

# HART Y EL PROBLEMA DEL POSITIVISMO JURÍDICO

## Una reconstrucción en tres actos

### HART AND THE PROBLEM OF LEGAL POSITIVISM

#### A reconstruction in three acts

**Francisco M. Mora-Sifuentes\***

**RESUMEN:** Este trabajo tiene como finalidad destacar la contribución específica de H.L.A. Hart sobre el problema del positivismo jurídico. A juicio del autor, el tratamiento que Hart dio a la polémica entre positivismo jurídico y Derecho Natural estuvo marcada por dos extremos aparentemente contradictorios. Por una parte, se abocó a clarificar las diversas tesis que anidan tras la etiqueta "positivismo jurídico", así como las posiciones que suelen referirse como tales. Al hacerlo abrió el camino para mostrar en qué sentido no resulta ilógico defender algunas tesis asociadas al mismo o negar otras. Por otra parte, y si bien no asumió una posición que afirmase la conexión necesaria entre Derecho y moral, se ocupó también de mostrar en qué sentido tal conexión existe y es importante. Con dicho objetivo, en el primer apartado se ofrece una reconstrucción detallada sobre el tratamiento que Hart hizo sobre el problema del positivismo jurídico. En el segundo se expone el tratamiento del autor sobre el iusnaturalismo, con la intención de comprender el lugar preciso e implicaciones de su conocida tesis del "contenido mínimo Derecho Natural". En la tercera parte se aborda la teoría elaborada por Hart sobre el positivismo jurídico, esto es, el "positivismo jurídico hartiano" y las tesis por él defendidas. Importante aquí será su posición respecto a la posibilidad de que la regla de reconocimiento pueda incorporar criterios materiales para la identificación jurídica que nos introduce en una nueva etapa de la nunca acabada polémica.

**ABSTRACT:** *The aim of this work is to address H.L.A. Hart's contribution to the problem of legal positivism. According to the author, Hart's approach to the controversy of Natural Law/Legal Positivism was characterized by two apparently opposing ends. On the one hand, he clarified the label "Legal Positivism" as well as other approaches that are usually referred as such. In doing so, he paved the way to show in which sense it is not illogical to defend some theses associated with it and in which sense it is not. On the other hand, despite he did not take a stand for the necessary connection between Law and Morals, he did show in what sense such connection may exist and why it is important. To this end, section one offers a detailed reconstruction of Hart's approach to the problem of legal positivism. In section two the author's approach to Natural Law is explained so that his well-known thesis of "The Minimum Content of Natural Law", and what it implies, is properly understood. Section three is devoted to Hart's theory of Legal Positivism that is "Hartian Legal Positivism", where his main claims are presented. Hart's claim on the possibility for the rule of recognition to incorporate material criteria for legal identification or legal validity is particular relevant because it introduces us to a new stage of the never-ending controversy.*

**PALABRAS CLAVE:** H.L.A. Hart, positivismo jurídico, teorías de derecho natural, positivismo jurídico incluyente

**KEYWORDS:** *H.L.A. Hart, legal positivism, natural law theories, inclusive legal positivism.*

**Fecha de recepción:** 20/11/2019

**Fecha de aceptación:** 16/12/2019

doi: <https://doi.org/10.20318/universitas.2020.5135>

---

\* Profesor-Investigador. Departamento de Derecho-DDPG. Universidad de Guanajuato (México). Miembro del SNI (Nivel I) y del Cuerpo Académico "Democracia, Sociedad Civil y Libertades". Becario del Centro de Estudios Parlamentarios del H. Congreso del Estado de Guanajuato. E-mail: [fm.mora@ugto.mx](mailto:fm.mora@ugto.mx)

## 1. INTRODUCCIÓN

Una constante en el pensamiento de H.L.A. Hart fue señalar que gran parte del problema del positivismo jurídico radica en que la locución ha sido utilizada indistintamente para referir de forma ambigua doctrinas independientes y que tal “asociación irreflexiva” - por así decir-ha confundido el tópico quizás más que cualquier otro factor individual. En efecto, Hart advirtió que el término se utilizaba, al igual que la locución “Derecho natural”, para identificar “una” teoría a propósito del concepto o “naturaleza” del Derecho. Sin embargo, cada uno de esos términos se refieren a un número considerable de posiciones o tesis lógicamente distinguibles entre sí<sup>1</sup>. Desde mediados del siglo pasado, en el momento más álgido de la polémica sobre el régimen nacionalsocialista alemán y su vinculación con los juristas, hacernos ver que la simple referencia a alguna teoría como “positivista” o “iusnaturalista” dice realmente muy poco fue una preocupación central del “Hart filósofo del Derecho”.

En este trabajo quiero destacar lo que considero es su contribución específica en este punto particular. En mi opinión, el tratamiento hartiano de la polémica entre positivismo jurídico y Derecho Natural estuvo marcada por dos extremos aparentemente contradictorios: por una parte, se abocó a clarificar las diversas tesis que anidan tras la etiqueta “positivismo jurídico”, así como las posiciones que suelen referirse como tales. Y al hacerlo abrió el camino para mostrar en qué sentido no resulta ilógico defender algunas tesis asociadas al mismo o negar otras. Por otra parte, y si bien no asumió una posición que afirmase la conexión necesaria o conceptual entre Derecho y moral, se ocupó también de mostrar en qué sentido tal conexión existe y es importante; o lo que es lo mismo, vio el grano de verdad podemos encontrar en algunas doctrinas de Derecho Natural.

Para desarrollar esta idea me valgo de tres apartados. En el primero ofrezco una reconstrucción detallada sobre el tratamiento que Hart hizo sobre el problema del positivismo jurídico. Tal tema, quiero avanzar, lo abordó desde el prisma su tradición filosófico-política asociada al utilitarismo de Jeremy Bentham o John Austin a quienes, en gran medida, defiende de lo que consideraba malinterpretaciones de sus obras<sup>2</sup> En el segundo expongo el tratamiento de nuestro autor sobre el iusnaturalismo, con la intención de comprender el lugar preciso e implicaciones de su conocida tesis del “contenido mínimo Derecho Natural”. En el tercer apartado abordo la propia teoría elaborada por Hart sobre el positivismo

---

<sup>1</sup> Cfr. HART, H.L.A., “Legal Positivism”, *International Encyclopedia of Philosophy*, P. Edwards (ed.), Macmillan Co. and the Free Press, New York, 1967, Vol. 4., pp. 418-420, p. 418-9.

