

## EL VALOR CIENTIFICO DEL POSITIVISMO JURIDICO. UN ARGUMENTO DE H.L.A. HART\*

*Cristóbal Orrego S.*

Profesor de Filosofía y Teoría del Derecho.  
Universidad Católica de Chile. Universidad de los Andes

Tras la evolución de la teoría jurídica en este siglo, los “significados” del “positivismo jurídico” se han multiplicado más allá de lo que pudo observar H.L.A. Hart en el mismo sentido a mediados de siglo<sup>1</sup>. La situación presente puede resultar un poco confusa, como ha observado el último discípulo de Hart<sup>2</sup>. Por eso, en esta materia conviene más estudiar autores concretos que han sido reconocidos o se reconocen a sí mismos como “positivistas”. H.L.A. Hart se considera a sí mismo como un representante moderno del “positivismo jurídico”. En su defensa de dicha tradición sostiene que “debemos” adoptar el positivismo jurídico por razones teóricas y morales. Plantea la clásica controversia entre iusnaturalismo y iuspositivismo como una cuestión de elección de distintos conceptos de derecho<sup>3</sup>. El argumento hartiano tiene tres partes: (i) el planteamiento como una cuestión de elección de un concepto de derecho; (ii) las razones teóricas que harían más valioso el positivismo jurídico, y (iii) las razones prácticas que aconsejarían la elección del concepto positivista de derecho.

Muchos autores han aceptado sin vacilar el punto (i), o simplemente citan la exposición hartiana sin advertir que un planteamiento de ese género envuelve una falacia. Incluso hay quien piensa que “la elección positivista del concepto amplio, por razones tanto de claridad conceptual como de mérito práctico para la deliberación moral (CL. 205-207), nunca ha sido fácil de desafiar”<sup>4</sup>. En nues-

\* Este trabajo se basa en la tesis doctoral defendida por el autor con el título “H.L.A. Hart. Abogado del Positivismo Jurídico” (Universidad de Navarra, 1995). Su reelaboración es parte de un proyecto que continúa esa línea investigadora, financiado por la Dirección de Investigación y Postgrado de la Universidad Católica (Proyecto DIPUC 95/09E). El autor agradecerá los comentarios que mejoren la eventual publicación de la tesis doctoral.

<sup>1</sup> Cfr. HART, H.L.A., “Positivism and the Separation of Law and Morals”, *Harvard Law Review* 71, 1958, 593-629; ahora en Hart, H.L.A., *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (Oxford, Clarendon Press, 1983) 49-87. Se cita como PLM en EJP. Cfr. *Ibid.* 57, donde aparece su famosa enumeración de varios significados de “positivismo jurídico”.

<sup>2</sup> Cfr. WALUCHOW, W.J., *Inclusive Legal Positivism* (Oxford, Clarendon Press, 1994), 1-2.

<sup>3</sup> Cfr. HART, H.L.A., *The Concept of Law* (Oxford, Clarendon Press, 1961). Cito reimpresión de 1993, abreviada en adelante como CL. Vid. CL 205-207.

<sup>4</sup> SOPER, E.P., “Legal Theory and the Obligation of a Judge: The Hart/Dworkin Dispute”, *Michigan Law Review* 75, 1977, 518. Enfatizado añadido. Presumiblemente el “nunca” se refiere aquí a un período posterior a 1961, y en el ámbito angloamericano de quienes dependen casi exclusivamente de Hart. Soper lleva a un extremo la tendencia a poner los conceptos y luego deducir de allí nuestras conclusiones: “algunas pautas obligan a los jueces no porque sean derecho, sino simplemente porque son parte de lo que significa ser un juez” (*Ibid.* 477, cfr. 490 ss). Esto, naturalmente, pospone la cuestión, porque implica que la definición de juez no depende de las reglas secundarias de adjudicación, sino de un concepto pre-positivo. El concepto de juez ha de definirse por el fin de su creación o institución. Si dicho fin es algo más que “aplicar el derecho positivo”, necesitamos decir qué es eso de más. Aristóteles diría que el juez es como la justicia encarnada (cfr. *Etica a Nicómaco*, V, 4, 1132a).

tra opinión, ha sido demostrada claramente por otros autores la falacia lógica envuelta en (i), por lo cual no nos detendremos demasiado en este aspecto<sup>5</sup>. Pero todavía podrían considerarse (ii) y (iii) como argumentos valorativos independientes del planteamiento conceptual errado. Por razones de espacio, me concentraré en comentar el argumento sobre el valor "científico" del iuspositivismo, dejando para otra ocasión el análisis del argumento práctico-moral.

### 1. EXPOSICION DEL ARGUMENTO

Desde el punto de vista científico, adoptar como "objeto" de la ciencia jurídica el "derecho" entendido ampliamente como "derecho positivo", abstrayendo de su justicia o injusticia, tiene ventajas que Hart explica en el siguiente párrafo.

De estos dos conceptos de derecho rivales, el más amplio incluye al más restringido. Si adoptamos el concepto más amplio, esto nos llevará, en las investigaciones teóricas, a agrupar y considerar juntas como "derecho" todas las reglas que son válidas conforme a los criterios formales de un sistema de reglas primarias y secundarias, aun cuando algunas de ellas atentan contra la moralidad propia de una sociedad o contra lo que nosotros podemos sostener que es una moral ilustrada o verdadera. Si adoptamos el concepto más restringido, excluiríamos de "derecho" tales reglas moralmente ofensivas. Parece claro que no se ha de ganar nada en el estudio teórico o científico del derecho como un fenómeno social por adoptar el concepto más restringido: nos llevaría a excluir ciertas reglas aunque exhibieran todas las otras complejas características del derecho. Ciertamente nada sino confusión podría seguirse de una propuesta de dejar el estudio de tales reglas a otra disciplina, y ciertamente ni la historia ni otra forma de estudio jurídico ha encontrado provechoso hacer esto. Si adoptamos el concepto amplio de derecho, podemos dar cabida, dentro de él, al estudio de cualesquiera características especiales tengan las reglas moralmente inicuas, y de la reacción de la sociedad hacia ellas. Por lo tanto, usar aquí el concepto más restringido tiene que dividir inevitablemente, de manera confusa, nuestro esfuerzo para comprender tanto el desarrollo como las potencialidades

<sup>5</sup> Raz señala la circularidad de este tipo de argumentación, sin citar a Hart, en RAZ, J., *The Authority of Law. Essays on Law and Morality* (Oxford. Clarendon Press, 1979, reimp. 1983) 41-42. Este defecto está presente por el modo de plantearse la cuestión, y por lo tanto afecta tanto a los argumentos teóricos como prácticos. Cfr. BEYLEVELD, D., y BROWNSWORD, R., "Law as a Moral Judgement vs. Law as the Rules of the Powerful", *American Journal of Jurisprudence* 28, 1983, 106-108; estos autores critican también a McCormick (108-109), Raz (109-113) y Finnis (113-117). Siguiendo a Finnis, opino que Beyleveld y Brownsword captan lo esencial del error hartiano, pero no tienen razón en negar que pueda hablarse de "derecho" en sentido derivado cuando se habla del derecho injusto. Cfr. FINNIS, J., "Introduction", en FINNIS, J. (ed), *Natural Law II* (Aldershot, Dartmouth, 1991), xiv-xv. Sus introducciones a los volúmenes I y II, junto con los artículos recopilados, son una buena orientación acerca del debate anglosajón sobre el iusnaturalismo. Queda claro que las confusiones de las tesis clásicas no son atribuibles sólo a autores que se consideran a sí mismos "positivistas", sino también a diversas versiones de iusnaturalismo. La presente monografía sólo se fija en lo que sucede con Hart; pero Hart es parte de un fenómeno más amplio, que no puede describirse adecuadamente sin traspasar los límites de este trabajo.

del método específico de control social que ha de verse en un sistema de reglas primarias y secundarias. El estudio de su uso implica el estudio de su abuso.<sup>6</sup>

Nos detendremos en lo que Hart afirma sobre las posiciones filosóficas rivales, con independencia de que el texto citado —como hemos dicho— plantea mal la cuestión como una elección de conceptos. Destacaremos que Hart malinterpreta la posición iusnaturalista clásica.

