teórico deja entrever que Aguiló no nos dice en qué se funda la supuesta contraposición. Por otra parte, en lo que respecta al ámbito de

Intentando comprender el fondo de esta pretensión de vinculación, podemos creer que efectivamente existe una contraposición natural (y por necesidad, exhaustiva) entre coerción y moral, por la que el fenómeno de fuerza se nos revela como la antítesis polar del acto moral. Como el mismo Hart lo expone, al tratar de las diferencias entre la obligación moral y jurídica: si una persona cuya acción ha transgredido reglas o principios morales, consigue acreditar que lo hizo en forma no intencional (entiéndase, movido o arrastrado por fuerzas irresistibles, sean cuales sean éstas), resulta excusada de responsabilidad moral; tan es así, que de acuerdo con el requisito general *mens rea* del derecho penal, en cualquier sistema jurídico ocurre lo mismo hasta cierto punto.¹³⁰ En este orden de ideas, si decimos que un sujeto ha actuado guiado por cálculos interesados a largo plazo, interés desinteresado en los demás, una actitud tradicional o no reflexiva heredada, o bien, por el mero deseo de comportarse como lo hacen los otros, por así situarse en el espacio definido por la posibilidad o contingencia, nada de ello escapa al ámbito esencialmente voluntario del acto moral, como sí escaparían el proceso fotosintético de las plantas o el movimiento rotacional de ciertos cuerpos celestes. Así, la tesis que nos ocupa adquiere tal sentido, que no admite la objeción hecha por Hart. Sin embargo, conviene hacer una relectura de la tesis original; porque nos parece que lo que ésta atribuye al sujeto no es una mera cualificación moral, sino una actitud de aceptación, la emisión de un juicio moral aprobatorio hacia el sistema jurídico como un todo, lo que explica la obediencia al mismo. Una cosa es afirmar que los actos no trascienden la esfera del juicio moral y otra sostener la valoración positiva de dichos actos en términos morales. El argumento se relaciona con esta última alternativa. Partiendo de este supuesto y regresando a la objeción planteada por Hart, no se ve el modo como podría contemplarse la actitud de alguien que pretende que prevalezcan sólo ciertos intereses individuales o de grupo en perjuicio de otros (quizás tan o más meritorios o laudables), como una actitud fundada en una moral ejemplar. La pervivencia de una tradición puede también ser vista, por lo menos desde cierta perspectiva filosófica, como la antítesis de cierto género de racionalidad práctica.¹³¹ Además, desde cierta óptica, el deseo

aplicación, el modelo del "orden jurídico" parece incluir un concepto del derecho como el de Kelsen, mientras el modelo del "derecho del caso" nos remite más bien a un concepto jurídico como el de Dworkin, "pero ya es más difícil ver cómo encajan aquí otras concepciones del derecho de relevancia innegable, como las realistas y, en general, las de impronta sociológica". Sugiere Atienza que quizás la causa del incipiente enfoque dicotómico de Aguiló se deba a lo que denomina, el "límite de un planteamiento sedicentemente normativista", ilustrándolo con la tesis de Aguiló al principio de su texto de los "tres enfoque típicos del derecho": social (de origen social), formalista (de origen jurídico) y justificativo (de origen moral), así como en la tesis al final del libro, de las tres "dimensiones" relevantes para componer la imagen del derecho: poder (concepto autoritativo), guía (concepto normativo) y justificación (concepto axiológico). Manuel Atienza, cit. por Aguiló, *Teoría general de las fuentes del derecho (y del orden jurídico)*, op.cit., prólogo, p.11; pp.27,164. Además de lo anterior: "...el poder también tienes sus preferencias morales... los imperativistas suponen que el soberano ejerce el poder, casi por definición, de manera arbitraria. Pero parecen confundir dos cosas: quién es el titular del poder, es decir, quién es el soberano, que sí es moralmente arbitrario, cómo ejerce el poder, que no es necesariamente y no suele ser arbitrario, dado que el soberano da órdenes intentando combinar la conservación del poder con una determinada visión moral del mundo. Por ejemplo, un monarca absoluto en la Edad Media europea emitía órdenes coercitivas que impedían que plebeyos y nobles se casaran, lo cual constituía una elección moral (repulsiva, desde luego, pero eso no cambia que fuera una preferencia moral; lo que en todo caso no era, era una preferencia moral correcta, pero para poder decir esto hay que asumir que existe una moral objetiva). Y en efecto, tratar de la fundamentación del derecho de manera dicotómica parece soslayar el hecho de que sólo en la teoría podemos separar el ejercicio real del poder, de todo tipo de consideraciones morales. Podemos estar en desacuerdo con la forma en la que gobierna el titular del poder, pero esto ya supone un componente moral en el ejercicio del mismo, lo que al menos en un nivel empírico, pone en tela de juicio el buen sentido del modelo dicotómico.

¹³⁰ *El concepto del derecho*, op.cit., pp.220,221.

¹³¹ Bajo la perspectiva de la hermenéutica de Gadamer, por ejemplo: "En toda comprensión de la tradición opera el movimiento de la historia efectual... sigue siendo operante allí donde se ha afirmado ya la metodología de la moderna ciencia histórica, haciendo de lo que ha devenido históricamente, de lo transmitido por la historia, un objeto que se trata de establecer igual que un dato experimental; como si la tradición fuese extraña en el mismo

es algo difícilmente susceptible de aprobación o desaprobación moral.¹³² Ahora bien, la objeción a la vinculación necesaria entre derecho y moral partiendo de esa fundamentación no dicotómica, a partir de que se ha descartado al fundamento coercitivo del derecho, puede ser referida igualmente a una moral crítica que a una moral social, toda vez que en su obra Hart a veces se refiere a alguna de ellas, a veces a la otra.

ii. Objeción a partir de la función político-creadora de los jueces

Por lo que respecta a la tesis de los dos modelos en la teoría del derecho, hay que insistir en algo que Aguiló soslaya: el papel político que desempeñan los jueces. Como lo señala Dworkin, en muchas ocasiones las decisiones judiciales, por las consecuencias que comportan [así como por las intenciones que mueven a los jueces], serán ineludiblemente políticas, pues serán aprobadas por ciertos grupos de poder, así como desaprobadas por otros. En los Estados Unidos, por ejemplo, la Corte Suprema debe decidir importantes cuestiones constitucionales que también constituyen cuestiones políticas, como el problema de si a los acusados en el orden penal se les reconocerán derechos procesales que dificulten la aplicación de la ley, mientras que en Gran Bretaña los tribunales deben conocer de casos que requieren la interpretación de la legislación laboral, en materia de huelga, cuando hay oposición entre organizaciones patronales y trabajadoras.¹³³ Al parecer de J.A.G. Griffiths, aunque los tribunales ingleses han pretendido que sus decisiones sólo presentan un cariz técnico-legal, no deja de ser cierto que sus decisiones tienen un alcance y fundamento político. Puede acontecer incluso que los jueces no sean conscientes de que adoptan un punto de vista político, pero eso es lo que de hecho hacen.¹³⁴ A diferencia de la Gran Bretaña, donde prevalece la idea de que los jueces no deben fundar sus decisiones en consideraciones políticas, en los Estados Unidos la opinión está más dividida. Buena parte de académicos, estudiosos y jueces, sostienen que las decisiones judiciales son necesaria y justificadamente decisiones políticas; los jueces deben y de hecho actúan como legisladores, aunque sólo en relación con los aspectos “intersticiales” de decisiones previamente adoptadas por la legislatura.¹³⁵

Como observamos, el tema del carácter político de la función judicial se aborda desde la perspectiva de lo que realmente ocurre, pero también de lo que debiera suceder. Partamos de lo primero y resultará que el planteamiento teórico de Aguiló difiere parcialmente de lo que en la realidad judicial acontece. Es cierto –como Hart subraya– que la decisión judicial, sobre todo en ciertas materias constitucionales, a menudo implica una elección entre valores morales, desplegándose virtudes como imparcialidad y neutralidad, consideración de todos los intereses y desarrollo de principios generales aceptables¹³⁶. Empero, en los hechos, los jueces con su actividad no sólo procuran exclusiva o predominantemente la protección de ciertos bienes o valores morales, toda vez que, como lo plantea Griffiths, es innegable el rol político que juegan las resoluciones judiciales. Para expresarlo con los

sentido, y humanamente hablando tan incomprensible, como lo es el objeto de la física”. Estar inmerso en tradiciones significa estar sometido a prejuicios y limitado en la propia libertad. Una razón absoluta no es posibilidad de la humanidad histórica; la razón no es dueña de sí, sino que está siempre referida a lo dado sobre lo cual se ejerce. Hans-Georg Gadamer, *Verdad y método* (trad. de Manuel Olasagasti). Ediciones Sígueme, 2ª ed., Salamanca, 1994, t.1, pp.16,343.

¹³² Reproduzco la cita aristotélica: “Ni las virtudes ni los vicios son pasiones, porque no se nos llama buenos o malos por nuestras pasiones, sino por nuestras virtudes y nuestros vicios; y se nos elogia o censura no por nuestras pasiones,..., sino por nuestras virtudes y vicios..., nos encolerizamos o tememos sin elección deliberada,..., por lo que respecta a las pasiones se dice que nos mueven...”. *Ética nicomáquea*, 1106a.

¹³³ Ronald Dworkin, “Political Judges and the Rule of Law”, en *A Matter of Principle*. Harvard University Press, Cambridge, 1985, p.9.

¹³⁴ J.A.G. Griffiths (*The Politics of the Judiciary*. Manchester University Press, 1977), citado por Dworkin, “Political Judges and the Rule of Law”, en *A Matter of Principle*. Op.cit., pp.9,10.

¹³⁵ Idem, pp.10,11.

¹³⁶ Hart, El concepto del derecho, op.cit., pp.252,253.

términos empleados por el mismo Aguiló: en la actividad de los jueces se revela no sólo la naturaleza axiológica, sino también el carácter autoritativo del derecho: la autoridad aplicadora del derecho por excelencia posee también –lo mismo que la legislatura- el carácter de autoridad política. Como en los Estados Unidos y en la Gran Bretaña, en nuestro país los tribunales, por la materia de su competencia, conocen de una problemática que no puede substrarse al interés de ciertos actores políticos, así como del de los estudiosos de los fenómenos políticos. Sólo a manera de ejemplo, la facultad reconocida a la Suprema Corte de conocer de las controversias constitucionales suscitadas entre diversas entidades del poder ejecutivo y legislativo, de la Federación, entidades federativas y municipios, pone de manifiesto una dimensión política de la judicatura¹³⁷, análoga a la de los casos aducidos por Griffiths y Dworkin. Algo similar puede afirmarse en relación con la facultad conferida al mismo supremo tribunal, para conocer de algún hecho o hechos que constituyan grave violación a las garantías individuales, facultad que en la práctica ha servido para dar particular resonancia a casos políticos relevantes.¹³⁸ La naturaleza política de la judicatura en nuestro medio se revela claramente en la tendencia hacia la “judicialización” de los procedimientos contenciosos en materia electoral, lo que ha conducido a la creación de tribunales especializados, como el Tribunal electoral del Poder judicial de la Federación, facultado para conocer de impugnaciones contra actos y resoluciones electorales.¹³⁹ Cabe mencionar que dicha intervención política del poder judicial, bastante reciente en comparación con sus equivalentes anglosajones, ha generado un balance favorable, al operar como mecanismo legitimador del sistema político en su conjunto. A partir de estas consideraciones, no es posible sostener, a la luz de los hechos y como se desprende de la tesis dicotómica de Aguiló, que al no fundarse el derecho judicial en la coerción, lo hace necesariamente en la moral.

Podríamos, por otra parte, pensar que la tipología introducida por Aguiló sólo concierne al ámbito teórico y no hace sino expresar que lo deseable sería que los jueces no fundamentaran sus resoluciones en consideraciones políticas, lo que coincidiría en esencia con la tesis inglesa dominante recién descrita. Al respecto, creemos relevante la discusión que sobre el tema de la discreción judicial sostienen Hart y Dworkin. Hart considera a la discreción como un expediente típicamente político, equiparando al juez con el legislador, aunque dentro de límites bien definidos; cuando el juez no encuentra en el derecho –parcialmente indeterminado- soluciones a los casos, crea reglas aplicables al caso concreto. Dworkin por su parte, niega la plausibilidad de esta tesis, al recurrir a su conocida teoría de los principios jurídicos; al enfrentarse los jueces con aparentes lagunas en el sistema de derecho –sólo aparentes, pues el derecho no está indeterminado-, recurren, no a reglas pues no las hay, sino a estándares que denomina principios jurídicos, de modo que no precisan salir del derecho, para asumir el papel político de legislador.¹⁴⁰ Aunque algunos autores norteamericanos han sostenido que los jueces deben justificar políticamente sus decisiones, como se observa, Hart no plantea el asunto en estos términos. La cuestión tiene que ver menos con lo que los jueces “deben” hacer, que con aquello que los jueces hacen por necesidad. Cuando un juez no encuentra una “respuesta correcta” en el sistema jurídico, toda vez que el juez no puede excusarse de resolver, tiene que crear una regla ex profeso dirigida a solucionar el caso¹⁴¹. Pese a lo anterior, aclara Hart sobre la naturaleza de este poder jurídico: a diferencia de la legislatura, los poderes del juez están sujetos a muchas restricciones que estrechan sus opciones, además de que los ejerce sólo para

¹³⁷ Cfr. art.105 fracción I de la Constitución política de México.

¹³⁸ Cfr. art.97.

¹³⁹ Cfr.art.99.

¹⁴⁰ H.L.A. Hart, *Post scriptum al concepto del derecho*, op.cit., pp.54,55. Cfr. el apartado respectivo, al final de este trabajo.

¹⁴¹ Cfr. Carlos Nino, *Introducción al análisis del derecho*, op.cit., p.432.

casos particulares, sin poder introducirse reformas a gran escala o crearse nuevos códigos. Sin embargo, en casos donde el derecho existente no puede proporcionar una solución correcta, el juez tiene que ejercer su poder jurídico creador.¹⁴² Como vemos, desde una perspectiva metodológica, lo mismo que desde una apelación a los hechos, también es por lo menos controvertible la dicotomía excluyente y exhaustiva “derecho fundamentado en el poder” y “derecho fundamentado en la moral”; mayormente la tesis que pretende que, descartada la primera de estas dos alternativas, únicamente nos resta la segunda.

iii. Objeción a partir de la noción “deber ser”

Amén de lo anterior, ha sostenido Hart en el artículo de referencia, al referirse a la crítica norteamericana, segunda crítica allí formulada a la separación entre derecho y moral, que ni siquiera en el estricto ámbito de lo que se ha denominado “deber ser”, categoría semántica típicamente normativa, opera una inmediata referencia a valoraciones morales. Los realistas, al emprender un estudio crítico del proceso judicial, han sostenido que todas las reglas de derecho, como manifestaciones del lenguaje que se valen de palabras generales, originan un núcleo de significado establecido, circundado por una penumbra de incertidumbre. A diferencia de como ocurre en dicho núcleo, la aplicación de reglas jurídicas a casos específicos en el área de penumbra no se puede fundar en una mera deducción lógica, sino en todo caso en una idea de lo que el derecho “debe ser”, es decir, en juicios morales. Por tanto, en situaciones tales de penumbra, existe una conexión necesaria entre derecho y moral.¹⁴³

Hart coincide con la tesis realista que sostiene la naturaleza abierta del lenguaje jurídico.¹⁴⁴ La cuestión en este punto es: ¿se deriva de dicha tesis, una conexión necesaria entre derecho y moral? Hart piensa que no. La noción de lo que el derecho “debe ser”, a la que efectivamente se recurre, puede atender a un espectro de consideraciones, de lo más variado, de las que la moralidad sólo constituye una posibilidad, entre otras. Como un poco más adelante sostiene: “deber ser” no se refiere a la unión entre derecho y moral, sí en cambio a cualquier patrón para la crítica [que no necesariamente tiene un resorte moral]. Nos movemos en dicho ámbito cuando alguien dice “no debes mentir”, pero también cuando el que viendo frustrada su intención de envenenar a otro, dice “debí haberle dado una segunda dosis”, o cuando aquél que reconociendo que un criterio aceptado ha sido aplicado, afirma “sí, es lo que debe ser”.¹⁴⁵ Aunque esta objeción no se apoya en la cuestión de la naturaleza política o moral de la fundamentación del derecho, parte del presupuesto

¹⁴² Idem, p.56.

¹⁴³ “El positivismo jurídico y el problema de la separación entre el derecho y la moral”, op.cit., pp.24-27.

¹⁴⁴ Idem, pp.28-33.

¹⁴⁵ Idem, pp.35,36. Norbert Hoerster coincide con Hart, al afirmar que las directivas de acción de carácter jurídico no se fundan necesariamente en un deber ser objetivo. Hoerster, “Ética jurídica sin metafísica”, en *Derecho y moral* (comp. de Rodolfo Vázquez). Gedisa editorial, Barcelona, 1998, pp.227,228. Por lo demás, esta aclaración terminológica rememora la clásica distinción kantiana entre los tipos de imperativos. Se llama orden o mandamiento (de la razón), la noción de un principio objetivo en cuanto impone a una voluntad su necesidad, y se llama imperativo a la fórmula del mandamiento o la orden. Todos los imperativos se expresan con la noción “deber-ser” y muestran así la relación entre una ley objetiva de la razón y una voluntad que, a causa de su constitución subjetiva, no está necesariamente determinada por ella. Hay tres clases de imperativos, pero sólo uno de éstos es el moral, el imperativo categórico (ej. “Debes decir la verdad”); los otros dos, el imperativo hipotético problemático (ej. “Si quieres aprender francés tienes que aplicar estos medios”) y el imperativo hipotético asertórico (ej. “Deseas la felicidad por una necesidad de la naturaleza; por lo tanto, haz de realizar estas acciones...”), aunque también se expresan por medio de la noción “deber-ser”, carecen de connotación moral. I. Kant, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (trad. de Francisco Larroyo). Porrúa, México, 2001, pp.34 ss. Lo mismo acontece para un filósofo de tendencia utilitarista como Peter Singer: “Deber” no tiene por qué significar “deber, moralmente”. Podría simplemente ser una forma de pedir razones para la acción, sin ninguna especificación sobre el tipo de razones requeridas. A veces queremos hacer una pregunta práctica general, sin partir de ningún punto de vista determinado”. P. Singer, *Ética práctica* (trad. de Rafael Herrera Bonet). Akal, Madrid, 2009, pp.315,316.

de que, aún concedida dicha distinción, no es plausible referirnos acriticamente al fundamento moral como algo incontrovertible. Queda así sentado que la obediencia al derecho, aún en los supuestos en que se hace uso de un lenguaje típicamente prescriptivo, no recurre necesariamente a consideraciones de tipo moral y que por ende, en última instancia, la dicotomía “derecho fundado en el poder” y “derecho moralmente obligatorio” no resulta inequívocamente exhaustiva. La diferencia planteada por los utilitaristas, entre el derecho que es y el derecho que debe ser, debe preservarse. Cabe mencionar que aquí también vale la observación hecha a propósito de la objeción fundada en la idea de “interés”. La objeción del presente apartado la apoya Hart en una concepción estrecha de la moral, de carácter marcadamente aprobatorio. Si releemos sus contraejemplos, nos percatamos de que los mismos presuponen “posibilidades” que el sujeto agente vislumbra en relación con sus actos, en relación con las cuales tiene sentido “deliberar” y que por ende, escapan al mundo de la necesidad. De modo que si consideráramos los mismos a la luz de un concepto amplio de moral, la objeción planteada quedaría desvirtuada tal cual.

3) La justicia como fundamento de validez jurídica

Esta tesis constituye el desarrollo de una falsa pretensión a la que Hart ha denominado “La crítica del derecho”. Por esta razón conviene primero explicar esta última tesis, para después analizar la forma ya desarrollada que asume la misma, bajo la tesis más acabada, elaborada por Gustav Radbruch.

a) La crítica del derecho

Un buen sistema jurídico tiene que adecuarse en ciertos puntos, a las exigencias de la justicia y de la moral.¹⁴⁶

Esto puede parecer obvio. De hecho, el mismo Hart, en el artículo de referencia, al exponer la tercera crítica a la separación entre derecho y moral, que más adelante desarrollaremos, subraya que la posición del liberal, al separar al derecho de la moral, no es sobrevalorarlo, sino sujetarlo a la corrección moral y de ser preciso, desobedecerlo. El derecho no es la moral y no puede reemplazarla.¹⁴⁷ Además, como ya ha expresado Hart, la moral no sólo comprende las obligaciones y deberes reconocidos en la práctica social, sino también aquellos principios e ideales empleados en la crítica de las instituciones sociales [incluidas las jurídicas].¹⁴⁸

¹⁴⁶ *El concepto del derecho*, op.cit., p.253.

¹⁴⁷ “El positivismo jurídico y el problema de la separación entre el derecho y la moral”, op.cit., pp.10,45,49.

¹⁴⁸ *El concepto del derecho*, op.cit., p.226. En este punto nos permitimos señalar algunas diferencias con el pensamiento de Austin, una variante ligeramente distinta del mismo argumento, matizada por la presencia de la ley divina y del principio de utilidad. Este último autor –al parecer del mismo Hart- concibe efectivamente al derecho como susceptible de crítica, aunque en relación con la ley divina, que en su versión revelada constituye el test supremo de las reglas del derecho y de la moralidad positivos, criterio que determina lo que deberían ser, o en todo caso, el modelo del cual los legisladores deben partir, si no quieren ser castigados. Pero tratándose de la moral, Austin no duda en descartarla como standard correctivo: “En cuanto al sentido moral, los principios prácticos innatos, la conciencia, son simplemente excusas convenientes para la ignorancia o los intereses inconfesables: dan a entender que, o bien odiamos la ley que discutimos, y que no podemos decir por qué, o que la odiamos, y que la causa de nuestro odio, es algo que sería incómodo confesar...”. Con respecto a la desobediencia o resistencia civil, ésta puede ser provechosa, pero sólo si se recurre al principio de utilidad, por fundarse éste en razones pertinentes, criterio de valor claro y definitivo; nunca cuando se pretende recurrir como argumento a la ley de Dios, pues aunque la ley divina ofrece poderosos motivos para desobedecer la ley humana, “...las leyes de Dios no son siempre ciertas. Todos los teólogos, al menos los teólogos razonables admiten que la revelación jamás ha ofrecido un esquema completo y unívoco de todos nuestros deberes; y tampoco la utilidad, como un signo de la voluntad divina, es obviamente suficiente. Lo que parece nocivo para

Pero regresemos a la proposición original presentada por Hart. Si releemos cuidadosamente, nos percatamos de que lo que se afirma no es, en estricto sentido, que la moral confiera obligatoriedad al derecho. Hablar de “buenos” sistemas jurídicos, supone la existencia de “malos” sistemas de derecho. Por ende, no se trata de una expresión típicamente iusnaturalista. Si queremos considerarla tal, debemos abandonar el concepto ortodoxo del derecho natural y dirigirnos hacia uno mucho más laxo; tanto, que haría irreconocible el concepto original presentado y desdoblado por Nino. Tomás de Aquino adoptaba este punto de vista ya distorsionado cuando sostenía la existencia de leyes “corruptas”, que no dejaban de ser leyes, por imperfectas que fueran.¹⁴⁹ Por supuesto, cabía la desobediencia civil del súbdito, lo que no sería concebible bajo una tesis iusnaturalista correctamente entendida. En atención a esto, no debe extrañarnos que un positivista metodológico como Hart se muestre conforme con un pseudoiusnaturalismo como el ya expresado.

Puede que la pretensión se dirija más propiamente al positivismo ideológico, que soslaya la más elemental exigencia de someter a crítica moral al derecho. Pero si tal es el caso, habría que recordar que el positivismo ideológico reside más en la mente de algunos críticos del positivismo jurídico, que contenido en las teorías de auténticos positivistas, como bien lo señalan diversos autores.¹⁵⁰

Podemos también pensar que el argumento resulta ambiguo por incompleto; pues para ser consecuente como pretensión vinculativa, sería preciso que postulara la no juridicidad de aquellas reglas jurídicas que no se avinieran a un criterio moral específico; en otros términos, que adoptara la forma asumida por la teoría del derecho natural. Pero esta tesis –que ya corresponde a una nueva pretensión y que plantea por ende una problemática distinta- será objeto de otro análisis.

i. La crítica del derecho bajo la óptica del derecho natural

Podemos detenernos aquí en lo que se refiere a la crítica del derecho. Pero si reparamos en algunos aspectos, desprenderemos algunas conclusiones relevantes en relación con nuestro tema de estudio, conclusiones que también interesan a la pretensión que en su forma más elaborada, se expone en el siguiente apartado. Como se observa, aunque la crítica al derecho constituye un tema concerniente a la teoría de la moral, nos remite de manera indirecta a aspectos relacionados con la ética normativa. Desde ambas perspectivas, es posible poner en entredicho la viabilidad de esta pretendida conexión conceptual, al cuestionar la existencia de un standard correctivo indiscutible. Después de todo, para hacer crítica de algo, hay que hacerlo desde algo distinto, desde lo que reconoceríamos como cierta toma de posición de naturaleza moral; una plataforma valorativa concreta. El inconveniente es que, a primera vista, esta posición sólo puede resultar arbitraria. Afirma Hart, de modo análogo a como lo hace Austin al referirse a la ley divina, que pese a que el derecho debe –en efecto- sujetarse a criterios correctivos, existe el inconveniente de que en la crítica del derecho puede haber desacuerdo tanto en lo que hace a los criterios morales apropiados, como en lo que se refiere a cuales son los puntos sobre los que debe haber conformidad. Respecto a lo primero, podemos preguntarnos: ¿a qué criterios morales deberá sujetarse el derecho?, ¿a los de la moral efectiva, aunque ésta deje de lado principios elementales de convivencia?, ¿o a los de la moral de cierto grupo,

una persona puede parecer beneficioso para otra”. Concluye más adelante que “proclamar en general que todas las leyes nocivas o contrarias a la voluntad de Dios son nulas e intolerables equivale a predicar la anarquía, hostil y peligrosa tanto para el régimen más sabio y benigno como para la más estúpida e irritante tiranía”. *El objeto de la jurisprudencia* (introducción), op.cit., pp.9,188-190.

¹⁴⁹ Tomás de Aquino (*Summa theologica*, q.92). Citado por Garzón Valdés, op.cit., p.21.

¹⁵⁰ Cfr. Nino, op.cit., p.32. Ross, por ejemplo, denomina a esta concepción “seudopositivismo” (*El concepto de validez y otros ensayos*). Citado por Nino, op.cit., p.33.

aunque éstos no sean representativos de la colectividad en cuestión?, ¿o bien, a los ideales esclarecidos de cierta moral racional, individual o de grupo?.¹⁵¹ En relación con lo segundo, encontramos el problema de la compleja definición de los espacios correspondientes a lo privado o a lo público.¹⁵²

En este orden de ideas, deseamos señalar dos cosas en relación con la tesis del derecho natural, que nos parece, afectan el núcleo mismo de la teoría. Si bien los iusnaturalistas han postulado –aunque como hemos dicho, sólo en parte– que el derecho debe sujetarse a la crítica moral, de lo anterior resulta que también han disentido sobre cuales son los principios morales a tomar en consideración. Esto pone de manifiesto dos puntos:

1. La ambigüedad de la tesis del derecho natural.
2. El carácter singular del iusnaturalismo, que deriva de su nexo con la crítica del derecho. El primer aspecto ha sido subrayado recurrentemente por los más duros críticos del derecho natural, infiriendo la imposibilidad de verificación de sus tesis.¹⁵³ El segundo punto, en cambio, parece revelarnos que la tesis del derecho natural concierne mayormente a la teoría de la moral que a la teoría del derecho, por lo que *prima facie* se revela la difícil empresa consistente en relacionar conceptualmente a la moral con el derecho.

ii. El argumento de la validez universal de los juicios de valor

Al finalizar la exposición de su artículo, Hart entrevé una última posibilidad por la cual parece posible establecer la buscada conexión necesaria entre derecho y moral, pues está dirigida a salvar el obstáculo recién señalado. Para ello, hace referencia a la confusión que se ha generado entre el “positivismo” y una teoría moral por la que los juicios de hecho pertenecen a un tipo radicalmente diferente de los juicios de valor. De acuerdo con esta teoría, la diferencia reside en que los juicios acerca de lo que debe hacerse, no pueden, por contener elementos no cognoscitivos (por tratarse de sentimientos, emociones, actitudes, preferencias subjetivas, imperativos, órdenes, entre otros), ser sostenidos o establecidos por métodos racionales, a diferencia de los juicios de hecho.¹⁵⁴ Hart nos dice que para otros teóricos esta distinción está equivocada. Los fines últimos y valores morales son impuestos y no materia de elección, actitud, sentimiento o emoción; en este sentido, su verdad es como la de los juicios de hecho. En la discusión moral no se expresan sentimientos, emociones u órdenes, sino que se reconoce que un caso inicialmente en disputa, cae dentro del ámbito de un principio “racional” o “cognoscitivo”.¹⁵⁵ Sin entrar al núcleo de la controversia, sólo señalaremos que esta teoría puede concebirse como dirigida a superar la aparente [o auténtica] arbitrariedad valorativa de la tesis del derecho natural. Con respecto a la definición propuesta por Nino, sentaría la verdad del postulado de filosofía

¹⁵¹ *El concepto del derecho*, op.cit., p.254.

¹⁵² Es interesante la discusión que en la década de los sesenta, a partir del dictamen emitido por la Comisión Wolfenden en Gran Bretaña, en el sentido de desregular las prácticas homosexuales y la prostitución, sostuvieron el juez Devlin y Hart mismo. Cfr. al respecto Patrick Devlin, *The Enforcement of Morals*. Oxford University Press, London, 1965. H.L.A. Hart, *Law, Liberty and Morality*. Stanford University Press, Stanford, 1963. Un punto de vista que ilustra la dificultad de fijar los tópicos respecto a los cuales debe haber conformidad, es la ya referida escala moral expuesta por Fuller. Mientras la moral de deber es exigible en términos de obligaciones jurídicas respaldadas por reglas coercibles, por estar referida a imperativos sin los cuales no es siquiera concebible la vida en sociedad, la moral de aspiración, de manera análoga a como acontece con la teoría del arte, no es sujeta a cánones predefinidos; apuntando a la perfección de nuestras capacidades, nunca es exigible en términos de derecho. El problema reside propiamente en saber que temas conciernen a uno u a otro tipos de moral: ¿son la homosexualidad, la pornografía o la prostitución, asuntos que atañan a una moral de deber o a una moral de aspiración? El rigorista en materia moral indefectiblemente estará por lo primero. Cfr. Lon Fuller, *La moral del derecho*, c.l. “Las dos morales”, op.cit., pp.18-22.

¹⁵³ Sólo recordemos las críticas dirigidas a la idea del derecho natural por Kelsen y Ross. Cfr. Hans Kelsen, *¿Qué es la justicia?*, op.cit., pp.69-73; Alf Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, op.cit., pp.251-260.

¹⁵⁴ “El positivismo jurídico y el problema de la separación entre el derecho y la moral”, op.cit., pp.56-58.

¹⁵⁵ *Idem*, pp.58,59.

ética, eliminando la ambigüedad de la plataforma de valores a la que debe sujetarse el derecho. Como Hart sostiene, resultaría que los juicios morales serían tan demostrables en términos racionales, como los juicios de hecho; serían equivalentes los juicios sobre lo que el derecho debe ser y los juicios sobre lo que el derecho es y podríamos entonces considerar como definitivamente infundado el inconveniente planteado por Austin y por el mismo Hart, a la tesis de la vinculación. En otros términos, si la filosofía puede racionalmente demostrarnos que una moral es la verdadera, queda eliminado el desacuerdo acerca de cuáles son los criterios morales apropiados, con los que el derecho debe adecuarse.