<sup>2</sup> Por ejemplo, véase: HART, H.L.A., “El positivismo jurídico y la separación entre Derecho y moral”, en: *Íd., Derecho y moral. Contribución a su análisis*, trad. de G. Carrió, De Palma, Bs. As., 1962, pp. 3-14.

jurídico. Esto es, desarrollaré lo que podríamos denominar “positivismo jurídico hartiano” y las tesis por él defendidas. Importante aquí será su posición respecto a la posibilidad de que la regla de reconocimiento pueda incorporar criterios materiales para la identificación jurídica. Considero que el trabajo de Hart es fundamental no sólo para comprender el estatuto del positivismo jurídico sino, sobre todo, para introducirnos en las discusiones más relevantes sobre el particular. Concluyo con unas breves consideraciones finales.

## 2.- HART SOBRE POSITIVISMO JURÍDICO

Lo primero que debemos tener presente es que Hart elaboró en varios trabajos su postura en torno al positivismo jurídico. Su tratamiento del tema recorre gran parte de su producción intelectual. Pues bien, en lo que sigue me baso en la entrada “Legal Positivism”, escrita para la *International Encyclopedia of Philosophy*. Ahí sistematizó de forma clara su posición identificando cinco acepciones del término<sup>3</sup>. Tomo la entrada y le añado algunos ejemplos, dados por el autor u otros, para ilustrarla a mayor detalle.

### 2.1.- Positivismo jurídico como teoría y análisis de las formas jurídicas

La primera acepción de positivismo jurídico identificada por Hart la vincula a los filósofos del Derecho a los que suele denominarse “analíticos” en un sentido amplio. Entre ellos se encuentran Jeremy Bentham, John Austin y Hans Kelsen. Esos autores, sostiene, concuerdan en afirmar que existe una rama importante en el estudio del Derecho caracterizada por dos notas:

La primera -escribe Hart- es que no está referida a ningún Derecho o sistema jurídico ideal sino únicamente al Derecho o sistemas jurídicos realmente existentes. En segundo lugar, se distingue por abordar el Derecho de forma neutral o avalorativa desde el punto de vista moral o político. El objeto de este tipo de estudio lo constituye la clarificación del concepto de Derecho, la identificación de las características estructurales de un sistema jurídico y el análisis de los conceptos jurídicos fundamentales, tales como derecho subjetivo, deber, propiedad, personalidad jurídica<sup>4</sup>.

Un escrito de Kelsen puede ayudarnos a ejemplificar lo anterior. Afirma el autor que su *Reine Rechtslehre* es, en efecto, una teoría

---

<sup>3</sup> Esas cinco acepciones las avanza ya en sus trabajos: “El positivismo jurídico y la separación entre Derecho y Moral”, cit., p. 15 (nota 25); y de igual forma en: *El Concepto de Derecho*, trad. de G. Carrió (1963), Abeledo Perrot, Bs. As., 2007, p. 321 (nota correspondiente a la p. 229).

<sup>4</sup> HART, H.L.A., “Legal Positivism”, cit., 419.

tanto del Derecho positivo como general<sup>5</sup>. Por general, nos dice Kelsen, ha de entenderse que no está referida a sistema jurídico alguno en particular. Así, por un lado, el austriaco niega el dualismo entre el Derecho natural y el derecho positivo, entre un derecho ideal y un derecho real, y dedica su teoría al estudio del Derecho positivo exclusivamente<sup>6</sup>. La pretensión de Kelsen en tanto analítico, por otra parte, es descifrar “la naturaleza del Derecho en sí misma, determinar su estructura y formas típicas que muestra el Derecho independientemente de los contenidos variables que pueda mostrar en sociedades y épocas distintas”<sup>7</sup>. Pero también, intenta aclarar conceptos jurídicos fundamentales tales como “norma”, “sanción”, “derecho subjetivo”, etc. Denomina a su teoría como “pura” porque quiere delimitarla rigurosamente de dos posturas, la filosofía de la justicia, por un lado, y de la sociología, o conocimiento de la realidad social, por el otro. En tanto “teoría” su finalidad es comprender su objeto, el Derecho, *determinando lo que este es independientemente de lo que deba ser*. La teoría pura del Derecho en tanto ciencia del Derecho se ciñe, por tanto, al conocimiento y descripción de su objeto, no a su evaluación o justificación. Hasta aquí lo planteado por Kelsen.

Los autores positivistas, nos dice Hart, se abocaron a distinguir ese tipo de teoría “analítica” de otro tipo de estudios “críticos” o “evaluativos” del Derecho. Ahora bien, y contra lo que suele afirmarse, ninguno de esos autores consideró que tal aproximación excluyese por completo ese tipo de estudios evaluativos. Tampoco sostuvieron que los mismos fuesen irrelevantes<sup>8</sup>. De hecho, quiero anotar, Hart va a hacer un reconocimiento expreso de la obra de Ronald Dworkin -con mucha posterioridad a la publicación de su entrada “Legal positivism”- en términos muy parecidos. En efecto, en su *Postscript* afirmó que todo lo dicho por el filósofo norteamericano en *Law’s Empire* sobre convencionalismo, pragmatismo y el Derecho como integridad “es de gran interés e importancia como contribución a una jurisprudencia evaluativa justificatoria y no pretendo rebatir su detenido análisis de esas ideas interpretativas”<sup>9</sup>.

En todo caso, de que los analíticos pretendan desarrollar su trabajo lo más avalorativamente o neutral posible, no se sigue necesariamente que los positivistas sean “amoraless”. El no atender esa precisa distinción, tal vez, ocasionó que no en pocas ocasiones se les haya acusado de lo anterior. Por otra parte, Hart afirma que otras

<sup>5</sup> KELSEN, H., “The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence”, *Harvard Law Review*, vol., 55, núm. 1, 1944, pp. 44-70, aquí p. 44.

<sup>6</sup> KELSEN, H., “The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence”, cit., p. 48.