## 2. UNA CIENCIA DE LO JUSTO Y DE LO INJUSTO

Hart observa que ninguna disciplina jurídica ha excluido las reglas positivas inicuas de su campo de investigación. Esto es verdad. ¿No es un hecho para reflexionar acerca de la exactitud de su interpretación sobre el iusnaturalismo? En efecto, los juristas iusnaturalistas —o sea, la inmensa mayoría antes del siglo XIX— no podían haber sostenido como “iusnaturalismo” lo que Hart les atribuye, y al mismo tiempo haber cultivado sus disciplinas como Hart reconoce que lo hicieron, a saber, estudiando tanto las normas justas como las injustas. La teoría clásica del derecho —la metafísica clásica en general— incluye bajo una misma disciplina el estudio de los objetos contrarios, pues al definir correctamente una cosa se define también su contraria. La moral, por ejemplo, se ocupa de los vicios y de las virtudes; la historia, de los documentos verdaderos y falsos. Del mismo modo, el derecho como arte o ciencia tiene por objeto tanto lo justo como lo injusto<sup>7</sup>. La cuestión históricamente debatida no era si la ciencia del derecho debía incluir o excluir el derecho positivo injusto, sino si debía incluir o excluir el estudio del derecho natural —de lo justo por naturaleza, antes de cualquier determinación positiva—, es decir, de los criterios morales de justicia aplicables al derecho positivo. Luego, puestos a ser amplios, la teoría iusnaturalista abarcaba más que la teoría propuesta por Hart.

Hart dice que “el estudio de su uso implica el estudio de su abuso”, y que la teoría jurídica puede abordar “el estudio de *cualesquiera características especiales* tengan las reglas moralmente inicuas”. Si Hart sólo quiere sostener que todas las normas positivas son objeto de la ciencia del derecho, coincide con los clásicos iusnaturalistas, como ya hemos dicho. Pero, al parecer, Hart afirma

<sup>6</sup> CL 205.

<sup>7</sup> Observa algo similar, desde una perspectiva de simple sentido común, W., I.D., “Review of Hart, *The Concept of Law*”, *The Juridical Review. The Law Journal of the Scottish Universities*, n.s., 8, 1963, 93-97. Este autor cuasi-anónimo califica a Hart como “esencialmente un positivista él mismo” (Ibid. 93) y su libro como “una llamativamente audaz y original contribución al pensamiento jurídico” (Ibidem); pero, contra el argumento de que el iusnaturalismo excluye el estudio de las leyes malas, afirma: “Esta es una suposición gratuita que los positivistas han hecho durante siglos. No hay razón alguna por la cual la teoría jurídica, como disciplina académica, no deba ocuparse tanto de las leyes buenas como de las malas, tal como la medicina se ocupa de la buena y la mala salud. Las máximas de Agustín o el Aquinate en el sentido de que una ley injusta no es ley fueron hechas en el contexto del deber de obediencia de los cristianos hacia sus gobernantes, y no tienen aplicación necesaria a la delimitación del estudio académico” (Ibid. 97). Como se ve por la primera oración, este autor asume erradamente que los positivistas han argumentado durante siglos como lo hace Hart; pero discierne acertadamente lo implausible de la interpretación *hartiana* del iusnaturalismo. Cfr. otra crítica del argumento sobre las ventajas intelectuales del positivismo en HALL, J., *Foundations of Jurisprudence* (Indianápolis, Bobbs-Merrill, 1973) 16.

además que las disciplinas jurídicas pueden abordar después —como parte de cada disciplina— el estudio de las características especiales de las reglas injustas en cuanto injustas. Esta afirmación —esta insinuación por lo menos— tiene una fuerza retórica innegable, pues da a entender que el positivismo jurídico no sería insensible a las preocupaciones valorativas tan caras a la doctrina iusnaturalista. Sin embargo, esta posibilidad, esta “capacidad” de la misma ciencia jurídica para distinguir entre reglas justas e injustas y estudiar las características especiales de unas y otras, hace depender la teoría jurídica de la moral. En efecto, ninguno de esos estudios es posible sin establecer de modo científico cuáles son las reglas justas y cuáles las injustas, y cuándo y cómo. La distinción entre uso y abuso del derecho positivo, en cuanto tales, no puede hacerse juzgando desde el punto de vista del derecho positivo; desde este punto de vista, todo lo que hay es “uso”. Los positivistas clásicos, interesados en dejar las valoraciones morales al individuo privado, excluyéndolas de la ciencia, no admiten que el estudio del uso implique el estudio del abuso; por el contrario, sólo hay estudio del uso del derecho —su efectividad—, y para eso no hace falta distinguir algunos usos como abusivos.

### 3. INCLUIR LAS CONCLUSIONES SOBRE LO JUSTO EN LA CIENCIA JURIDICA

Hart menciona, en el texto citado, no solamente la teoría general del derecho, sino también la historia del derecho y otras disciplinas. Todos estos estudios han de decir, ante el derecho inicum, que “es derecho”. Lo mismo dirá Hart refiriéndose al juez y ciudadano: han de decir que el derecho inicum “es derecho”. Mas notemos que este imperativo —que la ciencia, los jueces y funcionarios, *deban decir* “esto es derecho”— *no es un imperativo jurídico*. Podríamos decir que es un imperativo de la teoría jurídica general, pero más específicamente hemos de decir que es un imperativo de Hart. Este es el punto: aunque todas las personas del mundo y todos los sistemas positivos del mundo dijese “esto es el derecho” —“circular por la derecha es el derecho”, “incinerar judíos es el derecho”, “éste es el derecho de propiedad sobre los negros”—, el teórico del derecho no puede escapar a la necesidad de decir él mismo qué es derecho y *en qué sentido*. Los sentidos múltiples en que se dice que algo es “derecho” no pueden ser reducidos a uno solo sin asumir el compromiso de ser uno mismo —no otros, no los tiranos, no los malos, no los jueces y funcionarios: yo, tú, él— quien decide cuál es ese sentido, y esto implica también aceptar las consecuencias de esa decisión teórica libre. Ese compromiso libre es, por eso mismo, *moral*; de modo que la suma de las concepciones personales —morales— sobre el sentido del derecho determinan la concepción culturalmente vigente sobre *qué ha de aceptarse como pauta pública común* de “lo debido” por los ciudadanos y autoridades públicas. Hart refiere la expresión “pauta pública común” a la regla de reconocimiento<sup>8</sup>. En *The Concept of Law* Hart deja claro que las pautas jurídicas son precisamente los criterios de lo obligatorio, o de lo permitido, o de determinación y atribución de potestades públicas y privadas, etc., *que se reconocen públicamente*, en virtud de la regla de *reconocimiento* derivada de la práctica conjunta de ciudadanos y funcionarios<sup>9</sup> o sólo de éstos<sup>10</sup>. Ahora bien, si

<sup>8</sup> Cfr. CL 112.

<sup>9</sup> Cfr. CL 107.

<sup>10</sup> Cfr. CL 113-114, y, en general, CL capítulos V y VI.

este reconocimiento o aceptación es "moral" en su raíz, o en su caso central, es una cuestión compleja que no podemos analizar en este momento; pero ahora basta apuntar únicamente que, cualquiera sea el motivo de quienes concurren con su "aceptación" a sustentar las reglas públicas —motivos "inmorales" incluso—, por el hecho de ser libres son sujetos que ejercen un acto moral, responsable. Y *en este sentido* el carácter "moral" de la aceptación del derecho es inevitable. Hart admite que cabe este juicio moral de la aceptación, porque tal juicio no es contrario a la existencia de "derecho", "sistema jurídico" y "reglas de reconocimiento" injustos, y no obstante efectivos y/o "válidos" (salvo la regla de reconocimiento, que no es válida ni inválida)<sup>11</sup>. Este sentido de "derecho" (simple derecho puesto por el poder efectivo) y "validez" (pertenencia formal y origen en el sistema) es un presupuesto del problema de la ley injusta, imposible de negar, por tanto, por el iusnaturalismo clásico.