En este punto, sin embargo, nos desengaña Hart, toda vez que lo anterior no se relaciona con la cuestión de la conexión necesaria entre derecho y moral: las normas jurídicas pueden ser injustas y aún así, seguir siendo normas jurídicas, mientras que las normas morales pueden no ser en absoluto reglas de derecho. A partir del argumento anterior, únicamente se podría sostener que algo es, demostrándolo, moralmente bueno o malo y que en consecuencia no debe o sí debe, ser derecho.¹⁵⁶ Esta objeción deriva del positivismo conceptual característico de Hart. Moralmente a-valorativo, Hart puede ser partidario de una tesis cognoscitiva en materia ética, lo que no significa que acepte que dichos principios morales universales demostrables racionalmente, certifiquen la juridicidad de una regla. La aceptación de esta teoría moral, no se relaciona con la exigencia que se desprende del segundo postulado de la tesis del derecho natural explicitado por Nino. Dicho de otro modo, si damos por buena la afirmación de que hay valores morales universales, esta afirmación no permite a su vez aseverar –en términos también morales- que las reglas que contravengan dichos valores, no constituyen derecho. Esto se explica si atendemos al hecho de que la teoría del derecho natural comprende más que la sola pretensión contenida en la crítica del derecho. Por supuesto, aún podría contraargumentarse en este punto, que dicho sistema jurídico, aunque viable, no es, en el sentido estricto del término, un buen sistema jurídico, como lo asevera el argumento inicial.

b) La tesis alemana de la posguerra

En este punto conviene exponer la tesis más elaborada del mismo argumento. De acuerdo con Hart, la pretensión se puede enunciar en estos términos:

Si las reglas de un sistema, sancionadas en la forma establecida, no cumplen con criterios morales mínimos, no constituyen realmente derecho y por ende, no deben ser obedecidas.¹⁵⁷

Como se observa, este argumento constituye una mera prolongación y la consecuencia anticipable de aquél que sostiene que un buen sistema jurídico tiene que adecuarse en ciertos puntos a las exigencias de la justicia y de la moral. Esto es particularmente claro –abunda Hart, refiriéndose al argumento- en el caso de conmociones sociales graves, cuando los tribunales de un sistema “tienen que” definir su actitud, frente a iniquidades morales cometidas, guardando las formas jurídicas, por ciudadanos o funcionarios bajo ese régimen anterior, en razón de alguna corriente crítica que cuestiona su antiguo proceder. En este supuesto –afirman algunos- dichas disposiciones no pueden considerarse válidas.¹⁵⁸

¹⁵⁶ Idem, pp.59,60.

¹⁵⁷ *El concepto del derecho*, op.cit., p.257.

¹⁵⁸ Idem, pp.256,257.

i. La tesis de William Blackstone

El argumento previo acepta matices variados; uno de ellos es el desarrollado por Blackstone, citado por Austin en los siguientes términos: “Sir William Blackstone, por ejemplo, dice en sus *Commentaries*, que las leyes de Dios, en cuanto a su obligatoriedad, son superiores a todas las demás leyes; que ninguna ley humana debería poder contradecirlas; que las leyes humanas no tienen validez si las contradicen; y que todas las leyes válidas derivan su fuerza vinculante de su fuente divina original”.¹⁵⁹ Austin desprende del texto transcrito dos posibles lecturas:

1. Todas las leyes humanas deben conformarse a las divinas. En esto, Austin está de acuerdo; las leyes y sanciones impuestas por Dios son superiores a otras. Lo único que entonces se puede objetar es que se trata de una tautología, pues no nos dice nada nuevo. Quizás Blackstone quiere decir que los legisladores humanos deben modelar sus leyes sobre las leyes divinas o de otro modo serán castigados. Si esto es así, Austin también está de acuerdo.¹⁶⁰ Hasta este punto sólo se afirma la necesidad del derecho de sujetarse a pautas metajurídicas correctivas; en este supuesto, las representadas por la ley divina.
2. “Ninguna ley humana que se enfrente a la ley divina es obligatoria o vinculante; en otras palabras, ninguna ley humana que se enfrente a la ley divina es una ley, porque una ley que no obliga es una contradicción en los términos...”¹⁶¹

ii. Objeción a la tesis

La objeción de Austin a esta segunda interpretación del texto de Blackstone no podía ser más categórica: “... La existencia de una ley es una cosa, su mérito o demérito otra. Si existe o no, es una cuestión; si se acomoda o no a un presunto modelo, es una cuestión diferente. Una ley que realmente exista es una ley, aunque nos disguste, o aunque sea disconforme respecto del criterio con el que gobernamos nuestra aprobación o desaprobación. Esta verdad, cuando se afirma en abstracto, es tan simple y evidente que parece ocioso insistir en ella. Pero por simple y evidente como parece en abstracto, ha sido olvidada en muchos casos concretos y la enumeración de ejemplos llenaría un volumen completo”.¹⁶² Es en este punto, que a manera de caso concreto, introduce Austin la cita de Blackstone. Inmediatamente después, sentencia: “...decir que las leyes humanas que se enfrentan a las leyes divinas no son vinculantes, es decir, que no son leyes, es decir una tontería. Las leyes más nocivas, y por tanto aquéllas más opuestas a la voluntad de Dios, han sido y son continuamente aplicadas como leyes por los tribunales de justicia... Una excepción, objeción o alegato fundados en la ley de Dios, nunca ha sido aceptada en una Corte de justicia, desde la creación del mundo hasta el momento presente”.¹⁶³

¹⁵⁹ Citado por Austin, *El objeto de la jurisprudencia*, lección V, op.cit., p.188.

¹⁶⁰ Loc.cit.

¹⁶¹ Idem, p.189.

¹⁶² Idem, p.188. Como se ve, nos hemos permitido hacer por segunda ocasión una transcripción literal de esta idea, en atención a la claridad y pertinencia de la misma.

¹⁶³ Idem, p.189. Es aquí inevitable rememorar aquel pasaje clásico en el que una pretendida ley natural, de origen divino, se opuso a la ley proveniente de un soberano. Nos referimos al conocido discurso pronunciado por Antígona ante Creón, rey de Tebas. Cuando Creón le reprocha el haber dado sepultura al traidor Polinice, hermano de Antígona, transgrediendo con ello su edicto, ella sin dudar le responde: “Porque esas leyes no las promulgó Zeus. Tampoco la Justicia que tiene su trono entre los dioses del Averno. No, ellos no han impuesto leyes tales a los hombres. No podía yo pensar que tus normas fueran de tal calidad que yo por ellas dejara de cumplir otras leyes, aunque no escritas, fijas siempre, inmutables, divinas. No son leyes de hoy, no son leyes de ayer... Son leyes eternas y nadie sabe cuando comenzaron a regir. ¿Iba yo a pisotear esas leyes venerables, impuestas por los dioses, ante la antojadiza voluntad de un hombre, fuera el que fuera?...”. Austin quizás hubiera contestado que lo que decidiera hacer Antígona era asunto de su conciencia, pero que evidentemente, esto no afectaría en lo más mínimo la obligatoriedad de la ley positiva. La ley divina puede proporcionarnos, en efecto, poderosas razones para ajustar o no nuestra conducta a la ley positiva, pero ésta subsiste sin más. ¿El

Sostener una tesis como la anterior –según el mismo Austin- resulta no sólo pueril, sino hasta dañino, pues equivale a predicar la anarquía. El problema con las leyes divinas, es que la revelación jamás ha ofrecido un esquema completo y unívoco de todos nuestros deberes¹⁶⁴; tampoco la utilidad, como signo de la voluntad divina, resulta suficiente. Y si de este ámbito normativo, nos desplazamos al de la moralidad positiva, baste decir que la apelación a la conciencia o al sentido moral sólo sirve para encubrir la ignorancia o los intereses inconfesables, de manera que entonces es posible justificar cualquier cosa.¹⁶⁵

iii. Una tesis complementaria

El buen sentido de la objeción opuesta por Austin, se pone de relieve en un autor como K. Greenawalt, quien pese a asumir una variante iusnaturalista, al tratar del status de las leyes injustas, no deja de coincidir con Austin –casi parafraseándolo- al sostener: “Nadie que yo conozca ha sostenido que la injusticia de leyes particulares y de órdenes legales es suficiente para que no sean considerados como ley por todos los funcionarios. Cuando uno piensa en una tesis tal en términos operacionales, uno comprende el abismo que sería... El resultado podría ser el caos, dadas las variantes en la idea de justicia... pocos han querido afirmar que los jueces de las cortes supremas, menos aún que todos los funcionarios, deben tratar las aparentes reglas de derecho como inválidas desde el punto de vista jurídico, sólo porque son injustas”.¹⁶⁶

iv. Un excursus literario-filosófico

Argumentos como los previos nos remiten a los memorables pasajes de un clásico de la literatura de todos los tiempos. Como es bien sabido, cuando en *El mercader de Venecia* del judío Shylock es implorada una respuesta piadosa, con respecto a la pena pactada en el contrato celebrado con Antonio el mercader y Bassanio, su amigo en apuros, el judío responde:

“Si me lo negáis (cobrar lo que es debido conforme a mi contrato),
tened por cierto que un perjuicio
caerá sobre vuestra constitución y sobre
las libertades de vuestra ciudad...”

Poco más adelante, alega contundente:

“Así os contesto yo:
la libra de carne que de él exijo
me costó muy cara; es mía y he de tenerla.

resultado de la defensa? La condena y consecuente muerte de la transgresora. Sófocles, *Antígona*, en *Las Siete tragedias*. Porrúa, 18ª ed., México, 1988, p.195.

¹⁶⁴ *El objeto de la jurisprudencia*, op.cit., p.189.

¹⁶⁵ Idem, p.190. En este punto Austin anuncia un no cognitivismo que en materia moral será en tiempos recientes característico de teóricos como Kelsen o Alf Ross, alejándose de posiciones racionalistas como la del mismo Hart.

¹⁶⁶ Greenawalt, op.cit., pp.8,9. Este autor, a partir de este punto, pretende dar un giro al argumento iusnaturalista, por el que éste se torne plausible. Para ello parte de la premisa –no demostrada- de que al margen de cualquier propósito, un entendimiento apropiado del derecho nos dice que su naturaleza básica consiste en servir al bien común. En este punto y para nuestra sorpresa, concluye que por ende, una ley injusta no es realmente derecho, al fallar en la consecución de este objetivo (el bien común), incluso si es considerada derecho por los funcionarios, de manera que tales leyes no pueden reclamar sino débilmente nuestra obediencia. Idem, pp.9,10. Y sin embargo, al ser jurídicamente válidas indudablemente la reclaman, como lo sostiene en el texto transcrito el mismo autor, quien -nos parece- más apropiadamente podría afirmar que el derecho, por su naturaleza, *debería* servir al bien común, lo que no siempre acontece, lo que no obsta para que siga vinculando (sin debilidad alguna, por ser realmente derecho).

Si osáis negármela, caiga el oprobio
sobre vuestras leyes. No tendrán fuerza
los decretos de Venecia. Reclamo justicia.
¿La obtendré? Respondedme".¹⁶⁷

Ambos contendientes hablan en nombre de la justicia. ¿Es que existen varios géneros de justicia y no una sola, la verdadera?. Ross sostiene que todas las batallas y guerras se han librado en nombre de la justicia. Éste es sólo un episodio poético. Pero consigue retratar en las razones del demandante, la complejidad del dilema iusfilosófico que nos ocupa, lo mismo que el buen sentido de la tesis positivista.

Cambiamos de escenario, mas no de tema. Para ello, es preciso remontarnos a la Atenas del siglo IV a.C., y prestar atención a las razones que llevan a un Sócrates condenado, a cumplir cabalmente con la sentencia capital impuesta, aún en contra de las razones provenientes de un amigo bien intencionado, quien intenta persuadirlo para que abandone subrepticamente la prisión. La justicia consiste para Sócrates, en obrar conforme a lo prescrito por la ley, aunque no porque la ley sea intrínsecamente buena, sino más bien porque existe una exigencia moral, propia de la conciencia, que resulta inesquivable.¹⁶⁸ Transcribo el párrafo conducente, en el que Sócrates invita a Critón a considerar lo siguiente:

Si cuando nosotros estemos a punto de escapar de aquí, o como haya que llamar a esto, vinieran las leyes y el común de la Ciudad y, colocándose delante, nos dijeran: "Dime, Sócrates, ¿qué tienes intención de hacer? ¿no es cierto que, por medio de esta acción que intentas, tienes el propósito, en lo que de ti depende, de destruirnos a nosotras y a toda la Ciudad? ¿te parece a ti que puede aún existir sin arruinarse la ciudad en la que los juicios que se producen no tienen efecto alguno, sino que son invalidados por particulares y quedan anulados?" ¿Qué vamos a responder Critón, a estas preguntas y a otras semejantes? Cualquiera, especialmente un orador, podría dar muchas razones en defensa de la ley que intentamos destruir, que ordena que los juicios que han sido sentenciados sean firmes. ¿Acaso les diremos: "La Ciudad ha obrado injustamente con nosotros y no ha llevado el juicio rectamente?" ¿Les vamos a decir eso?¹⁶⁹

Para Sócrates, la razonabilidad de la invitación de Critón no basta para eximir del cumplimiento de la ley, ante el tribunal constituido. Porque la justicia para él tiene que ver con un deber que está anclado en una exigencia moral que se origina en la propia conciencia. Y contra esto, las opiniones o conveniencias particulares nada pueden hacer. Aunque hay que decirlo; del texto se desprende una consideración más bien prudencial, mas a tono con el positivismo de Austin o con la tesis de Greenawalt: el respeto a las sentencias de los jueces es un presupuesto de la permanencia de la Ciudad y de sus leyes.

v. La tesis de Gustav Radbruch

Otro intento por replantear la existencia de un vínculo necesario entre moral y derecho, fundándose en la coincidencia entre el derecho y un orden normativo modelo, surge más de un siglo después, a partir de la dramática experiencia alemana proveniente de la

¹⁶⁷ William Shakespeare, *El mercader de Venecia* (trad. de María Enriqueta González Padilla). UNAM, Colección "Nuestros clásicos", México, 1997, Acto IV.

¹⁶⁸ Guido Fassó, *Historia de la filosofía del derecho*, op.cit., t.I, pp.43,44.

¹⁶⁹ Platón, *Critón* (trad. De Calonge Ruiz). Gredos, Madrid, 2000, 50 a-c.

Segunda guerra mundial. Gustav Radbruch, hasta entonces reconocido partidario del positivismo jurídico, opta por una especie de iusnaturalismo muy similar al de Blackstone, al afirmar lo que sigue: "...donde ni siquiera una vez se pretende alcanzar la justicia, donde la igualdad que constituye la médula de la justicia es negada claramente por el derecho positivo, allí la ley no solamente es derecho injusto, sino que carece más bien de toda naturaleza jurídica. Pues no se puede definir al derecho, aún al derecho positivo, de otra manera que como un orden o institución que por su propio sentido está determinado a servir a la justicia. Medidos según este patrón, sectores enteros del derecho nacionalsocialista no llegaron jamás a la dignidad de derecho válido".¹⁷⁰ Por supuesto, Radbruch no pierde de vista que negar naturaleza jurídica a las leyes positivas podría acarrear consecuencias riesgosas para la seguridad jurídica, valor incorporado en toda norma positiva y por ende, no deja de concebir medios para atemperar su posible afectación. No obstante –insiste-, no se trata del único y decisivo valor que el derecho ha de realizar, pues queda dicho valor comprendido y supeditado al de la justicia de las normas.¹⁷¹ Así pues, toda vez que el positivismo jurídico ha sostenido como una de sus premisas básicas la separación conceptual entre derecho y moral, lo responsabiliza Radbruch de haber desarmado a los juristas alemanes, ante leyes de contenido arbitrario y delictivo. Esto lo lleva a concluir que: "... tenemos que armarnos contra el retorno de tal arbitrariedad por medio de la superación "fundamental" del positivismo, que enervó toda capacidad de defensa contra el abuso de la legislación nacionalsocialista".¹⁷²

Reconstrucción del argumento. Hart hace referencia directa a esta tesis en la tercera crítica que dirige a la separación entre derecho y moral, contenida en su artículo. Allí sostiene que los teóricos alemanes de la posguerra razonan en términos –nos parece- como los expuestos a continuación. El pueblo alemán se caracterizaba por su obediencia o actitud pasiva hacia el derecho, al margen de toda consideración acerca de su valor intrínseco. Pero por otra parte, el positivismo jurídico afirmaba precisamente la separación entre el derecho que es y el derecho que debe ser. Ergo, el positivismo contribuyó a la conformación de una conciencia acrítica en los alemanes en relación con el derecho; la noción de que el derecho no precisaba, para ser derecho, de un contenido moral mínimo. Como es de todos conocido, el régimen "nazi" terminaría aprovechando dicho estado de cosas.¹⁷³ Concluyen así estos teóricos -en especial, Gustav Radbruch- que es errónea la conclusión a la que arriban utilitaristas como Bentham y Austin. *Recht* –legalidad- debe en última instancia

¹⁷⁰ Gustav Radbruch, *Arbitrariedad legal y derecho suprallegal* (trad. de María Isabel Azaretto de Vázquez). Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1962, p.38. Aunque Radbruch parece ser lo bastante claro al respecto, de acuerdo con Alexy, esta expresión no denota aún una conexión definitoria entre derecho y moral –que sí se hará presente en los últimos trabajos-, sino que se trata meramente de una calificación hacia el derecho. Alexy, "Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral", en *Derecho y moral*, op.cit., p.136, n.9. Retomando el argumento de Radbruch, el Derecho no es Derecho por su referencia a una fuente social, sino por su correspondencia con un concepto de lo justo. Transcribo a continuación una analogía que J.R. Lucas emplea, tomada del capítulo VII de *El concepto de Derecho* de Hart, a propósito del carácter de la decisión judicial, analogía que a mi parecer puede aplicarse tanto al argumento de Radbruch, como a los de otros críticos de Hart, como es el caso de Fuller. Las reglas de un juego –o las reglas de un sistema jurídico- definen al juego –o al sistema de derecho- tal cual. Si cambian, cambia el juego. Se deja de jugar al cricket o al fútbol –o bien, dejan de ser derecho-. Pero resulta que estas reglas también contienen y reflejan cierto sentido de la justicia y de lo correcto. Si este cambio adopta la forma de un trato inequitativo por discriminatorio hacia alguno de los equipos contendientes, no sólo se abandonan las reglas del juego justo, sino también se deja de jugar al cricket o al fútbol –o bien, se deja de tener un verdadero sistema de derecho-. Lucas, op.cit., p.95. Sólo diremos que no queda del todo claro por qué en la analogía termina lo justo alcanzando alturas tales que termina por ser definitorio de la mismísima regla de juego. Se trata en todo caso de la pretensión del derecho natural.

¹⁷¹ Radbruch, op.cit., pp.35-37.

¹⁷² Idem, pp.35,40,41.

¹⁷³ "El positivismo jurídico y el problema de la separación entre el derecho y la moral", op.cit., pp.40-43.

hacer referencia a un elemento mínimo de moralidad, si no queremos que, fundados en una legalidad desnuda, se atente contra valores morales importantes.¹⁷⁴

vi. Objeción directa al argumento

Aquí corresponde a Hart, como se verá, reformular y oponer a Radbruch, argumentos similares a los sustentados en su momento por Austin contra la tesis de Blackstone.¹⁷⁵

En primer lugar, dirige Hart una crítica directa al argumento previo. Es cierto que el positivismo sostenía una separación conceptual entre derecho y moral al tiempo que, como lo sostiene Radbruch, hubo falta de sensibilidad ante las exigencias morales y una obediencia pasiva al poder estatal en el pueblo alemán o en sus juristas. Pero de esta concomitancia no se sigue un nexo causal entre ambos hechos.¹⁷⁶ Si así fuera, debería resultar que en los países donde dominó la tesis positivista, la distinción teórica entre derecho y moral hubo de producir consecuencias similares. Pero éste no fue el caso. A partir de este punto y como se ha citado previamente, afirma Hart que el liberal, separando al derecho de la moral, no sobrevalora al primero, sino que en vez de ello, lo sujeta a la corrección moral y de ser preciso, puede desobedecerlo; su respuesta a la afirmación “el derecho es derecho” es: “Esto no es concluyente; el derecho no es la moral y no puede reemplazarla”.¹⁷⁷ En el caso alemán, en cambio, se atribuyó al derecho un *status* de legitimidad y de validez que no le correspondía, reemplazando en la práctica todo patrón externo de corrección; pero ésta jamás ha sido la pretensión del positivismo, según el mismo Hart y como lo hemos visto, según también Austin, su predecesor, afirman.

Sólo haremos una observación y opondremos una objeción. En estas líneas se ilustra la confrontación típica entre un iusnaturalista y un positivista en términos de dos conceptos opuestos de validez; lo que Nino denominaría “validez” en sentido normativo y “validez” en sentido descriptivo. La primera concibiendo a la obligatoriedad –que se traduce como existencia- de las reglas a partir de ciertos fundamentos de moralidad, en particular cierto sentido de justicia; la segunda prescindiendo de todo fundamento moral y recurriendo sólo

¹⁷⁴ Idem, p.43. En respuesta a la pregunta: ¿Los nazis tenían derecho? Dworkin nos dice que ante el reclamo nihilístico de que en circunstancias como las descritas no hay derecho, podemos entender ese reclamo una vez que entendemos que las teorías del derecho son interpretativas: “Comprendemos que sostienen que las prácticas legales condenadas de esa forma no producen ninguna interpretación que pueda tener, dentro de cualquier moralidad política aceptable, un poder que la justifique”. Los nazis tuvieron derecho, pero sólo en sentido “preinterpretativo”. Dworkin, *El Imperio de la justicia*, op.cit., pp.81-83.

¹⁷⁵ Como punto de partida, Hart considera un caso que llegó a las cortes alemanas después de la caída del Tercer Reich. Bajo las leyes vigentes durante el régimen de Hitler, las personas podían ser condenadas a la pena de muerte por criticar abiertamente a los líderes del gobierno. Y en efecto, un hombre hizo tales comentarios a su esposa, diciéndole que hubiera sido mejor que Hitler hubiera muerto en el intento de homicidio perpetrado en su contra. En consecuencia su mujer lo delató ante las autoridades, siendo enjuiciado y sentenciado a muerte. No obstante, regresó al frente alemán. Después de la guerra, los tribunales alemanes procesaron a la esposa, por el cargo de lo que puede llamarse, privación ilegal de la libertad, de su marido. Su defensa consistió en afirmar que su conducta había sido apegada a leyes válidas en aquel momento. Ahora bien, de acuerdo con M. Bayles, la interpretación que hace Hart de las actuaciones y resoluciones del Tribunal en cuestión fueron incorrectas, pues éste sólo resolvió en el sentido de que la mujer no tenía derecho, porque no se le había exigido legalmente denunciar a su esposo. De cualquier modo, para sus propósitos, Hart presenta clara y de manera convincente sus argumentos. M. Bayles, op.cit., p.130.

¹⁷⁶ La idea de que la teoría jurídica tiene por sí misma una influencia causal, es difícil de entender. Delegar en el derecho [la teoría del derecho] la responsabilidad moral individual puede obedecer a teorías políticas equivalentes o a ciertas teorías psicosociales. Cfr. P. Soper, “La elección de una teoría jurídica con fundamentos morales”, en *Derecho y moral. Ensayos analíticos* (dir. y coord. Betegón y De Páramo). Ariel, Barcelona, 1990, p.52.

¹⁷⁷ El positivismo jurídico y el problema de la separación entre el derecho y la moral”, op.cit., pp.44,45. El mismo Radbruch, antes de la pública retractación que lo llevaría, como Bobbio diría, “a arrojar en los brazos del rechazado derecho natural”, asumía una posición similar, al sostener que resistir a las leyes era algo que se relacionaba con la conciencia individual, un problema por ende moral –y no jurídico-, de modo que la validez de una ley no se podía cuestionar demostrando que sus exigencias eran moralmente malvadas. Idem, p.41.

a elementos de hecho; conceptos excluyentes y por demás exhaustivos, que conducirían a una confrontación sin aparente solución.¹⁷⁸ Por otra parte, creemos cuestionable el argumento por reducción al absurdo introducido por Hart. En efecto, aunque cierto positivismo de raíz empirista ha sido la tesis dominante en la filosofía inglesa, si emprendemos un repaso histórico de las condiciones ideológicas o culturales del pueblo inglés difícilmente pueden ser éstas analogables a las condiciones de los alemanes de la primera mitad del siglo XX. Prueba de ello es la pervivencia secular de instituciones políticas con un acentuado carácter democrático en el primer caso; instituciones que sólo con mucha dificultad habrían de prosperar en el ámbito germano. En este orden de ideas, podría Radbruch dar un giro a su argumento y sostener que si bien sería excesivo considerar al positivismo “por sí” la causa de la carencia de sensibilidad moral en la Alemania de su tiempo, dado el campo de cultivo en el que esta corriente se difundió, muy bien pudo funcionar a la manera de catalizador de ciertas tendencias autoritarias o cuando menos contribuir a su preservación.¹⁷⁹ En este sentido, el argumento no incurriría en el aparente despropósito de sostener que en otras latitudes, el efecto del positivismo tuviera que ser idéntico. Sin embargo, es evidente, esta posición terminaría por socavar las pretensiones de universalidad que parecen desprenderse de las categóricas afirmaciones hechas por Radbruch, quien nunca ha querido hacer un análisis casuístico de carácter antropológico y localista, de los efectos que las creencias morales tienen sobre un sistema jurídico en una sociedad en específico.

vii. Objeción fundada en el criterio de utilidad

Ésta es una objeción indirecta, fundada en un criterio de utilidad o conveniencia. Haciendo a un lado las afirmaciones y objeciones previas, resulta singular que en el artículo analizado, Hart no principie abordando de manera inmediata los argumentos demostrativos de la separación entre derecho y moral o las objeciones a la tesis de la vinculación, sino apelando a la conveniencia de sostener la distinción. Después de todo, podemos sostener, es en este punto que Hart centra su argumento más importante contra la tesis de la vinculación, sustentada por Radbruch, tesis que, por su parte, parece también fundarse más en un criterio de conveniencia –aunque de naturaleza bien distinta- que en una justificación argumentada racionalmente, como más adelante lo subrayará el mismo Hart. Así pues –principia este último-, de acuerdo con los utilitaristas Austin y Bentham, es conveniente pensar que el derecho que es y el derecho que debe ser son entidades distintas¹⁸⁰; conservar dicha distinción puede ayudarnos a comprender la autoridad específica del derecho, evitar que el derecho escape a la crítica y observar con claridad los problemas derivados de la existencia de leyes no justificables en términos morales.¹⁸¹

En este orden de ideas, en *El concepto del derecho*, lo que está realmente en juego para Hart, es el mérito comparativo de dos maneras de clasificar reglas; una más restringida, la otra más amplia. La disyuntiva se da entre afirmar ‘Esto no es derecho en ningún sentido’

¹⁷⁸ Nino, op.cit., pp.134,135.

¹⁷⁹ Para P. Soper, el origen de estas tendencias autoritarias, que se manifiestan en el abandono de la responsabilidad moral del pueblo alemán, más que descansar en una teoría jurídica particular, reside en un acuerdo social para emitir y hacer cumplir las leyes. P. Soper, “La elección de una teoría jurídica con fundamentos morales”, en *Derecho y moral. Ensayos analíticos*, op.cit., p.53.

¹⁸⁰ “El positivismo jurídico y el problema de la separación entre el derecho y la moral”, op.cit., p.6. De acuerdo con la teoría moral proveniente del positivismo jurídico (que es en lo que se ha convertido una teoría originalmente conceptual sobre la distinción entre el derecho y la moral), la razón por la que tenemos que contemplar al derecho y a la moral como ámbitos separados, no se debe –al menos en su totalidad- a la lógica de nuestro lenguaje, sino a las implicaciones prácticas que se derivan de sostener alguno de los dos puntos de vista tradicionales sobre este tema. P. Soper, “La elección de una teoría jurídica con fundamentos morales”, en *Derecho y moral. Ensayos analíticos.*, op.cit., p.47. Que no se trata de la lógica de nuestro lenguaje ha quedado ya de manifiesto al tratar en líneas previas, de la pretensión del derecho como modelo coercitivo.

¹⁸¹ Idem, pp.6-13.

y aseverar 'Esto es derecho, pero es demasiado inicuo para ser obedecido o aplicado'. La elección entre alguna de estas formas dependerá —explica Hart— de que ésta sea superior en la forma en que auxilie nuestras indagaciones teóricas o promueva y aclare nuestras deliberaciones morales. Si adoptamos el concepto restringido, no ocurre ni lo uno ni lo otro; no se fortalece la resistencia frente al mal ante las amenazas del poder organizado, ni una comprensión más clara de lo que está moralmente comprometido cuando se exige obediencia.¹⁸² En cambio, optar por el concepto más amplio implica que al certificar que algo es jurídicamente válido, no resolvemos la cuestión de si se le debe o no obediencia, de manera que por grande que sea el halo de majestad o de autoridad del sistema oficial, sus exigencias tienen aún que ser sometidas a un examen moral. Esta idea es más probable que permanezca viva entre quienes piensan que las reglas jurídicas pueden ser inicuas, que entre aquellos que no lo creen así.¹⁸³ Una razón adicional y quizás más fuerte para preferir el concepto más amplio de derecho, es que negar reconocimiento jurídico a las reglas inicuas puede simplificar en forma excesiva y tosca la variedad de cuestiones morales a que ellas dan lugar. En un caso extremo, puede ocurrir que todo se reduzca a hacer lo que la moral exige y no plantearse en términos de validez jurídica, tomando la moral el lugar del derecho. La anarquía temida por autores como Bentham o Austin, al poder ser producto de o pretexto para esto, estaría a la vuelta de la esquina. Existen además problemas muy diferentes de moral y de justicia, que no pueden resolverse recurriendo a la negativa absoluta a reconocer que las leyes malas pueden ser válidas. En cambio, un concepto de derecho que permite distinguir entre invalidez e inmoralidad de las normas jurídicas, nos habilita para ver la complejidad y variedad de estas distintas cuestiones.¹⁸⁴ En el caso citado, sólo se genera confusión si se niega la calidad de normas jurídicas 'válidas' a disposiciones sancionadas siguiendo la forma establecida por el sistema. Si lo que deseamos es promover claridad y honestidad en la formulación de cuestiones teóricas y morales, en lugar de decir "Esto no es derecho", es preferible decir 'Esto es derecho; pero es demasiado inicuo para ser aplicado u obedecido'.¹⁸⁵

¹⁸² Hoerster coincide con Hart, al poner en duda si una definición planteada por la filosofía del derecho [entiéndase, por el iusnaturalismo], puede incrementar la resistencia contra la injusticia jurídica. Citado por Alexy, "Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral", en *Derecho y moral*, op.cit., p.123. Al parecer de M. Bayles, ésta es precisamente la piedra de toque y la preocupación principal en Hart. Cfr. Bayles, op.cit., p.128.

¹⁸³ *El concepto del derecho*, op.cit., pp.258-260. En este orden de ideas, en su tentativa por reivindicar la perspectiva del observador frente a la óptica adoptada por el *insider*, Laporta subraya la ventaja apuntada por Hart derivada de sostener el punto de vista amplio, al referirse a su justificación histórica: "Decir de ella [de una norma] que "es derecho válido pero inmoral" resulta un enunciado perfectamente idóneo a esos propósitos prácticos [su derogación]. Creo, además, que dichos propósitos están muy presentes en la historia misma del problema, que surge seguramente como problema frente a situaciones en las que de lo que se trataba era de poner en pie una plataforma para enfrentar el derecho empírico con pautas de moralidad crítica no reconocidas ni incorporadas a él. Lo que, desde el siglo XVIII, los *ilustrados* trataron de defender es la posibilidad de [asumir] actitudes críticas frente al poder político y la legislación vigente, y para hacer sitio a esa posibilidad fue para lo que advirtieron que el derecho podía ser inmoral y que decirlo con toda claridad no constituía ninguna contradicción en los términos. No me parece, por ello, superfluo vindicar una vez más a un observador externo capaz de dar sentido a una denuncia que se antoja extremadamente educadora y necesaria". Laporta, "Vindicación del observador crítico y aporía del iusnaturalista", en *Derecho y moral*, op.cit., pp.249,250.