<sup>7</sup> KELSEN, H., “The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence”, cit., p. 54.

<sup>8</sup> HART, H.L.A., “Legal Positivism”, cit. p. 419.

<sup>9</sup> Véase: HART, H.L.A., *The Concept of Law*, 2<sup>nd</sup> ed., Ed. J. Raz & P. A. Bullock, Oxford, Clarendon Press, 1994 [*Postscript* (pp. 238-276)]. De las traducciones en castellano al *Postscript* tengo a la vista la que se contiene en: *Post scriptum al concepto de derecho*, trad. R. Tamayo, México, IIJ-UNAM, 2000, p. 14.

aproximaciones al Derecho, como por ejemplo las sociológicas que buscan explicar las funciones del Derecho en la sociedad u otras que buscan establecer las conexiones entre el Derecho y otros fenómenos sociales son también evaluativamente neutrales, al menos en su intención. Y éstas, nos dice, deben considerarse también en algún sentido positivistas. Por tanto, las teorías como las de Austin, Bentham, Kelsen o el propio Hart, así como las de los realistas jurídicos, en su matriz escandinava o norteamericana han de denominarse en un sentido amplio positivistas a pesar de sus diferencias de metodológicas<sup>10</sup>. En definitiva, resulta claro que desde esta primera acepción el “positivismo jurídico” no sería sino una metodología o forma de aproximarse al estudio del Derecho de manera general y descriptiva, o lo más posible.

## 2.2.- Positivismo jurídico en la definición del Derecho

La definición del Derecho como mandato de un soberano es para Hart, sin género de duda, el ejemplo más importante de esta forma de positivismo<sup>11</sup>. En una tradición que puede remontarse hasta Thomas Hobbes, pasando por Jeremy Bentham y que llega hasta John Austin, la idea de que el Derecho puede definirse en términos de un soberano ha sido muy influyente<sup>12</sup>; y quizás preponderante a partir de la obra *The Province of Jurisprudence Determined* donde Austin sostuvo que la noción de mandato era “la clave de la ciencia del Derecho y de la moral”<sup>13</sup>. Según Hart, Austin se vale de las siguientes nociones para construir su esquema de Derecho:

a) la idea de mandato, que analiza como una expresión de deseo por una persona que tiene el propósito, y también cierto poder, de infligir un mal en el caso de que el deseo sea desatendido;

b) del hábito de obediencia con respecto a una determinada persona. Con relación a estos dos elementos define en lo sucesivo:

b.1) estar bajo un deber u obligación (estar sujeto a un mal, en caso de desobediencia, por parte de la persona que manda); un superior (una o más personas que pueden obligar a otros a obedecer); sociedad política independiente (una sociedad en la que la mayoría tiene un hábito de obediencia a de un determinado superior común que no tiene tal hábito respecto de otro); y

---

<sup>10</sup> HART, H.L.A., “Legal Positivism”, cit. p. 419.

<sup>11</sup> Véase: HART, H.L.A., “El positivismo jurídico y la separación entre Derecho y moral”, cit. p. 15.

<sup>12</sup> Sobre dicha tradición pueden verse: CATTANEO, M., *Il positivismo giuridico inglese: Hobbes, Bentham, Austin*, Milano, Giuffrè, 1962; DE PÁRAMO, J.R., H.L.A., *Hart y la teoría analítica del Derecho*, prólogo de G. Peces-Barba, Madrid, CEC, pp. 105 y ss.; GOLDSMITH, M., “Hobbes on Law”, en: T. Sorell (ed.), *The Cambridge Companion to Hobbes*, Cambridge, CUP, 1996.

<sup>13</sup> HART, H.L.A., “El positivismo jurídico y la separación entre Derecho y moral”, cit. p. 17.

b.2) soberano (un determinado superior humano que no tiene hábito de obediencia con respecto a un superior semejante, pero que recibe obediencia habitual del grueso de una sociedad determinada<sup>14</sup>.

A pesar de la simplicidad y “belleza” del modelo de Austin<sup>15</sup>, como sabemos, Hart reconstruyó su “nuevo comienzo” en filosofía del Derecho partiendo de la crítica a su teoría imperativa por considerar que adolecía de varios defectos. Entre ellos, destacaban la deformación generada a cambio de una pretendida uniformidad del Derecho en términos de mandatos respaldados por amenazas, su insuficiencia en la explicación de distintos tipos de reglas (primarias y secundarias) o la defectuosa explicación de la obligación jurídica en términos psicológicos o predictivistas<sup>16</sup>. Como dice Frederick Schauer, la explicación del Derecho y la obligación jurídica en términos coactivos como defendía Austin fue “sabiduría convencional” hasta la crítica de Hart quien cambió profundamente el panorama de la teoría y filosofía del Derecho contemporánea<sup>17</sup>.

Ahora bien, la expresión positivismo se utiliza en un sentido más amplio “para incluir cualquier doctrina según la cual el Derecho es definido como la expresión de la voluntad humana, que el Derecho es de hechura humana, incluso si no tiene la forma de un mandato”<sup>18</sup>. Por tanto, señala Hart, dos doctrinas conocidas en la teoría del Derecho norteamericana bajo la amplia etiqueta de “realismo jurídico”, una según la cual sólo las decisiones de los tribunales, o las predicciones de tales decisiones, son Derecho, y aquellas teorías del Derecho Internacional que insisten en que éste se compone únicamente por reglas originadas por la costumbre o por los acuerdos de voluntad entre los Estados son usualmente descritas, ambas, como positivistas<sup>19</sup>. Con todo, escribe Hart, no debe pasarse por alto que tanto Bentham como Austin, ampliaron la noción de mandato para incluir tanto el derecho consuetudinario como el de creación judicial. Para tal propósito acudieron a la idea de un mandato “indirecto” o “tácito” basado en el principio de que todo aquello que el soberano permitía estaba mandado por él<sup>20</sup>. Nuevamente, es claro que aquí su interés es mostrar la complejidad de la obra tanto de Austin como de Bentham contra ataques que estima infundados.

---

<sup>14</sup> Véanse: HART, H.L.A., “Introducción” a: John Austin, *El objeto de la jurisprudencia* (1832), trad. de J.R. De Páramo, Madrid, CEPC, 2002, p. 8; HART, H.L.A., “El positivismo jurídico y la separación entre Derecho y moral”, cit. pp. 17-18.