En concreto, el párrafo que comentamos habla simplemente de lo que debe considerarse como derecho el teórico —y luego el juez y ciudadano— *al comienzo de su investigación*. La cuestión es si el teórico del derecho debe quedarse en este sentido del derecho. Una cosa es la materia a la que se refiere un estudio; otra, aquello que se busca en esa materia; otra, las conclusiones, y el modo de formularlas. Por ejemplo, un estudioso del oro incluye, como materia de sus análisis, todo metal que se presente con alguna apariencia de oro; en él buscará los rasgos del oro verdadero —no todo lo que brilla es oro—; y su conclusión, que partía de un concepto amplio de "oro-para-analizar", sólo dirá "esto es oro" ante el oro verdadero. Es decir, las conclusiones del científico son más restringidas que su punto de partida. De ellas depende la práctica, por ejemplo, de comerciantes y joyeros. Si el teórico dice "esto es oro", se usará para las joyas y se venderá a precio de oro. Sólo confusión derivaría, y de hecho nadie lo hace, de decir "esto es oro, pero es demasiado falso para ser usado en joyas o pagado a precio de oro".

Naturalmente, lo dicho se aplica al derecho. No es verdad que las ciencias jurídicas intenten "agrupar y considerar juntas como 'derecho' todas las reglas que son válidas conforme a los criterios formales de un sistema de reglas primarias y secundarias", pues también estudian las reglas inválidas, los proyectos de ley, las reglas derogadas, los fundamentos políticos, etc. Puede decirse: "Una regla que no es jurídicamente válida no es una regla jurídica en absoluto. Una ley válida es una ley; una ley inválida no lo es. De modo semejante, una regla válida es una regla y una regla inválida no es una regla en absoluto"<sup>12</sup>. Pero sólo puede afirmarse, en los casos concretos, como conclusión, y no como criterio delimitador de un estudio. Precisamente es lo que afirma la teoría clásica del derecho natural: todo tipo de reglas jurídicas positivas por su origen (costumbres, sentencias, leyes) caen bajo el estudio de las ciencias del derecho; lo que ha de discernirse en ellas es su justicia e injusticia, de diversos modos —el primero, en el sentido de inicial, es que tenga origen justo, es decir, en autoridad legítima—; y, finalmente, quien estudia el derecho *no debe* privar a sus conclusiones de llegar a decir *en definitiva* lo justo (el derecho). No debe quedarse en decir: "la ley de Tyrannus dice que...", sino que debe añadir: "y esto es lo justo" o "y esto no es lo justo".

<sup>11</sup> Cfr. CL 104.

<sup>12</sup> RAZ, J., *The Authority of Law. Essays on Law and Morality* (Oxford, Clarendon Press, 1979, reimp. 1983) 146.

Aunque podría profundizarse más en este punto, aquí simplemente intento recordar que la ciencia jurídica iusnaturalista distingue sin separar descripción y evaluación del derecho positivo; incluye —contra lo que dice Hart— *todo derecho positivo*, pero también sus elementos naturales (morales); y simplemente se niega a dejar las consecuencias prácticas del estudio a los prejuicios socialmente vigentes sobre el deber de obedecer el derecho. Tal es el punto de conflicto con el positivismo clásico, “científico”: admitir la valoración moral como una actividad científica y pública legítima, o, por el contrario, excluirla del ámbito del conocimiento científico, dejándola *solamente* al ámbito de las preferencias privadas o de las luchas políticas.

En el contexto de este artículo no pueden abordarse a fondo algunos temas clásicos que la última afirmación (ese “*solamente*”) implica, como los de las relaciones entre lo público y lo privado, y el lugar de la moral y de la ciencia en la sociedad. En la visión clásica, la moral es un fundamento racionalmente cognoscible<sup>13</sup> de la política. Por esta razón, las valoraciones de los individuos —meramente “privadas” según la visión moderna de la política— y la acción política basada en ellas —“autónoma” según la visión moderna— gozan de legitimidad social y pueden “imponerse públicamente”. La modernidad restringe tal reconocimiento de “legitimidad pública” casi exclusivamente a las ciencias y técnicas particulares, y a las leyes del estado, cualesquiera sean los fundamentos por los que se llegue a ellas, pero, lógicamente, tanto más cuanto más se basen en esas ciencias y técnicas, y en la economía de modo especial. Por lo tanto, en la visión clásica los juicios morales no son algo puramente subjetivo, y la lucha política no es un mero conflicto e intento de coordinar individualidades arbitrarias. Por la misma razón, no existe libertad para presentar como “moral”, y como fundamento de una acción política, cualesquiera preferencias subjetivas no sometidas al riguroso control argumentativo público que hoy por hoy subsiste, del modo más conforme con la filosofía clásica, solamente en las comunidades científicas de las ciencias particulares. Por eso son tan sólidas —conservadoras abiertas a revoluciones bien fundadas—, y progresan tan admirablemente<sup>14</sup>.

#### 4. LA CRITICA DE DWORKIN CONTRA EL POSITIVISMO SEMANTICO

En este contexto resulta útil considerar las críticas o alternativas a la “opción conceptual” hartiana, elaboradas por Dworkin, Nino y Finnis. Las tres tienen que ver con la conceptualización del objeto de la teoría jurídica, y muestran —considerada la respuesta de Hart a Dworkin y Finnis— que el planteamiento inicial es ambiguo o viciosamente circular. Comencemos por una de las críticas de Dworkin, pues la réplica de Hart evidencia un cambio de posición con miras a dejar incólume el “positivismo jurídico”.

<sup>13</sup> Si consideramos la síntesis de la sabiduría clásica cristiana, con sus elementos de fe sobrenatural y sus elementos de filosofía humana, debemos añadir que la moral que orienta la acción política también es cognoscible, y es aún más cognoscible, por la fe religiosa. En este artículo hacemos abstracción de este punto.

<sup>14</sup> En parte sigo aquí el magisterio de Rafael Alvira en su curso de Filosofía Política. Algunas de estas ideas pueden verse en ALVIRA, R., *Reivindicación de la voluntad* (Pamplona, Eunsa, 1988), *passim*; *La noción de finalidad* (Pamplona, Eunsa, 1978), *passim*; y *¿Qué es la libertad?* (Madrid, EPESA, 1976), *passim*.

Los positivistas semánticos –nos dice Dworkin– niegan la oportunidad de usar la palabra “derecho” de modo flexible, dependiendo del contexto y propósito. “Insisten en que debemos elegir, de una vez por todas, entre un sentido ‘amplio’ o preinterpretativo, y uno ‘restringido’ o interpretativo. Pero esto compra la claridad lingüística a un precio demasiado alto”<sup>15</sup>. Según el contexto, un abogado podría decir “el derecho nazi no era derecho” o, por el contrario, usar la formulación positivista, que revelaría menos acerca de lo que él piensa, “y no existe razón por la que debamos limitar artificialmente nuestro lenguaje para hacer imposibles las elecciones de esta clase, sensibles al contexto”<sup>16</sup>.

Hart replica de la siguiente manera. Para comenzar, destaca que según Dworkin es verdad que “podemos decir que los sistemas jurídicos, no importa cuan perversos, son derecho en un sentido preinterpretativo. De este modo, no estamos forzados a decir, ni siquiera de las peores leyes nazis, que no son derecho”<sup>17</sup>. Hart añade:

Me parece que esta apelación a la flexibilidad de nuestro lenguaje y la introducción, en este punto, de la distinción entre derecho interpretativo y preinterpretativo, más que debilitar concede la tesis positivista. Porque hace poco más que transmitir el mensaje de que, mientras él insiste en que en una teoría jurídica descriptiva el derecho podría ser identificado sin referencia a la moral, las cosas son distintas para una teoría jurídica interpretativa justificadora según la cual la identificación del derecho siempre implica un juicio moral acerca de qué es lo que mejor justifica el derecho establecido. Este mensaje no da, por supuesto, ninguna razón para que el positivista abandone su empresa descriptiva, ni tampoco intenta hacerlo, sino que incluso este mensaje tiene que ser matizado, pues el derecho puede ser tan perverso que el “escepticismo interno” sea lo apropiado, en cuyo caso la interpretación del derecho no implica juicio moral, y la interpretación como Dworkin la entiende debe ser abandonada (*LE 105*)<sup>18</sup>.