¹⁸⁴ *El concepto del derecho*, op.cit., pp.260,261.

¹⁸⁵ *Idem*, p.256. De acuerdo con P. Soper, el teórico del derecho natural puede unir derecho y moral solamente a costa de revestir las disposiciones normativas oficiales de una autoridad moral inmerecida, es decir, exigiendo obediencia donde ésta no debería existir. Así las cosas, y de modo singular, desde el positivismo jurídico, el punto de vista del derecho natural debería rechazarse, sobre la base de argumentos morales. P. Soper, op.cit., 47. Por otra parte, pero en atención al mismo punto, no debería sorprender que los positivistas jurídicos tradicionales hayan sido líderes de movimientos reformistas de la ley, incluso de movimientos radicales. Porque el positivismo tradicional permite afirmar "Esta ley es moralmente defectuosa", es que no representa una barrera para cambiar esa ley. Cuando descubrimos que Austin (en alguna medida) y que Bentham (en una mucha mayor medida) fueron promotores de reformas a la ley, que MacCormick ha defendido vigorosamente el

Cuando pensamos en experiencias como las de la Segunda Guerra, comprendemos la pretensión de vincular al derecho con la moral. No obstante, dicha pretensión no constituye sino la expresión de una circunstancia deseable. Hart difícilmente diferiría de un *desideratum* como éste. La cuestión es que de lo que precede, no se desprende conexión alguna necesaria entre derecho y moral.¹⁸⁶ Hart es enfático al respecto, cuando sostiene que tratándose del alegato de estos autores, “más que argumento teórico contra la distinción de los utilitaristas, se trata de una exhortación apasionada que no se sustenta en un razonamiento analítico, sino en los recuerdos de una tremenda experiencia. Porque consiste en el testimonio de quienes descendieron al infierno, y como Eneas o Dante, vuelven con un mensaje para los seres humanos”.¹⁸⁷

Pese a lo anterior, no hay que olvidar que la “verdad” a la que Hart arriba, parte de un criterio de conveniencia similar al desarrollado por Radbruch. Si las cosas “son así”, es algo que en este momento deviene secundario.¹⁸⁸ La tipología recién introducida por Hart resulta útil. Parafraseando, podríamos distinguir al derecho natural del positivismo jurídico, diciendo que mientras el primero sostiene un concepto restringido de derecho, limitado a lo que consideramos derecho “justo” o “bueno” y dejando fuera del concepto toda regla “jurídica” inícuca, el segundo no distingue *prima facie* sobre la bondad de una regla o de un sistema, dejando por ende a alguna otra disciplina esta ulterior labor y comprendiendo por lo tanto, toda regla con independencia de su cualificación moral. En el primer supuesto, la obediencia a la regla deviene incondicional y sólo puede admitirse una transgresión fundándose en razones no morales; en el segundo, está prevista la desobediencia para ciertos casos de inmoralidad. Vistas así las cosas, iusnaturalistas y positivistas no muestran diferencias substantivas en el modo como conciben a los sistemas normativos. Es por lo menos no incompatible para ambos, pensar que un *standard* que pretende regular nuestra conducta, debe ajustar su contenido a cierta idea de lo que “debe ser”; de modo que ni unos ni otros aceptarían que una regla los obligara irrestrictamente por el hecho de ser derecho [positivo]. Para los dos sistemas, no representa un sinsentido sostener que cualquier norma que pretenda gobernar nuestro comportamiento debe atravesar por dos filtros, los representados por la moral y por el derecho. Cuando el partidario del derecho natural no concibe la desobediencia a una norma, no la concibe porque ésta ha sido o debió ser previamente aprobada en atención a sus méritos morales. Si el positivista quiere ser consecuente, debe permitir la desobediencia a reglas que siguiendo ciertos cauces, no necesariamente han atravesado por el filtro de la aprobación moral. En todo caso, parece

nacionalismo escocés, que Kelsen (un socialista judío que dejó Austria en 1930 y fue removido de su posición y forzado a dejar Alemania en 1933) redirigió la constitución austriaca en términos que impulsaran la toma democrática de decisiones y apoyaran el reconocimiento de derechos humanos, y que Hart mismo fue activo en la promoción de la social democracia y otras causas políticas a la izquierda del entonces (y ahora) prevaleciente centro político y que abogó por los derechos de privacidad para los homosexuales, mucho antes de que fuera común (o seguro) hacerlo, no nos debemos sorprender porque no exista inconsistencia entre su carácter progresivo y su positivismo e incluso debemos suponer que su positivismo, liberándolos de cualquier compromiso normativo con leyes o sistemas legales existentes, haya facilitado sus esfuerzos. Frederick Schauer, “Positivism as Pariah”, en *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism*, op.cit., p.37.

¹⁸⁶ Al referirse a la combinación de la tesis del observador que atiende a normas particulares, preguntando por una conexión definitoria y ejemplificarla con la teoría de Radbruch, incluso un teórico que se declara no positivista como Alexy, coincide al afirmar la inexistencia de nexo conceptual alguno. Alexy, “Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral”, en *Derecho y moral*, op.cit., pp.124,125.

¹⁸⁷ “El positivismo jurídico y el problema de la separación entre el derecho y la moral”, op.cit., pp.40,41.

¹⁸⁸ Después de todo, una perspectiva —la iusnaturalista, en este supuesto— no deviene falsa porque sus consecuencias sean moral o políticamente indeseables. Generar resistencia ante regímenes arbitrarios como el del Tercer Reich puede ser algo deseable, pero esto deja de relacionarse con el asunto de la verdad desde la óptica positivista. Más bien, tiene que ver con la adopción de una mejor toma de posición desde el punto de vista moral. Se trata en todo caso, de una evaluación moral de carácter instrumental. M. Bayles, op.cit., p.132. Quizás en este punto Hart se ha visto orillado a abandonar los estrechos límites de la teoría del derecho, para incursionar en el campo de la ética política.

[Escriba texto]

que, así las cosas, la diferencia no estriba sino en el orden de la certificación respectiva. Para un iusnaturalista, la certificación moral debe cronológicamente preceder a la jurídica; de otra manera, uno no se explica como puede sostenerse algo como “Esto no es derecho en ningún sentido”; pues si la calificación moral sobreviniera a la jurídica, nos encontraríamos sumidos en la confusión de no saber con certeza, cuales reglas si lo son y cuales sólo lo son en apariencia. Para el positivista, el orden de precedencia es inverso: la certificación jurídica precede a la moral, evidentemente sin pretender reemplazarla. Por otra parte, el iusnaturalista, en sentido propio, no pretende tampoco una substitución o subsunción (a menos, claro, que nos situemos en la hipótesis extrema descrita por Hart). Su tesis es dualista; lo que sí exige es la inversión de las certificaciones respectivas.¹⁸⁹ El problema que enfrenta el iusnaturalista en este punto tiene que ver con el diseño de mecanismos por los cuales se garantice que sólo se validan jurídicamente reglas “buenas” o “justas”. En sistemas jurídicos vigentes, en los que la legislación monopoliza buena parte de la producción jurídica, difícilmente dicha tarea ha sido cumplida a cabalidad por la legislatura y no se ve el modo de evitar que la certificación moral suceda a la jurídica o de asegurar lo contrario; todo ello en perjuicio de la certeza jurídica.¹⁹⁰ En cambio, el problema que enfrenta el positivista, tiene más que ver con la función legitimadora del término “derecho”. Radbruch quizás no se encuentre tan desencaminado cuando sostiene que el positivismo ha contribuido a conformar una conciencia acrítica y pasiva en los ciudadanos alemanes. Y es que la palabra “derecho”, nos agrade o no, connota alguna cualidad positiva; siempre impregnada de legitimidad, reviste a reglas, actos o instituciones de un prestigio del que carece la sola imposición de algo por la simple fuerza. No es fortuito que algunas veces se equiparara a lo “legal” con lo “justo”¹⁹¹; como tampoco lo es que el vocablo “legitimidad”, al tiempo que significa “justamente” o “correctamente”, también quiera decir *ex lege*: “lo establecido por la ley”, “jurídicamente”. *Legitimus*, lo mismo que “derecho”, tiene una pesada carga emotiva favorable; actuar “conforme a derecho”, es considerado como altamente valioso.¹⁹² La apelación al derecho es aún visible en contextos que como el nuestro, se caracterizan por un escepticismo popular generalizado frente a las reglas e instituciones de derecho o ante aquellos que desempeñan profesiones jurídicas. Dada esta asociación no neutral, quizás tendríamos que ser más cautelosos al reparar en la expresión característica del positivismo metodológico: ‘Esto es derecho; pero es demasiado inicuo para ser aplicado u obedecido’. Con frecuencia, podríamos sentirnos tentados a detenernos y no pasar de la primera proposición. Después de todo, ésta nos proporciona cierto alivio en lo que a la en ocasiones enfadosa deliberación de índole moral se refiere. Esta singular

¹⁸⁹ Los críticos de Hart argumentan que si ellos sostienen las mismas opiniones morales, no existe razón para pensar que un abogado positivista o iusnaturalista, sea necesariamente más proclive a resistir (ante leyes inmorales). M. Bayles, *op.cit.*, p.133. Desprendiendo consecuencias extremas de la precaria distinción entre positivistas e iusnaturalistas, George Wright sostiene que cuando se examina cuidadosamente el debate entre positivistas y no-positivistas, la impresión de centralidad del mismo, se desvanece. El resultado inevitable del debate deviene tanto teórica como prácticamente marginal, aislado, inconsecuente y estéril. El vínculo entre esta disputa y los debates más importantes en teoría del derecho (la existencia de una obligación moral *prima facie* de obediencia al derecho, la cuestión de la desobediencia civil o del reforzamiento legal de las normas morales de comportamiento, entre otros) carece de interés. George Wright, “Does Positivism Matter?”, en *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism*, *op.cit.*, pp.57 ss.

¹⁹⁰ Al respecto, como bien observa P. Soper, no hay algo en la tesis del derecho natural, que exija institucionalizar el proceso de verificación de la “justicia” del derecho en un forum particular, lo cual deviene problemático. P. Soper, *op.cit.*, p.53.

¹⁹¹ Cfr. v. gr. a Aristóteles, para quien lo justo es lo legal y lo equitativo. *Op. .cit.*, L.V., 1129b. Como Nino sostiene: “ ‘Derecho’ es una palabra con significado emotivo favorable. Nombrar con esta palabra un orden social implica condecorarlo con un rótulo honorífico y reunir alrededor de él las actitudes de adhesión de la gente”. *Op.cit.*, p.16.

¹⁹² *Diccionario jurídico mexicano*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México. Porrúa, México, 2004.

función presente en el término, no ha pasado inadvertida para un autor como Jürgen Habermas, quien sostiene que 'la indeterminación cognitiva que caracteriza a la moral racional, queda absorbida por la facticidad de la producción del derecho... el procedimiento parlamentario de producción legislativa, la praxis institucionalizada de las decisiones judiciales y el trabajo profesional de una dogmática jurídica que precisa las reglas y sistematiza las decisiones, significan para el individuo un alivio y descarga frente a las cargas cognitivas que representa para él el tener que formarse sus propios juicios morales'.¹⁹³ En efecto, aunque Hart nos ha alertado contra el riesgo que representa la sobrevaloración del derecho, Habermas ha enfatizado ciertos aspectos estructurales de los sistemas jurídicos, así como la forma en que inciden en la actitud que los individuos asumen en presencia de este género de reglas y procedimientos. Podría decirse que, en consecuencia, si bien Hart no ha sobrevalorado el derecho, quizás sí ha sobreestimado el afán de racionalidad en los sujetos de derecho, minando con ello su proyecto consistente en desarrollar un ensayo de sociología descriptiva, pretensión original de su ya clásica obra. Sin embargo, puede sostenerse en descargo suyo que en todo caso, esta racionalidad sólo obedece al ideal elemental vigente en toda vida comunitaria, de someter el derecho a un examen crítico.¹⁹⁴

viii. La carga emotiva como criterio de distinción

Una acotación importante en relación con el último punto. Se ha pretendido que la diferencia de posición entre partidarios del derecho natural y del positivismo jurídico reside en buena parte cuando menos en si se efectúa o no una valoración emotiva de las reglas. Contra esta actitud emocional ya nos ha advertido Hart cuando al objetar esta pretensión nos ha dicho que el derecho no debe sobreestimarse, sino sujetarse a la corrección moral, posición congruente con su positivismo metodológico, el que se define precisamente por su pretendido carácter a-valorativo. No obstante, es un hecho común que si una regla de derecho produce un efecto emotivo favorable en alguien, cuando se encuentre con una regla a la que no se adhiere, su reacción típica será decir: "Esto no es derecho en ningún sentido"; diremos de alguien así que se trata de un iusnaturalista. De modo similar ocurriría con alguien a quien cierto término provocara alguna aversión.¹⁹⁵ Si en cambio partimos de un vocablo al que se atribuye una carga emotiva positiva, al encontrar objetos a los que se designa con dicho término, pero que no comparten dicha cualidad favorable, preferimos

¹⁹³ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso* (trad. de Manuel Jiménez Redondo). Trotta, Madrid, 1998, pp.180,181.

¹⁹⁴ Aquí tal vez hay algunas cuestiones sociológicas específicas de las sociedades germanas que Radbruch no tomó en cuenta. En otros lugares, como España o Italia y algunos países latinoamericanos, la palabra "derecho" no tenía – y según yo, sigue sin tener – esa connotación positiva. Como decía Nino, se trataba de países anómicos (no propensos, o incapaces, de seguir normas), al menos Argentina. En cambio, en Alemania la cultura de la obediencia es más intensa desde hace más tiempo. Es un apunte de sociología *folk*, pero quizá sirve para explicar por qué le parece a Radbruch que el término "derecho" tiene esa connotación positiva y por qué a otros les parece que "derecho" está desprovisto de esa connotación positiva e incluso puede llegar a tener una connotación hostil. Es oportuno reconocer en este punto, que las creencias acerca del papel legitimador de la regla de derecho en nuestras sociedades son en efecto fluctuantes de tiempo en tiempo, variando también con las diferentes regiones o con los distintos estratos socio-culturales. Baste recordar que en pleno crisol de la sociedad novohispana, en el siglo XVII, era muy común referirse a las directivas provenientes de la metrópoli ibérica, a partir del principio del gobierno virreinal que rezaba: "Obedézcase, no se cumpla". Tampoco es casual que un autor alemán como Habermas comparta el concepto legitimador del derecho de Radbruch, tan diametralmente opuesto al existente en nuestras sociedades latinoamericanas, aunque como he dicho, no del todo ajeno.

¹⁹⁵ En nuestros días el término "político" se asocia cotidianamente con otros como "corrupción", "oportunismo", "egocentrismo", "búsqueda del propio interés", entre otros. Asumamos que alguien se encuentra con un "político" que -caso insólito, al menos así parece- actúa sobre bases éticas, procurando ventajas para la colectividad, al representar en efecto el interés de los electores. Se ve entonces tentado a decir: "Éste no es un político" y por no encontrarle mejor nombre, le llama "estadista".

cambiar la designación por otra, restringiendo el significado original del término. A la inversa, si partimos de un vocablo al que se atribuye una carga emotiva adversa, al encontrar objetos a los que se designa con dicho vocablo, pero que no comparten dicha cualidad desfavorable, procedemos de modo semejante, produciendo consecuencias también similares. En supuestos tales, nuestras creencias o posiciones particulares terminan por modificar al lenguaje, redefiniéndolo; al restringir o bien ampliar el campo de aplicación de las palabras.¹⁹⁶ Y no es que el lenguaje se oponga a la realidad, sino que su configuración en ocasiones obedece a nuestro concepto de lo que la realidad debería ser, a nuestros ideales o aspiraciones. Y esto también es, por supuesto, desde un enfoque más comprensivo, parte de la realidad misma.

4) Los elementos valorativos en la resolución judicial

Las dos pretensiones de conexión entre moral y derecho descritas a continuación son muy similares, toda vez que ambas se refieren al proceso de aplicación de reglas a casos específicos o bien a aspectos que rodean dicho mecanismo, posibilitándolo. No obstante, subsiste una diferencia. Mientras en la primera pretensión Hart se centra en ciertos elementos valorativos que se hacen presentes en el ejercicio de la función jurisdiccional, en la segunda lo que le interesa subrayar es una serie de rasgos que condicionan en un sentido lógico el empleo de reglas. Ambas pretensiones se encontraban ya implícitas en las llamadas provisiones de justicia procesal, que pueden considerarse “necesarias” en todo sistema jurídico, a partir del multicitado artículo de nuestro autor.¹⁹⁷

a) La tesis de los elementos valorativos

La primera de estas pretensiones es del tenor siguiente:

Las normas jurídicas, en razón de su textura abierta, exigen interpretación al momento de su aplicación a casos concretos. Los jueces no eligen ni arbitraria ni mecánicamente; al resolver, despliegan virtudes características como imparcialidad y neutralidad, consideración de intereses de todos los afectados y una preocupación por desarrollar algún principio general aceptable como base razonada de la decisión. Aparecen ‘ponderación’ y ‘balance’ para hacer justicia en medio de intereses en conflicto. De modo que la decisión puede implicar con frecuencia una elección entre valores morales.¹⁹⁸

La teoría clásica del silogismo que sostiene una aplicación mecánica de reglas ya dadas a casos también conocidos para producir una sentencia por efecto de una mera conclusión lógica, ha encontrado sus críticos desde la Antigüedad. Aristóteles ya nos dice que lo equitativo opera como “una corrección de la justicia legal” y la causa de esto proviene de “la naturaleza... de las cosas prácticas” y no de una defectuosa labor legislativa. Lo

¹⁹⁶ Recordemos a propósito de esto la afirmación de Wittgenstein, ya citada: “Los límites de mi lenguaje, son los límites de mi mundo”. Si bien en el ejemplo citado, el ámbito de la palabra “político” se reduce, el del término “estadista” experimenta una ampliación. Desde el iusnaturalismo una reducción así acontece con el término “derecho”; una expansión del término se da, a partir del positivismo jurídico.

¹⁹⁷ “El positivismo jurídico y el problema de la separación entre el derecho y la moral”, op.cit., pp.54,55.

¹⁹⁸ *El concepto del derecho*, op.cit., pp.252,253. Lucas hace uso del argumento previo, aunque como un caso específico del argumento más general que sostiene la influencia de la moral sobre el derecho y sin subrayar el papel interpretativo de los jueces. Nos dice que por siglos, la *Court of Equity* buscó remediar la inequidad legal, de modo que los jueces rechazaron arribar a resoluciones desproporcionadas, no simplemente porque ellos sean hombres agradables o porque, como en Suiza, deban hacerlo por Estatuto, sino porque el derecho, creen ellos, tiene que ser consistente con la moralidad y puede ser un derecho menos bueno, si no es así. Lucas, op.cit., p.97.

equitativo consiste así en “una corrección de la ley en la medida en que su universalidad la deja incompleta”¹⁹⁹, correspondiendo típicamente su ejercicio al juez.

En consecuencia, aunque Hart se refiere a la pretensión como “interpretación”, lo que el argumento resalta no es tanto el esquema o proceso de comprensión de textos o hechos, sino el tipo de criterio empleado por el juzgador al resolver casos. Ross arriba a resultados similares, desde lo que considera una óptica analítico-descriptiva, exponiendo lo que piensa, acontece cuando el juez enfrenta el problema práctico de decidir sobre el ejercicio de la fuerza en contra de un demandado (o acusado). Critica –por simplificar excesivamente- la teoría positivista-mecanicista del silogismo jurídico, que asimila al juez con un autómata que sólo actúa racionalmente, para transformar en forma mecánica reglas y hechos en decisiones. Con respecto al tema que particularmente nos concierne, la teoría se torna psicológicamente insostenible, pues el juez no sólo actúa bajo la premisa de una absoluta obediencia al derecho (conciencia jurídica formal): “A sus ojos la ley no es una fórmula mágica, sino una manifestación de los ideales, actitudes, *standards* o valoraciones que hemos denominado tradición cultural. Bajo el nombre de conciencia jurídica material esta tradición vive en el espíritu del juez, y crea un motivo que puede llegar a entrar en conflicto con la conciencia jurídica formal y su reclamo de obediencia al derecho... En la medida de lo posible el juez comprende e interpreta la ley a la luz de su conciencia jurídica material, a fin de que su decisión pueda ser aceptada no sólo como “correcta” sino también como “justa” o “socialmente deseable”... La conciencia jurídica material está presente en todas las decisiones... Podemos decir, en definitiva, que la administración del derecho no se reduce a una mera actividad intelectual. Está arraigada en la personalidad total del juez, tanto en su conciencia jurídica formal y material como en sus opiniones y puntos de vista racionales...”²⁰⁰

Una breve aclaración. Como podemos observar, Ross vincula la tesis clásica del silogismo jurídico, expresión misma de la racionalidad que connota, con el positivismo jurídico. Para comprender la naturaleza de dicho vínculo, recurramos a la caracterización proveniente de un positivista contemporáneo, para quien la palabra “positivismo” designa un conjunto de corrientes filosóficas y científicas, cuyo origen común es el gran movimiento cultural del s. XVIII conocido como “Ilustración” o “Iluminismo”.²⁰¹ Desde entonces, nos dice este autor, se pensó que al desarrollar el hombre confianza en su propio entendimiento y en la autonomía de su razón, abandonaba simbólicamente la minoría de edad, siéndole ahora posible comprender de manera autónoma y con independencia de toda religión o autoridad, el sistema del mundo.²⁰² Puede así verse la crítica de Ross, como dirigida a cierto género de positivismo que hundiéndose sus raíces en el Iluminismo, agota su perspectiva en las operaciones exclusivamente racionales por parte del juzgador. De cualquier manera, insistimos en este punto, ésta constituye una posición extrema, toda vez que por lo menos ningún positivista jurídico importante –incluyendo al mismo Hart- ha negado el papel desempeñado por todo tipo de consideraciones valorativas en relación con el derecho; en particular, al momento de intentar comprender el significado de las reglas o de los hechos relacionados con la aplicación del derecho. De aquí que, en este sentido, la crítica de Ross no nos parezca del todo pertinente.

¹⁹⁹ Aristóteles, *Ética nicomáquea*, op.cit., 1137b.

²⁰⁰ Ross, op.cit., pp.131-135.

²⁰¹ Ulises Schmill O., “El positivismo jurídico”, en Garzón Valdés/Laporta (comp.). *El derecho y la justicia*. Trotta, 2ª ed., Madrid, 2000, pp.65,66.

²⁰² Idem, p.66.

b) Objeción a la tesis

Pese al importante papel que los principios morales desempeñan en el razonamiento judicial, han recibido casi tanta transgresión como acatamiento, por lo que difícilmente pueden fundar una conexión necesaria entre derecho y moral.²⁰³

En oposición a esta objeción, Ross sostiene que la conciencia jurídica material está presente en todas las decisiones [judiciales], de modo que no parece diferir de la proposición vinculativa de índole iusnaturalista. Si dicha conciencia material comprende elementos morales, como Ross afirma, la conexión entre derecho y moral parece estar dada. Empero, creemos, la naturaleza de dicha conexión difiere cuando un iusnaturalista afirma el argumento inicial y cuando lo hace un realista como Ross. Porque una cosa es decir que el juez al decidir recurre siempre a un contexto valorativo-justificatorio-aspiracional (tesis de Ross) y otra muy distinta es pretender, desde una perspectiva teleológica, que las resoluciones provenientes de jueces se encuentran, por ser derecho, ajustadas a principios morales (tesis del derecho natural). En un afán de criticar la objeción positivista, sin darse cuenta, Ross se aproxima tanto al extremo opuesto, que termina por sostener una tesis que podría pasar por iusnaturalista, sin serlo.

La objeción de Hart tiene en la mira el trasfondo iusnaturalista de la afirmación y no la caracterización de contenido realista de Ross. Existe una conexión entre moral y derecho; quizás incluso una conexión necesaria, como Ross o el mismo Hart podrían conceder. Pero no el tipo de conexión necesaria que postularía un iusnaturalista (conexión justa y objetiva) a partir de un argumento teleológico. No deja de ser cierto que la decisión proveniente de un hipotético juez malvado, emitida conforme a normas de competencia y de procedimiento válidas, sería concebible, toda vez que no en atención a la primera y desafortunada circunstancia, dejaría tal sentencia de constituir derecho vinculatorio entre las partes. La pretensión original constituye la expresión de una situación deseable; empero, si algún juez, como efectivamente acontece, traiciona dichos principios, la decisión emitida sigue siendo derecho, lo mismo que la decisión proveniente de un juez que ha acatado dichos principios morales. Una cosa es el derecho que es; otra, el derecho que nos agradaría que fuera. La tesis de la vinculación no queda acreditada.²⁰⁴

5) La moral interna del derecho

En todo sistema jurídico se realiza necesariamente un mínimo de justicia, al ser la conducta controlada mediante reglas generales que se hacen conocer públicamente y son judicialmente aplicadas. Al aplicar una regla general de derecho a multiplicidad de personas, sin hacer distinciones arbitrarias, tenemos tal germen de justicia 'natural'; imparcialidad asegurada por principios procesales. Las reglas han de ser inteligibles, poder ser obedecidas por la mayoría y en principio, no ser retroactivas, de modo que los destinatarios tengan la posibilidad de acatarlas. A estos aspectos del control mediante reglas se le ha denominado 'la moral interna del derecho'.²⁰⁵

Esta pretensión no es del todo ajena a Hart, quien ha hecho referencia previamente a este género de justicia procesal, con motivo de una distinción conceptual entre dos clases de justicia: una justicia intrínseca del derecho o de la norma en sí y una justicia en la aplicación del derecho. Una norma se aplica justamente, con imparcialidad, si se aplica a todos y cada

²⁰³ *El concepto del derecho*, op.cit., p.253.

²⁰⁴ Como bien lo sostiene M. Bayles, a este argumento se puede oponer el uso equívoco que la noción "debía ser" comporta. No obstante, dicho uso ya lo expusimos al tratar de la tesis vinculatoria, fundada en el análisis del Derecho en términos de un modelo coercitivo. Cfr. M. Bayles, op.cit., p.127.

²⁰⁵ *El concepto del derecho*, op.cit., pp.254,255.

uno de aquellos que incurren en el supuesto previsto por la norma. En otros términos, cuando el derecho es aplicado a todos aquellos sujetos, y sólo a aquéllos, que son iguales en los aspectos relevantes señalados por el derecho mismo. Visto esto, nada hay de absurdo en sostener que una ley injusta pueda ser administrada con justicia.²⁰⁶

a) La tesis de Fuller de la moral interna

Esta tesis ha sido sustentada por Lon Fuller y consiste en una serie de principios o requerimientos mínimos de lo que el mismo autor llama también “legalidad”, “moral legal” o “derecho natural procesal”, en oposición a un “derecho natural sustantivo”, que correspondería en todo caso a una especie de “moral externa” del derecho, caracterizada por perseguir objetivos substanciales (como la equidad, por citar un ejemplo mencionado por el mismo autor).²⁰⁷ Al tratar Fuller de la moral que hace posible el derecho (la moral interna), sostiene que el intento de crear y mantener un sistema de normas legales, puede frustrarse por lo menos de ocho modos diferentes, modos cuya ausencia da lugar, por ende, a la existencia de ocho requisitos o principios imprescindibles en todo orden jurídico. Estos obstáculos son: no crear leyes, no publicarlas, legislar retroactivamente, crear leyes incomprensibles, promulgar leyes contradictorias, crear leyes de cumplimiento imposible, introducir cambios muy frecuentes en las leyes y faltar a la congruencia entre las reglas promulgadas y su verdadera administración.²⁰⁸ Agrega más adelante: “Un fracaso total en cualquiera de estos sentidos no produce simplemente un mal sistema de derecho, sino que produce algo que no puede llamarse propiamente un sistema jurídico...”.²⁰⁹ Atribuyendo una naturaleza moral al deber de obediencia a las reglas jurídicas y apelando así a una conexión necesaria entre moral y derecho, concluye el mismo autor: “Realmente, no puede haber una base racional para aseverar que un hombre puede tener obligación moral de obedecer una norma legal que no existe, o que se mantiene en secreto para él, o que se creó después de que hubo obrado, o que era ininteligible, o estaba en contradicción con otra ley del mismo sistema, u ordenaba lo imposible, o cambiaba a cada minuto”.²¹⁰

b) Objeción a la tesis

De acuerdo con Hart, si la conexión necesaria entre derecho y moral consiste en lo expuesto en el primer párrafo de este apartado, podemos aceptarla. De cualquier modo, dicho vínculo es compatible con una enorme iniquidad.²¹¹ Las razones de ello han sido ya antes expuestas por Hart: es posible, preservando la “viabilidad” del sistema, que sólo algunos que aceptan voluntariamente las reglas, apliquen imparcialmente (adoptando mecanismos

²⁰⁶ Idem, pp.198-200. De cualquier modo y en esto coincidimos con el criterio de M. Bayles, esta forma de relación no sólo incluye, sino que es más amplia que la justicia administrativa en Hart. M. Bayles, op.cit., p.124.

²⁰⁷ Fuller, op.cit., pp.109-111.

²⁰⁸ Idem, p.49.

²⁰⁹ Loc.cit. Obsérvese el notable aire de familia con las tesis de Blackstone o Radbruch. El argumento de este último, recordemos, sostiene: “...donde ni siquiera una vez se pretende alcanzar la justicia, donde la igualdad que constituye la médula de la justicia es negada claramente por el derecho positivo, allí la ley no solamente es derecho injusto, sino que carece más bien de toda naturaleza jurídica. Pues no se puede definir al derecho, aún al derecho positivo, de otra manera que como un orden o institución que por su propio sentido está determinado a servir a la justicia”. Radbruch, op.cit., p.38. Esta similitud no es casual. Se trata de argumentos iusnaturalistas de carácter teleológico: si el derecho cumple a cabalidad con lo que debe ser, entonces existe. No acontece así en el supuesto inverso. Por otra parte, es de llamar la atención que, en referencia a la tesis de Fuller de la moral interna, sostenga Vigo, en apoyo de dicha tesis, algo como lo que sigue: “Nos parece importante destacar que estamos ante principios con presencia anterior y regulatoria de la creación normativa positiva, y cuya violación compromete la viabilidad del ordenamiento jurídico”. La inconsistencia del párrafo transcrito es manifiesta: la violación de la moral interna compromete, desde la perspectiva de Fuller, no sólo la viabilidad del sistema jurídico (argumento que no desagradaría a Hart), sino su existencia misma. Cfr. Vigo, op.cit., p.97.

²¹⁰ Fuller, op.cit., p.49.