<sup>15</sup> Como afirma Dworkin: “el modelo de Austin es bellísimo por su simplicidad”. DWORKIN, R., “El modelo de reglas (I)”, en *Ídem., Los derechos en serio*, trad. de M. Guastavino, Barcelona, Ariel, 5ª reimp., 2002, p. 67.

<sup>16</sup> Cfr. HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, cit., pp. 23 y ss.

<sup>17</sup> SCHAUER, F., “Hart Antiessentialism”, en: A. Dolcetti, L. Duarte y J. Edwards, *Reading H.L.A. Hart’s The Concept of Law*, Hart Publishing LTD, UK, 2013, p. 242.

<sup>18</sup> HART, H.L.A., “Legal Positivism” cit., p. 419.

<sup>19</sup> *Ídem.*

<sup>20</sup> *Ídem.*

### 2.3.- Positivismo como teoría del razonamiento judicial

En no pocas ocasiones el término “positivismo jurídico” dice Hart se utiliza para referirse a la postura “formalista”, a “la pretensión de que un sistema jurídico es un ‘sistema lógicamente cerrado’ en el que las decisiones jurídicas correctas pueden deducirse por medios lógicos de normas jurídicas predeterminadas, sin referencia a propósitos sociales, directrices o *standards* morales”<sup>21</sup>. Así, se afirma que los tribunales arriban a tales decisiones por pura deducción lógica al conjugar una proposición de las normas jurídicas relevantes con otra proposición de los hechos del caso. Esta postura también suele denominarse “concepción mecánica del proceso judicial”, y no es para nada claro que los que usualmente suelen clasificarse como positivistas en el contexto angloamericano, i.e., Austin o Bentham, suscriban tal posición<sup>22</sup>. Es más, Hart afirma aquí que la contribución del “realismo jurídico” ha sido fundamental para desenmascarar dicha postura. En efecto, los realistas contribuyeron como pocos a crear consciencia de los problemas de ambigüedad y vaguedad inherentes al lenguaje natural, un aspecto también central en la teoría hartiana y que, a su juicio, tal contribución trasciende el ámbito estrictamente jurídico<sup>23</sup>. Al centrar nuestra atención en los límites del lenguaje nos habilitaron para entender por qué la visión “mecánica” del proceso judicial aludida es equivocada.

Así, la acusación hecha de que autores analíticos suscriben tal visión del proceso judicial, como por ejemplo Austin, es, por lo menos, desenfocada. Aunque la estimara importante, Austin fue consciente de los problemas del lenguaje aludidos y pensaba que en determinados casos limítrofes los jueces están obligados a legislar. La idea de que el juez nunca crea Derecho, sino que siempre lo “encuentran” y lo “declara” no sería sino una “ficción infantil” para él<sup>24</sup>. Por otro parte, y aunque partía de la premisa de que los jueces

---

<sup>21</sup> HART, H.L.A., “El positivismo jurídico y la separación entre Derecho y moral”, cit. p. 16 (nota al pie 25).

<sup>22</sup> Cfr. HART, H.L.A., “El Derecho desde la perspectiva de la filosofía”, trad. de R. Tamayo *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 33, 1978, pp. 313-329, p. 322.

<sup>23</sup> Dice Hart sobre este punto que los realistas jurídicos: “abrieron los ojos a los hombres a lo que efectivamente ocurre cuando los tribunales deciden los casos, y el contraste que mostraron entre los hechos efectivos de la decisión judicial y el contraste que mostraron entre los hechos efectivos de la decisión judicial y la terminología tradicional que la describe como si fuera una operación totalmente lógica, ha sido, por regla general esclarecedor nos hicieron agudamente conscientes de una característica fundamental del lenguaje y pensamiento humanos cuyo énfasis es vital no sólo para la comprensión del Derecho sino para otras áreas de la filosofía que están muy alejadas de los límites de la teoría jurídica”. Véase: HART, H.L.A., “El positivismo jurídico y la separación entre Derecho y moral”, cit. p. 25.

<sup>24</sup> Cfr. HART, H.L.A., “El positivismo jurídico y la separación entre Derecho y moral”, cit. p. 28-30.

no deben sustituir la voluntad del legislador con la propia, Bentham reconoció que existen excepciones a la misma y que el juez posee en todo caso un “poder discrecional”. Dicho poder tiene para Bentham funciones sustitutorias y de enmienda: por la primera, los jueces pueden suspender el veredicto propuesto por la norma si encuentran que de su estricta aplicación se siguiera un resultado indeseable; por la segunda, los jueces proponen reformas al Derecho positivo misma que, en cualquier caso, el Parlamento tendría que aprobar en última instancia. Y todo lo anterior, bajo el prisma del principio de utilidad y del principio democrático<sup>25</sup>.

Y precisado lo anterior, Hart se lanza contra quien sí podría adoptar tal “ficción” en la teoría jurídica anglosajona. Ese filósofo no sería otro sino William Blackstone, el autor de los famosos *Commentaries of the Law's of England*<sup>26</sup>. En efecto, como sostiene David Lyons si por “formalismo” entendemos aquella visión que sostiene que el Derecho proporciona las bases suficientes para dar una respuesta jurídica a todos los casos pasados, presentes o futuros, Blackstone sería en algún sentido formalista<sup>27</sup>. Pero lo sería, no por considerar que el Derecho positivo contenga todas las respuestas posibles sino por la vía de un Derecho natural de origen divino. Blackstone propugna el dualismo Derecho natural/Derecho positivo y al hacerlo no sólo subordina éste a aquel, sino que también lo “cierra” por completo<sup>28</sup>. Es decir, el sistema jurídico aparece aquí sin lagunas debido a que “por encima” o “detrás” de las normas puestas por los hombres existe una fuente extraordinaria o suplementaria de razones justificativas, el Derecho Natural. Es ahí donde están todas las soluciones a los casos jurídicos no resueltos por el imperfecto Derecho positivo. Por tanto, es ese Derecho Natural de origen divino, que los seres humanos en tanto seres racionales estamos llamados a descubrir, el que cierra al Derecho positivo dejándolo carente de lagunas<sup>29</sup>.