En general cabe afirmar que Dworkin y Hart se malinterpretan recíprocamente; pero, en este punto particular, Dworkin tiene razón y Hart ha modificado su posición. Dworkin malinterpreta a Hart al reducir la teoría de las reglas positivas de reconocimiento a una tesis semántica, según la cual “el mismo significado de la palabra ‘derecho’ hace que el derecho dependa de ciertos criterios específicos [...] Nuestras reglas para usar ‘derecho’ vinculan el derecho a puros hechos históricos”<sup>19</sup>. Hart dice que “no hay rastro de una doctrina como ésta en mi trabajo”<sup>20</sup>, y en verdad ninguno de sus argumentos en los capítulos I-VII de *The Concept of Law*, donde desarrolla su teoría sobre la estructura

<sup>15</sup> DWORKIN, R., *Law's Empire* (London, Fontana Press, 1986) 104. Hay trad. cast. de C. Ferrarí, *El imperio de la justicia* (Barcelona, Gedisa, 1988).

<sup>16</sup> *Ibidem*. Cfr. 101 ss.

<sup>17</sup> HART, H.L.A., *The Concept of Law* (Oxford, Clarendon Press, 2ª ed. 1994, “with a Postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz”) 270. Se cita en adelante como CL (2ª ed.)

<sup>18</sup> *Ibidem*. 270-271. La referencia interna, añadida por los editores, se refiere a *Law's Empire*, cit., 105.

<sup>19</sup> DWORKIN, R., *Law's Empire*, cit., 31. Cfr. 31-35, 43-44, 87 ss., 101-113.

<sup>20</sup> CL (2ª ed.) 247. Cfr. 244-254.

de un sistema jurídico, se apoya en una teoría semántica. Dworkin capta acertadamente que los argumentos hartianos *en favor del positivismo jurídico* asumen el significado de “derecho” como “derecho positivo”; pero se equivoca al sostener que la concreta teoría jurídica de Hart –la unión de reglas primarias y secundarias, y la doctrina de la regla de reconocimiento– se *deduce* del significado de “derecho” como “derecho positivo”, o que este significado implica un acuerdo lingüístico sobre las fuentes históricas del derecho. No hay tal. La teoría jurídica hartiana asume o se hace compatible con la sinonimia “derecho”-“derecho positivo”, pero no se deduce de ella. Por eso, el positivismo hartiano es un presupuesto de la teoría, y no algo que esa teoría demuestre; pero tampoco se demuestra la teoría misma por el positivismo conceptual, que es sólo un requisito previo. Para decirlo brevemente, Hart es un “positivista semántico” en el capítulo IX de *The Concept of Law*, cuando necesita defender directamente la tesis positivista; no lo es, en cambio, en los capítulos II-VII, donde explica los elementos positivos de un sistema jurídico moderno.

No obstante lo dicho, Dworkin tiene razón cuando sostiene que Hart pide una opción conceptual para defender el positivismo jurídico. Hart adopta dos posiciones diferentes. En *The Concept of Law* rechaza el modo de hablar según el cual “la ley injusta no es ley”. Incluso en los contextos en que su uso dejaría más clara y patente la intención del hablante, Hart defiende su modo positivista de expresarse –“esto es derecho, pero es demasiado inicuo para ser aplicado u obedecido”– y afirma que ése es el modo de promover claridad y honestidad en la formulación de las cuestiones. Además, sostiene que tal es el modo claro y honesto de expresarse *a todos los niveles*: por la teoría jurídica general, por la historia del derecho y otras disciplinas sobre el derecho positivo, por los jueces y ciudadanos. Por el contrario, al replicar a Dworkin, pasados más de treinta años desde la publicación de su libro principal, Hart sostiene que su tesis era, simplemente, que al teórico general descriptivo *no se le forzara* a decir que el derecho injusto no es derecho. Dworkin, según Hart, puesto que permite decir en algún sentido que el derecho inicuo es derecho, apelando a “la flexibilidad de nuestro lenguaje [...] más que debilitar concede la tesis positivista”. El mismo Hart que antes argumentaba en favor de una elección, ahora sencillamente pide tolerancia; y, concedida que ésta sea, afirma que el contradictor se ha pasado al positivismo jurídico.

Por lo demás, Hart malinterpreta a Dworkin, pues este autor intenta defender que, aunque el núcleo de lo que se dice con la expresión “esta ley inicua no es ley” podría también formularse con el lenguaje positivista, este último diría menos cosas y con menor fuerza. Por eso, el contexto puede hacer que un lenguaje u otro sea el más adecuado<sup>21</sup>. Hart se contenta con observar que Dworkin admite un sentido de “derecho” compatible con cualquier iniquidad; pero no entra en la cuestión de fondo, a saber, si el lenguaje y los conceptos del resto de la ciencia y la práctica jurídicas –fuera de la empresa positivista– han de estar o no moral y políticamente cargados. No pretendemos entrar en este tema, sino sólo apuntar que la crítica de Dworkin es válida respecto de lo que Hart decía en 1961.

<sup>21</sup> Cfr. DWORKIN, R., *Law's Empire*, cit., 104.

## 5. LA PROPUESTA ANTIESENCIALISTA DE NINO

Parece claro que los argumentos de Hart defendían un concepto y modo de hablar con exclusión de otros. No obstante, su réplica a Dworkin, y sus aclaraciones sobre la compatibilidad de la tesis del análisis conceptual no valorativo con otras aproximaciones, podrían dar a entender que cabe admitir varios “conceptos” de derecho, y usar unos u otros según el contexto. Esta alternativa, basada también en la “flexibilidad lingüística”, ha sido propuesta por Carlos Santiago Nino, refiriéndose al “esencialismo” o “antiesencialismo” de Hart. Hart ha parecido a algunos “antiesencialista”, por admitir usos de un mismo término no conectados entre sí y por negar el valor de las definiciones esenciales. Este aspecto de su pensamiento manifiesta su inclinación a tomar en cuenta el principio de analogía. Sin embargo, la verdad es que su elucidación de “el concepto” de derecho, sus argumentos contra el iusnaturalismo y sus tesis semánticas sobre los términos “jurídicos” como “no valorativos”, abogan por un uso lingüístico “correcto” basado en sus tesis sustantivas sobre lo que “es” derecho<sup>22</sup>. Tal es el aspecto que prima al defender el positivismo jurídico, y que realmente está afectado por lo que Dworkin llama “la picadura semántica”<sup>23</sup>.

Para el “antiesencialismo” de Nino, la disputa entre iusnaturalismo y iuspositivismo es meramente verbal<sup>24</sup> y “es casi completamente trivial y puede ser fácilmente superada”<sup>25</sup>. En una obra póstuma, Nino califica a Hart como “antiesencialista”, reprochándole solamente que no lo sea —cayó en una trampa— en sus argumentos en favor del iuspositivismo:

Porque lo que conforma la polémica es la pretensión de cada una de las partes de que la definición de “derecho” propuesta por ella es excluyente (es curioso que Hart, un antiesencialista por excelencia, haya caído en la trampa de esta pretensión de exclusividad, como se muestra en sus argumentos y es sugerido aun por el título de su obra principal *El concepto de derecho*). Si cada una de las partes admitiera que no hay ningún inconveniente en que la palabra *derecho* sea empleada con un significado distinto al propugnado por ella, en otro contexto de discurso o en el mismo, siempre que se aclarara la variación, el conflicto desaparecería<sup>26</sup>.