²¹¹ *El concepto del derecho*, op.cit., pp.255,256.

de control legal como los descritos) leyes opresivas contra otra parte de la población. En circunstancias tales, el sistema jurídico resultante conserva aún su sentido. A partir de esto, pueden no resultar conformes aquellos que postulan la necesidad de este género de conexión.²¹²

Crítica a la objeción.

i. La primera referencia a este argumento de Hart, como se recordará, la hemos presentado como la objeción a una aproximación a la idea de “necesidad”, basada esta noción en una serie de provisiones substantivas y procesales.²¹³ En este punto, nos permitimos hacer la crítica al argumento de Hart, que ahora reformularemos. Y es que aunque sea posible aplicar justamente normas manifiestamente injustas, en tal caso se incurre en lo que el mismo Hart denominaría una injusticia “por compensación” o de daños, caracterizada por la presencia de privilegios o inmunidades inequitativos en provecho de cierto segmento de la población. Por esa razón reiteramos: una ley opresiva nos parece por lo menos cuestionable como provisión que prohíbe la violencia y protege formas mínimas de propiedad, objetivos que pueden considerarse substanciales, toda vez que si lo hace, tutela sólo los intereses de cierto sector, en menoscabo de los intereses de otros grupos. Creemos en consecuencia, que el argumento de Hart, por esta vía, no consigue refutar la pretensión contenida en el argumento de la moral interna del derecho.

ii. Por otra parte, Hart mismo tendría que admitir, que tratándose de la aplicación de la ley, siempre será preferible la aplicación imparcial de leyes injustas, que la aplicación parcial de leyes injustas. Puede tratarse de un valor mínimo, pero siempre se perderá más cuando una norma injusta por su contenido, se aplica arbitrariamente, que cuando se aplica con imparcialidad.

c) Réplica de Fuller

Fuller, refiriéndose a esta objeción, afirma que la misma equivale a “la negación más explícita de cualquier acción recíproca posible entre la moral interna y la externa del derecho”²¹⁴; en otros términos, a la ausencia de interrelación entre cumplir lo que la legalidad prescribe, que se traduce en el acatamiento de la moral interna del derecho y la consecución de objetivos substanciales, objeto de la moral externa. Es posible al parecer, a partir del ejemplo aducido por Hart, adherirse a la moral legal sin que esto incida en el segundo tipo de moral. De aquí que en lo sucesivo, Fuller se abocará a mostrar la forma como efectivamente interactúan ambos tipos de moral; pues una cosa es reconocer que la moral interna pueda apoyar y dar eficacia a una extensa variedad de fines substanciales, incluso opuestos – algo que Fuller admite, ejemplificándolo con el caso de la anticoncepción- y otra muy distinta, es creer que puede adoptarse cualquier fin substancial sin comprometer la legalidad –suposición atribuida a Hart en la citada objeción-. Lo primero que intenta es restablecer los puntos de contacto entre ambos géneros de moral y no tratar –como lo atribuye a Hart y en general a los positivistas- los temas de moral legal, como si fueran de importancia meramente secundaria.²¹⁵ Los casos a los que recurre tienen que ver con cuestiones como sostener que un hombre es más responsable, en tanto se ve obligado a enunciar los principios por los cuales obra o en el hecho de que si un legislador intenta eliminar algún mal, sin poder identificar la meta a la que se dirige la ley, no podrá formular fácilmente leyes claras o bien, con casos en que los derechos legales dependen de la raza,

²¹² Idem, pp.247,248,199,200. Como sostiene J. Lucas, no hay incoherencia -falta de sentido, diría Hart- en suponer reglas que siendo promulgadas por un cuerpo legislativo, sean contrarias a todo principio de moralidad. Cfr. Lucas, op.cit., p.86.

²¹³ “El positivismo jurídico y el problema de la separación entre el derecho y la moral”, op.cit., pp.52-56.

²¹⁴ Fuller, op.cit., p.171.

²¹⁵ Idem, pp.171,172.

en los cuales al estudiar la legislación, se observa una burda desviación de los requisitos de la moral interna del derecho.²¹⁶

Observación a la réplica. En ejemplos como éstos, hechos a la medida de la pretensión correspondiente, se advierte que no existe legalidad en los términos propuestos por Fuller, toda vez que falta claridad o publicidad en la legislación expuesta, característica que en dichos ejemplos concurre con la persecución de objetivos substanciales injustos, lo que le interesa subrayar a este autor. Pero resulta que si recurrimos al análisis de contraejemplos, dicha coincidencia se revela sólo de naturaleza contingente; podría acontecer –como ya se ha insistido sobremanera- que para la persecución de objetivos substanciales inicuos, las reglas jurídicas cumplieran satisfactoriamente con todos los requerimientos expuestos por Fuller. Cuando, por citar un caso, una norma jurídica ordena la repatriación de todos aquellos inmigrantes nacidos en territorio extranjero, atendiendo a motivos eugenésicos o racistas o cuando la legislación no permite que se practique el aborto para casos de riesgo de la vida de la madre, seguramente se tratará para muchos de reglas a todas luces injustas y que sin embargo, pueden de hecho cumplir con todos y cada uno de los requisitos exigidos por la moral interna del derecho, incluyendo entre éstos, ser claras y estar publicadas en tiempo y forma. En supuestos como éstos, se pone de manifiesto la no existencia de una conexión necesaria entre dos niveles que pueden operar con independencia, el de la moral interna y el de la moral externa del derecho y no por ello, se niega la posible acción recíproca que eventualmente pudiera presentarse entre objetivos substanciales y legalidad, ejemplificada en casos como los presentados por Fuller.

Crítica a la réplica. Complementando lo ya dicho, creemos que la afirmación de Fuller en el sentido de que la objeción hecha por Hart equivale a “la negación más explícita de cualquier acción recíproca posible entre la moral interna y la externa del derecho” no escapa a la crítica. Primero, porque no queda muy claro si decir que una ley injusta puede aplicarse con justicia o que una ley justa puede administrarse injustamente, en otros términos, si la distinción lógica entre la justicia intrínseca de una regla y la justicia procedimental, equivale efectivamente a negar la existencia de nexo alguno entre las morales interna y externa del derecho. Nos parece que Hart sólo admite la disyunción previa a manera de posibilidad, aunque de ninguna manera exhaustiva, de modo que con ello no ha negado la también posible interacción entre la moral externa e interna del derecho. Dicho de otro modo, la tesis de Hart es compatible con la afirmación de que pese a que la persecución de objetivos substanciales y la legalidad se encuentran en planos distintos, pueden existir o no puntos de contacto. A este autor no le interesa ir más lejos, pues lo único que requiere –desde su particular positivismo- es mostrar una contingencia que a su vez rechazan aquellos teóricos que como Fuller, pretenden una conexión necesaria entre ambas morales.²¹⁷ Por lo anterior,

²¹⁶ Idem, pp.176,177. M. Bayles hace consistir la réplica a la objeción de Hart, por parte de Fuller, en dos argumentos generales, que sostienen lo siguiente: (1) Un sistema legal es esencial para la gente, para establecer relaciones morales entre ellos y (2) Estos principios representan un compromiso de los legisladores de regular a los ciudadanos, conforme a reglas generales previamente establecidas. Después desarrolla sendas objeciones a ambos. Sólo diremos que sin negar la argumentación por parte de Fuller, la réplica propiamente la constituyen los argumentos y contraejemplos descritos en las líneas previas y no los dos argumentos mencionados. Asimismo, con respecto a (2), Jean Jacques Rousseau ya sostenía –como lo hace Bayles- que la moralidad es algo que no nace con el contrato social, sino es algo que le precede, preexistiendo con el originario estado de naturaleza, arquetípico reino de la moralidad. Cfr. G. Fassó, *Historia de la Filosofía del Derecho*, op.cit., t.II, pp.241 ss.

²¹⁷ La disyunción se presenta lógicamente entre necesidad y contingencia de la conexión. A partir de esta categoría dicotómica, decir no-contingencia no puede significar sino necesidad. Por ello diferimos de la posición ambigua que asume M. Bayles, quien sin querer comprometerse con la tesis de la relación necesaria, sostiene que los requisitos de la moral interna del Derecho establecen una conexión “no-contingente” entre derecho y moral. Y esto, pese a haber afirmado poco antes, que “Hart está también en lo correcto al afirmar que ellos -los requerimientos normativos fundamentales de la ley- son compatibles con fines malvados” (conexión contingente).

la demostración que efectivamente efectúa este autor, de que existen conexiones variadas entre los dos tipos de moral, no consigue refutar la afirmación hecha por Hart en su objeción, pues su crítica se dirige a un blanco en realidad inexistente. Por otra parte, cabría preguntarse si en aras de ser consecuentes, cuando afirmamos que la moral interna puede apoyar fines incluso contrapuestos, como Fuller lo sostiene, no deberíamos suponer también, que no es factible que la persecución de cualquier tipo de fin pudiera hacer peligrar la legalidad, por inicu que aquél fuera.

d) Objeción de Raz a la tesis

i. La idea del Estado de Derecho²¹⁸

Joseph Raz parte de la idea del Estado de Derecho, para cuestionar la tesis de Fuller de la moral interna. Para Raz, “Estado de Derecho” significa, en su sentido más amplio, que la gente debe obedecer al derecho y regirse por él; en su acepción restringida, tanto política como jurídica, quiere decir que el gobierno debe ser regido por el derecho y sometido a él.²¹⁹ Ahora bien, de la idea fundamental del Estado de Derecho se pueden desprender una serie de principios, algunos de los cuales son enumerados de manera no limitativa por Raz:

- i. Todas las disposiciones jurídicas deben ser prospectivas, abiertas y claras.
- ii. Las disposiciones jurídicas deben ser relativamente estables.
- iii. El establecimiento de disposiciones jurídicas particulares (órdenes jurídicos particulares) debe ser guiado por disposiciones jurídicas abiertas, estables, claras y generales.
- iv. La independencia del poder judicial tiene que ser garantizada.
- v. Los principios de la justicia natural tienen que ser observados.
- vi. Los tribunales deben tener poderes de revisión sobre la implementación de los otros principios.
- vii. Los tribunales deben ser fácilmente accesibles.
- viii. A los órganos de prevención criminal dotados de discrecionalidad no se les debe permitir pervertir el derecho.²²⁰

La similitud con los requerimientos de la moral interna del derecho, enunciados por Fuller, resulta notoria. Algo que hay que considerar, sin embargo, es que dichos principios no son entendidos como autónomos, sino como condicionados por una noción fundamental, que debe orientar su interpretación: la intuición básica que deriva del Estado de Derecho de que el derecho debe ser capaz de proveer una guía efectiva del comportamiento de los destinatarios de las normas.²²¹

²¹⁸ Es necesario hacer una aclaración terminológica. En nuestra tradición jurídica no existe una traducción precisa de la “Rule of Law” anglosajona, que tiene un sentido sumamente exigente, normativamente hablando. Al ser el “Estado de Derecho”, noción ya acuñada en nuestros sistemas jurídicos, la que más se aproxima a nuestras prácticas, principios e instituciones y por denotar el vocablo “Law” mucho más que la ley misma, prefiero recurrir al término citado.

²¹⁹ Joseph Raz, *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral* (trad. de Rolando Tamayo y Salmorán). Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1982, p.265. Un buen ejemplo del segundo tipo de acepción, en el que ya se prefigura la semejanza con la tesis de Fuller de la moral interna, así como con los principios del Estado de Derecho que habrán de ser enunciados por Raz, es el proporcionado por F. A. Hayek, citado por Raz mismo como una de las formulaciones más claras y más llenas de fuerza de la idea del Estado de Derecho: “Despojada de todo tecnicismo significa que el gobierno está vinculado por normas fijadas y publicadas de antemano –normas que hacen posible prever, con bastante certeza, como usará la autoridad sus poderes coercitivos en determinadas circunstancias y planear los asuntos de los individuos con base en este conocimiento” (*The Road to Serfdom*, Londres, 1944, p.54). Op.cit., p.263.

²²⁰ Idem, pp.268-272.

²²¹ Idem, pp.267,273.

ii. El valor del Estado de Derecho

El Estado de Derecho carece de contenido específico, de modo que por sí no constituye un bien, pues puede servir para los propósitos más variados. Como Raz sostiene: “Es evidente que esta concepción del Estado de Derecho es una concepción formal. No dice nada sobre como debe ser creado el derecho: por tiranos, mayorías democráticas, o de cualquier otra forma. No dice nada sobre los derechos fundamentales, igualdad o justicia”.²²² Como un poco antes ha abundado al respecto: “Un sistema jurídico no democrático, basado en la negación de derechos humanos, en una gran pobreza, en segregación racial, en desigualdad sexual y en la persecución religiosa puede, en principio, conformarse a los requerimientos del Estado de Derecho mejor que cualquiera de los sistemas jurídicos de las más ilustradas democracias occidentales. Esto no significa que este sistema sea mejor que aquellas democracias occidentales. Sería un sistema jurídico inconmensurablemente peor, pero sobresaldría en un aspecto: en su conformidad con el Estado de Derecho”.²²³

iii. Objeción a la tesis

Según lo presenta Raz, Fuller ha sostenido que los principios del Estado de Derecho que él enumera [requerimientos de la moral interna] son esenciales para la existencia del derecho. Aunque acepta que pueden ocurrir desvíos del ideal del Estado de Derecho, niega que éstos puedan ser radicales o totales. Existe por ende un vínculo esencial entre moral y derecho; así, el derecho es necesariamente moral, por lo menos en ciertos aspectos o hasta cierto grado.²²⁴

Raz concede que la mayoría de los principios enumerados en su propia concepción del Estado de Derecho no pueden ser completamente violados por algún sistema jurídico.²²⁵ No obstante, piensa Raz que no existe, de manera necesaria, un valor moral en todo sistema jurídico. El argumento lo presenta en estos términos: “El Estado de Derecho es esencialmente un valor negativo [o más bien neutral, como aseverará Raz más adelante²²⁶]. El derecho inevitablemente crea un gran peligro de poder arbitrario —el Estado de Derecho está hecho para minimizar el peligro creado por el propio derecho—. De forma similar, el derecho puede ser inestable, oscuro, retroactivo, etcétera, y, así, infringir la libertad y la dignidad de las personas. El Estado de Derecho está destinado, también, a impedir este peligro. Así, el Estado de Derecho es una virtud negativa en dos sentidos: la conformidad a él no causa bien, salvo impidiendo el mal y el mal que se evita es el mal que únicamente pudo haberse producido por el propio derecho”.²²⁷ Explicamos un poco más este último punto recurriendo a una analogía empleada por el mismo Raz. En términos aristotélicos, así como la excelencia específica de un cuchillo es ser filoso, con independencia del fin para el que se utilice el cuchillo en cuestión, la conformidad al Estado de Derecho es el más importante valor inherente a las reglas jurídicas; “Por tanto, el Estado de Derecho es la específica excelencia del derecho” y esto con independencia de los propósitos a los que sirva el derecho como derecho.²²⁸ Dicho esto, concluye Raz: “El intento de Fuller por establecer una conexión necesaria entre el derecho y la moral falla. Toda vez que la conformidad al Estado de Derecho es una virtud moral, el Estado de Derecho es un ideal

²²² Idem, p.267.

²²³ Idem, p.264.

²²⁴ Idem, p.278. Aunque el Estado de Derecho es un ideal, para un positivista excluyente como Raz, se trata de un ideal que opera bajo estándares similares a los de la moral interna del derecho, postulados por Fuller, lo cual no es de extrañar, toda vez que dicho ideal precisa de reglas, principios e instituciones, como las que dan lugar a la moral interna del derecho. Esa es la razón que justifica se haga un breve tratamiento del tema y de las consecuencias que desprende Raz de la existencia de dicho ideal.

²²⁵ Idem, pp.278,279.

²²⁶ Idem, p.281,282.

²²⁷ Idem, 180. Aunque p.279.

²²⁸ Idem, p.281.

que debe, pero que puede no llegar a ser realidad”.²²⁹ Lo cual sólo se corrobora si recordamos el carácter meramente formal del concepto del Estado de Derecho, descrito en el apartado precedente. Argumento que esencialmente coincide con la objeción de Hart a la pretensión de vinculación.

e) Determinismo y libertad en relación con la moral legal

Quiero en este punto abrir un paréntesis en relación con lo que Fuller ha llamado “la consideración más importante en la cual la observancia de los requisitos de moral legal puede ser útil a los fines más amplios de la vida humana en general”²³⁰, tema que no debe soslayarse por varios motivos. En primer lugar, por la relevancia misma de la cuestión a la que este autor se acaba de referir; en segundo término, porque este trabajo pretende dilucidar la naturaleza que asumen las diferentes relaciones entre moral y derecho y finalmente, porque el tema interesa precisamente a los dos autores que nos ocupan en este momento. La consideración a la que Fuller se refiere, tiene que ver con cierta concepción del hombre, implícita en la moral interna del derecho, cuestión respecto a la que –nos dice– no es posible que exista neutralidad. De acuerdo con esta moral, “el hombre es, o puede ser, un factor responsable, capaz de comprender y de obedecer las reglas, y responsable por sus faltas... Toda desviación de los principios de la moral interna del derecho es una afrenta a la dignidad del hombre como factor responsable”.²³¹

De manera general, coincidimos, una desviación de tales principios estaría implícita en la prescripción de conductas de cumplimiento imposible o por lo menos, de difícil cumplimiento, como aquellas que ordenaran acatar reglas confusas, contradictorias, no publicadas, inexistentes o frecuentemente modificadas, en resumen, aquéllas que por no poderse –o sólo con muchas dificultades– acatar, carecerían de sentido, violentando los requisitos de la moral interna. En casos así, cumplir con la norma sólo ilusoriamente puede considerarse potestativo: el destinatario se encuentra en un callejón sin salida, pues realmente no puede decidir cumplir con la regla o no hacerlo; poco importa lo que su razón le dicte o aquello a lo que su voluntad lo impulse. Se trataría, como lo sostiene este autor, de un claro “desprecio por sus facultades de libre determinación”.²³² Sin embargo, conviene introducir una distinción entre los varios requisitos. Al lado de aquellos que efectivamente originan imposibilidad absoluta de cumplir, la introducción de cambios legales frecuentes no necesariamente imposibilita la capacidad electiva, mientras que la no creación de leyes en el sentido que Fuller da a la expresión, es decir, como no creación de reglas dotadas del rasgo de generalidad, no imposibilita tampoco cumplir con la directriz respectiva; en todo caso, se relaciona con un aspecto básico de la moral legal: la justicia en la aplicación del derecho.²³³

²²⁹ Idem, p.280.

²³⁰ Fuller, op.cit., p.179.

²³¹ Idem, p. 180. Quizás teniendo más presente el derecho natural sustantivo que el derecho natural adjetivo, Robert George subraya de manera similar, el papel que el “sujeto que elige” juega, al “hacer efectivo el derecho natural”. Nos dice, hacemos efectivo el derecho natural en nuestras vidas, precisamente, al actuar firmemente a partir de sus principios. Al hacerlo, ejercitamos la capacidad humana de libre elección. La existencia de razones básicas para la acción (y así, de los principios primarios del derecho natural), es condición de la libre elección. En esta tesis, George considera a dichas razones, como la garantía de nuestra facultad de elegir libremente, cuando nos dice que si no existieran tales razones, todas nuestras acciones estarían determinadas –por causas externas o internas (sub-rationales)–. Negar la libre elección se conecta estrechamente con la negación de la posibilidad de la acción racionalmente motivada (entiéndase, la acción fundada en los principios del derecho natural). Como se ve, esta tesis es quizás mucho más fuerte que la de Fuller, quien pone el acento en los principios de la moral interna, como aquellos que presuponen la libre determinación de los sujetos. R.P. George, “Natural Law and Positive Law”, en *The Autonomy of Law*, op.cit., pp.325,326.

²³² Fuller, op.cit., p.180.

²³³ Como hemos visto, éste es un rasgo en el que Hart abunda: “Decir que la norma que reprime el homicidio es aplicada justamente, es decir que se le aplica con imparcialidad a todos aquellos, y sólo a aquellos, que

i. La hipótesis determinista

Esta tesis la confronta Fuller con la teoría científico-filosófica del determinismo, representada por el psicólogo B. F. Skinner, quien sostiene que “Si hemos de utilizar los métodos científicos en el campo de los asuntos humanos, tenemos que suponer que el comportamiento es legal y determinado”.²³⁴ Precizando un poco más esta última noción, el determinismo sostiene que “Todo lo que ha habido, hay y habrá, y todo lo que ha sucedido, sucede y sucederá, está de antemano fijado, condicionado y establecido, no pudiendo haber ni suceder más que lo que está de antemano fijado, condicionado y establecido”.²³⁵ En este orden de ideas, aunque el determinismo puede concernir a los actos humanos, se entiende en un sentido más amplio, como condicionamiento previo de todos los fenómenos del universo y se asocia casi siempre, a la idea de una causalidad que rige el universo entero. Si nosotros somos efectivamente parte del universo, como lo somos, no hay razón por la que no debamos de estar sometidos a la misma determinación causal que todo lo demás. En otros términos, si toda la realidad conocida o por conocer ha de estar gobernada por el principio de razón suficiente, nada acontece sin que haya una razón (o causa) para que acontezca. Siendo así, todo acontecimiento es susceptible de ser explicado satisfactoriamente por referencia al orden causal en el que se ve inserto y como se comprende, en el contexto de los actos humanos, lo que comúnmente entendemos por “libertad”, “libre albedrío” o “autodeterminación”, sólo surge de la ignorancia o bien, encubre una ilusión. Toda “libre” elección es en última instancia atribuible a “motivos” que operan como las causas efectivas que nos mueven en uno u otro sentido. Poco importa que seamos o no conscientes de esto.

ii. Objeción a la hipótesis

Para Fuller, la explicación determinista incurre en una exageración, desafortunadamente atractiva para muchos. No obstante, nadie –incluyendo el mismo Skinner, según Fuller– cree en esto hasta el grado de adoptarlo como base conveniente para obrar. Pese a ello, como todo exceso, expresa una verdad parcial. El problema es que al exagerar esa verdad, se produce una actitud de indiferencia hacia la declinación del concepto “responsabilidad”, implícito en el derecho.²³⁶ Al adoptar Skinner un determinismo radical, extiende la legalidad a que la naturaleza está sujeta, a un ámbito privativamente humano, considerando los motivos de nuestras acciones como causas “naturales” de dichos actos. Por las elevadas

tienen en común haber hecho lo que dicha norma prohíbe”. El concepto de derecho, op.cit., p.200. Evidentemente, si la norma se aplica a uno solo, no cabe hablar siquiera de una norma justa, aún menos de una aplicación justa o injusta de una norma, que por su naturaleza debió ser aplicable a un colectivo de posibles destinatarios. Para Ross, “la idea de justicia se resuelve en la exigencia de que una decisión sea el resultado de la aplicación de una regla general” y su aspecto positivo, es que después de todo, constituye una exigencia de racionalidad, en el sentido de que las normas sean aplicadas con ayuda de criterios objetivos, independizando la decisión judicial de reacciones subjetivas y arbitrarias. Así, la racionalidad o regularidad objetiva, como opuesta a la arbitrariedad subjetiva, es vivida como un valor en sí misma, un ideal del derecho; la idea de que la comunidad debe estar basada en el gobierno de la ley y no en el de los hombres. Op.cit., pp.272,273.

²³⁴ Fuller, op.cit., p.180.

²³⁵ J. Ferrater Mora, *Diccionario de filosofía*. Ariel, Barcelona, 2001. El matemático Laplace se refería a esta cosmovisión, recurriendo a una completa racionalización de lo real, al sostener: “Una inteligencia que conociera en un momento dado todas las fuerzas que actúan en la naturaleza y la situación de los seres de que se compone, que fuera suficientemente vasta para someter estos datos al análisis matemático, podría expresar en una sola fórmula los movimientos de los mayores astros y de los menores átomos. Nada sería incierto para ella, y tanto el futuro como el pasado estarían presentes ante su mirada”. *Théorie analytique des probabilités* (1820). Citado por Ferrater Mora, op.cit.

²³⁶ Fuller, op.cit., pp.181,182.

pretensiones de su objeto, menos que una tesis, el determinismo constituye una hipótesis no susceptible de prueba.²³⁷

iii. Dos argumentos a favor del indeterminismo

El argumento de Fuller. Evitando Fuller enfrentar directamente la huidiza cuestión probatoria de la libertad o de su contraparte, la responsabilidad, opta por preguntarse: ¿qué se perdería si el concepto “responsabilidad” desapareciera completamente del derecho?. Consideremos que el derecho está saturado de dos “normas insistentes de decisión”: culpa e intención. Cuando algún suceso escapa a estas dos nociones, por la eventualidad de un caso fortuito, pensamos que se es víctima de fuerzas ajenas e irresistibles, de modo que los litigantes [en una controversia] no aparecen como factores responsables. A *contrario sensu*, si no se sostuviera que el hombre es centro de acción responsable, sería como si todos los problemas legales se redujeran al caso fortuito.²³⁸ Lo que claro, no es particularmente grave en supuestos aislados como el ya mencionado. En supuestos como éstos, irrumpen en el terreno de la voluntad humana una súbita vuelta a la idea de naturaleza; de modo que atribuir responsabilidad a los sujetos, resulta inmoral y hasta absurdo, pues equivale a intentar normar jurídicamente hechos naturales que al verificarse no dejan de estar constreñidos por una legalidad, pero de carácter muy diferente. Fuller subraya a manera de argumento contra la tesis determinista, el sinsentido en que incurriríamos, al pretender que los sujetos nunca tienen control sobre sus actos, sino que toda realidad les es impuesta por agentes externos, lo mismo que la insensatez de las consecuencias que de ello se seguirían. Los seres humanos –nos dice- no dispondrían de una guía o directriz que a grado tal se considera elemental, que a falta de los conceptos “culpa” o “intención”, se recurre a nociones aproximadas: si la intención no es clara, se infiere en su lugar una, aunque sólo sea hipotética o probable; si no se puede con precisión configurar el elemento “culpa”, se observa si puede atribuirse algún grado de descuido al sujeto.²³⁹ Empero, como se observa, más que argumento, se trata –como en su momento lo han hecho Radbruch y el mismo Hart- de fundar las razones de la tesis indeterminista en un criterio de utilidad o si se quiere, en una simple apelación al sentido común o a la evidencia.

El argumento de Hart. Este autor aborda el tema del determinismo en otro de sus escritos, arribando a conclusiones similares a las de Fuller.²⁴⁰ Y lo hace a propósito de la demostración de que siempre será preferible un sistema jurídico penal en el que se toman en cuenta las llamadas circunstancias eximentes y atenuantes, que un sistema en el que no son consideradas dichas circunstancias. De alguien que se ubica en un supuesto tal, no acostumbramos decir que ha obrado “a su libre albedrío”, “premeditada” o “voluntariamente” o que “pudo haber evitado hacer lo que hizo”. Hart se hará preguntas análogas a la que ya se ha planteado Fuller: ¿por qué valoramos un sistema de control social que tiene en cuenta las condiciones mentales?, ¿por qué la ley presta tal atención a las circunstancias eximentes?, ¿qué se perdería si no fuera así?²⁴¹

²³⁷ La verdad expresada es en efecto, parcial, como Fuller lo sostiene y muestra de esta paradoja es el desarrollo previo emprendido por Kant en la conocida tercera antinomia de su *Crítica de la razón pura*, demostración referente a la libertad, lo que finalmente lo conduce a postular una especie de determinismo parcial, que afirma la coexistencia de dos reinos, el de la naturaleza y el de la libertad, el del fenómeno y el del noumèno, reino este último exclusivamente humano. A partir de esto, sólo queda reconocer al concepto “libertad” un *status* meramente “regulativo”, “orientador”, idea a la que “naturalmente” propendemos. Intentar demostrar la existencia o inexistencia de libertad, sólo nos confirma que se trata de un concepto del que no es posible desprender conocimiento verdadero alguno. Cfr. I. Kant, *Crítica de la razón pura* (trad. de Pedro Ribas), Alfaguara, Madrid, 2000, A444 B472 – A452 B480.

²³⁸ Fuller, op.cit., pp.184,185.

²³⁹ Idem, p.184.

²⁴⁰ H.L.A. Hart, “Responsabilidad legal y excusas”, en *Determinismo y libertad* (trad. de José Luis Lana, Sidney Hook (comp.)). Fontanella, Barcelona, 1969.

²⁴¹ Idem, pp.119,120.

El determinismo, de acuerdo con Hart, parte de dos pretensiones:

1. Puede ser que la conducta humana esté sometida a ciertas leyes (en el sentido causal-natural).
2. Si lo anterior es correcto, la diferencia entre el sujeto que actúa bajo circunstancias eximentes y aquél que no lo hace así, resulta nimia, por no decir absurda. De aquí que hacer depender la aplicación de un castigo de la presencia o ausencia de circunstancias eximentes, “es absurdo, insensato, irracional, injusto o inmoral, o tal vez todo ello a la vez”.²⁴²

Después de exponer dos teorías que han pretendido justificar la presencia de circunstancias eximentes en el derecho -la teoría tradicional de la “culpa” moral y la teoría utilitarista de la economía de las amenazas-, evidenciando con ello el papel desempeñado por la libre elección, y someterlas a crítica, presenta Hart su propia tesis. En resumen, para Hart será siempre más conveniente que un sistema de derecho tome en cuenta las circunstancias eximentes o como diría Fuller, que considere al hombre como factor responsable, porque al reconocerle o conferirle el poder de accionar o no las fuerzas coactivas de la ley (coerción), haciendo que las reglas se cumplan, le procura ventajas prácticas inestimables: el sujeto determina por propia elección el futuro (o por lo menos interviene en algún grado como agente causal o partícula ilativa), en razón de lo cual incrementa su poder de predicción. Lo anterior garantiza al ser humano una condición existencial básica: certeza o seguridad en relación con los hechos y acciones que le interesan.²⁴³ Dicho de otro modo, para Hart, el hombre, tal y como está constituido, requiere parámetros ciertos de referencia y un derecho que no ignora las condiciones mentales, está en mejor situación para satisfacer esta necesidad básica. En circunstancias tales, el sujeto sabe que la consecuencia normativa prevista en las reglas se habrá de actualizar, protegiendo intereses que le conciernen y que por lo menos, de él depende –en algún grado cuando menos- que así sea y en atención a ello, puede emprender un ejercicio de prospectiva, planeando a futuro basado en indicios presentes, lo que de otro modo no se aventuraría a hacer. De acuerdo con esta tesis, resulta ocioso pensar como el determinista, en el sentido de que no ha sido el sujeto, quien efectivamente causó o determinó los resultados; pues aunque es claro que a su vez pueden intervenir un sinnúmero de factores causales conocidos o ignorados por el sujeto, sean previos o posteriores, la acción de éste no deja de ser causa, al impulsar en uno u otro sentido las cadenas de fenómenos. Así, Hart sostiene, la elección encuentra su lugar en el sistema legal; todo lo cual no existiría de manera “natural”, al margen de las instituciones que el derecho genera.²⁴⁴ La coincidencia con Fuller se percibe aún con mayor claridad, al referirse Hart a una analogía de tipo mercantil. Al encontrarse los individuos en posibilidad de conocer el precio que tienen que pagar al optar por ciertos cursos de acción y no por otros, el sistema legal subraya el papel de la elección, haciendo depender la responsabilidad de los sujetos de la presencia o ausencia de circunstancias eximentes. Con ello, el derecho termina constituyéndose en guía o pauta a considerar en las elecciones de esos mismos individuos, al proporcionarles razones –que no “causas”- para la obediencia.²⁴⁵

²⁴² Idem, pp.120,121.

²⁴³ Idem, pp.140,141.

²⁴⁴ Idem, pp.140-142.