---

<sup>25</sup> *Ídem*.

<sup>26</sup> HART, H.L.A., “El positivismo jurídico y la separación entre Derecho y moral”, cit. p. 30.

<sup>27</sup> LYONS, D., “Legal Formalism and Instrumentalism-a Pathological Study”, *Cornell Law Review*, vol. 66, 1981, pp. 949-972, p. 950-1.

<sup>28</sup> “La ley natural, siendo coetánea a la humanidad y dictada por Dios mismo, es por supuesto una obligación superior a todas las demás. Es vinculante sobre todo el mundo, en todos los países y en todo momento; ninguna ley humana tiene validez, si es contraria al derecho natural; y aquellas que son válidas derivan toda su fuerza y toda su autoridad, mediata o inmediatamente, de este derecho original”. Véase: BLACKSTONE, W., *Commentaries on the Laws of England*, vol. 1, Philadelphia, Robert Bell, 1771, p. 41.

<sup>29</sup> Hart afirmará, en términos parecidos, que Ronald Dworkin revivió en gran medida esa ilusión de un Derecho carente de lagunas -el “noble sueño”- con su recurso a los principios (implícitos), el juez Hércules y la tesis de la única respuesta correcta: “indudablemente Bentham habría pensado en que ésta [la teoría de Dworkin] es una prolongación de la teoría de Blackstone del *Common Law*, según la cual las decisiones de los jueces no crean Derecho, sino que son meramente la evidencia de lo que el Derecho es”. Cfr. HART, H.L.A., “El Derecho desde la

Hart nos recuerda que la doctrina de que el juez no debe ejercer discreción en las resoluciones de los casos sino ser simplemente la “boca muda” de un Derecho preexistente puede encontrarse en los escritos de algunos de los filósofos más influyentes del siglo XVII y que usualmente no son considerados positivistas<sup>30</sup>. El caso que de inmediato se nos viene a la mente, y es traído por el profesor de Oxford, es el del Barón de Montesquieu quien en un famoso pasaje de su obra *L'Esprit des lois*, sostuvo que “los jueces de la nación no son, según sabemos, sino la boca por donde habla la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni su fuerza ni su rigor”<sup>31</sup>. Pero también Cesare de Beccaria propugnó tal visión del proceso judicial al sostener que “en todo delito debe hacerse por el juez un silogismo perfecto. Se pondrá como mayor la ley general; por menor la acción, conforme o no con la ley, de que se inferirá como consecuencia la libertad o la pena. Cuando el juez por fuerza o voluntad quiere hacer más de un silogismo, se abre la puerta a la incertidumbre”<sup>32</sup>. Al declarar Montesquieu que “el poder de juzgar es nulo” lo hacía pensando sobre todo en la doctrina de la separación de poderes. Un juez sometido a la ley es una garantía contra las decisiones arbitrarias como sostenía Beccaria en *Dei delitti e delle pene* pero también contra la incertidumbre y los privilegios del *L'Acient Régime*.

Es verdad que tanto Bentham como Austin pensaban que el espacio de libre decisión dejada al juez en los sistemas del *Common Law* era excesivo, generándose con ello una gran incertidumbre y abogaron también que esto podía y debía reducirse de forma drástica por medio de la clasificación y la codificación del Derecho en términos claros y detallados<sup>33</sup>. Lo anterior es notorio en el caso de Bentham quien emprendió durante toda su vida una cruzada para “desmitificar el Derecho” y, particularmente, contra el *case-law* por considerarlo lleno de tecnicismos, ficciones y un obstáculo para la reforma social<sup>34</sup>. Esa “ley no escrita”, resultado de las costumbres, aunque conteniendo algunos principios de valor inestimable, afirmaba Bentham “mezcla un montón de incoherencias, sutilezas, de absurdos y de decisiones puramente caprichosas” por lo que “es imposible creer que en esta obra extravagante se haya pensado en el bien de

---

perspectiva de la filosofía”, cit., pp. 322-7, esp. p. 328 de donde tomo la cita; HART, H.L.A., “Una mirada inglesa a la teoría del Derecho norteamericana: la pesadilla y el noble sueño”, en: J.J. Moreso y P. Casanovas, *El ámbito de lo jurídico*, Barcelona, Crítica, 1994, pp. 327-352.

<sup>30</sup> HART, H.L.A., “Legal Positivism”, cit., p. 419.

<sup>31</sup> MONTESQUIEU, CH., *Del espíritu de las leyes* [1748], Madrid, Tecnos, 2006, p. 183.

<sup>32</sup> BECCARIA, C., *Tratado de los delitos y de las penas* [1764], México, Porrúa, 2008, p. 12.

<sup>33</sup> Cfr. HART, H.L.A., “Bentham and the United States of America”, *The Journal of Law and Economics*, vol. 19, 1967, pp. 547-567, p. 563.

<sup>34</sup> Véase: HART, H.L.A., “Bentham and the Desmystification of the Law”, *The Modern Law Review*, vol. 36, núm. 1, 1973, pp. 2-17, p. 11 y ss.

país alguno”<sup>35</sup>. Frente a la “gloriosa oscuridad de la ley”<sup>36</sup>, ensalzada por los defensores del *Common Law*, Bentham propuso la codificación, es decir, abogó por sustituir ese Derecho no escrito por un cuerpo coherente de leyes, claras, breves y accesibles a todo el mundo, basadas en principios racionales que fuera promulgado por un parlamento soberano. Pero, nuevamente, por más que ambos propugnasen lo anterior, no por ello dejaron de ser conscientes que la actividad creativa del juez era un hecho innegable por lo que trataron de reconciliarlo con su definición de Derecho como mandato de un soberano utilizando la idea de mandato tácito<sup>37</sup>.