Nino asumió acriticamente el modo hartiano de plantear la cuestión —semántico y ahistórico—, sin hacerse cargo ni de cuál era el verdadero debate

<sup>22</sup> Cfr. NINO, C.S., “El concepto de derecho de Hart”, *Revista de Ciencias Sociales* 28, 1986, 33-54, especialmente 33-39 [aquí califica a Hart como “esencialista”]; y, del mismo autor, *La validez del derecho* (Buenos Aires, Astrea, 1985) 90, 145 ss., 175-185; y *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación* (Barcelona, Ariel, 1989), 16 ss, con sus otras obras allí citadas.

<sup>23</sup> Cfr. DWORKIN, R., *Law's Empire*, cit., 45 ss. Cfr. *El imperio de la justicia*, cit., 44, que traduce “semantic sting” como “aguijón semántico”. La palabra inglesa tiene varios sentidos, pero parece que Dworkin la usa en el sentido pasivo del efecto de un aguijón: escozor, picadura, etc. Cfr. *El imperio de la justicia*, cit., 43: “Los *síntomas* son clásicos y mi diagnóstico, familiar. Los filósofos de la teoría semántica *sufren* algún tipo de bloqueo” (énfasis añadido).

<sup>24</sup> Cfr. NINO, C.S., *La validez del derecho*, cit., 90. Nino no aborda los argumentos hartianos contrarios a esta afirmación (cfr. CL 204 y 208-210).

<sup>25</sup> Cfr. NINO, C.S., *La validez del derecho*, cit., 145.

<sup>26</sup> NINO, C.S., *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del derecho* (Barcelona, Ariel, 1994) 33. Cfr. *Ibid.* 17-42. He corregido un pequeño error de imprenta en el original.

histórico entre ambas corrientes –nada trivial– ni de las circunstancias vitales y morales que llevaban a Hart a una postura simple y, a la vez, intransigentemente iuspositivista (¡como que defendía una verdad moral importante!). Hart se jugaba sus convicciones morales, y no una mera convención sobre el uso del lenguaje. Nino advierte correctamente la debilidad del modo de plantear la cuestión por Hart, y de sus argumentos; pero esto no le lleva a una mejor investigación histórica e ideológica, sino a aceptar el deficiente planteamiento hartiano, tras lo cual resulta fácil disolver el debate. Esta proposición de disolver el debate mediante el reconocimiento de varios conceptos de derecho, que podemos llamar “convencionalismo conceptual”, sólo sería admisible si se trata-se únicamente de una cuestión lingüística.

La propuesta de Nino falla por dos razones. En primer lugar, confunde el concepto de una cosa con los términos convencionales del lenguaje. Nino se toma en serio la siguiente afirmación de Dworkin:

No tengo respuesta al argumento de que el término “derecho” puede ser usado de tal manera que la tesis positivista sea verdadera por estipulación. Esto es, que pueda ser usado de tal manera que el hablante reconozca como pautas “jurídicas” solamente aquellas pautas que los jueces y abogados citan que de hecho se identifican por algún criterio comúnmente reconocido<sup>27</sup>.

Hart, al ampliar y restringir lo que cae bajo el concepto de derecho según conviene, no hace exactamente lo que dice Dworkin –demostrar la tesis *de la regla de reconocimiento* por estipulación–; pero sí hace verdadero por estipulación el “positivismo jurídico” como identificación entre “derecho” y “derecho positivo”. Esto es lo que acabamos de sostener comentando *Law's Empire*. Ahora bien, este texto de *Taking Rights Seriously* muestra, como dice Nino, que pueden estipularse diversos “conceptos” de derecho; pero es una ironía de Dworkin, que no puede tomarse en serio *como disolución* de ningún problema. En efecto, lo peor que puede decirse de una teoría que pretende explicar la realidad es que sus conclusiones han sido puestas en el principio por la adopción voluntaria (estipulada) de una definición no demostrada –salvo que sea algo evidente *per se*, en cuyo caso hay que decirlo así. Ciertamente, el “positivismo” de Hart es una petición de principio y un voluntarismo conceptual que contrasta con su concepción racional del derecho, tan brillantemente expuesta cuando no intenta justificar el iuspositivismo. Pero esta tesis no equivale a disolver un debate histórico, como pretende Nino, sino a descartar una posición teórica particular, la de Hart.

No podemos abordar aquí con detalle lo que ha pasado después de Hart, pero no podemos ocultar la sorpresa ante la admisión lisa y llana, por Raz, de que una de las tesis positivistas, la del análisis conceptual no valorativo del derecho, es verdadera “por definición”<sup>28</sup>. Dice Raz, en línea con el argumento que analizamos, que la identidad de la disciplina (filosofía del derecho) depende de la identidad de su objeto; pero hay una restricción sobre qué es una doctri-

<sup>27</sup> DWORKIN, R., *Taking Rights Seriously* (London, Duckworth, 2ª ed., con réplica a críticos, 1978) 47. La traducción es mía. Cfr. DWORKIN, R., *Los derechos en serio* (Barcelona, Ariel, 1984, trad. de M. Guastavino), 103.

<sup>28</sup> Cfr. RAZ, J., “The Problem about the Nature of Law”, *University of Western Ontario Law Review* 21, 1983, 203-218.

na adecuada sobre la naturaleza del derecho, a saber, que “el derecho consiste solamente en consideraciones autoritativas positivistas”<sup>29</sup>. Ahora bien, los tribunales aplican consideraciones legales (ejecutan pautas autorizadas) y también *no-legales* (deliberan sin apoyo en pautas previamente puestas autoritativamente); “pero el derecho pertenece a la primera clase solamente”<sup>30</sup>. La filosofía jurídica ¿está libre de valoraciones? Raz dice que, a nivel de la adjudicación, no hay tal independencia de las valoraciones –interviene la moral–; pero que sí la hay en la identificación del derecho (positivo), y eso es ¡por definición!<sup>31</sup> Ahora bien, se llega a esa explicación de la naturaleza del derecho usando argumentos evaluativos –no necesariamente morales–, pues la importancia relativa de las características de la organización social refleja nuestros intereses intelectuales y morales<sup>32</sup>. En definitiva, Raz comete de modo explícito los mismos vicios lógicos implícitos en Hart: el derecho es el derecho positivo porque ésa es una restricción de principio sobre la naturaleza del derecho; después, la teoría identifica sin valorar el derecho, por definición; y, finalmente, hay razones teóricas y morales para adoptar ese concepto de “derecho”. La verdad es que Raz muestra la importancia de tener un concepto de derecho positivo, y añade la convención lingüística de llamarle “derecho”; pero, después, sus consideraciones sobre el uso de la moral junto con el derecho (positivo) en la regulación social y en la adjudicación, se acercan a la tesis clásica de que las reglas de la comunidad política –leyes, cualquiera sea su nombre– son en parte morales (naturales) y en parte jurídicospositivas. Dada la gran dependencia de Raz respecto de Hart –sucede a la inversa en algunos puntos–, requeriría otro artículo mostrar en Raz lo mismo que se intenta mostrar respecto de Hart. Pero volvamos al texto de Dworkin que hemos citado, y que Nino lleva a la práctica proponiendo el convencionalismo conceptual.

Dworkin, por su parte, solamente insinúa una posibilidad irónica, y no podría admitir ni la tesis de Nino ni la nuestra. No podría admitir la tesis de Nino, porque la misma posición de Dworkin como “antipositivista” –una crítica y alternativa a toda la historia de la teoría jurídica precedente–<sup>33</sup> depende sobremanera de que realmente haya una cuestión debatida, la cual pueda ser ganada por Hércules, y no simplemente disuelta. Tampoco podría admitir Dworkin la tesis de que el positivismo hartiano es una tautología trivial, o una petición de principio, porque Dworkin *toma a Hart como punto de partida* de su ataque contra el “positivismo jurídico”<sup>34</sup>. Si Hart ha presentado como “positivismo”

<sup>29</sup> *Ibid.* 214, cfr. 214-216.

<sup>30</sup> *Ibid.* 215.

<sup>31</sup> Cfr. *Ibid.* 216-218.