²⁴⁵ Idem, pp.139,140. Ésta es la cualidad que en *El concepto del derecho*, había ya denominado Hart, el “aspecto interno” de las reglas, óptica que se oponía a la sostenida por la corriente realista-empirista prevaleciente, que insistía en considerar al derecho sólo como regularidad de conducta, fenómeno social, mero objeto de análisis observable por el teórico. El derecho aparece como un conjunto de estímulos que provocan causalmente la respuesta de la organización social. Es a esta explicación causal a la que Hart opone una comprensión interna por parte del destinatario de la regla. Cfr. Hart, *El Concepto del derecho*, op.cit., pp.111-113. Francisco Laporta, *Entre el derecho y la moral*. Fontamara, 2ª ed., México, 1995, pp.33,34. Como vemos, las tesis vertidas por

Crítica al argumento de Fuller. El análisis de Fuller en apariencia difiere del de Hart sólo en el acento. En el primer supuesto se dice: el derecho exige el cumplimiento de ciertos mínimos procesales; *ergo*, lleva implícita la libre elección del sujeto. En el segundo postulado se afirma: el derecho como tal, implica la noción de que el sujeto toma parte de manera activa en la producción de efectos que le conciernen; *ergo*, implica una libre elección. Mientras Hart se refiere al derecho de manera general, Fuller únicamente se remite a aquel derecho natural procesal, especie que no deja de revelar los rasgos del género al que pertenece. Aunque insistir en ello resulte una obviedad, toda prescripción normativa –pertenezca ésta o no a la moral interna del derecho- lleva implícita la idea de la posibilidad, que no necesidad, de su cumplimiento. Esto es considerado consubstancial al derecho y a otras disciplinas emparentadas, a grado tal que para algunos, dicho rasgo constituye una demostración fehaciente de que la postulación del antideterminismo representa una posición filosófica convincente, al lado del determinismo que se reserva al estricto ámbito de las ciencias de la naturaleza. Se pone así de manifiesto que para que el derecho sea compatible con una concepción indeterminista de los actos humanos, no es preciso recurrir al derecho natural procesal al que Fuller apela; hacer tal cosa, podría hacernos erróneamente creer que el derecho substantivo –natural o positivo-, es ajeno a este tipo de consideraciones. En esencia Hart, lo mismo que Fuller, recurre al muy razonable expediente de la utilidad o conveniencia de adherirse a una tesis antideterminista. Al ser ambas tesis de difícil demostración, es preferible sostener aquella que dote de mayor congruencia a nuestras creencias y contribuya con mayor claridad, a la permanencia de nuestras instituciones. La tesis que sólo considera la moral legal como postulando un ámbito en el que el sujeto es autónomo, excluyendo el resto de la normatividad legal, no cumple con este rasgo.

f) Las cuatro conclusiones de Fuller

Prosiguiendo con su argumento y a manera de conclusión, Fuller afirma haber demostrado lo siguiente:

1. La moral interna del derecho merece realmente llamarse “moral”.
2. La aceptación de la moral interna es una condición necesaria, aunque no suficiente, para cumplir con la justicia.
3. La moral interna se viola cuando se intentan expresar odios obcecados a través de normas legales.
4. La moral específica del derecho articula una opinión de la naturaleza del hombre, que es indispensable para el derecho y para la moral.²⁴⁶

En primer lugar, los ocho requisitos que Fuller ha introducido bajo la denominación “moral interna”, pueden considerarse efectivamente “morales”, si pensamos en términos de lo que sería tenido por “correcto” o “incorrecto” exigir de un sujeto, bajo las circunstancias descritas. Como él mismo lo sostiene, no se puede racionalmente sostener que alguien está “moralmente” constreñido a comportarse conforme a reglas que aún no conoce, o de acuerdo con reglas contradictorias o que no habrán de ser aplicadas por la autoridad respectiva. Repugna a la conciencia o en lo general, no es coherente con nuestro sistema de creencias, imponer un castigo a quien sea, por no haber cumplido con reglas como éstas. En este sentido, en efecto, el contenido de estas normas de procedimiento está estrechamente vinculado con el ámbito de lo moral. No obstante, podrían también concebirse dichos requisitos desde una perspectiva no estrictamente moral, sino lógica –lo que no se opone a su cualidad moral- y esto por lo que el mismo Fuller menciona; la mayoría de los requerimientos de la moral interna del derecho se pueden visualizar atendiendo a un

ambas partes, no constituyen sino un episodio, en la ya prolongada disputa entre la concepción científico-determinista y aquella que subraya el papel de la libre elección.

²⁴⁶ Fuller, op.cit., p.185.

parámetro común: la posibilidad o imposibilidad de su cumplimiento.²⁴⁷ Exigir de una persona que se sujete a reglas que por confusas, no pueden ser comprendidas, o a reglas que se contradicen entre sí o que cuando han sido apenas adoptadas por su destinatario, ya han dejado de estar en vigor, es exigir lo imposible, lo que de cualquier manera no se habrá de cumplir, se quiera o no, soslayando con ello la naturaleza responsable del ser humano, a la que el mismo Fuller hacía referencia al llamar la atención sobre la consideración más importante que vinculaba a los requisitos de moral legal con los fines más amplios de la vida humana en general. Así pues, aunque pueda resultar injusto o inmoral contravenir los ocho requisitos de la moral interna, en otro sentido resulta hasta absurdo y a todas luces irracional. Sobre el segundo punto, éste es compatible con la tesis de Hart y tiene que ver con la creencia de Fuller de que la legalidad es un presupuesto o condición esencial del derecho; de manera tal que toda regla que contravenga alguno de los principios de la moral interna, no constituye derecho en lo absoluto.²⁴⁸ En otros términos, en aparente consonancia con la tesis utilitarista: una cosa es el derecho y otra el buen derecho; empero, para concebir lo primero se requiere de los principios de moral interna, que después de todo, no son sino otra forma de bondad; lo segundo en cambio, sólo es un añadido al derecho, pero no le es consubstancial. Según este autor, en la exposición y desarrollo de los diferentes principios de legalidad, éste ha sido el argumento “implícito”.²⁴⁹ En este punto, si releemos la proposición, parece que es el mismo Fuller quien postula una desvinculación entre la moral interna y externa del derecho. Además, parte de la conclusión que debería ser su punto de llegada: que el derecho es una condición previa del buen derecho, es del más elemental sentido común; pero afirmar que sus ocho principios son una condición previa del derecho mismo, es incurrir en una petición de principio. Amén de lo anterior, es posible matizar en lo que a la justicia se refiere, pues en el supuesto de la justicia procedimental, postulado por Hart y considerado el único posible por parte de Ross, no aplica la segunda conclusión de Fuller, toda vez que la aceptación de la moral interna deviene condición necesaria, pero también suficiente en lo que toca a su cumplimiento. Lo anterior se relaciona con la tercera afirmación, pues aunque puede ser cierto que la moral interna se viola cuando se intentan expresar odios obcecados a través de normas legales, como en los ejemplos aducidos por Fuller, esto no es necesariamente así, algo que en su momento se desprendió de la exposición de otros casos: los requisitos de la moral interna, operan con independencia de la persecución o no de objetivos morales substanciales. Con respecto a la última cuestión, coincidimos con la afirmación expresada por este autor. No obstante, hay que entender que dicha concepción no es privativa de aquel conjunto de reglas que integran el aparato de legalidad al que Fuller hace referencia; si bien la aseveración es correcta, sólo expresa una verdad parcial, que debe hacerse extensiva a las reglas jurídicas en su conjunto, como se deriva del análisis desarrollado por Hart en relación con el análisis de las circunstancias eximentes en el derecho penal.

g) La conexión necesaria entre derecho y moral

Puede uno preguntarse cuales de estas cuatro cuestiones tienen que ver con la existencia de una conexión necesaria entre moral y derecho, intentando así averiguar si el género de conexión resultante guarda o no relación con los postulados sostenidos por los partidarios del derecho natural. La primera afirmación subraya la naturaleza moral de aquellas reglas jurídicas que integran lo que llamamos legalidad; pero hasta aquí no queda desvirtuada la objeción expresada por Hart en un principio, toda vez que este autor admite la existencia de una conexión entre moral y derecho al nivel de la legalidad, aunque subrayando que esto no asegura la coincidencia del derecho con fines substanciales ajenos a dicha moral

²⁴⁷ Idem, p.82, n.29.

²⁴⁸ Idem, p.49.

²⁴⁹ Idem, p.172.

interna, lo que termina por desmentir –si se quiere, en un plano diverso- la necesidad de dicha conexión. Por otra parte, siempre existirán zonas de penumbra, en las que difícilmente podrá afirmarse con absoluta seguridad, si se cumple o no con el principio de legalidad. Resumiendo, aunque la moral interna sea auténtica “moral”, dicha moral es compatible con la persecución de objetivos manifiestamente inmorales a través de las reglas jurídicas. La segunda afirmación pretende establecer a los requerimientos de la moral interna, como prerequisites *sine qua non* de todo derecho concebible. De acuerdo con Fuller, aunque es posible alejarse de las prescripciones u omisiones dictadas por la moral externa, la moral interna se cumple indefectiblemente en toda regla jurídica y a este nivel, una conexión entre moral y derecho, deviene incuestionable. Como ya se dijo, la objeción de Hart sobre esta clase de conexión entre derecho y moral, sostiene que en principio, los requerimientos de la moral interna pueden o no estar presentes en un sistema jurídico, pero que si lo están, esto no es garantía de un estado justo de cosas; la iniquidad puede presentarse, pese al cumplimiento de la legalidad. Por ninguna parte se encuentra esta pretendida necesidad; es contingente que las reglas cumplan con los requisitos de la moral interna y también lo es que una vez dado lo anterior, los fines perseguidos por el derecho se consideren valiosos o correctos. Porque finalmente, en los sistemas de derecho reales, ¿dejan efectivamente de considerarse “jurídicas” aquellas reglas que no cumplen con todos y cada uno de los requerimientos de la moral interna?; una regla no expresada con claridad, contradictoria o de cumplimiento imposible, ¿deja por ese hecho de formar parte de lo que los particulares, abogados, funcionarios o jueces reconocerían como una regla jurídica o al contrario, sigue formando parte del discurso jurídico al que recurren todos estos agentes?. Nos parece que no es concluyente el argumento de Fuller. A través de la tercera afirmación se restablece, según Fuller, la conexión que Hart ha negado a partir de la objeción asentada. Creo que la conexión puede concederse –aunque como se ha visto, hay que dudar que Hart la haya efectivamente cuestionado-. Sin embargo, la necesidad de la conexión es lo que nunca se demuestra; tres o cuatro casos no fundan necesidad alguna, en lo que a la naturaleza del vínculo respecta; menos aún cuando es posible introducir contraejemplos, como en su momento se hizo. En relación con el último punto, puede admitirse que el derecho, lo mismo que la moral, ostenta la pretensión general de atribuir sanciones de manera legítima, a los sujetos que infringen las reglas. En los hechos, la pretensión de legitimidad es algo de lo que difícilmente se prescinde, pudiendo en todo caso variar el supuesto fundamento de dicha legitimidad. Históricamente, no creemos que hayan existido sistemas jurídicos en los que la intencionalidad o el estado psíquico del agente, no desempeñaran un papel en mayor o menor grado relevante, a la hora de atribuir consecuencias de derecho. No obstante, no hay que olvidar que los sistemas jurídicos resultan siempre de una combinación de circunstancias eximentes de responsabilidad y de lo que Hart llama en su artículo sobre determinismo, regímenes de “responsabilidad estricta”, integrados por reglas a las que no interesa si los destinatarios han optado libremente por ciertos cursos de acción. De cualquier modo, aún concediendo que la moral interna lleva implícita la idea del hombre como agente libre y responsable por sus actos, ello sólo supone un paralelismo o similitud con la moral y en lo general con toda disciplina normativa, en lo que respecta a los presupuestos en los que se funda. No obstante, no implica una conexión necesaria entre moral y derecho, por lo menos del tipo pretendido por los partidarios del iusnaturalismo.

4. Sinopsis de la segunda parte

Tesis concretas de vinculación entre derecho y moral:

I. La influencia de la moral sobre el derecho. El derecho en todo Estado moderno muestra en mil puntos la influencia tanto de la moral social aceptada, como de ideales morales más amplios. De aquí, que cualquier sistema jurídico *tenga que* exhibir alguna concordancia específica con la moral. Por lo tanto, el criterio de validez de toda norma jurídica particular tiene que incluir una referencia a la moral o a la justicia.

Objeción 1. De los meros hechos no pueden inferirse consecuencias normativas; de enunciados descriptivos, es ilegítimo derivar enunciados prescriptivos; ha de preservarse una nítida distinción entre el ser y el deber ser.

Objeción 2. Lo mismo que en la crítica hecha a Austin, indebidamente se generaliza. A partir de hechos que presentan cierta propiedad, ésta se hace extensiva a todo el conjunto, para después proceder a la inversa, lo que se entiende del conjunto, se atribuye a cada elemento del mismo.

II. El derecho como modelo coercitivo. Los utilitaristas sostienen dos tesis: la teoría del imperativo y la teoría de la separación entre derecho y moral. Asimismo, sustentan una proposición implícita: el derecho deriva su obligatoriedad o de la coerción o de la moral. Ahora bien, la teoría del imperativo sostiene: todo deber jurídico presupone la existencia de una regla de derecho, habitualmente obedecida, proveniente del mandato emitido por un soberano, quien acompaña dicha orden de una amenaza de sanción para el caso de desobediencia. Esta tesis se funda en dos nociones: mandato y hábito de obediencia. La idea “mandato” es criticable porque una directiva oficial individualizada desempeña sólo un papel secundario, al ser transitoria se agota con la emergencia, no describe a las reglas que confieren potestades, como tampoco a las reglas dirigidas también a aquellos que las dictaron, además de que las normas de derecho pueden también tener un origen incierto y no deliberado. La idea “hábito de obediencia” es objetable porque no explica el carácter continuo para crear derecho de una sucesión de legisladores, ni la persistencia de las normas después de desaparecido su creador, no existe por lo general un legislador jurídicamente ilimitado al cual remontarse y la mayor parte de la sociedad se obedece habitualmente a sí misma. Concluyendo: toda vez que, como queda demostrado, los sistemas jurídicos no se fundan en el fenómeno de la coerción, tienen que hacerlo en algún sentido de obligación moral.

Objeción a partir de una fundamentación no dicotómica. La disyunción: “derecho basado en el poder” o “derecho basado en la moral”, no es exhaustiva, pues habiéndose descartado la tesis del imperativo, se puede aceptar voluntariamente el sistema, sin experimentar obligación moral alguna e incluso en contravención a las propias convicciones morales. Los motivos pueden ir desde los cálculos interesados, el interés altruista por los otros, hasta la tradición o la simple imitación. Desde cierta perspectiva se puede aceptar la dicotomía propuesta por la tesis inicial; pero si -desde la objeción hecha por Hart-, atribuimos una valoración moral positiva a dicha tesis, la dicotomía no se sostiene. En todo caso, el punto de partida del argumento debería ser la demostración de la exhaustividad de la disyunción propuesta.

Objeción a la dicotomía, a partir de la función político-creadora de los jueces. Si bien no es posible soslayar la dimensión moral que caracteriza a la actividad desplegada por los jueces, no debe ésta sobreestimarse, como lo hace Aguiló al pasar por alto el papel eminentemente político que las resoluciones judiciales de hecho desempeñan o sería deseable que desempeñaran. Y esto es así con independencia de si los jueces mismos se percatan o no de ello. Por otra parte, si atendemos a la irremediable naturaleza indeterminada del derecho, nos daremos cuenta –sostiene Hart-, que los jueces al resolver,

cuando no encuentran regla aplicable al caso específico que conocen, se ven en la necesidad de crear derecho y no sólo de descubrir y aplicar un pretendido derecho preexistente en la forma de principios jurídicos subyacentes en el sistema; de este modo, su actividad asume una forma –aunque dentro de ciertos límites, por supuesto- análoga a la proveniente de los legisladores.

Objeción a partir de la noción “deber ser”. Refiriéndonos exclusivamente a la expresión del lenguaje “deber ser”, ésta no nos remite siempre a cuestiones de tipo moral, pero no porque los sujetos no tengan la libertad de elegir su curso de acción, sino porque lo que “debe ser” puede apelar a cualquier patrón para la crítica, incluidos aquellos modelos de comportamiento moral considerados como no valiosos. En este sentido, la dicotomía “derecho basado en el poder” y “derecho basado en la moral” (o “derecho basado en la buena moral”) resulta controvertible.

III. La justicia como fundamento de validez jurídica. Esta pretensión constituye el desarrollo de lo que Hart ha llamado “La crítica del derecho”, que desde la óptica de un genuino iusnaturalismo, no conforma una expresión de vinculación derecho-moral. De acuerdo con dicho argumento, un buen sistema jurídico tiene que adecuarse en ciertos puntos, a las exigencias de justicia y moral. Hart no difiere de lo anterior, toda vez que - desde la perspectiva liberal- el derecho no debe sobrevalorarse, sino sujetarse a corrección moral y en su caso, desobedecerse. Sin embargo, existe el inconveniente derivado del desacuerdo, tanto en lo que hace a los criterios morales apropiados, como en lo tocante a cuales son los aspectos sobre los que debe haber conformidad. Hasta este punto, si consideramos el nexo entre iusnaturalismo y crítica del derecho, así como las dificultades que enfrenta esta última, comprenderemos lo endeble del argumento iusnaturalista y la razón por la que aparentemente el iusnaturalismo compete más a una teoría de la moral que a una teoría del derecho. Por otra parte, aún concediendo que los juicios morales sean juicios objetivos, con validez universal, esto no se conecta con la segunda tesis del iusnaturalismo, que postula la necesidad de sujetar la validez jurídica a una certificación de naturaleza moral, por lo que tampoco por esta vía queda demostrada la pretendida conexión entre derecho y moral.

El argumento general. Si las reglas de un sistema, sancionadas en la forma establecida, no cumplen con criterios morales mínimos, no constituyen realmente derecho y por ende, no deben ser obedecidas. Como podemos observar, a diferencia de la simple crítica del derecho, este argumento ya niega la juridicidad de reglas “jurídicas” que no adopten un criterio moral específico. Transcribimos a continuación los dos argumentos particulares de los que se desprende, así como sendas objeciones.

El argumento de Blackstone. “... las leyes de Dios, en cuanto a su obligatoriedad, son superiores a todas las demás leyes; ... que las leyes humanas no tienen validez si las contradicen; y que todas las leyes válidas derivan su fuerza vinculante de su fuente divina original”. Nos interesa este argumento, sólo en atención a que este tipo de leyes de origen suprahumano están dirigidas a gobernar la conducta y las relaciones humanas, como lo hacen cualesquiera otros criterios morales.

La objeción de Austin. “... La existencia de una ley es una cosa, su mérito o demérito otra. Si existe o no, es una cuestión; si se acomoda o no a un presunto modelo, es una cuestión diferente...decir que las leyes humanas que se enfrentan a las leyes divinas no son vinculantes, es decir, que no son leyes, es decir una tontería. Las leyes más nocivas, y por tanto aquéllas más opuestas a la voluntad de Dios, han sido y son continuamente aplicadas como leyes por los tribunales de justicia...”.

El argumento de Radbruch. *El pueblo alemán se caracterizaba por su obediencia hacia el derecho, al margen de toda consideración moral. Por otra parte, el positivismo jurídico afirmaba precisamente la separación entre el derecho y la moral. Ergo, el positivismo contribuyó en los alemanes a la conformación de la idea de que el derecho no precisaba,*

para ser tal, de contenido moral. Como es de todos conocido, el régimen "nazi" terminaría aprovechando dicho estado de cosas. Concluye así Radbruch, que el derecho debe incorporar un elemento mínimo de moralidad: "...donde ni siquiera una vez se pretende alcanzar la justicia, donde la igualdad que constituye la médula de la justicia es negada claramente por el derecho positivo, allí la ley no solamente es derecho injusto, sino que carece más bien de toda naturaleza jurídica. Pues no se puede definir al derecho, aún al derecho positivo, de otra manera que como un orden o institución que por su propio sentido está determinado a servir a la justicia...". El argumento detrás del argumento es en el fondo el mismo que sustenta Blackstone: importa poco si las reglas del sistema han sido sancionadas siguiendo los cauces formales; si no contienen un elemento mínimo de justicia, no constituyen tampoco derecho y por lo tanto, no obligan.

La objeción directa de Hart.

1. En efecto, las premisas del argumento son verdaderas. El pueblo alemán asumió una actitud pasiva ante el derecho y el positivismo ha sostenido la separación conceptual entre moral y derecho. Empero, la conclusión es errónea, pues de la simultaneidad de dos hechos, no se sigue que uno sea el antecedente del otro o bien, que existe una correlación entre ambos.
2. Por reducción al absurdo: si el nexo causal existe, se sigue que en los países donde ha prevalecido el utilitarismo, debía verse favorecida y así conformada una actitud acrítica hacia el derecho. Sin embargo, tal no ha sido el caso.

Ergo, la conclusión de Radbruch es errónea. En este punto, hemos señalado que dadas las circunstancias particulares en las que esta corriente se difundió, no es un despropósito sustentar que el utilitarismo operó a la manera de catalizador de ciertas tendencias autoritarias o que por lo menos contribuyó a su preservación. Aunque por supuesto, aseverar una tesis moderada tal no parece ser la intención de Radbruch o de un iusnaturalismo con pretensiones de universalidad.

La objeción indirecta de Hart. Lo que está realmente en juego, es la utilidad comparativa de dos maneras de clasificar reglas; una más restringida (la tesis iusnaturalista: 'Esto no es derecho en ningún sentido'), la otra más amplia (la tesis positivista: 'Esto es derecho, pero es demasiado inicu para ser obedecido o aplicado').

Si adoptamos el concepto restringido:

1. No se fortalece la resistencia frente al mal ante las amenazas del poder organizado.
2. No se genera una comprensión más clara de lo que está moralmente comprometido cuando se exige obediencia.
3. Puede simplificarse en forma excesiva y tosca la variedad de cuestiones morales a que se da lugar.
4. No pueden resolverse problemas muy diferentes de moral y de justicia.
5. En resumen, sólo se genera confusión.

Si optamos por el concepto amplio:

1. Al certificar que algo es jurídicamente válido, no resolvemos la cuestión de si se le debe o no obediencia, de manera que las diferentes cuestiones tienen aún que ser sometidas a lo que reconocemos como un examen moral.
2. Es posible observar la complejidad y variedad de distintas cuestiones de moral y de justicia.
3. En resumen, se promueve claridad y honestidad en la formulación de cuestiones teóricas y morales.

Conclusión: es conveniente pensar que derecho y moral son entidades conceptualmente desvinculadas.

Mientras el iusnaturalismo sostiene un concepto de derecho limitado a lo que consideramos "justo" o "bueno", identificándolos, el iuspositivismo [metodológico] no distingue sobre la bondad de una regla o sistema, dejando a alguna otra disciplina normativa esta labor y

comprendiendo toda regla con independencia de su cualificación moral. En el primer supuesto, la obediencia a la regla deviene incondicional y sólo puede admitirse una transgresión fundándose en razones no morales; en el segundo, está prevista la desobediencia para ciertos casos de inmoralidad. En síntesis, iusnaturalistas y positivistas no muestran diferencias substantivas en el modo como conciben a los sistemas normativos; la diferencia no afecta sino al orden de la certificación respectiva. El problema que enfrenta el iusnaturalista tiene que ver con el diseño de mecanismos por los cuales se garantice que sólo se validan jurídicamente reglas “buenas” o “justas”. En cambio, el problema para el positivista, tiene más que ver con los efectos legitimadores del término “derecho”, que en casos extremos han conducido a experiencias dramáticas como las de la Segunda Guerra.

IV. Los elementos valorativos en la resolución judicial. Cuando los jueces aplican reglas [caracterizadas por una textura abierta] a la resolución de casos concretos, interpretan fundándose en consideraciones morales. Este argumento –por lo menos tal y como Hart lo presenta- resulta ambiguo.

1. Si lo que sostiene, como parece desprenderse de una primera lectura, es que ineludiblemente el juez recurre a valoraciones morales cualesquiera, un autor como Ross, a partir del concepto “conciencia jurídica material”, se mostraría conforme con él.
2. Sin embargo, esto difiere cualitativamente de afirmar –desde una óptica iusnaturalista- que siempre que el juez resuelve, sus decisiones llevan implícita una valoración moral correcta o justa en un sentido objetivo (posición que se confunde con un positivismo de corte ideológico).

Por otra parte, Hart alude a este argumento cuando distingue entre justicia de la regla y justicia de procedimiento, toda vez que ésta tiene que ver con la aplicación imparcial de una regla por el juez y esto no es sino una exigencia moral en el tratamiento de los distintos casos que se le presentan.

Objeción a 1. Aunque los jueces pueden interpretar y resolver a partir de lo que en su conciencia consideran “debe ser”, como ya se ha visto, esta expresión no remite de modo necesario a cuestiones de tipo moral, sino que dicha expresión puede denotar otros patrones para la crítica, incluidos los técnicos y prudenciales.

Objeción de Hart a 2. En el razonamiento judicial efectivo, las consideraciones morales han recibido tanta transgresión como acatamiento, lo que no ha afectado el carácter vinculatorio de las resoluciones fundadas en dicho razonamiento. En otros términos -retornando al argumento de Austin-, una cosa es el derecho que es y otra, el derecho que debe ser. No debemos confundir una situación ideal, con lo que en la práctica judicial cotidiana ocurre, a veces con frecuencia. Desde esta perspectiva, la objeción ataca directamente a aquellos que, partiendo de una concepción teleológica más que realista, confunden las resoluciones judiciales efectivas, con resoluciones judiciales justas. Se trata por supuesto, del segundo sentido dado al argumento general.

V. La moral interna del derecho. En todo sistema jurídico se realiza necesariamente un mínimo de justicia, al ser la conducta controlada mediante reglas generales que se hacen conocer públicamente y son judicialmente aplicadas. Lo mismo que la pretensión que antecede, Hart ha hecho ya referencia parcial a este género de justicia procesal, con motivo de una separación conceptual entre una justicia intrínseca de la norma en sí y una justicia en la aplicación del derecho.

La tesis de Fuller de la moral interna. La moral que hace posible el derecho, se sustenta en el hecho de que el intento de crear y mantener un sistema de normas legales, puede frustrarse por lo menos de ocho modos diferentes, requisitos de todo orden jurídico. Estos obstáculos son: no crear leyes, no publicarlas, legislar retroactivamente, crear leyes incomprensibles, promulgar leyes contradictorias, crear leyes de cumplimiento imposible, introducir cambios muy frecuentes en las leyes y faltar a la congruencia entre las reglas promulgadas y su verdadera administración. Un fracaso total en cualquiera de estos

sentidos no produce simplemente un mal sistema de derecho, sino que produce algo que no puede llamarse propiamente un sistema jurídico.

Objeción de Hart. Es posible que sólo algunos que aceptan voluntariamente las reglas, apliquen imparcialmente (adoptando mecanismos de control legal como los descritos) leyes opresivas contra otra parte de la población. Dicho de otro modo, una correcta aplicación del derecho, no garantiza la aplicación de reglas justas. En circunstancias tales, el sistema jurídico resultante conserva aún su sentido.

Observación a la objeción. i. Aunque sea posible aplicar justamente reglas injustas, éstas son cuestionables como provisiones que prohíben la violencia y protegen formas mínimas de propiedad, objetivos que pueden considerarse substanciales, toda vez que si lo hacen, lo hacen parcialmente, al tutelar sólo los intereses de cierto sector. Se incurre en lo que el mismo Hart ha llamado injusticia “por compensación” o “por daños”, caracterizada por la existencia de privilegios o inmunidades inequitativos en provecho de cierto segmento de la población. De este modo, la injusticia de la regla misma parece afectar a la justicia procedimental. ii. Siempre será preferible la aplicación imparcial de leyes injustas, que la aplicación parcial de leyes injustas.

Réplica de Fuller. La objeción de Hart equivale a “la negación más explícita de cualquier acción recíproca posible entre la moral interna y la [moral] externa del derecho”. En otros términos, Hart niega una interrelación esencial entre el cumplimiento de lo que la legalidad prescribe y la consecución de objetivos substanciales. En vista de ello, procede Fuller a demostrar casuísticamente la existencia de múltiples conexiones entre ambos tipos de moral.

Crítica a la réplica. La tesis de Hart, en un sentido lógico, es compatible con la afirmación de que aunque la persecución de objetivos substanciales y la legalidad se encuentran en planos distintos, pueden existir o no puntos de contacto. De aquí, que la distinción entre justicia intrínseca de una regla y justicia procedimental, no equivalga a negar la existencia de nexo alguno entre las morales interna y externa del derecho. La demostración que efectivamente efectúa Fuller, de que existen conexiones variadas entre los dos tipos de moral, no consigue refutar la afirmación hecha por Hart en su objeción, toda vez que se dirige a un blanco en realidad inexistente. Como se ha visto, es posible oponer a los casos presentados por Fuller, contraejemplos que nieguen la necesidad de la relación moral interna-moral externa del derecho.

Objeción de Raz a la tesis. A partir de la idea del Estado de derecho, se pueden desprender principios análogos a los que constituyen la moral interna, postulada por Fuller, principios a su vez subordinados a la intuición básica de todo Estado de derecho. En lo que respecta a su naturaleza, aunque el Estado de derecho representa una virtud, se trata de una virtud negativa por su función opositora (aunque moralmente neutral), pues sólo tiene por función reducir inconvenientes creados por el derecho mismo: minimizar el peligro del ejercicio de poder arbitrario e impedir que se viole la libertad y la dignidad de las personas. Es “virtud” en el entendido de que constituye la excelencia específica del derecho, excelencia con independencia del propósito al que se oriente. Se trata así de un concepto meramente formal e instrumental, que no implica bien alguno y desprovisto por lo tanto de contenido material. Prueba de esto es que un régimen en el que se cumpla el Estado de derecho a cabalidad, es compatible con la comisión de todo género de iniquidades. Se trata de un ideal que debe, pero que puede no llegar a ser realidad.

Determinismo y libertad en relación con la moral legal. Para Fuller, existe cierta concepción del hombre, implícita en la moral interna del derecho. De acuerdo con esta moral, “el hombre es, o puede ser, un factor responsable, capaz de comprender y de obedecer las reglas, y responsable por sus faltas...”. En la moral interna se entiende implícita la afirmación de la libertad o libre elección de los sujetos de derecho.

La hipótesis determinista. En el universo no existe nada incausado; todo lo existente remite a una causa que le antecede; lo mismo los hechos de la naturaleza que los hechos humanos. De aquí que, si todo acontecimiento puede explicarse satisfactoriamente por referencia al orden causal en el que se ve inserto, la idea de libertad –que hace referencia a un acontecimiento incausado- no se funda sino en la ignorancia de los motivos que nos mueven a actuar. Bajo esta perspectiva, es falsa la suposición implícita en la moral interna.

Objeción a la hipótesis. De acuerdo con Fuller, al adoptar la hipótesis determinista, se genera una actitud de indiferencia hacia la declinación del concepto “responsabilidad”, implícito en la moral interna. En otras palabras, de ceder ante un determinismo radical, difícilmente podríamos concebir, tal y como lo hacemos, la idea fundamental de responsabilidad jurídica.

Dos argumentos a favor del indeterminismo.

El argumento de Fuller. Si no se sostuviera [en la moral interna del derecho] que el hombre es centro de acción responsable, todos los problemas legales se reducirían al caso fortuito. Por lo tanto, atribuir responsabilidad resultaría inmoral y hasta absurdo. Además, los seres humanos no dispondrían de una elemental guía o directriz en relación con sus actos.

El argumento de Hart. En relación con la presencia de circunstancias eximentes en el derecho penal, será siempre más conveniente que el derecho las tome en cuenta y con ello sostenga la libre elección en el sujeto, porque al reconocerle o conferirle la potestad de accionar o no las fuerzas coactivas de la ley, haciendo que las reglas se cumplan, el sujeto determina por propia elección el futuro, incrementando su poder de predicción. Lo anterior le garantiza una condición existencial básica: certeza o seguridad en relación con los hechos y acciones que le interesan. Por lo demás, al establecer un mecanismo de recompensas y sanciones, el sistema legal subraya el papel de la elección, haciendo depender la responsabilidad de los sujetos de la presencia o ausencia de circunstancias eximentes. Así, el derecho constituye una guía o pauta a considerar en las elecciones de esos mismos individuos, al proporcionarles razones para la obediencia.

Observación al argumento de Fuller. Con independencia de la similitud de ambos argumentos, hay que señalar que para que el derecho sostenga una concepción indeterminista de los actos humanos, no es preciso recurrir al derecho natural procesal al que Fuller apela; hacer tal cosa, podría hacernos erróneamente creer que el derecho substantivo –natural o positivo-, es ajeno a este tipo de consideraciones.