## 2.4.- Positivismo como teoría del Derecho y la moral

Parece que todos los autores clasificados como positivistas han suscrito la posición de que, en tanto el Derecho mismo no disponga lo contrario, del hecho de que una norma jurídica sea moralmente inocua o injusta no supone que sea válida o inválida. Esa visión también puede expresarse con la afirmación de que ninguna referencia a la justicia u otros valores morales entra en la definición del Derecho. Para ilustrar este punto Hart utiliza aquí los famosos *dictums* de Austin “la existencia del Derecho es una cosa, su mérito o demérito otra”<sup>38</sup>; y de Kelsen “las normas jurídicas pueden tener cualquier contenido”<sup>39</sup>. Ahora, esta negación de una conexión necesaria o definitoria entre el Derecho o la validez jurídica con la moralidad es quizás el principal punto de desencuentro entre el positivismo jurídico y el Derecho natural. Como se señaló al principio y Hart recuerda, casi todas las variantes de este último se niegan a reconocer como Derecho o como normas jurídicamente válidas todo aquello que viole determinados principios morales fundamentales.

El caso paradigmático, y quizá más extremo, de que sí existe una conexión necesaria entre Derecho y moral —escribe Hart en otra parte— se asocia a la tradición tomista de Derecho Natural. Esta posición comprende dos tesis: “primero, que hay ciertos principios de verdadera moral o justicia, descubribles a la razón humana sin la ayuda de la revelación, aun cuando tengan origen divino. En segundo lugar, que las normas o leyes humanas que contradicen esos principios no son derecho válido”<sup>40</sup>. Ese carácter “dualista” se hace más patente si analizamos el Derecho Natural de base teológica, preponderante durante el cristianismo. En efecto, se pensaba entonces que, así como Dios “estableció las leyes reguladoras de los

<sup>35</sup> BENTHAM, J., *Principios de legislación y codificación*, ed. de F. Ferrer y Valls, Madrid, Imprenta de D. Thomas Jordan, 1834, p. 171.

<sup>36</sup> BENTHAM, J., *Principios de legislación y codificación*, p. 170. (nota 1).

<sup>37</sup> HART, H.L.A., “Legal Positivism” cit., p. 419.

<sup>38</sup> AUSTIN, J., *El objeto de la jurisprudencia*, cit., aquí pág. 188.

<sup>39</sup> “Jeder beliebige Inhalt kann Recht sein”. Véase: KELSEN, H., *Reine Rechtslehre*, I ed., Studienausgabe, ed. de M. Jestaedt, Mohr Siebeck, Tübingen 2008, p. 74.

<sup>40</sup> HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, cit. pp. 194-195.

cuerpos, fijó también las leyes que regulan la conducta de los hombres”<sup>41</sup>. Como explica Norberto Bobbio, la Ley Natural, en la concepción de Santo Tomás de Aquino, “es la forma con que el orden cósmico creado por Dios se muestra en aquel aspecto de la creación que es la creatura dotada de razón, es decir el hombre”<sup>42</sup>. *Bonum faciendum, male evitandum* es su precepto fundamental. Y, sobre todo, para Tomás de Aquino, toda ley positiva para ser válida tiene que también ser justa o respetuosa de Derecho Natural: *Omnis lex humanis posita intantum habet de ratione legis inquantum a lege narutae derivatur si vero in aliquo a lege natural discordet, iam not erit lex, sed legis corruptio*<sup>43</sup>. Este fragmento, afirma Bobbio es el “canon más seguro” para reconocer una doctrina iusnaturalista: “para una ley positiva la correspondencia al Derecho Natural es una condición de validez”<sup>44</sup>.

Nuevamente debe recordarse que la negación de una conexión necesaria entre Derecho y moral es compatible con el reconocimiento de otras conexiones importantes entre ambos. Por tanto, dice Hart, pocos positivistas, si es que alguno, han negado que el desarrollo del Derecho haya sido influenciado por la moralidad o que los legisladores o los jueces tengan en cuenta consideraciones morales al momento de elegir entre interpretaciones divergentes o pretensiones en conflicto para determinar lo que el Derecho exige<sup>45</sup>.

## **2.5.- Positivismo y la obligación de obedecer el Derecho**

Finalmente, si el positivismo jurídico ha devenido en un término peyorativo, afirma Hart, se debe en gran medida a que ha sido identificado por algunos de sus críticos con la afirmación de que allá donde exista y opere un sistema jurídico, hay una obligación moral incondicional de obedecer el Derecho, sin importar lo injusto o inocuo que pueda ser. Tal afirmación puede estar basada bien en la opinión de que debe obedecerse en Derecho en cuanto tal o bien en la creencia de que la existencia de un sistema jurídico, sin importar cuan injustos u opresivos sean, porque proporciona un mínimo de paz, orden y seguridad a un gran número de personas y que nadie considerado individualmente posee justificación moral alguna para socavarlos a través de resistir o desobedecer el Derecho. El teórico del Derecho alemán K.M. Bergbohm, quizás el positivista jurídico más famoso en el siglo XIX en la Europa continental sostuvo este punto de

---

<sup>41</sup> BOBBIO, N., *Locke y el Derecho Natural*, trad. de R. Facchi, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2017, p. 33.

<sup>42</sup> *Ídem*.

<sup>43</sup> BOBBIO, N., *Locke y el Derecho Natural*, cit. p. 34.

<sup>44</sup> BOBBIO, N., *Locke y el Derecho Natural*, cit. p. 35.

<sup>45</sup> *Cfr.* HART, H.L.A., “El positivismo jurídico y la separación entre Derecho y moral”, cit. p. 10.

vista<sup>46</sup>; pero también se adhirió a otras formas de positivismo descritas anteriormente, y es claro que tal postura es lógicamente independiente de ellas<sup>47</sup>.

Positivistas utilitaristas, como Bentham y Austin, nos dice Hart, afirmaron que la resistencia al Derecho podría justificarse en casos extremos. Para ello se necesitaban cuidadosos cálculos en términos de utilidad para determinar el probable equilibrio entre los pros y los contras. Criticaron la doctrina del Derecho natural y los derechos naturales no porque creyeran que había una obligación incondicional de obedecer el Derecho sino porque, en su opinión, estas doctrinas suponían una tentación constante para que los hombres se rebelasen sin hacer tales cálculos de sus consecuencias<sup>48</sup>. Nuevamente el caso de Bentham es aquí paradigmático. En las ácidas críticas contra la revolución americana y francesa encontramos la explicación de lo anterior. En su *Anarchical Fallacies* sostuvo que la idea de unos derechos inalienables, morales, absolutos e incondicionados era una contradicción, una estupidez, *non sense upon slitts*. Le parecía absurdo combinar la afirmación de que existen derechos inalienables con la de que el gobierno es necesario para protegerlos y que éste se legitima cuando así lo hace: es absurdo simplemente porque el gobierno tiene que restringir constantemente el ejercicio de sus pretendidos derechos inalienables. Por el contrario, esa doctrina de los *natural rights* tomada en su tenor literal es esencialmente anárquica y ha sido a menudo invocada para subvertir las bases de todo orden social bajo la premisa de todo gobierno es ilegítimo<sup>49</sup>.