<sup>32</sup> Cfr. *Ibid.* 218.

<sup>33</sup> Cfr. DWORKIN, R., *Law's Empire*, cit., 35-37, 94-96. Dworkin habla de las diversas formas de teoría del derecho natural, positivismo y realismo –teorías semánticas–, y de las concepciones convencionalistas y pragmatistas, como corrientes de pensamiento con las cuales contrasta su “derecho como integridad”. Pero no dice claramente a qué autores se refiere con los distintos modelos que ataca (salvo alusiones genéricas a los autores que el mismo Hart menciona: Bentham, Austin, Gray, etc.), ni si su propia teoría tiene algunos antecedentes. Tal como aparece, da la impresión de una absoluta novedad en la historia del pensamiento jurídico; pero, en realidad, *depende totalmente* de la interpretación general propuesta por Hart. Dicho lo anterior, cabe reconocer que las explicaciones de Dworkin sobre la naturaleza del derecho, tomadas en sí mismas y no como “punto culminante” de una historia del pensamiento, son útiles para comprender el derecho positivo como una parte de las reglas que dirigen la vida social y justifican –también en parte solamente– el uso de la fuerza.

<sup>34</sup> Cfr. DWORKIN, R., *Taking Rights Seriously*, cit., ix y 22.

una construcción original suya, para defender y transformar una tradición, y esta reinterpretación es inadmisibles por petición de principio, tampoco sería aceptable el “antipositivismo” de Dworkin. Bastante defectuosa sería una teoría que considerase como punto de partida un punto tan débil de la tradición que intenta combatir. Por el contrario, Dworkin afirma: “La más poderosa versión contemporánea del positivismo es aquella propuesta por H.L.A. Hart, y es la versión de Hart la que es criticada en este libro”<sup>35</sup>. Si Hart cayera, caería Dworkin, su discípulo en lo que a historia del pensamiento se refiere. Las historias que cuentan Hart y Dworkin —ésta depende de aquella y la transforma— son originales, ciertamente, y por eso no son realmente historia.

En segundo término, la propuesta de Nino implica la disolución no sólo de ese debate, sino de cualquier otro. Consiste en hacer que los interlocutores hablen de asuntos diversos. Por ejemplo, ésta sería la controversia sobre “el concepto de música”: “—Musnaturalista: Para mí la música es el sonido bello. Los sonidos feos no son música, sino ruido y corrupción de la música. —Muspositivista: Pues para mí la música es lo que suena, bello o feo; sobre la música fea hemos de decir ‘esto es música, pero demasiado fea para ser escuchada’. —Nino: que cada uno llame música a lo que quiera y estudie lo que quiera, después traducimos y... ¿debate disuelto! —Un hombre perplejo: Bueno, bien, pero, ¿qué deben enseñar los conservatorios, estudiar los musicólogos, financiar los mecenas, aprender los niños, presentar los conciertos, transmitir las radios, entronizar las inauguraciones del mundial de fútbol?”

Nino pospone la cuestión de fondo. Una vez que cada uno tenga sus conceptos de derecho, y se hagan las oportunas traducciones, todos tendrán todos los conceptos de derecho, y habrá que debatir las relaciones entre ellos. Es decir, habrá que establecer cuál es el caso central de derecho, qué relación hay entre lo que es derecho con un contenido moral previo —no matar— y lo que es derecho por elección entre alternativas —circular por la derecha, tres testigos para el testamento—; qué relaciones habrá entre lo que se describe como formalmente válido y lo que realmente debe hacerse, etc. En el debate clásico —no la caricatura presentada por Hart— entre iuspositivismo y iusnaturalismo, se discute qué ha de ser aplicado por los jueces, obedecido por los ciudadanos, apoyado por las armas, estudiado por los juristas teóricos... Esto podría consistir en cosas contradictorias únicamente en el caso de un supuesto estudio teórico *puro* —que unos teóricos del “derecho” adopten como objeto central de su ciencia “lo justo” y otros “lo establecido por el poder social”—; pero jamás en el caso de la obediencia ni del conocimiento práctico. ¿Y qué conocimiento sobre el derecho puede pretender *a priori* que no tendrá repercusiones prácticas? ¿Qué estudio teórico del derecho puede proclamarse *puro*? El ejemplo más coherente de que disponemos tuvo que reconocer el carácter *ficticio* de la normatividad del objeto de tal “teoría pura”,<sup>36</sup> lo cual no ha sido óbice para la configuración de orde-

<sup>35</sup> Cfr. *Ibíd.* ix. Recuérdese que Hart también pretende estar presentando la “teoría imperativa” de Austin complementada con mejoras de teóricos posteriores, como Kelsen, “para asegurar que la doctrina que consideraremos y criticaremos es enunciada en su forma más fuerte” (CL 18). Dworkin, con las malas interpretaciones de que Hart se queja, ha seguido la tradición.

<sup>36</sup> Kelsen admitió que la Grundnorm era una ficción en 1962, aunque el artículo fue publicado por primera vez en 1964: Kelsen, H., “Die Funktion der Verfassung”, *Forum* 11, traducción inglesa de Stewart, I., “The Constitutional Function”, *Juridical Review* 25 (n.s.), 1980, 214-224 (por donde cito).

namientos jurídicos reales influidos por la doctrina kelseniana del ordenamiento jurídico. Kelsen afirmó que la norma básica es una genuina ficción, en el sentido de la filosofía del “como si” de Vaihinger: “Una ficción en este sentido se caracteriza no sólo por contradecir la realidad, sino también por contener la contradicción dentro de sí misma”<sup>37</sup>. Pero era una ficción aplicada sobre la realidad del derecho positivo efectivo, y por ende no una pura lucubración teórica que fuese indiferente respecto del funcionamiento del derecho real.

En nuestra opinión, cualesquiera sean las ficciones de los teóricos del derecho, las conclusiones de su ciencia serán o no tenidas como normativas dependiendo del concepto de derecho socialmente vigente. No es posible una teoría cuyas consecuencias normativas dependan exclusivamente de la voluntad del teórico que la practica. Se necesita harta fuerza de voluntad para ocultar y reprimir –no eliminar– las propias valoraciones que guían el quehacer académico; mucha más se requiere para extender esa restricción fuera del laboratorio, e imponerla a otros ámbitos académicos. Tal era la fuerza de voluntad de Kelsen, como se ve en la anécdota relatada por Hart: “hacia el final de nuestro debate, [...] ante Kelsen enfatizando con tonos estentóreos, tan notables en un octogenario (o en cualquiera), que ‘una Norma es una Norma’ y no otra cosa, yo estaba tan sobresaltado que (literalmente) caí hacia atrás en mi asiento”<sup>38</sup>.

#### 6. LA ALTERNATIVA IUSNATURALISTA DE FINNIS

John Finnis ha puesto la tradicional teoría jurídica analítica en conexión con la filosofía práctica clásica. Su reelaboración de las cuestiones facilita la unificación lingüística necesaria para la discusión de la filosofía clásica en el ámbito analítico. Esto mismo, no obstante, es un obstáculo para que Finnis sea adecuadamente comprendido por autores iusnaturalistas menos familiarizados con la terminología propia de los filósofos analíticos. Finnis señala algunas de las confusiones e interpretaciones erróneas en que Hart incurre. Finnis ha sostenido que el “concepto” de derecho, si aplicamos coherentemente el método de análisis hartiano, tiene que incluir una referencia a la justicia, a los valores morales básicos, etc. Se apoya en todo ese aspecto del pensamiento de Hart que tiende al realismo metafísico y al uso del principio de analogía. Aquí no nos interesa exponer el pensamiento de Finnis, sino el modo como Hart lo entendió, y la respuesta que dio a la proposición de identificar el “caso central” del concepto de derecho con el derecho moralmente obligatorio (justo, orientado al bien común, etc.).

Hart sintetiza la posición de Finnis de la siguiente manera.