Las cuatro conclusiones de Fuller.

1. La moral interna del derecho merece realmente llamarse “moral”. Coincidimos con Fuller, en términos de lo que sería tenido por “correcto” o “incorrecto” exigir de un sujeto, bajo las circunstancias descritas en los ocho requerimientos de la moral interna. De cualquier modo, también pueden concebirse dichos requisitos desde una perspectiva lógica, en atención a la posibilidad o imposibilidad de su cumplimiento.

2. La aceptación de la moral interna es una condición necesaria, aunque no suficiente, para cumplir con la justicia. Esta proposición equivale a una separación entre moral interna y externa del derecho. Por una parte, Fuller sostiene que una cosa es el derecho y otra el buen derecho; empero, para concebir lo primero se requiere de los principios de moral interna, que después de todo, no son sino otra forma de bondad. Al partir de la conclusión que debería ser su punto de llegada (que un sistema “jurídico” en el que no se cumpla con dichos requisitos no es propiamente derecho), incurre este autor en una petición de principio. Apoyándonos además en la idea de justicia procedimental, postulada por Hart y Ross (equivalente a la moral legal), no aplica la conclusión de Fuller, toda vez que la aceptación de la moral interna deviene condición necesaria, pero también suficiente en lo que toca a su cumplimiento.

3. La moral interna se viola cuando se intentan expresar odios obcecados a través de normas legales. Esto no es necesariamente así, en razón de que -como se ha visto-, los

requisitos de la moral interna operan con independencia de la persecución o no de objetivos morales substanciales.

4. La moral específica del derecho articula una opinión de la naturaleza del hombre, que es indispensable para el derecho y para la moral. Coincidimos, aunque en el entendido de que dicha concepción es extensiva a las reglas jurídicas en su conjunto y con la salvedad de que los sistemas jurídicos siempre son la resultante de una combinación variable de circunstancias eximentes de responsabilidad con regímenes de “responsabilidad estricta”, en los que no interesa la intencionalidad del agente.

La conexión necesaria entre derecho y moral. En relación con la primera proposición, asumiendo la naturaleza moral de aquellas reglas jurídicas que integran lo que llamamos legalidad y concediendo la respectiva conexión entre moral y derecho, no se asegura la coincidencia del derecho con fines substanciales ajenos a dicha moral interna. En relación con la segunda tesis, con independencia de que la misma puede entenderse como sosteniendo la separación conceptual entre moral y derecho, no basta con postular una necesidad por deseada o útil que ésta sea. Es contingente que las reglas cumplan con los requisitos de la moral interna y también lo es que, dado lo anterior, los fines perseguidos por el derecho se consideren valiosos. Esto no hace sino confirmarse en el discurso prevaleciente en los sistemas de derecho reales. En lo referente al tercer punto, proceder casuísticamente no basta para fundar necesidad alguna, en lo que a la naturaleza del vínculo derecho-moral respecta; menos aún cuando coexisten casos en contrario. En lo que toca a la última proposición, como hemos sostenido, aún concediendo –como también lo hemos hecho- que la moral interna lleva implícita la idea del hombre como agente libre y responsable por sus actos, ello sólo supone un paralelismo o similitud con la moral y en lo general con toda disciplina normativa, en lo que respecta a los presupuestos en los que se funda. No obstante, no implica una conexión necesaria entre moral y derecho, por lo menos del tipo pretendido por los partidarios del iusnaturalismo.

III

A. El debate entre Hart y Dworkin

Si hemos de caracterizar de modo general la posición de estos autores, en esta controversia Hart se ubica entre los defensores de la tesis de la separación entre derecho y moral, mientras Dworkin está del lado de aquellos autores que defienden la tesis de la vinculación entre derecho y moral. No obstante, cabe hacer una aclaración: Dworkin no es partidario de las tradicionales teorías del Derecho natural (como si lo son autores como Blackstone o Radbruch), con base teleológica. En lo subsecuente, me referiré ante todo al tema de la relación derecho-moral, al interior de la polémica suscitada entre Hart y Dworkin. Pero como este tema es sólo uno de los distintos tópicos que caracterizaron el debate, todos los cuales se encuentran interrelacionados, tendré que referirme antes a algunos de éstos, aunque sólo en la medida en que ello sea necesario para el análisis de la naturaleza de la relación entre derecho y moral. En ocasiones incluso, resulta que la discusión de estos tópicos resulta más esclarecedora en lo que se refiere a nuestro tema, que el estudio directo de lo que estos autores etiquetan bajo el rótulo “relación derecho-moral”, como líneas adelante se observará.

1. Las reglas y los principios

a. El positivismo y la distinción entre reglas y principios

Para Dworkin, el positivismo tiene como esqueleto varias proposiciones centrales que lo organizan, las que definen una posición general. Estas tesis son:

- (a) Tesis del *pedigree*. “El derecho de una comunidad es un conjunto de reglas especiales usadas por la comunidad,... con el propósito de determinar qué conducta debe ser castigada o coaccionada por el poder público”. A través de criterios específicos y pruebas que tienen que ver no con su contenido, sino con su *pedigree* o la manera en que se adoptaron, estas reglas pueden ser identificadas y distinguidas.
- (b) Tesis de la discreción. “El Derecho” consiste en el conjunto de estas reglas jurídicas válidas. Si algún caso no está claramente comprendido en tales reglas, por cualquier razón, no puede ser decidido “aplicando el Derecho”. El juez decide entonces “ejercitando su discreción”, guiándose por algún otro tipo de patrón en la creación de una nueva regla jurídica.
- (c) Tesis de la obligación. “Decir que alguien tiene una “obligación jurídica”, es decir que su caso “cae” bajo una regla jurídica válida que le exige que haga o se abstenga de hacer algo”. Si no hay regla jurídica válida, tampoco existe obligación jurídica alguna.

Lo anterior no es más que el armazón del positivismo; el contenido puede variar. Las diferentes versiones sólo se apartan en su descripción de la prueba fundamental de *pedigree* que sirve para identificar a una regla como jurídica.²⁵⁰

Desde la óptica de lo que Dworkin entiende por positivismo jurídico, si se desea establecer la separación conceptual entre derecho y moral, lo primero que hay que hacer es conocer en qué consiste el derecho, identificarlo y con ello, distinguirlo de cualesquiera otro tipo de

²⁵⁰ Dworkin, *¿Es el derecho un sistema de reglas?* (trad. de Javier Esquivel y Juan Rebolledo). Colección Cuadernos de crítica. Instituto de Investigaciones Filosóficas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., 1977, pp.10,11.

reglas, en especial de las reglas morales. Esto se consigue a través de la Tesis del *pedigree*. Se aíslan [y separan] así aquellos patrones, directrices o pautas comportamentales respaldados por el poder público, mediante criterios fundados en la forma en que se adoptaron y no en su contenido. Dworkin debe enderezar su crítica a esta primera tesis, para a su vez poder desmontar el postulado positivista de la separación. Partiendo de la Tesis del *pedigree*, lo hace al sostener lo siguiente:

1. El derecho de una comunidad no es [o no sólo es] un conjunto de reglas especiales usadas por la comunidad.
2. No es posible identificar ni distinguir el derecho [en razón de 1] de la moral, a través de criterios específicos o pruebas de *pedigree*.

En relación con el primer punto, al lado de las reglas, introduce Dworkin las nociones de “principio” y “política”. Así efectúa, como lo reconocerá más tarde Hart, y por mucho, la más conocida crítica a su teoría. En relación con el numeral 2, critica Dworkin la idea básica de una única prueba fundamental que identifique al derecho en una comunidad determinada. Al respecto, nos dice:

“Cuando los juristas razonan o argumentan acerca de derechos subjetivos y obligaciones, particularmente en aquellos casos difíciles cuando nuestros conceptos parecen ser más agudos, hacen uso de patrones que no funcionan como reglas, sino que operan de modo diferente como principios, políticas y otros tipos de patrones. El positivismo, argumentaré, es un modelo de y para un sistema de reglas, y su noción central de una única prueba fundamental de lo que es Derecho nos fuerza a pasar por alto el importante papel que desempeñan estos patrones que no son reglas”.²⁵¹

Pero, ¿en qué consisten las “políticas” y los “principios”? Introduce Dworkin las siguientes definiciones:

Política: clase de patrón que determina una meta a ser alcanzada, generalmente una mejoría en algún aspecto económico, político o social de la comunidad. Ej.: los accidentes automovilísticos deben ser reducidos.

Principio: patrón que debe ser observado, porque es una exigencia de justicia o equidad (*fairness*) o de alguna otra dimensión de la moralidad. Ej.: nadie puede beneficiarse de sus propios actos ilícitos.²⁵²

Para diferenciar a los principios —en sentido amplio, como el conjunto de estándares que no son reglas, comprendiendo políticas y principios *strictu sensu*-- de las reglas, se recurre a dos ejemplos [el caso *Riggs vs. Palmer*—1889, sobre si un heredero testamentario podía heredar a su abuelo, aunque para hacerlo lo hubiera asesinado y el caso *Henningsen vs.*

²⁵¹ Idem, p.18. Para R. Alexy, reglas y principios pueden englobarse en el concepto de “norma”, porque ambos dicen lo que debe ser. Ambos pueden ser formulados con la ayuda de expresiones deónticas básicas del mandato, la permisión y la prohibición. Se trata de razones para juicios concretos de deber ser, aun cuando sean razones de tipo muy diferente. R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (trad. de Ernesto Garzón Valdés). Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p.83.

²⁵² Dworkin, *¿Es el derecho un sistema de reglas?*, op.cit., pp.18,19.

Bloomfield Motors, Inc. –1960, sobre si un fabricante de automóviles puede limitar su responsabilidad en el supuesto de que el coche presente defectos]. Los patrones empleados en estos casos no fueron reglas, sino principios jurídicos. En el primer supuesto, el principio fue: “Nadie puede beneficiarse de sus propios delitos”; en el segundo, consistió en: “... el fabricante se encuentra bajo una especial obligación en lo que se refiere a la construcción, promoción y venta de sus coches”, que tiende a favorecer una decisión que no imponga los términos de un contrato de compra-venta de automóviles.²⁵³

Ahora bien, más allá de los ejemplos previos, ¿en qué se distingue una regla de un principio? Se trata de una distinción en sentido lógico, la que es del tenor siguiente:

- i. “Las reglas son aplicables a la manera “todo o nada”. Si se dan los hechos estipulados por una regla, entonces, o bien la regla es válida, en cuyo caso la solución que proporciona debe ser aceptada, o no lo es, en cuyo caso en nada contribuye a la decisión”.²⁵⁴ En cambio, los principios “no establecen consecuencias jurídicas que se sigan automáticamente cuando se den ciertas condiciones”²⁵⁵, sino únicamente proporcionan razones para decidir en determinado sentido, sin obligar a una decisión particular. Puede haber otros principios o políticas operando en el sentido opuesto.²⁵⁶
- ii. La regla puede tener excepciones, las que deben ser enumeradas en su totalidad.²⁵⁷ En cambio, los principios no se completan con excepciones enumerables; los contraejemplos no operan como excepciones.²⁵⁸
- iii. “Los principios tienen una dimensión de la que las reglas carecen: la dimensión del peso o importancia. Cuando los principios entran en conflicto, quien debe resolver el conflicto tiene que tomar en cuenta el peso relativo de cada uno”.²⁵⁹ En cambio, las reglas carecen de esa dimensión. Dentro de un sistema de reglas, cuando dos reglas entran en conflicto, una de las dos no es válida, en atención a consideraciones que van más allá de las reglas mismas (prevalece la regla emitida por la autoridad más alta, la más reciente, la más específica, etc.).²⁶⁰

²⁵³ Idem, pp.19-21.

²⁵⁴ Idem, p.22.

²⁵⁵ Idem, p.23.

²⁵⁶ Idem, p.25.

²⁵⁷ Idem, p.22.

²⁵⁸ Idem, p.23.

²⁵⁹ Idem, p.25.

²⁶⁰ Idem, p.26. En su obra posterior, Alexy nos dice que son numerosos los criterios propuestos para la distinción entre reglas y principios, siendo el de “generalidad” el más frecuentemente utilizado. De acuerdo con este principio, los principios son normas de un grado de generalidad relativamente alto, mientras las reglas son normas con un nivel relativamente bajo de generalidad. Otros criterios de distinción discutidos son la “determinabilidad de los casos de aplicación”, la forma de su génesis, el carácter explícito del contenido valorativo, la referencia a la idea del derecho o a una ley jurídica suprema y la importancia para el ordenamiento jurídico. Sin embargo, el criterio decisivo para la distinción precisa entre ambos tipos de normas, al parecer de este autor, es que los principios son *mandatos de optimización*, es decir, son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, en diferente grado, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser o no cumplidas. Si una regla es válida,

A partir de la anterior distinción entre reglas y principios, queda para Dworkin demostrado que el derecho de una comunidad no es [o no sólo es] un conjunto de reglas especiales usadas por la comunidad y con ello, refutada la que el mismo autor estima la tesis central del positivismo jurídico [Tesis del *pedigree*].²⁶¹

b. La objeción de Hart

Antes de explicar el argumento de Hart, hay que considerar que lo que este último entiende por regla no es lo que Dworkin entiende como tal. Para Hart, “una regla es un standard normativo capaz de guiar la conducta”. Para Dworkin [de conformidad con lo que hemos visto], la regla es un tipo específico de norma, en particular, aquella “que da a los agentes razones concluyentes para la acción”. No hay razón para suponer que Hart quiera limitar su teoría en el sentido expresado por Dworkin.²⁶²

A partir de lo anterior y dado que el concepto de regla es más comprensivo en Hart que en Dworkin, para objetar el argumento de este último, Hart no requiere negar la existencia de los principios, sino sólo admitir su coexistencia al lado de las reglas, considerándolos integrados a su sistema, no viendo incompatibilidad alguna entre los mismos y su teoría, quedando de manifiesto –a su parecer- la errónea interpretación en que ha incurrido Dworkin.

Prosiguiendo con su argumento, concede Hart que en el derecho existen reglas y principios. Pero la diferencia entre unos y otros es sólo de grado. Mientras las reglas son casi concluyentes, los principios son generalmente no concluyentes. En casos como el de *Riggs vs. Palmer*, no existe contraste tajante entre reglas de “todo o nada” y principios generalmente no concluyentes; por ello la regla, pese a ser válida, no determina automáticamente el resultado, siendo “vencida” por la aplicación del principio.²⁶³

entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Y esto porque las reglas contienen *determinaciones* en el ámbito de lo fáctico y jurídicamente posible. La diferencia entre reglas y principios es así cualitativa y no de grado. R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, op.cit., pp.83,84,86,87. Atienza y Ruiz Manero sostienen en cambio, que el hecho de que los principios puedan ser cumplidos en diversos grados es sólo parcialmente verdadero; lo es en relación con lo que estos autores denominan normas programáticas o directrices [principios que estipulan la obligación de perseguir determinados fines], pero no con respecto a los principios en sentido estricto [principios que expresan los valores superiores de un ordenamiento jurídico. V.gr. el artículo 14 de la Constitución española establece: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. En este supuesto, una vez establecido que –en la combinación de factores relevantes que presenta un determinado caso- el principio de igualdad de este artículo prevalece frente a principios o reglas que jueguen en sentido contrario, este principio exige cumplimiento pleno: o se cumple o no, pero no caben modalidades graduables de cumplimiento]. Atienza/Ruiz Manero, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Ariel, Barcelona, 1996, pp.4,5,9,10.

²⁶¹ Para un estudio de las diferentes acepciones que presentan los “principios”, propuesta de una tipología, análisis de la distinción entre principios y reglas, a partir de enfoques diversos; así como para todo lo que precede con miras a la construcción de una teoría de los enunciados jurídicos, cfr. la obra de Atienza y Ruiz Manero, antes citada.

²⁶² Scott J. Shapiro, “On Hart’s Way Out”, en *Hart’s Postscript. Essays on the Postscript to The Concept of Law* (ed. por Jules Coleman). Oxford University Press, Oxford, 2001, p.163.

²⁶³ Ésta se corresponde con una de las tres posibilidades que acerca de la distinción entre reglas y principios se presenta. La primera sostiene que todo intento de dividir las normas en dos clases es vano, debido a la pluralidad realmente existente. La segunda tesis [tesis de Hart] afirma que es posible una división de las normas en reglas y principios, de manera relevante, pero esta distinción es sólo de grado. La tercera tesis [tesis de Dworkin] dice que las normas pueden dividirse en reglas y principios y que la diferencia no es gradual, sino

En consonancia con la aclaración inicial que hemos introducido, Hart explica que al usar la palabra “regla” no pretende sostener que los órdenes jurídicos comprenden sólo “reglas” de todo o nada o casi concluyentes. En *El Concepto de derecho* también llama la atención hacia lo que denomina “estándares jurídicos variables”, que especifican factores que deben tomarse en cuenta y sopesarse unos contra otros. Así pues, admite Hart haber dicho muy poco sobre los principios jurídicos (pero con ello también afirma no haberlos ignorado).²⁶⁴ De este modo coincide con Dworkin en la afirmación de que “El derecho de una comunidad no es [o no sólo es] un conjunto de reglas especiales usadas por la comunidad”. Por supuesto, “reglas” en el sentido dworkiniano, no en el suyo. En el sentido hartiano de la expresión, el derecho de una comunidad sí consiste en un conjunto de reglas especiales usadas por la comunidad.

c. La “derrotabilidad” (*defeasibility*) de las normas jurídicas

En este punto es de utilidad profundizar en una característica que se perfila claramente en la discusión entre Hart y Dworkin. Me refiero a lo que en la teoría se ha llamado “derrotabilidad” de las normas de derecho. Por norma “derrotable” entenderemos una norma sujeta a excepciones implícitas que no pueden ser enumeradas exhaustivamente de antemano, de manera que no sería posible precisar por anticipado las circunstancias que operarían como genuina condición *suficiente* de su aplicación.²⁶⁵ Una manera más esquemática de entender la derrotabilidad es la siguiente: Una norma derrotable se puede entender como una afirmación condicional, más específicamente, como un condicional derrotable. Un condicional derrotable a su vez se puede definir como un condicional sujeto a excepciones implícitas. De ello que un condicional derrotable pueda ser verdadero cuando se expresa “Si A entonces B” y falso cuando se afirma “Si A y C entonces B”. Aquí la circunstancia C constituye una excepción que derrota el condicional “Si A entonces B”.²⁶⁶ A partir de los trabajos de Dworkin y Alexy, acerca de la distinción entre “principios” y “reglas” [y de la controversia con Hart], ha adquirido fuerza esta noción de derrotabilidad. La tesis de Dworkin puede entenderse en el sentido de sostener que los principios son normas derrotables o abiertas, mientras las reglas son normas inderrotables o cerradas.²⁶⁷ No obstante, no ha sido primeramente Dworkin quien ha utilizado el término, sino Hart mismo. En uno de sus primeros escritos²⁶⁸, Hart sostenía que los conceptos jurídicos tienen un

qualitativa. Ésta es la posición correcta en opinión de Alexy. R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, op.cit., pp.85,86.

²⁶⁴ En efecto. Cuando Hart en el capítulo VII de *El concepto de Derecho*, analiza “La textura abierta del derecho”, sostiene que ante el carácter indeterminado de las reglas, el sistema jurídico remedia la incapacidad humana de previsión, mediante diversas técnicas: i. Si en la esfera a controlarse jurídicamente los casos individuales pueden variar impredeciblemente en aspectos socialmente importantes, de modo que la legislatura no pueda formular útilmente por anticipado reglas generales a aplicarse sin nuevas directivas oficiales, se establecen guías muy generales, *standards*, y se delega en un órgano administrativo, la función de modelar reglas adaptadas a las necesidades especiales de cada caso. La solución resultante consistirá en un mero compromiso razonable entre muchos intereses en conflicto. ii. La esfera a controlar es tal, que resulta imposible convertir una clase de acciones en objeto de una regla simple, aunque por las circunstancias incluya características familiares de la experiencia común, por las que puede apelarse a una idea de lo “razonable”. Se exige adecuarse a un *standard* variable antes de que haya sido definido oficialmente. Un ejemplo es el uso del *standard del due care*, en casos de culpa o negligencia. Hart, *El Concepto de derecho*, op.cit., p.41.

²⁶⁵ J.C. Bayón, “Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico”, en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. No.13, ITAM, México, Octubre 2000, p.91.

²⁶⁶ C. Alchourrón, “Sobre derecho y lógica”, en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. No.13, ITAM, México, Octubre 2000, pp.23,24.

²⁶⁷ Bayón, op.cit., p.93.

²⁶⁸ Hart, “The Ascription of Responsibility and Rights”, citado por Bayón, op.cit., p.90, n.8.

carácter *sui generis*, que se manifiesta en la imposibilidad de establecer una lista de condiciones necesarias y suficientes para su aplicación (sólo sería posible enumerar sus condiciones normales o típicas de aplicación, acompañadas inevitablemente por una cláusula abierta “a menos que”, relativas a circunstancias excepcionales no anticipables por completo). A este rasgo lo denominaba Hart, el carácter “derrotable” de las normas. Y resulta curioso, pero este concepto es el que retoma Dworkin para criticar la teoría del derecho en Hart. Sin embargo, partiendo de los casos que presenta Dworkin para explicar su distinción entre principios y reglas y entendiendo que los principios pueden justificar excepciones a las reglas,

“parecería plausible la conclusión de que todas las normas jurídicas se vuelven derrotables,... porque si no es posible determinar de antemano el conjunto preciso de casos gobernados por un principio, entonces tampoco podríamos determinar de antemano el conjunto preciso de excepciones obligadas a la presunta “regla”, lo que es tanto como decir que no podríamos determinar por anticipado en qué casos ésta es aplicable, con lo que, en definitiva, resultaría ser igualmente una norma derrotable”.²⁶⁹

Cabe mencionar que esta conclusión de Bayón favorece la tesis original de Hart, en el sentido de que la diferencia entre reglas y principios es sólo de grado y no cualitativa. Finalmente toda norma, trátase de regla o de principio, deviene derrotable, aunque el grado o nivel de derrotabilidad pueda presentar diferencias importantes.

2. Los principios y la regla de reconocimiento

a. La regla de reconocimiento

Para sustentar el numeral 2 de su estrategia, Dworkin requiere atacar la noción de un criterio identificador del Derecho. ¿Pero en qué consiste este criterio? De acuerdo con Hart, en la regla de reconocimiento. Esta regla es “una regla para la identificación incontrovertible de las reglas primarias de obligación”, de modo que dicha regla “especificará alguna característica o características cuya posesión por una regla sugerida es considerada como una indicación afirmativa indiscutible de que se trata de una regla del grupo, que ha de ser sustentada por la presión social que éste ejerce”.²⁷⁰ Puede ser muy simple o muy compleja, consistir en un documento escrito o en una lista de reglas. De cualquier modo, se traduce en la práctica social por la que legislaturas, tribunales, organismos, policía y ciudadanos, identifican el derecho. Regla no válida, sino la única en un sistema jurídico cuya fuerza obligatoria depende de su aceptación y en este sentido, la regla última del sistema. Dicha regla maestra podría identificar no sólo reglas promulgadas, sino las establecidas por la costumbre.²⁷¹

b. Crítica de Dworkin y objeción de Hart

Argumento 1. Ninguna regla de reconocimiento puede proporcionar un criterio para la identificación de principios. En casos como los de *Riggs* y *Henningsen*, cuyo origen no se basa en una decisión particular de ningún tribunal u órgano legislativo, sino en un sentido

²⁶⁹ Bayón, *op.cit.*, pp.93,94.

²⁷⁰ Hart, , *El Concepto de derecho*, *op.cit.*, pp.117 ss.

²⁷¹ Acerca de la naturaleza de dicha regla de reconocimiento, nos habíamos ya extendido, al intentar caracterizar el positivismo en Hart, a propósito del denominado “positivismo teórico”.

de conveniencia u oportunidad desarrollado con el tiempo, 'no podríamos idear ninguna fórmula que sirviera para probar cuanto apoyo institucional, y de qué clase, es necesario para convertir un principio en jurídico, y menos todavía para fijar su peso en un orden de magnitud determinado'.²⁷² Para defender un principio, hay que luchar a brazo partido con todo un conjunto de estándares cambiantes, que evolucionan e interactúan, no pudiendo reunir todo esto en una única 'norma' compleja y de poder hacerlo, sería algo muy distinto a la regla de reconocimiento de Hart.²⁷³

Argumento 2. Hart no intenta exponer los criterios que con este fin [identificación de normas que no son reglas] podría usar una regla maestra.²⁷⁴ No puede utilizarse como criterio, el requisito de que la comunidad considere la práctica como *moralmente* obligatoria; pero tampoco que la comunidad considere la práctica como *jurídicamente* obligatoria. Esto último, porque 'si la regla maestra se limita a decir que cualquier otra regla que la sociedad acepte como jurídicamente obligatoria es jurídicamente obligatoria, entonces no proporciona prueba alguna, aparte de la que tendríamos que usar si no hubiese regla maestra. La regla de reconocimiento se convierte (para estos casos) en una no-regla de reconocimiento...'.²⁷⁵ Con lo anterior, prosigue Dworkin, Hart admite que 'hay por lo menos algunas reglas de derecho que no son obligatorias porque sean válidas bajo normas establecidas por una norma maestra, sino que lo son —como la regla maestra— porque la comunidad las acepta como válidas. Esto socava la pulcra estructura piramidal que admirábamos en la teoría de Hart...'.²⁷⁶

A partir de lo que precede, Dworkin concluye:

'Si tratamos los principios como derecho, debemos rechazar el primer dogma de los positivistas, que el derecho de una comunidad se distingue de otros estándares sociales mediante algún criterio que asume la forma de una regla maestra'.²⁷⁷ En este caso, debemos abandonar el segundo dogma —la doctrina de la discreción judicial— o aclararlo. En relación con el tercer dogma, planteamos la posibilidad de que una obligación jurídica pueda ser impuesta tanto por una constelación de principios como por una regla establecida... existe una obligación jurídica siempre que las razones que fundamentan tal obligación, en función de diferentes clases de principios jurídicos obligatorios, son más fuertes que las razones o argumentos contrarios'.²⁷⁸

A partir de este texto, tomemos el argumento que se desprende de la primera parte, el cual puede expresarse así:

1. Los principios son parte del derecho en un sentido diferente al de las reglas.
2. Una regla maestra es incapaz de identificar principios.

²⁷² R. Dworkin, "El modelo de las normas (I)", en *Los derechos en serio* (trad. de Marta Guastavino). Planeta-De Agostini, Barcelona, 1993, p.95.

²⁷³ Idem, p.96.

²⁷⁴ Idem, p.97.

²⁷⁵ Idem, p.98. Si se pidiera como criterio identificatorio la obligatoriedad moral de la práctica, el problema resulta para Hart, como puntualiza Dworkin, determinar cuando una práctica es o no moralmente obligatoria. La cuestión de la obligatoriedad jurídica, tal y como la plantea Dworkin, es evidente.

²⁷⁶ Loc.cit. Hart quizás respondería que no es que la comunidad acepte estas normas como válidas —a la manera de la regla de reconocimiento— sino que dicha comunidad (tribunales, funcionarios, ciudadanos) al recurrir al criterio identificatorio que es la regla de reconocimiento, reconoce cierto tipo de regla [costumbre], identificándola como parte del derecho.

²⁷⁷ Idem, p.99.

²⁷⁸ Idem, p.100.

3. El positivismo jurídico identifica el derecho mediante la regla maestra.
4. [Conclusión] El positivismo jurídico no puede dar cuenta del derecho y debe ser en consecuencia, abandonado como teoría explicativa.

Hay que hacer una consideración relevante. Si partimos del concepto más amplio de regla en Hart, ocurre lo siguiente: la primera premisa deviene sólo parcialmente verdadera, porque la diferencia entre reglas y principios ya no es significativa; se trata de estándares distintos, pero todos subsumibles al interior de las reglas. De lo anterior que la segunda premisa no se sigue²⁷⁹, pues de acuerdo con Hart, no existe nada en el carácter no concluyente y demás rasgos de los principios, que impida su identificación mediante criterios de *pedigree*. Hay ejemplos de principios jurídicos identificados por dichos criterios (disposiciones o enmiendas constitucionales, principios básicos del *Common Law*, algunos citados por el mismo Dworkin).²⁸⁰ Una regla de reconocimiento es necesaria si los principios jurídicos tienen que ser identificados por la prueba interpretativa de Dworkin. Lo anterior porque el punto de partida para la identificación de cualquier principio jurídico, de acuerdo con la prueba interpretativa, es algún área específica del derecho establecido en el que tal principio se inserta y trata de justificar. Usar tal criterio presupone la identificación del derecho establecido, para lo que es necesaria una regla de reconocimiento que especifique las fuentes del derecho.²⁸¹ La tercera premisa sigue siendo verdadera, pero la conclusión ya no se sigue del argumento, en atención al carácter de falsedad de 1 y de 2.

En el *Postscriptum*, Hart concluye remitiendo a la práctica jurídica existente, cuando afirma:

“... no hay ningún orden jurídico real en el que este criterio totalizador completo [el de la prueba interpretativa de Dworkin] sea usado, sino sólo sistemas como el inglés y el derecho estadounidense, donde ejercicios más modestos de interpretación constructiva son emprendidos... para identificar principios jurídicos latentes”.²⁸²

3. La crítica a la Tesis de las fuentes sociales

En un artículo posterior, Dworkin pretende continuar socavando la reformulación del positivismo, construida por Hart, al combatir una teoría del Derecho con una clara base sociológica, concebida al margen de cualquier consideración de moralidad y para esto, el blanco más indicado es la Tesis de las fuentes sociales, verdadero núcleo conceptual del

²⁷⁹ ¿Son identificables los principios jurídicos? Dworkin responde afirmativamente: “mediante interpretación constructiva como miembros del único conjunto de principios que mejor se adapta y mejor justifica la historia institucional completa del derecho establecido, de un orden jurídico”. Sólo un juez ideal mítico, “Hércules”, podría construir una interpretación tal del derecho de su país; así, los tribunales intentan “imitar a Hércules” en un limitado aspecto. En consonancia con esto:

- i. Los principios jurídicos son identificables por su contenido [por interpretación constructiva] y no por su *pedigree*, es decir, no por la manera de su creación o adopción por una fuente autoritativa reconocida.
 - ii. Una regla de reconocimiento sólo puede proveer criterios de *pedigree*.
 - iii. [Se sigue] Los principios jurídicos no son identificables por la regla de reconocimiento. Idem, p.101.
- Sin embargo, como se verá a continuación, sólo idealmente podrían ser los principios identificables por su contenido.

²⁸⁰ Hart, *Post scriptum al concepto del derecho*, op.cit., pp.44,45. Para Hart, parece no constituir la prueba interpretativa de Dworkin una alternativa ante la regla de reconocimiento, sino, como algunos críticos han sostenido, una forma “positivista suave” que identifica principios por su contenido y no por su *pedigree*. Idem, pp.45,46.

²⁸¹ Idem, p.46.