### 3.- HART SOBRE DERECHO NATURAL

Es de sobra conocido que Hart defiende la tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral, para él no existe una conexión necesaria entre ambos. Por supuesto, esta tesis es una marca distintiva de su empresa *qua* positivista. No obstante, y como vengo insistiendo, puede afirmarse que Hart era consciente, al igual que sus predecesores, de los muchos sentidos en los que podemos decir que normas jurídicas y morales están relacionadas. En la introducción de *El Concepto de Derecho* encontramos una declaración de intenciones en este sentido que no deja lugar a dudas: “este libro [ha] querido promover la comprensión del Derecho, la coerción y la moral, en

---

<sup>46</sup> Sobre este autor, en castellano puede verse: LLAMBÍAS AZEVEDO, J., “Reflexiones sobre la crítica de Bergbohm a la doctrina del Derecho Natural” (I y II), *Diánoia*, vols. 11-12, núms. 11-12, 1965-1966.

<sup>47</sup> En no pocas ocasiones se ha afirmado que quizá el único autor que ha afirmado un deber de obediencia moral e incondicional al Derecho positivo ha sido Hobbes (positivismo ideológico). Lo anterior haría dudar de la filiación positivista o no-iusnaturalista de dicho autor. Véase, por ejemplo: PRIETO SANCHÍS, L., *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara, 1997, p. 15.

<sup>48</sup> HART, H.L.A., “Legal Positivism” cit., p. 420.

<sup>49</sup> Véase: HART, H.L.A., “Bentham and the United States of America”, cit., p. 555.

cuanto fenómenos sociales diferentes, aunque relacionados”<sup>50</sup>. Pero dicho esto, nos conmina a reconocer que la afirmación de que existen conexiones necesarias entre el Derecho y la moral, en sus múltiples variantes, ha sido defendida en formas poco claras. Y nuevamente aquí, en el tratamiento de la cuestión, el profesor de Oxford piensa que es relevante distinguir al menos tres tipos de problemas: a) las importantes relaciones entre Derecho y justicia; b) las diferencias entre las normas jurídicas y morales de otras formas de estándares o reglas de conducta; y c) los diferentes sentidos en que podemos afirmar normas jurídicas y morales están relacionadas<sup>51</sup>. Pues bien, para comprender el tratamiento que hizo Hart sobre el Derecho Natural hasta llegar a su famosa propuesta de su “contenido mínimo”, conviene tener presente el tratamiento del tópico por él ofrecido de los muchos de los sentidos en que suele afirmarse una conexión entre Derecho y moral, comenzando por la idea de justicia.

### 3.1.- Derecho y justicia

Las relaciones entre Derecho y justicia son amplias. Tan es así, que en no pocas ocasiones, al censurar o alabar el Derecho, los juristas suelen usar las palabras ‘justo’ o ‘injusto’, como si las ideas de justicia y moral fueran coextensas<sup>52</sup>. Hart, sin embargo, estima que la justicia es sólo una parte o segmento de la moral y sostiene que las normas jurídicas pueden tener, o no, “excelencias” de diferentes tipos. Este es en mi opinión su punto básico: la justicia se presenta para él como un parámetro de crítica al Derecho vigente, más que como una propiedad que necesariamente poseen las normas jurídicas. Según Hart la justicia ha sido tradicionalmente concebida como que mantiene un equilibrio o proporción, que queda instanciado en el precepto que establece: ‘tratar los casos semejantes de la misma manera’ siendo necesario añadir también, ‘y tratar los casos diferentes de distinta manera’. Estamos pues ante una noción compleja que tiende hacia una nota de generalidad y hacia otra nota cambiante o variable –“particularista”, podríamos decir- para determinar cuándo, para un determinado propósito, los casos son semejantes o diferentes. Son varias las implicaciones que podemos deducir para el Derecho conforme a la justicia; bien por lo que hace a su administración o aplicación, bien por lo que hace al tratamiento que deben recibir las personas, i.e. su no discriminación como titulares de cargas y obligaciones sociales<sup>53</sup>.

La justicia para Hart “es la más pública y más jurídica de las virtudes”<sup>54</sup>. Hace referencia a la forma en cómo son tratados clases

---

<sup>50</sup> HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, cit. p. XI.

<sup>51</sup> Cfr. HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, cit., pp. 195-6.

<sup>52</sup> Cfr. HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, cit., pp. 196-7.

<sup>53</sup> Cfr. HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, cit., pp. 198-9.

<sup>54</sup> Cfr. HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, cit., p. 208.

de individuos y es precisamente eso, lo que la hace especialmente relevante para la crítica no sólo del Derecho sino también para otras instituciones públicas o sociales. Sin embargo, Derecho y justicia no son coextensos para el profesor de Oxford. Una norma injusta puede ser administrada con justicia -por ejemplo, la que prohíbe entrar a los negros al parque-, en el sentido que únicamente han sido condenadas las personas genuinamente culpables de transgredir dicha regla tras un proceso con todas las garantías. Ello debería prevenirnos, según Hart, de equiparar la justicia con la idea de proceder de conformidad con una regla, esto es, de equiparar la justicia en la administración del Derecho con la idea de justicia, aquí como simple conformidad con el Derecho<sup>55</sup>. Podría afirmarse que lo anterior es un ingrediente de la justicia, pero ciertamente no el único. De igual manera, debemos tener presente que las estimaciones de justicia o injusticia del Derecho pueden enfrentar contraejemplos inspirados en una moral diferente: existe un pluralismo valorativo sobre el cual juzgar o valorar las exigencias de justicia. La justicia puede entrar en conflicto con otros valores que las normas jurídicas pueden tener o no tener, tal y como él sostiene. Es decir, el principio de 'tratar los casos semejantes de la misma manera' puede sacrificarse por otros como la seguridad o el bienestar general<sup>56</sup>. En definitiva: que Derecho y justicia no sean coextensos para Hart, derivaría, pues, "del hecho de que existe un límite para la cantidad de imposiciones jurídicas que una sociedad puede soportar, aun cuando todas tiendan a remediar males morales".