La flexible interpretación de Finnis sobre el derecho natural es en muchos aspectos complementaria a la teoría jurídica positivista, más que un rival suyo. Porque está interesada principalmente en elaborar una concepción de

<sup>37</sup> *Ibid.* 221-222. Cfr. la misma rectificación en Kelsen, H., *Allgemeine Theorie der Normen* (Viena, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1979), 206 ss.; y el comentario de Stewart, I., “The Basic Norm as Fiction”, *Juridical Review* 25 (n.s), 1980, 199-214, precediendo la traducción del citado artículo de Kelsen.

<sup>38</sup> HART, H.L.A., *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (Oxford, Clarendon Press, 1983) 287. Citado en adelante como EJP.

la ley natural entendida como ciertos principios de “razón práctica” para la ordenación de la vida humana y de la sociedad, dirigida a la realización de ciertas formas de bien o valores objetivos pretendidamente evidentes por sí mismos; y luego en mostrar que para su realización se requiere una ley humana autoritativa y el respeto hacia tal autoridad. La no conformidad de la ley humana con tales principios de razón práctica la hace defectuosa o perversa en diversos grados, pero, a diferencia de lo sostenido por algunas versiones del derecho natural (que Finnis considera una distorsión), no privará a tales leyes de su estatus jurídico, aunque pueden ser consideradas “menos jurídicas” por esa razón. Según esta opinión, que reconoce la distinción entre el derecho como es y el derecho como debe ser, el principal vínculo conceptual entre el derecho y la moral es que la concepción de un sistema de derecho orientado hacia un bien común objetivo y completamente conforme con los requerimientos de la razón práctica no sólo proporciona las formas básicas para la crítica de los sistemas jurídicos reales, sino que constituye la perspectiva más iluminadora para comprender su funcionamiento real, las formas de razonamiento jurídico, y la fuerza normativa de las descripciones del derecho en términos de derechos, deberes y obligaciones. Se dice que esta concepción es el significado “focal” y caso central de derecho. No obstante, el derecho positivo posee una relativa autonomía o independencia de esta concepción ideal, de modo que los juristas, para los propósitos internos del sistema jurídico, hablan convenientemente del derecho y de sus obligaciones como si éstos estuviesen aislados de los méritos morales del derecho, de los cuales se ocupa el “discurrir” de la razón práctica<sup>39</sup>.

La primera oración de esta cita expresa algo fundamental, a saber, que cualquiera sea la plausibilidad de la teoría de Finnis, es flexible y realmente no se opondría al positivismo jurídico. Excepto en que sería más confuso.

El mérito principal, y muy grande, de esta aproximación iusnaturalista, es que muestra la necesidad de estudiar el derecho en el contexto de otras disciplinas, y favorece la percepción de la manera en que asunciones no expresadas, el sentido común y los propósitos morales influyen en el derecho e integran la adjudicación. Pero estas lecciones valiosas pueden enseñarse en otras formas, y mi objeción a su presentación en una forma rediviva de teoría de la ley natural (aparte de mi desacuerdo con su filosofía subyacente de valores objetivos evidentes) es que su énfasis en una forma ideal de derecho, que satisface las exigencias de la razón práctica, como el “caso central” o “significado focal” de derecho, *revivirá viejas confusiones entre el derecho y las pautas apropiadas para la crítica del derecho*. Así, para defender las teorías clásicas del derecho natural contra las distorsiones de que Finnis considera culpables a los críticos positivistas (incluido yo mismo), tiene que explicarse elaboradamente cómo es que frases famosas, como la afirmación del Aquinate “la ley no es sino una ordenación de la

<sup>39</sup> *Ibíd.* 10-11. Hart no cita los lugares exactos en que se apoya su síntesis. Esta es suficiente para los propósitos de nuestro análisis, aunque puede dar una imagen excesivamente racionalista de Finnis, alejada de su exposición. Cfr. FINNIS, J., *Natural Law and Natural Rights* (Oxford, Clarendon Press, 1980) 11-19, 25-29, 50, 64-69, 100-133, 260-368.

razón para el bien común" (S.T., I-II, Q. 90, art. 4), son de algún modo compatibles con su afirmación de que "las leyes hechas por los hombres son justas o injustas" (Ibíd., Q. 96, art. 5). Es así porque mientras "derecho" se refiere al derecho positivo en la última de estas dos afirmaciones, en la primera afirmación se refiere al derecho que satisface todas las exigencias de la razón práctica, y así es moralmente vinculante. La identificación del "caso central" de derecho con el derecho en su forma ideal propiciará, me temo, *el regreso de estas ofuscantes complejidades*. El contrario énfasis positivista en la elucidación del concepto de derecho sin referencia a los valores morales para cuya promoción puede ser usado, ofrece a mi parecer *mejores garantías de pensamiento claro*<sup>40</sup>.

La primera parte de la respuesta de Hart es análoga a la ya dada en otras ocasiones: complementariedad de las ideas; posibilidad de expresar lo mismo de modo más claro;<sup>41</sup> etc. El núcleo de su réplica, no obstante, es un círculo vicioso perfecto. Revivir la teoría del derecho natural revivirá las viejas confusiones iusnaturalistas, el regreso de ofuscantes complejidades. Naturalmente, éstas no son ni ofuscantes ni confusas para quien comprenda bien a los clásicos. No pueden ser "evidentemente ofuscantes": hay que argumentar. Una cosa es decir que algo es oscuro —que no lo comprendemos— y otra refutarlo.

Dejando de lado una posible mala interpretación del "caso central" de derecho como "derecho ideal" en sentido racionalista, lo cierto es que Finnis ha dado muchos argumentos para mostrar que el modo clásico de pensar suponía analogía y no confusión, y que el pensamiento positivista "claro" se basaba en confusiones y malas interpretaciones<sup>42</sup>. La réplica de Hart consiste simplemente en decir que la posición contraria es confusa y ofuscante. Pero las confusiones pueden deberse a que un pensamiento contiene en sí mismo elementos contradictorios o ambiguos, en cuyo caso se deben exponer esas confusiones, o pueden deberse a que el lector no lo comprende. Hart parece estar él mismo confundido ante el tema del derecho natural, y responde de modo circular. No aborda las cuestiones, sino que las excluye porque son "ofuscantes". Hart puede creer que con sus escritos previos ha demostrado definitivamente la confusión iusnaturalista, o adoptar esta conclusión como parte de su tradición positivista; pero no puede contestar a una crítica contra sí mismo y contra esa tradición apelando a lo que "está establecido" en esas fuentes cuestionadas. Es menester abordar los argumentos. Por eso, su réplica parece indicadora de que Finnis ha dado en el clavo de la confusión reinante en su propia tradición de jurisprudencia analítica, y las respuestas que ha recibido sólo pueden ser voluntaristas exclusiones de la filosofía finnisiana de "valores evidentes", inspirada en la tesis clásica sobre el estatuto epistemológico de los primeros principios y los preceptos fundamentales de la ley natural<sup>43</sup>. Por ejemplo, no parece posible re-

<sup>40</sup> EJP 11-12. Énfasis añadidos. La segunda cita de la *Suma Teológica* debe referirse al artículo 4, no al 5.

<sup>41</sup> Cfr. PLM en EJP 49-87. Cfr. Ibíd. 71: "todo lo que hemos aprendido [...] puede ser expresado en otras formas menos misteriosas".

<sup>42</sup> Cfr. FINNIS, J., *Natural Law and Natural Rights*, cit., 23-55, 234-237, 357-368; y, del mismo autor, "On 'Positivism' and 'Legal Rational Authority'", *Oxford Journal of Legal Studies*, 1985, 74-90.

<sup>43</sup> La explicación de Finnis es original por lo menos en su terminología y estructura, y su grado de concordancia con la tesis clásica es tema de debate. La afinidad en lo fundamental, en el

futar su análisis sobre la evidencia del valor “conocimiento”, apoyado en la aristotélica reducción al absurdo de la objeción escéptica<sup>44</sup>. Sólo parece viable decir “no comparto”, “me temo”, etc.; en otros términos, apelar no ya a razones objetivas sino a la voluntad subjetiva que excluye las razones sobre los temas oscuros.