²⁸² Idem, p.49.

positivismo jurídico. En “El modelo de las reglas (II)” nos dice, a manera de objeción, en relación con el punto de vista externo e interno -una de las tesis principales de Hart- lo siguiente:

Argumento 1. “Cuando un sociólogo dice que una determinada comunidad “tiene” o “sigue” una norma determinada, como la de no usar sombrero en la iglesia, lo único que se propone es describir el comportamiento de esa comunidad respecto de cierto punto. Sólo quiere decir que los miembros de esa comunidad suponen que tiene un deber determinado, y no que él esté de acuerdo. Pero, cuando es un miembro de la comunidad quien apela a una norma con el fin de criticar su propio comportamiento o el de algún otro, entonces lo que se propone no es simplemente describir el comportamiento de otras personas, sino evaluarlo. No quiere decir simplemente que los otros creen que tienen cierto deber, sino que *tienen tal deber*”.²⁸³

Apenas desmontado el modelo de Austin, en el capítulo V de *El Concepto de derecho*, al tratar de “La idea de obligación”, Hart introduce su conocida distinción entre el aspecto “externo” e “interno” de las reglas, en estos términos:

Aspecto externo. El sujeto se ocupa de las reglas como mero observador que no las acepta [ni las rechaza]. Su descripción de la vida de los observados será en términos de regularidades de conducta observables, predicciones, probabilidades, signos, reacciones. Este modo puede también reproducir la manera en que las reglas funcionan para aquellos miembros del grupo que rechazan las reglas y únicamente se interesan en ellas, al pensar que la violación acarrearán consecuencias desagradables.

Aspecto interno. El sujeto se ocupa de las reglas como miembro del grupo que las acepta y usa como guías de conducta. Es la manera en que el grupo contempla su propia conducta, el modo en que las reglas funcionan en la vida de funcionarios, abogados o particulares que las usan, situación tras situación, como guías para conducir la vida social. La violación de la regla no es la base de la predicción de una reacción hostil, sino una razón para la hostilidad.

Este contraste es importante para comprender no sólo el Derecho, sino la estructura de cualquier sociedad. Cualquier teoría jurídica debe considerar la constante tensión entre ambos aspectos.²⁸⁴

Hasta este punto la lectura de Dworkin se apega, nos parece, a lo que sostiene Hart. Pero entonces Dworkin prosigue:

Continuación del argumento 1. Debemos reconocer la distinción entre dos clases de enunciados, los cuales se valen del concepto de regla. El sociólogo está afirmando una regla social, pero el feligrés está afirmando una regla normativa. La afirmación del sociólogo

²⁸³ R. Dworkin, “El modelo de las reglas (II)”, en *Los derechos en serio* (trad. de Marta Guastavino). Planeta-De Agostini, Barcelona, 1993, p.107.

²⁸⁴ Hart, *El Concepto de Derecho*, op.cit., pp.110-113.

es válida si se da cierta situación fáctica (si la comunidad se comporta de la manera descrita); la afirmación del feligrés es válida si existe cierta situación normativa (si los individuos tienen en realidad el deber que se supone tienen). Agrega poco más adelante: “Así las cosas, la regla social no puede, sin más ni más, ser la fuente del deber que él cree tener”.²⁸⁵

Observación. Dworkin hace una lectura deficiente de la tesis del punto de vista externo e interno del Derecho. Y esto es así porque confunde los dos ámbitos en los que la regla de referencia se mueve. De entrada, una aclaración terminológica. Toda regla por definición es normativa; lo que Dworkin llama “regla social” -suponemos que porque la afirma el sociólogo desde su particular metodología y objeto de estudio- es tan normativa como la regla enunciada por el feligrés. Una regla no normativa se ubicaría en espacios de la realidad en los que la autodeterminación de los individuos no juega papel alguno. Pero la denominada por Dworkin “regla social” no tiene ese carácter. Ahora bien, es cierto que el sociólogo pretende emitir juicios de hecho –su marco de referencia es la verdad o falsedad de sus aseveraciones-, mientras que el feligrés pretende emitir juicios de valor –su marco de referencia es la bondad o maldad con que evalúa comportamientos-. El primero hace afirmaciones que conciernen primariamente a una ciencia social, el segundo en cambio se mueve fundamentalmente en el ámbito de su moralidad. Pero esto no altera el hecho de que el sociólogo (en general el observador externo) puede como tal, describir tanto comportamientos como actitudes valorativas en los miembros de la comunidad y no por ello deja de hacer tarea descriptiva, con pretensiones de objetividad. La moralidad que se manifiesta en una sociedad en cualquier tiempo, también puede ser materia de estudio sociológico y si quiere dar cuenta de las reglas, una teoría jurídica no debería pasar por alto esta dimensión “interna” de las mismas. Sobre la afirmación de Dworkin, en el sentido de que la regla social no puede, sin más ni más, ser la fuente del deber que el feligrés cree tener, seguramente así es. La fuente del deber del feligrés puede tener su origen en el sistema de creencias, en la tradición, en la moralidad social, en su sentido común, en su psicología, en valores objetivos de vigencia universal e incluso en esas “reglas sociales” a las que Dworkin hace referencia. Pero pensamos que Hart nada menciona –ni es su intención hacerlo- acerca de la citada fuente del deber del feligrés, pues se trata de algo que excedería los propósitos de una simple teoría jurídica. Como el mismo Dworkin lo expresa más adelante, retomando a Hart, el alcance de la tesis es en realidad mucho más modesto: “La diferencia entre enunciar una regla social y enunciar una regla normativa no es, pues, una diferencia en el tipo de norma que afirma cada enunciado, sino más bien una diferencia en la actitud de cada uno de ellos hacia la norma social que afirma”.²⁸⁶

Argumento 2. “La teoría [de la norma social, en terminología de Dworkin]... no llega a establecer la importante distinción entre dos clases de moralidad social, a las que podríamos llamar *moralidad concurrente* y *moralidad convencional*... Si los feligreses creen que todos los hombres tienen el deber quitarse el sombrero en la iglesia, pero no cumplirían con tal deber si no hubiera una práctica social en ese sentido, nos hallamos ante un caso de moralidad convencional. Si creen también que un hombre tiene el deber de no mentir, y

²⁸⁵ Dworkin, “El modelo de las reglas (II)”, en *Los derechos en serio*, op.cit., pp.107,108.

²⁸⁶ Idem, p.108.

cumplirían con ese deber aun cuando la mayoría de los demás mintieran, estaríamos ante un caso de moralidad concurrente. La teoría de la norma social debe debilitarse para ser aplicable únicamente a los casos de moralidad convencional”.²⁸⁷

En esto último Hart no estaría en desacuerdo, pero desde un principio ha hecho la aclaración de que la moralidad a la que se referirá será la moral aceptada y no cualquier otra, de naturaleza más crítica. (Cfr. El Concepto de Derecho??)

Observación. El precepto “no mentir”, empleado por Dworkin, es un caso que queda comprendido lo mismo dentro de la moralidad convencional, que dentro de la moralidad concurrente.²⁸⁸

4. Derecho y moral (a partir de la teoría interpretativa)

Recurriendo a una estrategia diversa a las anteriores, a partir de la teoría interpretativa del derecho contenida en *Law's Empire*, Dworkin caracteriza de modo diferente la vinculación entre derecho y moral.

Tesis de Dworkin. “... tiene que haber, al menos, fundamentos morales *prima-facie* para afirmar la existencia de derechos y obligaciones jurídicas”.²⁸⁹

Así, “los derechos” son entendidos como especies de derechos morales, mientras que la doctrina positivista –sostiene Dworkin- pertenece al “mundo peculiar del esencialismo jurídico” en el que nos es dado conocer, preanalíticamente, que puede haber derechos y obligaciones sin ningún fundamento o fuerza moral.²⁹⁰

En este orden de ideas, para Dworkin pueden haber órdenes jurídicos tan malos que no sería posible encontrar alguna interpretación de sus normas que fuera moralmente aceptable. Podemos entonces recurrir a un “escepticismo interno” y negar que tales órdenes jurídicos sean derecho. Pero no es necesario, cuando podemos sostener que dichos órdenes malvados, son derecho únicamente en sentido preinterpretativo.²⁹¹

En esta teoría del derecho preinterpretativo, parece hacer Dworkin la concesión al positivismo, en el sentido de que el derecho injusto existe como derecho, aun y cuando esto acontezca únicamente en lo que denomina “sentido preinterpretativo”, a su parecer, característico del positivismo jurídico.

Por su parte, Hart parte del mismo tipo de separación conceptual que previamente había postulado:

Tesis de Hart. “... aunque hay muchas diferentes conexiones contingentes entre derecho y moral, no hay ninguna conexión conceptual necesaria entre el contenido del derecho y la moral; y, por tanto, disposiciones perversas pueden ser válidas como reglas o principios jurídicos”.²⁹²

Para responder a la teoría del derecho preinterpretativo, reformula su tesis en los siguientes términos:

²⁸⁷ Idem, p.111.

²⁸⁸ Loc.cit.

²⁸⁹ *Post scriptum al concepto del derecho*, op.cit., p.49.

²⁹⁰ Idem, p.50.

²⁹¹ Idem, p.52.

²⁹² Idem, p.49. En *El Concepto de derecho*, Hart nos dice: “en ningún sentido es necesariamente verdad que las normas jurídicas reproducen o satisfacen ciertas exigencias de la moral, aunque de hecho suele ocurrir así”. Hart, *El Concepto de derecho*, op.cit., p.230.

“Los derechos y las obligaciones jurídicas constituyen el punto en el cual el derecho protege, con sus medios coactivos, respectivamente, la libertad individual y la restringe, o confiere a los individuos, o les niega, la facultad de hacer uso, por ellos mismos, de la maquinaria coactiva del derecho. De esta manera, si las normas son moralmente buenas o malas, justas o injustas, los derechos y las obligaciones demandan atención como puntos focales en las operaciones del derecho, los cuales son de importancia suprema para los seres humanos, con independencia del mérito moral de las normas”.²⁹³

En lo que sigue, presento sendas tesis tanto de Hart como de Dworkin, en las que tratan de la controvertida cuestión de la identificación del derecho [función de la regla de reconocimiento, enunciada por Hart]:

Tesis de Hart. “... la existencia y contenido del derecho puede ser identificado con referencia a las fuentes sociales del derecho (e.g., legislación, resoluciones judiciales, costumbre social), sin recurrir a la moral, excepto donde el derecho, así identificado, haya incorporado criterios morales para la identificación del derecho”.²⁹⁴

Tesis de Dworkin. “... cada proposición de derecho que establece lo que es el derecho en alguna cuestión, necesariamente implica un juicio moral, puesto que,..., las proposiciones de derecho son verdaderas únicamente si, [conjuntamente] con otras premisas, se siguen del conjunto de principios los cuales, a la vez, se adaptan mejor al derecho establecido, identificado por referencia a fuentes sociales del derecho y proveen su mejor justificación moral”.²⁹⁵

En la primera de estas tesis, hay que subrayar:

1. Hart enfatiza la separación conceptual entre derecho y moral.
2. La regla de reconocimiento remite a las fuentes sociales del derecho (Tesis de las fuentes sociales, núcleo característico del positivismo).
3. Lo anterior no le impide hacer un concesión relevante a Dworkin: aceptar la incorporación de criterios morales, como parte de la regla de reconocimiento (Positivismo incluyente o Incorporacionismo).²⁹⁶

En la tesis de Dworkin, podemos acentuar:

1. La vinculación conceptual entre moral y derecho.
2. La referencia a las fuentes sociales.

La identificación del derecho, lo mismo que la justificación moral del mismo, funciones de una teoría interpretativa comprensiva y totalizadora [que no de la regla de reconocimiento].

²⁹³ *Post scriptum al concepto del derecho*, op.cit., p.50. Una referencia a la crítica que Austin hace a Blackstone resulta obligada: “... La existencia de una ley es una cosa, su mérito o demérito otra. Si existe o no, es una cuestión; si se acomoda o no a un presunto modelo, es una cuestión diferente. Una ley que realmente exista es una ley, aunque nos disguste, o aunque sea disconforme respecto del criterio con el que gobernamos nuestra aprobación o desaprobación...”. J. Austin, *El objeto de la jurisprudencia*, op.cit., lección V, p.188.

²⁹⁴ *Post scriptum al concepto del derecho*, op.cit., p.51.

²⁹⁵ Loc.cit.

²⁹⁶ Que el mismo Hart como se ha visto, denominó *Soft* positivism. Los puntos 2 y 3 son desarrollados con mayor detenimiento en el apartado correspondiente.

B. El positivismo incluyente (Incorporacionismo)

A partir del debate entre Hart y Dworkin, se ha suscitado también un debate entre Hart y otros positivistas, así como entre los mismos positivistas; en particular, entre positivistas incluyentes y excluyentes.

Positivismo simple

Esta versión original del positivismo parte de algunas obviedades acerca de los lenguajes naturales. Para poder decir que una expresión lingüística tiene significado debe haber casos claros a los que se aplica; en cambio, habrá otros casos respecto de los cuales no resultará ni claramente aplicable ni claramente inaplicable. De aquí resulta un núcleo de significado claro rodeado de una penumbra de casos dudosos. Trasladándose de los lenguajes naturales al derecho: las normas jurídicas se expresan en lenguajes naturales, así que habrá un núcleo de casos fáciles indiscutiblemente gobernado por cada norma. En lo que concierne a ese núcleo, el derecho está determinado. Pero pueden haber lagunas y contradicciones en el sistema jurídico, así como ambigüedades en las formulaciones normativas; inevitablemente habrá casos en la zona de penumbra respecto de los cuales resulta discutible si la norma es aplicable o no. En todos estos supuestos el derecho está indeterminado, de modo que para decidir acerca de ellos hay que salir inevitablemente fuera de él.

Objeción al Argumento del contraste con la práctica. El positivismo simple no resulta afectado. Una cosa son los casos claramente gobernados por una norma jurídica, y otra, bien distinta, los casos en los que hay –o no- razones morales para hacer lo que dicha norma establece. “Podrá haber en ocasiones muy buenas razones morales para dejar de hacer lo que una norma jurídica indiscutiblemente prescribe, pero... sería un grave error mezclar esas dos cuestiones como si fuesen en realidad una sola. Y esa mezcla sería exactamente lo que estaría haciendo cualquiera que sostenga que para determinar qué es lo que realmente exige una norma habría que establecer caso por caso si hay o no razones morales que justifiquen introducir en ella una excepción”. Se puede conceder sin ningún problema como cuestión de hecho que con frecuencia “los tribunales recurran a principios no basados en fuentes para justificar interpretaciones que dejan a un lado el significado literal u ordinario de una disposición”. Pero en este supuesto, lo que los tribunales hacen no es decidir con arreglo a derecho, sino lisa y llanamente transgredir una norma jurídica (quizás por excelentes razones morales).²⁹⁷ Hart parece adoptar esta postura, cuando nos habla del mérito comparativo derivado de dos maneras de clasificar las reglas, en la controversia con Radbruch. Cuando en lugar de afirmar: ‘Esto es derecho; pero es demasiado inicuo para ser aplicado u obedecido’, uno simplemente sostiene: “Esto no es

²⁹⁷ Juan Carlos Bayón, “Derecho, convencionalismo y controversia”, en *La Relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política* (comp. Navarro/Redondo). Gedisa editorial, Barcelona, 2002, pp.60,61.

derecho”, se está optando lisa y llanamente por transgredir una norma de derecho y en tal sentido, debería asumirse dicha posición.²⁹⁸

Objeción al positivismo simple. No es posible identificar el contenido del derecho sin tomar en cuenta las convenciones interpretativas existentes; el positivismo simple contempla nuestras prácticas jurídicas con una suerte de ceguera selectiva, ignorando una parte de las convenciones relevantes para la identificación del contenido del derecho. El positivismo debe hacer un sitio en su esquema conceptual para posibles convenciones interpretativas más complejas.²⁹⁹ Es de observar que esta objeción no es propiamente una objeción a la tesis de la separación derecho-moral, sino a la escasa amplitud de su esquema interpretativo. Y de cualquier forma, así como las tesis del iusnaturalismo se han modificado, afinando sus matices, arribando hasta formas que han sido calificadas como neoiusnaturalistas como en Dworkin, de modo similar ha acontecido con los diversos positivismos. El positivismo excluyente y el incorporacionismo sólo son una muestra de ello.

Positivismo excluyente

El exponente por antonomasia es Joseph Raz. Este autor nos dice que es cierto que en las prácticas jurídicas los jueces usan de hecho diversos “mecanismos para asegurar que el derecho, en su aplicación al caso, no es injusto”.

Objeción al Argumento del contraste con la práctica. Existe diferencia entre el “razonamiento para establecer el contenido del derecho” y el “razonamiento con arreglo al derecho”. El primero está gobernado por la Tesis de las fuentes sociales, por lo que se desenvuelve sin recurrir a clase alguna de evaluación moral; en este sentido es autónomo.³⁰⁰ El segundo se da a partir del otorgamiento de discrecionalidad a los jueces

²⁹⁸ Cfr. en este texto, el apartado titulado “La justicia como fundamento de validez jurídica”; de manera específica, la sección denominada “La tesis alemana de la posguerra”.

²⁹⁹ Bayón, “Derecho, convencionalismo y controversia”, en *La Relevancia del derecho*, op.cit., pp.64,65.

³⁰⁰ Tesis de las fuentes sociales. La existencia y contenido del derecho dependen exclusivamente de los hechos sociales, de modo que su identificación es posible sin recurrir a argumentos morales. En realidad, no todos los que se consideran positivistas la aceptan, como los positivistas jurídicos incluyentes o incorporacionistas, quienes redefinen la pretensión central del positivismo. Idem, p.81, n.1. La característica distintiva del positivismo legal, es que intenta explicar el derecho en términos de *hechos sociales* (V.gr. Austin). Jules Coleman, “Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis”, en *Hart’s Postscript. Essays on the Postscript to The Concept of Law* (ed. por Jules Coleman). Oxford University Press, Oxford, 2001, p.114. El derecho existe cuando hay cierto tipo de hecho social, la regla de reconocimiento, así como reglas válidas de acuerdo con ella, que son generalmente seguidas por la mayoría de la población. Idem, p.115. La posibilidad del derecho se explica en términos de hechos sociales [Tesis de los hechos sociales] y nada es más importante para el positivismo legal. Todos los positivistas abrazan esta tesis, que afirma que el derecho es una práctica social normativa, que es posible por un conjunto de hechos sociales. Sobre los hechos sociales relevantes los positivistas difieren; V.gr. Austin (poder y hábitos), los realistas (predicciones). Idem, p.116. La expresión: “modelo de los hechos sociales”, lo mismo que: “modelo de las reglas” (Dworkin), no es de Hart; la primera es de Zipursky. Por “modelo de los hechos sociales”, se refiere al sentido amplio y profundo en el que Hart concibe el derecho en términos de un modelo de hechos sociales. Parece sostener que lo que el derecho es, lo es por ciertos hechos sociales, hechos que tienen que ver con la conducta y la actitud de ciertas personas en la comunidad. Benjamin Zipursky, “The Model of Social Facts”, en *Hart’s Postscript. Essays on the Postscript to The Concept of Law* (ed. por Jules Coleman). Oxford University Press, Oxford, 2001, p.225. Para un positivista como Hart o como el mismo Raz, la realidad del derecho está construida por la actividad de seres humanos, que consiste meramente en un conjunto de creencias compartidas y de actitudes y expectativas interdependientes,

para introducir excepciones en las normas jurídicas, cada vez que encuentren razones morales relevantes para hacerlo. Cuando de hecho sucede tal cosa, es el derecho mismo el que lleva a los jueces a aplicar consideraciones extrajurídicas (morales), para resolver un caso.³⁰¹ Ésta también es una posición que en algún momento, como ya vimos, asume Hart. Sostiene al respecto, que la textura abierta característica de los lenguajes naturales, es fuente de discrecionalidad a la que los jueces recurren, cuando tienen que elegir entre los significados asignables a un término general, al resolver casos concretos.³⁰²

Positivismos incluyente

A diferencia del positivismo simple y del positivismo excluyente, sostiene que la reconstrucción conceptual más correcta de la práctica jurídica nos obliga a revisar la Tesis de las fuentes sociales y a rechazarla como la concibe el positivismo excluyente. Pero ese rechazo puede articularse de modo que siga siendo consistente con las premisas del convencionalismo.³⁰³

Tesis incorporacionista: la Tesis de las fuentes sociales que postula el positivismo excluyente, se puede descomponer en dos ideas independientes: la primera [la Tesis de las fuentes *strictu sensu*] afirma que los criterios que determinan que una norma sea parte del derecho no tienen que ver con su valor, sino con su fuente [o lo que podemos llamar *pedigree*] (algún hecho de naturaleza convencional). La segunda [Tesis convencionalista³⁰⁴], que los criterios que determinan qué normas son parte del derecho son una cuestión enteramente convencional. El positivismo excluyente afirma ambas, al sostener que la Tesis convencionalista implica a la Tesis de las fuentes sociales. El positivismo incluyente busca un camino entre esas dos posiciones y para ello niega la relación de implicación: no hay inconsistencia en aceptar la Tesis convencionalista y rechazar la Tesis de las fuentes sociales. Mientras la primera es necesariamente verdadera, la segunda es meramente contingente. En otros términos, podría existir –de hecho existe– la convención de hacer depender el reconocimiento de una norma como parte del derecho de su valor o contenido y no de su fuente. Hay –al menos algunas– normas morales que se han convertido en parte del derecho por su valor o contenido, pero tal ha acontecido sólo

constitutivas de una “práctica social”. Bayón, “Derecho, convencionalismo y controversia”, en *La Relevancia del derecho*, op.cit., pp.58,59.

³⁰¹ Idem, pp.64,65.

³⁰² *El concepto de derecho*, op.cit., p.159.

³⁰³ Los precedentes de este positivismo se encuentran en D. Lyons y P. Soper. Su formulación y defensa más articulada en J. Coleman y en W. Waluchow. También Hart mostró su adhesión al mismo, aunque se ha puesto en duda que su teoría del derecho sea genuinamente incorporacionista. Otros autores han sostenido recientemente esta tesis. Con respecto al término, Wilfrid Waluchow refiere esta tesis como “positivismo incluyente” (*inclusive positivism*), Hart la denomina “positivismo suave” (*soft positivism*), Dworkin la llama “convencionalismo suave” (*soft conventionalism*). Es más comúnmente denominada “positivismo legal incluyente”, señalada así para acentuar el contraste con el “positivismo legal excluyente” de Raz. Algunos prefieren “Incorporacionismo”. Coleman, “Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis”, en *Hart’s Postscript. Essays on the Postscript to The Concept of Law*, op.cit., p.100, n.5.

³⁰⁴ Tesis convencionalista (*Conventionality Thesis*). El derecho es posible por una convergencia interdependiente de comportamiento y de actitud: un “acuerdo” entre individuos que se expresa en una regla social o convencional (para Hart, la regla de reconocimiento). Convencionalismo para Dworkin es en cambio, su formulación del positivismo como una teoría interpretativa, lo que lo salva del aguijón semántico. Idem, p.103.

por el hecho (contingente) de que nuestra práctica jurídica incluye la convención de reconocerlas como derecho.³⁰⁵ En esta contingencia reside la clave de la separación conceptual entre derecho y moral, refugio último para los partidarios de dicha tesis.³⁰⁶

Hay entonces tres reconstrucciones conceptuales acerca de lo que hacen los jueces cuando al aplicar una norma jurídica, desarrollan una argumentación para justificar introducir excepciones no precisadas previamente en otra fuente. Para el positivismo simple, se infringe el derecho al seguir criterios extrajurídicos. Para el positivismo excluyente, los jueces siguen en efecto criterios extrajurídicos, pero no infringen el derecho, pues lo hacen en ejercicio de la discrecionalidad otorgada por el derecho mismo. Para el positivismo incluyente, no se siguen necesariamente criterios extrajurídicos; puede ocurrir que al tiempo que los jueces desarrollan genuina argumentación moral, aplican el derecho, esto si las normas que aplican son parte de la regla de reconocimiento en virtud no de su fuente, sino de su contenido o valor moral.³⁰⁷ En el positivismo simple, derecho y moral son dos sistemas de normas que operan en ámbitos claramente diferenciados, de modo que al interior del derecho mismo no existe posibilidad de apelar a consideraciones morales. En el positivismo excluyente es posible recurrir a argumentaciones morales al decidir un caso, pero únicamente desde el derecho mismo. En el positivismo incluyente, los criterios morales pueden convertirse en el derecho mismo, cuando se encuentran incorporados a la regla de reconocimiento. De algún modo, esta última forma de positivismo también es una forma de subordinación de la moral al sistema jurídico, aunque mucho más moderada y controvertible como tal, que la del positivismo excluyente).

Análisis del positivismo incluyente, a partir de la crítica de Dworkin a Hart

Incorporacionismo (*Incorporationism*)

Para J. Coleman, el Incorporacionismo permite que la moralidad sea una condición de la legalidad, de manera que la legalidad de las normas pueda a veces depender de sus méritos substantivos (morales) y no sólo de su *pedigree* o de su fuente social. Dicho de otro modo, los principios morales pueden ser no sólo legalmente válidos, sino legalmente vinculantes en virtud de su mérito o valor y no de su *pedigree*. Pese a lo anterior, el Incorporacionismo sostiene su compatibilidad con el positivismo (con la función de la regla de reconocimiento y con la tesis de la separación), algo con lo que Dworkin no coincide.³⁰⁸

³⁰⁵ Bayón, "Derecho, convencionalismo y controversia", en *La Relevancia del derecho*, op.cit., pp.69,70.

³⁰⁶ La Tesis de las fuentes *strictu sensu* debe entenderse como la Tesis del *pedigree* a la que Dworkin se refiere, tesis comprometida con procesos formales de creación, como origen reconocido del derecho. En cambio la Tesis convencionalista, remite a un acuerdo social mucho más difuso, independiente de cualquier criterio base, acerca del origen del derecho.

³⁰⁷ Idem, p.70.

³⁰⁸ Coleman, op.cit., pp.100, 126. Se trata sólo de otra forma de dar cabida a la Tesis convencionalista, al tiempo que se rechaza la Tesis de las Fuentes sociales, caracterización de la que nos habla Bayón en líneas previas. Asimismo, nos facilita introducirnos a la desafortunada crítica que a continuación formulará Dworkin a Hart. En este punto, cabe mencionar que un autor como Gardner sostiene una tipología diferente a la sostenida líneas arriba, toda vez que él subsume en un grupo homogéneo a todos los positivistas, tanto incluyentes como excluyentes, a partir del criterio de que todos hacen depender la validez de las reglas de derecho, de las fuentes sociales y no de los méritos (pues los méritos también están referidos a los méritos de las fuentes). Pero como

Objeción original de Dworkin a Hart:

1. A veces los principios morales pueden ser legalmente vinculantes en razón de su mérito substantivo.
2. El positivismo legal requiere criterios legales de validez provenientes de fuentes sociales o de *pedigree*.
3. Por lo tanto, el positivismo legal no puede dar cuenta de la forma en la que los principios intervienen en la práctica legal.³⁰⁹

Como se puede observar, lo que precede parece más un ataque dirigido a un positivista excluyente del tipo de Raz, que a Hart mismo. Por ello, este último sólo requerirá deslindarse de la vertiente positivista más radical, para incluirse entre los positivistas de tipo incluyente [positivismo suave, para emplear las palabras de Hart].

De acuerdo con Dworkin, dado que 1 es cierto³¹⁰, la moralidad es condición de legalidad y la tesis de la separación tiene que ser abandonada. La regla de reconocimiento tiene también que desecharse (al ser falso que especifica condiciones necesarias y suficientes de validez legal), toda vez que sólo se basa en criterios de *pedigree*.³¹¹ Se pueden ensayar varias respuestas:

El positivista niega 1, pero acepta 2. Así no se sigue 3, porque el positivismo no requiere dar cuenta de principios no legalmente vinculantes. Por ejemplo, uno puede atacar 1 e insistir en que los principios no son una fuente vinculatoria para el derecho y que cuando los jueces apelan a ellos, están ejercitando su discrecionalidad, legítimamente o no.³¹²

se ha visto antes con Coleman, el Incorporacionismo permite que la moralidad sea una condición de la legalidad, lo que le parecería un despropósito a Gardner, en el artículo de referencia. De cualquier modo, el hecho de que se haga depender el criterio de la legalidad de las normas de la mismísima regla de reconocimiento, la cual es en todo caso una innegable fuente social, pues no es sino una práctica socialmente aceptada, parece dar la razón a Gardner y a su habilidosa integración del positivismo incluyente, dentro del positivismo. Op.cit., p.201.

³⁰⁹ Idem, p.123.

³¹⁰ Sólo recordemos los casos de *Riggs* y de *Henningsen*, así como el razonamiento que les sigue, expuesto por Dworkin y presentado en el apartado que antecede.

³¹¹ Loc.cit.

³¹² Idem, p.124. Así procedería típicamente un positivista excluyente, pero no vemos por qué un positivista simple diferiría de esto. De cualquier modo, Dworkin podría argumentar que parece que los jueces *están obligados* a aplicar estos principios cuando no existen reglas. La mayoría en el caso *Riggs*, por ejemplo, no pensó que tuviera discreción para invalidar el testamento. Su disputa con la minoría versaba sobre un desacuerdo acerca de sus obligaciones legales, pues cada grupo pensaba que un diferente conjunto de principios obligaba a una conclusión legal distinta. Es absurdo pensar que los jueces tienen discreción para ignorar los principios legales, para aplicarlos o no. Para Raz, del hecho de que los jueces puedan ser algunas veces vinculados por ciertos principios morales, no se sigue que esos principios sean por sí parte del derecho o legalmente válidos. Una cosa es validez legal y otra vinculatoriedad sobre los funcionarios. Por ejemplo, el derecho de jurisdicciones extranjeras, las normas de clubes sociales y otros sistemas normativos pueden ser vinculatorios para ciertos funcionarios en determinados contextos adjudicatorios, pero esto no significa que sean parte del derecho de la comunidad. Idem, p.125.

[Escriba texto]

El positivista acepta 2, pero sólo acepta parcialmente 1. Los principios pueden ser legalmente vinculantes, pero en razón de su fuente o *pedigree*. Así tampoco se sigue 3, porque sí se da cuenta de los principios, pero en consonancia con 2.³¹³

Objeción de Dworkin. Esta respuesta desvirtúa la Tesis de *pedigree*, dado que muchos principios legales son “válidos” simplemente por su contenido y no por su manera de creación. El origen de los principios en los casos *Riggs* y *Henningsen*, por ejemplo, no tiene que ver con la decisión particular de una legislatura o tribunal, sino con un sentido de lo que es correcto, desarrollado en el ejercicio de la profesión y públicamente en el transcurso del tiempo. Su continuo poder depende de que este sentir se preserve.³¹⁴

El positivista³¹⁵ niega 2 y acepta 1. No se sigue 3, porque sí se da cuenta de principios, sin necesidad de adherirse a 2. Se niega 2, porque la regla de reconocimiento expresa una práctica social entre funcionarios que tratan determinados *standards* como criterio de validez legal. No hay nada en este concepto que imponga restricciones a las condiciones de validez. Lo que importa en la regla de reconocimiento, no es un específico criterio de validez, sino que exista tal criterio (que puede incluir o no valores o méritos morales). La regla de reconocimiento representa un acuerdo de cierto tipo, que puede diferir de un sistema jurídico a otro. La tesis de la separación se mantiene intacta, porque no es una característica necesaria de nuestro concepto del derecho, que la regla de reconocimiento en cada comunidad legal requiera que la moralidad sea una condición de la legalidad; dicha moralidad puede o no ser un criterio de validez legal.³¹⁶ En el *Postscriptum*, por ejemplo, Hart reafirma su compromiso con esta tesis –que es la del Incorporacionismo–, al afirmar: “un criterio de validez puede ser en parte un criterio moral”.³¹⁷ Hart parece negar explícitamente la Tesis del *pedigree*, cuando sostiene: “En algunos sistemas, como en los Estados Unidos, el criterio último de validez legal explícitamente incorpora principios de

³¹³ El positivista excluyente diferiría del razonamiento de Coleman, al preguntarse si lógicamente cabe esta posibilidad intermedia. A su parecer, no es posible aceptar parcialmente 1. O es posible que los principios sean materialmente vinculantes o no es posible (al modo de Dworkin). Si su vinculatoriedad se hace depender de una fuente social, ya se está rechazando 1 y la conclusión tampoco se sigue.

³¹⁴ Shapiro, op.cit., p.161.