Hart continúa así su comentario sobre Finnis.

Pero aparte de esto, la identificación del significado central de derecho con lo que es moralmente legítimo por estar orientado hacia el bien común, me parece, a la vista del horrible historial del uso perverso del derecho para la opresión, que es una perspectiva desequilibrada, y una distorsión tan grande como la opuesta identificación marxista del caso central de derecho con la búsqueda de los intereses de una clase económica dominante<sup>45</sup>.

Esta argumentación vuelve a considerar como prueba del “positivismo” la existencia de derecho positivo inicuo. Aparte de que se trata de un dato del problema, es un “dato” que *sólo puede sostenerse racionalmente si se afirma el cognitivismo ético* –la existencia de la ley natural–, porque de lo contrario no podría hablarse de un horrible historial de derecho injusto, sino de una historia del uso del derecho para fines contradictorios. Además, la existencia de casos periféricos de un concepto no puede ser prueba contra un argumento en favor de la determinación del caso central. El “equilibrio” que aquí propone Hart le llevaría a no proponer ninguna característica del derecho como “caso central”, pues hay otras características que han sido consideradas centrales por otros autores. Así como Hart califica de erróneos o exagerados a otros analíticos del derecho –v.gr., Bentham, Austin, Kelsen y Ross–, el caso central propuesto por Finnis calificará de erróneas o exageradas las filosofías que identifiquen otros fines –injustos– como explicativos del derecho. La existencia de posiciones encontradas no puede ser argumento contra ninguna de ellas, y mucho menos contra todas al mismo tiempo.

Estas observaciones sirven para continuar mostrando que Hart no ha defendido de modo coherente que el objeto de las ciencias jurídicas es el derecho positivo; pero, si no lo es en exclusiva, como Hart dice en sus réplicas tolerantes, entonces es menester establecer las relaciones de los objetos morales y jurídicos dentro del estudio del derecho. Si el “positivismo jurídico” sólo puede defenderse alegando su “amplitud”, cuando históricamente fue siempre una reducción del ámbito científico necesaria para conseguir la objetividad, entonces poco extraña que un autor hable, retóricamente, de su autodestrucción<sup>46</sup>. Realmente no hay tal “autodestrucción”, sino todo lo contrario, porque el objetivo de

contexto de una comparación con Hart, parece indubitable. Cfr. en general GARCÍA-HUIDOBRO, J., *Razón práctica y derecho natural* (Valparaíso, Edeval, 1993) *passim*; y especialmente la crítica de HITTINGER, R., *A Critique of the New Natural Law Theory* (Notre Dame, Indiana, University of Notre Dame Press, 1987) *passim*.

<sup>44</sup> Cfr. FINNIS, J., *Natural Law and Natural Rights*, cit., 59 ss.

<sup>45</sup> EJP 12.

<sup>46</sup> Cfr. GOLDSWORTHY, J.D., “The Self-Destruction of Legal Positivism”, *Oxford Journal of Legal Studies* 10, 1990, 449. Este ensayo enfatiza las implicaciones morales del punto de vista interno jurídico. Aunque detecta diversas inconsistencias del planteamiento de Hart, y sobre todo de Raz, lamentablemente expone a estos autores distorsionadamente, con lo cual su crítica –no obstante esas intuiciones bien orientadas– no es fiable ni rigurosa.

conservar la tradición es ideológico, y se logra de modo máximo cuando se la hace aparecer como defensora de lo que antes no defendía, como indiferente ante lo que sustentaba, y como negada sólo por autores del pasado confusos y ofuscantes. No intentamos afirmar que Hart ha fracasado en su empresa, sino todo lo contrario, que ha tenido éxito. Pero hemos de dejar al descubierto que los fundamentos de su éxito son difícilmente admisibles desde el punto de vista racional.

#### 7. LA AMPLITUD TEORICA HARTIANA PRUEBA DEMASIADO

Para concluir este artículo, puede decirse que, cualesquiera sean los méritos científicos del positivismo jurídico, no existe ninguna cuestión ni ningún tipo de norma que una ciencia orientada según la ley moral natural deje de considerar. Podría investigarse empíricamente qué teorías jurídicas generales llevan, al dirigir estudios particulares, a un mayor respeto “descriptivo” por el derecho positivo –justo e injusto– tal como es, y no como según el teórico debería ser. Hart ha sostenido que los moldes de la teoría imperativa y las exigencias kelsenianas de pureza consiguen la uniformidad a costa de distorsionar la realidad jurídica<sup>47</sup>. Twining opina que el positivismo jurídico –sigue la interpretación hartiana– no explica el *Common Law*<sup>48</sup>. Greenawalt acepta la explicación general de Hart, mas afirma que tiene que ser modificada si ha de reflejar lo que sucede en los Estados Unidos<sup>49</sup>. Atiyah y Summers muestran de forma bastante convincente que el positivismo jurídico tiende a estudiar los aspectos formales del derecho y del razonamiento jurídico –inclinación más frecuente en la ciencia jurídica inglesa–, dejando más o menos de lado el contenido del derecho válido –las teorías jurídicas norteamericanas estarían más inclinadas a este otro tipo de estudio<sup>50</sup>.

Sea como fuere, en nuestra opinión las teorías particulares del derecho serán tanto más útiles científicamente cuanto menos restricciones ideológicas se impongan desde arriba. El positivismo clásico consideraba que los juicios morales –especialmente sobre lo justo e injusto– eran deformaciones del conocimiento jurídico “objetivo”. Sin embargo, eso era precisamente restringir el ámbito de competencia de la teoría jurídica, y, de hecho, los científicos particulares –más aún los abogados y jueces– han continuado mezclando la moral y el derecho –las quejas de Bentham, Bergbohm y Kelsen, tenían fundamento.

<sup>47</sup> Cfr. CL 38.

<sup>48</sup> Cfr. TWINING, W., “Introduction”, en TWINING, W. (ed), *Legal Theory and Common Law* (Oxford, Basil Blackwell, 1986), 10-16. Véase también, en el mismo volumen, TUR, R., “Criminal Law and Legal Theory”, 195-214, especialmente 199 ss. Otras limitaciones del positivismo jurídico son señaladas por SIMMONDS, N.E., *The Decline of Juridical Reason. Doctrine and Theory in the Legal Order* (Manchester, Manchester University Press, 1984), 99-119. Nótese, no obstante, que este autor asume la historia de la cuestión contada por Hart, y, por ende, acepta el “positivismo” en ese sentido “obvio” que nadie nunca ha negado: lo legal, en cuanto distinto de lo moral, depende de fuentes sociales de creación (cfr. *Ibid.* 9-25).

<sup>49</sup> GREENAWALT, K., “The Rule of Recognition and the Constitution”, *Michigan Law Review* 85, 1987, 621-671. Versión abreviada: “Hart’s Rule of Recognition and the United States”, *Ratio Juris* 1, 1988, 40-57.

<sup>50</sup> Cfr. ATIYAH, P.S., y SUMMERS, R., *Form and Substance in Anglo-American Law. A Comparative Study of Legal Reasoning, Legal Theory, and Legal Institutions* (Oxford, Clarendon Press, 1987), 3, 186 ss, 226 ss, 240 ss, 258 ss, 421 ss.

El argumento teórico de Hart en favor del positivismo jurídico prueba demasiado, porque implica no sólo que las diversas especialidades de estudios jurídicos deben abarcar todo el derecho positivo, justo e injusto, como hacían los juristas romanos y medievales; sino también que, si han de mantener esa amplitud, deben abarcar también *los criterios* de lo justo e injusto. Mas sostener que toda teoría jurídica "debe" incluir, al nivel de sus conclusiones, los juicios sobre la justicia del derecho y sobre su normatividad real —decir qué es lo que realmente debe ser hecho u obedecido—, es pasar ya al tema de las ventajas morales de una orientación teórica (aspecto iii), que no trataremos aquí. Cualquiera sea la decisión del teórico general o particular sobre detenerse en la descripción o añadir una evaluación moral, su decisión será un acto humano, es decir, moralmente responsable.