³¹⁵ Entiéndase “positivista incluyente” o “incorporacionista”.

³¹⁶ Coleman, op.cit., p.127. Lo único que en este punto hace Coleman es romper la relación de implicación [podría afirmarse incluso, el paradigma de implicación], al interior del positivismo, entre la Tesis de las fuentes sociales y la Tesis convencionalista, rechazando la primera y acogiendo a la segunda. Asimismo, subraya que –bajo esta óptica– tanto la regla de reconocimiento como la Tesis de la separación derecho-moral, ambas de cuño positivista, se preservan. Shapiro lo expresa de modo similar cuando sostiene lo siguiente: Es posible rechazar la Tesis del *pedigree* y sostener que el positivismo no impone restricciones substantivas en el criterio de validez establecido por la regla de reconocimiento. No hay necesidad de insistir en que la regla de reconocimiento condiciona la legalidad según la forma de creación de reglas [rompimiento de la relación de implicación]. La obligatoriedad de los principios en la adjudicación puede explicarse por la existencia de un acuerdo judicial de tratar los principios de moralidad como derecho obligatorio en ciertas circunstancias. Si los jueces tratan los principios morales como derecho, son derecho. Para que el derecho se pueda considerar derecho positivo, basta con que la regla de reconocimiento sea una regla social. La idea positivista de que el derecho es producto de una convención social se expresa a través de su compromiso con una regla “social” de reconocimiento. Esa regla existe por la práctica de los funcionarios legales que consideran a las normas de cierto tipo como obligatorias para ellos. Que el fundamento del derecho sea una convención, no restringe el criterio de validez. Si este criterio remite a normas de *pedigree* o de contenido, es simplemente irrelevante para el positivista. Shapiro, op.cit., pp.164,165.

³¹⁷ Kenneth Einar Himma, “Law’s Claim of Legitimate Authority”, en *Hart’s Postscript. Essays on the Postscript to The Concept of Law* (ed. por Jules Coleman). Oxford University Press, Oxford, 2001, p.271.

justicia o valores morales substantivos". Esto parecería contradecir –por lo menos en Hart– la idea de que la regla de reconocimiento debe validar reglas legales, basándose sólo en su *pedigree*, en lugar de basarse en su contenido.³¹⁸

Críticas al Positivismo incluyente

Para Dworkin el positivismo excluyente es la única versión coherente del positivismo, aunque es una teoría errónea. Para Raz no es sólo una versión coherente, sino también la teoría correcta. A continuación presentamos los argumentos respectivos.

Crítica de Dworkin

Para Dworkin, fundar la validez legal en criterios morales es problemático para el positivismo, porque la moralidad es inherentemente controversial y una regla de reconocimiento controversial no puede ser una regla social. Una regla de reconocimiento que es inherentemente controversial, es incapaz de ofrecer una guía de conducta efectiva (positivismo), pues los individuos no pueden determinar confiadamente, qué es lo que el derecho requiere de ellos.³¹⁹ En *El Modelo de las reglas II*, Dworkin argumenta, a propósito de los casos difíciles, que no pueden los positivistas sostener que la regla de reconocimiento requiere que los jueces recurran a principios morales para resolver casos difíciles [en los que la controversia excluye la convención] y también afirmar que la regla de reconocimiento es una regla social [convencional]. ¿Por qué? Porque los casos difíciles son difíciles precisamente en razón de que no se ha desarrollado una práctica para resolverlos. Si esa práctica existiera, serían casos fáciles.³²⁰ Las controversias que caracterizan los casos difíciles implican una falta de acuerdo o convención social. Por lo menos para efecto de los casos difíciles, la regla de reconocimiento no puede considerarse una regla social.

Observación. Por supuesto, es cierto que la regla de reconocimiento permite la identificación del derecho en los casos difíciles, lo mismo que en los fáciles. Y es cierto también, que no existe un acuerdo y una práctica social ya consolidada al respecto. Pero en esos casos la función del juez es promover acuerdos e iniciar entonces las prácticas sociales correspondientes.

Crítica de Raz

Contra Hart, en términos generales, los positivistas excluyentes argumentan que la existencia y contenido del derecho debe ser determinable por referencia a sus fuentes, sin intervención de la moral. No puede negarse que algunas veces los sistemas legales incluyen lenguaje moral en sus normas constitucionales o que los jueces frecuentemente argumentan en términos morales al resolver válidamente casos. Lo que sí se niega, es que esas provisiones constitucionales que contienen lenguaje moral incorporen requerimientos morales como parte del criterio de validez.³²¹ De modo particular, Raz sostiene que el Incorporacionismo es inconsistente con la naturaleza de la autoridad legal. De acuerdo con

³¹⁸ Shapiro, op.cit., p.163.

³¹⁹ Coleman, op.cit., p.102.

³²⁰ Shapiro, op.cit., p.165.

³²¹ Himma, op.cit., p.272.

la Tesis de la autoridad, es una verdad conceptual que “todo sistema legal reclama que posee autoridad legítima”; cualquier sistema institucional normativo que no reclame autoridad legítima, está conceptualmente descalificado para ser un sistema legal. La exigencia de tener autoridad legítima es entonces, parte de la naturaleza del derecho.³²² Decir que es una verdad conceptual, significa que es verdad para que algo sea derecho.³²³ Ahora bien, sujetar la validez del derecho a la moralidad, socava la exigencia de autoridad del derecho.³²⁴

Observación. La interrogante en este punto es: ¿por qué un sistema jurídico que incorpore criterios morales en su regla de reconocimiento, deja de reclamar autoridad legítima? Puede que incluso el hecho de incluirlos refuerce su autoridad, al poder concebirlos como una fuente adicional de la misma.

Interpretaciones erróneas del Positivismo incluyente

La pertinencia de estas aclaraciones, se desprende de críticas fundadas en un concepto erróneo de lo que significa el Positivismo incluyente, al parecer de J. Coleman. De paso, sirven para distinguirlo del iusnaturalismo:

Crítica 1: el Incorporacionismo abraza un test de legalidad substantivo.

Objeción: el Incorporacionismo afirma que el positivismo permite tests substantivos o de contenido. Pero no aboga, ni respalda, ni requiere dichos tests.

Crítica 2: cuando los principios morales son derecho vinculante debe ser en virtud de sus méritos.

Objeción: el Incorporacionismo afirma que el positivismo permite explicaciones tales de la validez jurídica, no que requiere dichas explicaciones.³²⁵

El Incorporacionismo es una forma para mostrar que incluso si Dworkin está en lo correcto acerca del status moral de los principios en la adjudicación, sus observaciones pueden ser integradas dentro del positivismo. El positivismo puede permitir todo esto sin abandonar nada importante. Ésta es la importante conexión entre el Incorporacionismo y la Tesis convencionalista, conexión que Dworkin niega.

³²² Idem, pp.271,273,275.

³²³ Coleman, p.121.

³²⁴ Idem, p.102.

³²⁵ Idem, p.128.

CONCLUSIONES

1. La característica que comparten todas las tesis iusnaturalistas estudiadas (con excepción de la tesis apoyada en la concepción coercitiva del derecho, segunda pretensión concreta de conexión), al vincular derecho y moral, es que se fundan en una concepción teleológica, con independencia de la variante que puedan asumir. En la primera versión de la tesis del derecho natural en Austin, de la constatación de hechos se pasa a la necesidad, borrando la distinción entre ser y deber ser. En la aproximación a la idea de necesidad, propuesta por Hart y basada en aquellas provisiones materiales y de procedimiento presentes en todo sistema jurídico, que alcanza su forma más acabada en la tesis del contenido mínimo del derecho natural, en principio se postula también la “necesidad” de tales hechos. Con respecto a las provisiones materiales, aunque su status se caracteriza como “especial”, no existe motivo para fundar un “deber ser” en relación con unas verdades y una finalidad contingentes. En lo tocante a las provisiones de procedimiento, como se ve posteriormente -al analizar la existencia de elementos valorativos en las sentencias, con respecto a la actitud asumida por el juez, cuarta pretensión de vinculación-, así ocurre por lo general, pero tampoco es necesario que acontezca de ese modo. Tratándose de las mismas provisiones procesales, algo similar se observa al estudiar la última pretensión vinculativa, la de la moral interna del derecho, aunque en relación con aspectos de control de la legalidad, que tienen que ver con la forma en que el derecho se crea y aplica. Allí Fuller postula la identificación del ser y del deber ser en dos momentos: en el carácter “moral” de los ocho requisitos de la moral interna y en la vinculación necesaria entre dichos requerimientos procesales y la persecución de objetivos substanciales. Pese a que Hart no pone en entredicho el primer género de conexión, el segundo sólo lo admite a modo de posibilidad. Una cosa es negar que dicho nexo se pueda actualizar, otra admitir la necesidad del vínculo al que Fuller apela. De modo similar procede Raz, quien apoyado en la noción de “virtud”, introduce un elemento moral en la discusión, al entender la conformidad con el Estado de derecho como el más importante valor inherente a las reglas jurídicas, su específica excelencia. No obstante lo cual, al atribuir a dicho Estado un carácter meramente formal-instrumental, lo desvincula conceptualmente de tal o cual género de propósitos, postulando una neutralidad moral que termina por disolver la posibilidad de identificar al ser y al deber ser, al hacer compatible la conformidad al derecho con todo tipo de injusticias y desigualdades extremas.

En la primera pretensión de vinculación, la de la influencia de la moral sobre el derecho, es muy clara la manifestación de la concepción teleológica. Opera como un hecho la coincidencia extendida entre moral y derecho; en ello se funda únicamente la “necesidad” de la conclusión. En la tercera pretensión, o la justicia como fundamento de validez jurídica, en “la crítica del derecho”, antecedente del argumento, desde la teoría del cognoscitivism ético, se alcanza una mejor definición de los hechos mismos; a partir de ello, se da el salto cualitativo al ámbito del deber ser. En lo que propiamente concierne a la pretensión en sí, procedemos por partes. Primeramente, el argumento de Blackstone constituye la expresión característica de la forma dualista que adopta el iusnaturalismo. En el terreno de los hechos, coexisten dos sistemas jurídicos, el divino que es superior y el humano que es inferior. Como lo inferior debe subordinarse a lo superior, las leyes humanas deben someterse a las divinas. Pero el argumento va más allá, pues de no verificarse dicha subordinación, las leyes humanas dejan de ser “leyes” en el sentido propio del término. Si bien en los hechos se origina una proyección de carácter normativo, el deber ser resultante termina por condicionar la existencia misma

de los hechos. En segundo lugar, refiriéndonos al argumento de Radbruch, se parte de un hecho sociológico y de otro hecho que involucra a la teoría jurídica. A partir de ello se establece un hecho-inferencia que puede ser o no controvertible, pero que de ser válido –como se asevera- evidencia el desafortunado hecho-consecuencia resultante de la relación entre los dos primeros hechos. La conclusión de Radbruch: modifiquemos la teoría [del utilitarismo], “postulando” una verdad diferente, toda vez que no son deseables las consecuencias que acarrea un derecho que no incorpora un “deber ser” que lo valide tal cual; hay que moralizar al derecho.

La segunda pretensión de conexión necesaria derecho-moral, la del derecho como modelo coercitivo, es de índole distinta a todas las anteriores. Aquí no se trata de desarrollar una tesis anclada en la concepción teleológica, sino de evidenciar una aparente inconsistencia en el sistema de teorías del utilitarismo, a partir de una preconcepción no sujeta a mayor examen (la idea de una dicotomía exhaustiva como fundamento del derecho).

2. La hipótesis de trabajo sujeta a examen ha sido: “A partir del análisis de la controversia que sobre la relación entre derecho y moral, se ha suscitado entre Hart y ciertos interlocutores, no es posible sustentar la existencia de una conexión necesaria entre derecho y moral”. El estudio centró su análisis en cada una de las seis formas de relación consideradas por Hart en el capítulo IX de su obra “El concepto de derecho”, apartado tercero, denominado por su autor “Validez jurídica y valor moral”, en conjunto con las formas de relación contenidas en el artículo del mismo autor “El positivismo jurídico y el problema de la separación entre el derecho y la moral”. La carga de la prueba la hemos atribuido a aquellas tesis que afirman el nexo conceptual y no a aquellas que lo niegan o que bien, afirman la separación conceptual, resultando lo siguiente:

Primero.- Los dos primeros intentos de aproximación a una vinculación entre moral y derecho, han sido desvirtuados. La primera versión de la tesis del derecho natural, sustentada por Austin, incurre en la falacia de composición o división, según la perspectiva que se adopte. Asimismo y de modo evidente, del lenguaje descriptivo se pasa inadvertidamente al lenguaje prescriptivo. La segunda aproximación a la idea de “necesidad”, propuesta por el mismo Hart, desemboca inicialmente en la tesis del contenido mínimo. Como se ha visto, las verdades de hecho en las que se funda esta tesis, lo mismo que la finalidad perseguida por el derecho, son manifiestamente contingentes y aunque poseen un status “especial”, esto no basta para que sienten necesidad alguna.

Segundo.- Con respecto a las provisiones procesales, en relación con la pretensión referente a la presencia de elementos valorativos en las resoluciones judiciales, si lo que se afirma es únicamente la naturaleza moral de las decisiones y acciones adoptadas y realizadas por el juez, podemos admitir un vínculo necesario entre moral y derecho. Pero por supuesto, esto no sería privativo de la actividad judicial, sino atribuible a todo agente jurídico concebible. Los sujetos, que en su calidad de jueces, funcionarios, abogados o simples particulares, hicieran uso o aplicación de las reglas de derecho, por el mero hecho de hacerlo libre y conscientemente, serían simultáneamente sujetos morales. En cambio, si lo que se quiere decir -como parece serlo-, es que cada vez que el juez conoce de un asunto, se adhiere inevitablemente a cierto género de moral tenido por valioso, no podemos admitir un nexo conceptual entre moral y derecho. Aún la normalidad misma de esta actitud en la práctica judicial, no basta para fundar necesidad alguna.

Tercero.- En lo que hace a la pretensión relativa a la moral interna del derecho, Hart ha intentado poner de manifiesto la “perversión” que se desprende de la convivencia de formas “sanas” de control de la legalidad con objetivos substanciales inicuos. Sin

embargo, ya se ha aclarado que dicha relación sólo se puede sustentar en parte, toda vez que la moral procesal sólo parcialmente se extiende a la totalidad del sistema jurídico de relaciones. La consecuencia que introduce tal desigualdad de trato entre segmentos de población –que sólo gracias a un gran esfuerzo imaginativo puede llamarse cabalmente “control legal”-, es la obtención de un estado de cosas materialmente injusto. Hasta aquí parecería prosperar la tesis de Fuller, que vincula a la moral interna con la moral externa del derecho. No obstante, como ya hemos expresado, una cosa es afirmar un vínculo posible y otra sostener una relación mucho más estrecha. Hart (lo mismo que Raz) nunca niega lo primero, de manera que la presentación de casos de vinculación, en nada afecta la solidez de su posición metodológica. Fuller demuestra la posibilidad, mas no la necesidad del nexo: ¿Por qué sólo un derecho que cumpla con todos y cada uno de los requerimientos de la “legalidad” puede ser legítimamente llamado derecho?. Históricamente hablando y en la práctica cotidiana misma, existen bastantes ejemplos de reglas que, reconocidas como jurídicas, han violentado uno o varios de los requisitos de la moral interna. Negarles dicho carácter, no parece ser la posición más razonable. La contingencia se presenta en dos momentos: las reglas jurídicas pueden o no cumplir con los requisitos del derecho natural procesal. Si los acatan, mejor aún. Empero, aún bajo este supuesto por demás deseable, puede faltar o no la correspondencia con una correlativa bondad en los objetivos substanciales perseguidos por el sistema. Sostener la “necesidad” en ambos momentos es incurrir en un despropósito.

Cuarto.- Refirámonos a la pretensión típica del derecho natural, contenida en el apartado que hemos denominado “La justicia como fundamento de validez jurídica”. Si partimos del cognoscitivism ético, el cual sostiene la posibilidad de conocimiento objetivo de los juicios de carácter moral, nos percatamos de que la pretensión concierne propiamente a la teoría de la moral. Demostrar objetivamente la validez de ciertos juicios morales, no vincula en absoluto a éstos con regla de derecho alguna. Sobre el argumento general, éste expresa, aunque en términos diversos, que derecho y moral están necesariamente vinculados, toda vez que de acuerdo con el verdadero concepto del derecho, éste debe incluir siempre un ingrediente moral. ¿Y por qué debe incluirlo? Porque es deseable que así sea. Porque siempre serán preferibles aquellas reglas que hayan sido decantadas por el filtro de la moral, antes de serles atribuido un status de derecho, que aquellas que sin más intenten aplicarse directamente. A todas luces -como Hart ya lo ha dejado claro-, la expresión más pura del derecho natural pretende fundarse en algo que sólo con excesiva imaginación podríamos reconocer como un argumento demostrativo. Se trata, empleando los términos de este autor, de una apasionada –y seguramente no por ello menos justificada- exhortación en pro de una sana crítica hacia nuestros sistemas jurídicos. En lo que se refiere a la tesis que postula la separación conceptual entre derecho y moral, ésta reemplaza la “deseabilidad” de un estado ideal de cosas, por el argumento utilitarista fincado en la utilidad de un estado de cosas considerado más conveniente. De cualquier manera, si bien algunos críticos podrían aseverar que con base en lo anterior no ha quedado demostrada la existencia de una separación conceptual derecho-moral (lo cual, en razón de nuestro enfoque metodológico, no era necesario), lo que queda claramente establecido es que los partidarios del derecho natural, por esta vía, no han conseguido acreditar la existencia de conexión necesaria alguna.

3. Después de haber analizado la controversia que sobre la relación entre derecho y moral, se ha suscitado entre Hart y varios interlocutores, la cual tuvo como punto de partida las seis formas de relación consideradas por el mismo Hart en el apartado tercero, capítulo IX de su obra “El concepto de derecho”, en conjunto con las formas de relación contenidas en el artículo del mismo autor “El positivismo jurídico y el problema de la

separación entre el derecho y la moral”, podemos dar por confirmada la hipótesis de trabajo que ha dado lugar al presente estudio y afirmar en consecuencia que no es posible, en el contexto de estudio, sustentar la existencia de una conexión necesaria entre derecho y moral. Por lo tanto, y sólo en relación con dicho contexto, sustentamos la tesis de la separación conceptual entre derecho y moral.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Aguiló Regla, Josep, *Teoría general de las fuentes del derecho (y del orden jurídico)*. Ariel, Barcelona, 2000.

Alchourrón, Carlos, “Sobre derecho y lógica”, en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. No.13, ITAM, México, Octubre 2000.

Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales* (trad. de Ernesto Garzón Valdés). Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

Alexy, Robert, “Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral”, en *Derecho y moral* (comp. de Rodolfo Vázquez). Gedisa editorial, Barcelona, 1998.

Atienza, Manuel/Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Ariel, Barcelona, 1996.

Aristóteles, *Ética nicomáquea* (trad. de Julio Pallí Bonet). Gredos, Madrid, 2000.

Aristóteles, *Metafísica* (trad. de Tomás Calvo Martínez). Gredos, Madrid, 2000.

Austin, John, *Sobre la utilidad del estudio de la Jurisprudencia* (trad. de Felipe González Vicén). Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1951.

Austin, John, *El objeto de la jurisprudencia* (trad. de Juan Ramón de Páramo Argüelles). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

Bayles, Michael D., *Hart's Legal Philosophy. An examination* (Law and Philosophy Library). Kluwer academic publishers. Netherlands, 1992.

Bayón, Juan Carlos, “Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico”, en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. No.13, ITAM, México, Octubre 2000.

Bayón, Juan Carlos, “Derecho, convencionalismo y controversia”, en *La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política* (comp. Navarro/Redondo). Gedisa editorial, Barcelona, 2002.

Berlin, Isaiah, “La inevitabilidad histórica”, en *Cuatro ensayos sobre la libertad* (trad. de Julio Bayón). Alianza editorial, Madrid, 2000.

Bobbio, Norberto, *El problema del positivismo jurídico* (trad. de Ernesto Garzón Valdés). Distribuciones Fontamara, 3ª ed., México, 1994.

Bobbio, Norberto, *Liberalismo y democracia* (trad. de José F. Fernández Santillán). Fondo de cultura económica, México, 2000.

Bulygin, Eugenio, “¿Hay vinculación necesaria entre derecho y moral?”, en *Derecho y moral* (comp. de Rodolfo Vázquez). Gedisa editorial, Barcelona, 1998.

Coleman, Jules, "Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis", en *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to The Concept of Law* (ed. por Jules Coleman). Oxford University Press, Oxford, 2001.

Devlin, Patrick, *The Enforcement of Morals*. Oxford University Press, London, 1965.

Dworkin, Ronald, *¿Es el derecho un sistema de reglas?* (trad. de Javier Esquivel y Juan Rebolledo). Colección Cuadernos de crítica. Instituto de Investigaciones Filosóficas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., 1977.

Dworkin, Ronald, "El modelo de las normas (I)", en *Los derechos en serio* (trad. de Marta Guastavino). Planeta-De Agostini, Barcelona, 1993.

Dworkin, Ronald, "El modelo de las normas (II)", en *Los derechos en serio* (trad. de Marta Guastavino). Planeta-De Agostini, Barcelona, 1993.

Dworkin, Ronald, "Political Judges and the Rule of Law", en *A Matter of Principle*. Harvard University Press, Cambridge, 1985.

Dworkin, Ronald, *El Imperio de la justicia* (trad. de Claudia Ferrari). Gedisa editorial, 2ª ed., Barcelona, 1992.

Fassó, Guido, *Historia de la filosofía del derecho* (trad. de José F. Lorca Navarrete). Ediciones Pirámide, 2ª ed., Madrid, 1981.

Fernández, Eusebio, "El iusnaturalismo", en *El derecho y la justicia* (comp. de Garzón Valdés/Laporta). Trotta, 2ª ed., Madrid, 2000.

Fuller, Lon, *La moral del derecho* (trad. de Francisco Navarro). Trillas, México, D.F., 1967.

Gadamer, Hans-Georg, *Verdad y método* (trad. de Manuel Olasagasti). Ediciones Sígueme, 2ª ed., Salamanca, 1994.

Gardner, John, "Legal Positivism, 5 ½ myths", en *The American Journal of Jurisprudence*, Vol.46.

Garzón Valdés, Ernesto, "Derecho y moral", en *Derecho y moral* (comp. de Rodolfo Vázquez). Gedisa editorial, Barcelona, 1998.

Greenawalt, Kent, "Too Thin and Too Rich: Distinguishing Features of Legal Positivism", en *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism* (ed. por Robert P. George). Oxford University Press, Oxford, 1999.

Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso* (trad. de Manuel Jiménez Redondo). Trotta, Madrid, 1998.

Hacker, Peter M. S., "Hart's Philosophy of Law", en *Law, Morality and Society. Essays in honour of H.L.A. Hart*. Oxford University Press, Oxford, 1977.

Hart, H. L. A., "El positivismo jurídico y el problema de la separación entre el derecho y la moral", en *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis* (trad. de Genaro R. Carrió). Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1962.

Hart, H.L.A., *Law, Liberty and Morality*. Stanford University Press, Stanford, 1963.

Hart, H.L.A., "Responsabilidad legal y excusas", en *Determinismo y libertad* (comp. de Sidney Hook, trad. de José Luis Lana). Fontanella, Barcelona, 1969.

Hart, H. L. A., *El concepto de derecho* (trad. de Genaro R. Carrió). Abeledo-Perrot, 2ª ed., Buenos Aires, 1992.

Hart, H.L.A., *Post scriptum al concepto del derecho* (trad. de Rolando Tamayo y Salmorán). U.N.A.M., México, 2000.

Himma, Kenneth Einar, "Law's Claim of Legitimate Authority", en *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to The Concept of Law* (ed. por Jules Coleman). Oxford University Press, Oxford, 2001.

Hobbes, Thomas, *Leviatán. O la materia, forma y poder de una república, eclesiástica y civil* (trad. de Manuel Sánchez Sarto). Fondo de cultura económica, México, 1940.

Hoerster, Norbert, "Ética jurídica sin metafísica", en *Derecho y moral* (comp. de Rodolfo Vázquez). Gedisa editorial, Barcelona, 1998.

Kant, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (trad. de Francisco Larroyo). Porrúa, México, 2001.

Kant, Immanuel, *Crítica de la razón pura* (trad. de Pedro Ribas). Alfaguara, Madrid, 2000.

Kelsen, Hans, *¿Qué es la justicia?* (trad. de Ernesto Garzón Valdés). Distribuciones Fontamara, México, 2001.

Laporta, Francisco, *Entre el derecho y la moral*. Fontamara, 2ª ed., México, 1995.

Laporta, Francisco, "Vindicación del observador crítico y aporía del iusnaturalista", en *Derecho y moral* (comp. de Rodolfo Vázquez). Gedisa editorial, Barcelona, 1998.

Lucas, J.R., "The phenomenon of Law", en *Law, Morality and Society. Essays in honour of H.L.A. Hart*. Oxford University Press, Oxford, 1977.

Moreso, José Juan, "En defensa del positivismo jurídico inclusivo", en *La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política* (comp. Navarro/Redondo). Gedisa editorial, Barcelona, 2002.

Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*. Ariel, Barcelona, 1983.

Páramo Argüelles, Juan Ramón de, *H.L.A. Hart y la Teoría analítica del derecho*. Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1984.

Postema, Gerald J., "Law's Autonomy and Public Practical Reason", en *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism* (ed. por Robert P. George). Oxford University Press, Oxford, 1999.

Radbruch, Gustav, *Arbitrariedad legal y derecho supralegal* (trad. de María Isabel Azaretto de Vázquez). Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1962.

Raz, Joseph, *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral* (trad. de Rolando Tamayo y Salmorán). Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1982.

Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia* (trad. de Genaro R. Carrió). Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1970.

Schauer, Frederick, "Positivism as Pariah", en *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism* (ed. por Robert P. George). Oxford University Press, Oxford, 1999.

Schmill O. Ulises, "Derecho y moral: una relación externa", en *Derecho y moral* (comp. de Rodolfo Vázquez). Gedisa editorial, Barcelona, 1998.

Schmill O. Ulises, "El positivismo jurídico", en *El derecho y la justicia* (comp. de Garzón Valdés/Laporta). Trotta, 2ª ed., Madrid, 2000.

Shakespeare, William, *El mercader de Venecia* (trad. De María Enriqueta González Padilla). UNAM, Colección "Nuestros clásicos", México, 1997.

Shapiro, Scott J., "On Hart's Way Out", en *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to The Concept of Law* (ed. por Jules Coleman). Oxford University Press, Oxford, 2001.

Singer, Peter, *Ética práctica* (trad. de Rafael Herrera Bonet). Akal, Madrid, 2009.

Sófocles, *Antígona*, en *Las Siete tragedias*. Porrúa, México, 1988.

Soper, Philip, "La elección de una teoría jurídica con fundamentos morales", en *Derecho y moral. Ensayos analíticos* (dir. y coord. Betegón y De Páramo). Ariel, Barcelona, 1990.

Toh, Kevin, "Hart's Expressivism and his Benthamite Project", en *Legal Theory* 11, Cambridge University Press, 2005.

Vázquez, Rodolfo, *Derecho, moral y poder. Ensayos de filosofía jurídica*. Porrúa, México, 2005.

Vigo, Rodolfo Luis, *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas. Ross-Hart-Bobbio-Dworkin-Villey*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991.

Wright, R. George, "Does Positivism Matter?", en *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism* (ed. por Robert P. George). Oxford University Press, Oxford, 1999.

Zipursky, Benjamin, "The Model of Social Facts", en *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to The Concept of Law* (ed. por Jules Coleman). Oxford University Press, Oxford, 2001.

Legislación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Enciclopedias y diccionarios

Diccionario jurídico mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México. Porrúa, México, 2004.

J. Ferrater Mora, *Diccionario de filosofía*. Ariel, Barcelona, 2001.

BIBLIOGRAFÍA

- Baker, G. P., "Defeasibility and Meaning", en *Law, Morality and Society. Essays in honour of H.L.A. Hart*. Oxford University Press, Oxford, 1977.
- Ball, Stephen W., "Bibliographical Essay: Legal Positivism, Natural Law, and the Hart-Dworkin-Debate", *Criminal Justice Ethics* 3,2.
- Bodenheimer, Edgar, "Hart, Dworkin and the Problem of Judicial Lawmaking Discretion", *Georgia Law Review*, 11 (1977).
- Bulygin, Eugenio, "Sobre la regla de reconocimiento", en *Derecho, filosofía y lenguaje*. Astrea, Buenos Aires, 1976.
- Burton, Steven J., "Ronald Dworkin and Legal Positivism", en *Iowa Law Review*, 109 (1984).
- Coleman, Jules, "Authority and Reason", en *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism* (ed. por Robert P. George). Oxford University Press, Oxford, 1999.
- Dworkin, Ronald, "No Right Answer?", en *Law, Morality and Society. Essays in honour of H.L.A. Hart*. Oxford University Press, Oxford, 1977.
- Dworkin, Ronald, "Retorno al Derecho natural", en *Derecho y Moral. Ensayos analíticos*. (Betegón y De Páramo (dir. y coord.)). Ariel, Barcelona, 1990.
- Dworkin, Ronald, "Judicial Discretion", en *The Journal of Philosophy*, 60 (1963).
- Dworkin, Ronald, "Morality and the Law", en *12 New York Review of Books*, 10 (1969).
- Endicott, Timothy A.O. Bayón, "Herbert Hart y el aguijón semántico", en *La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política* (comp. Navarro/Redondo). Gedisa editorial, Barcelona, 2002.
- Fuber, Klaus, "Farewell to Legal Positivism: The Separation Thesis Unravelling", en *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism* (ed. por Robert P. George). Oxford University Press, Oxford, 1999.
- George, Robert P., "Natural Law and Positive Law", en *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism* (ed. por Robert P. George). Oxford University Press, Oxford, 1999.
- Hart, H.L.A., "El Nuevo desafío al positivismo jurídico", *Revista Sistema*, no.36, mayo 1980.
- Hart, H.L.A., "Bentham (Lecture on a Mastermind)", en *Proceedings of the British Academy*, 48 (1962).
- Hart, H.L.A., *Punishment and Responsibility. Essays on the Philosophy of Law*. Clarendon Press, Oxford, 1968.

Hart, H.L.A., "Between utility and Rights", en A. Ryan (edit.), *The Idea of Freedom*. Oxford University Press, Oxford, 1979.

Kress, Kenneth, "Legal Reasoning and Coherence Theories: Dworkin's Rights Thesis, Retroactivity, and the Linear Order of Decisions", en *California Law Review*, 72 (1984).

MacCormick, Neil, "The Concept of Law and *The Concept of Law*", en *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism* (ed. por Robert P. George). Oxford University Press, Oxford, 1999.

Marmor, Andrei, "Legal Conventionalism", en *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to The Concept of Law* (ed. por Jules Coleman). Oxford University Press, Oxford, 2001.

Marmor, Andrei, *Interpretation and Legal Theory*. Clarendon Press, Oxford, 1992.

Nino, Carlos Santiago, *La validez del derecho*. Astrea, Buenos Aires, 1984.

Peces-Barba, Gregorio, *Introducción a la filosofía del derecho*. Debate, Madrid, 1983.

Perry, Stephen, "Hart's Methodological Positivism", en *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to The Concept of Law* (ed. por Jules Coleman). Oxford University Press, Oxford, 2001.

Ramos, José Antonio, *La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H.L.A. Hart*. Tecnos, Madrid, 1989.

Raz, Joseph, "Two Views of the Nature of the Theory of Law", en *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to The Concept of Law* (ed. por Jules Coleman). Oxford University Press, Oxford, 2001.

Soper, Philip, "Legal Theory and the Obligation of a Judge: The Hart/Dworkin dispute", en Cohen (edit.).