### 3.2.- Derecho y moral

El segundo tema tratado de las relaciones entre Derecho y moral busca revelar los distintos sentidos en que la obligación moral y la obligación jurídica difieren. Nuevamente, es claro que existen semejanzas relevantes, como, por ejemplo, que ambas comparten el mismo vocabulario. En todo caso, sobre este punto particular, Hart advierte de que la palabra 'moral', así como la palabra 'ética' que se utiliza en no pocas ocasiones como sinónima, tiene una carga considerable de 'vaguedad' o de 'textura abierta'<sup>57</sup>. Elucidar la naturaleza de la moral, el estatus de los juicios morales y su relación con otras ramas de la experiencia y del conocimiento humano sigue siendo una cuestión abierta. Por esta razón el profesor de Oxford decide expresamente no tomar partido por alguna de ellas<sup>58</sup>. Como después tendremos ocasión de ver, Hart reafirmará este punto en su *Postscript*, algo que, a mi juicio, viene a limitar las posibilidades mismas del así llamado "positivismo jurídico suave" o "incluyente". En

<sup>55</sup> Cfr. HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, cit., p. 200.

<sup>56</sup> Cfr. HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, cit., pp. 206-7.

<sup>57</sup> Cfr. HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, cit., pp. 209.

<sup>58</sup> Cfr. HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, cit., p. 210.

cualquier caso, las normas morales, variadas como lo son, pueden comprenderse en términos generales sobre la base del grado de sacrificio que sobre interés individual o particular imponen, así como el peso de la presión social con las que se les acompaña a fin de asegurar su observancia regular<sup>59</sup>.

La aceptación o punto de vista interno y la utilización del lenguaje normativo *no significa que los participantes expresen un juicio moral*, en el sentido de que moralmente es correcto hacer lo que el Derecho prescribe. Habiendo reconocido que las comunidades hay una parcial superposición de contenido entre las obligaciones jurídicas y las obligaciones morales, esto es, aquellas acciones u omisiones que se le exigen a cualquier adulto normal, es necesario indagar lo que es peculiar en la obligación moral. Para Hart existen distintos códigos morales. Sostiene también que las obligaciones reconocidas por éstas pueden de variar de sociedad en sociedad o, dentro de una misma sociedad, en épocas diferentes<sup>60</sup>. En las sociedades que han alcanzado una etapa de desarrollo en donde es posible distinguir la moral social de su Derecho, sin embargo, siempre se advierten ciertas obligaciones que resultan obvias para que la vida social funcione. Tales normas son: a) aquellas que prohíben, o al menos restringen, el uso de la violencia; b) las que exigen ciertas formas de honestidad en el trato con los demás; c) las que prohíben la destrucción de cosas tangibles o su apoderamiento en perjuicio de otros<sup>61</sup>.

Resulta relativamente fácil constatar que el Derecho y la moral comparten, pues, semejanzas claras. Por ello, es más instructivo recordar en qué sentido difieren. Recuerda Hart que el intento más famoso de distinguir ambos tipos de obligaciones es aquél que intenta resumirlo en el carácter 'interno' de la moral y el 'externo de Derecho', algo que considera confuso y vago<sup>62</sup>. Hart, en cambio, resume la diferencia entre ambos tipos de obligaciones de la siguiente forma. Las normas morales para él se caracterizan por a) *su importancia*, que si bien se trata de un rasgo obvio y esencial no debe pasar desapercibido. Sin embargo, tal 'importancia' no es relevante para el *status* de todas las normas jurídicas. Las reglas o principios morales no pueden ser implantados o eliminados deliberadamente, por lo que, a diferencia de las normas jurídicas, aquellas se caracterizan por su b) *inmunidad al cambio deliberado*. En las normas jurídicas la responsabilidad no queda necesariamente excluida por la demostración de que el acusado no podía haber observado la norma que transgredía, habiendo otra diferencia puesto que existe un c) *carácter voluntario de las transgresiones morales*. Finalmente, las normas morales se caracterizan por d) *la forma de presión moral*

---

<sup>59</sup> *Ídem*.

<sup>60</sup> Cfr. HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, cit., p. 213.

<sup>61</sup> *Ídem*.

<sup>62</sup> HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, cit., p. 214.

peculiar que ejercen, toda vez que su cumplimiento se exige por su propia importancia y no tanto por la sanción que pueden traer aparejadas<sup>63</sup>. Otra cuestión importante destacada por Hart es que la moral social, no agota como tal todos los contenidos desde los cuáles pueden criticarse las normas jurídicas. Incluso esa misma moral social puede ser objeto de crítica moral sobre la base de otros ideales morales; o por lo que podría considerarse como más próximo a la 'moral verdadera': aquella que propugna que todos los seres humanos deben incluirse y ser tratados como acreedores a ciertas protecciones y libertades básicas<sup>64</sup>.

### 3.3.- La tesis del "contenido mínimo del Derecho Natural"

Quizá el aspecto más interesante en el tratamiento hartiano sobre las relaciones entre Derecho y moral, radica en su propuesta de un "contenido mínimo del Derecho natural". Para construir su punto enfatiza, en primer lugar, las diferencias que existen entre las así llamadas "leyes científicas" o "de la naturaleza", que son descriptivas, y las "leyes humanas", que son prescripciones<sup>65</sup>. En segundo lugar, explica que el Derecho Natural puede tener una base teológica, cuando se piensa que las regularidades de la naturaleza son creadas por un Divino Legislador del Universo; o bien una base teleológica, cuando atribuimos que las cosas existentes, y entre ellos los seres humanos, "nos dirigimos hacia un estado preciso óptimo que es el bien específico, o el fin (*telos* y *finis*) que le es apropiado"<sup>66</sup>. Dos son los problemas fundamentales de esta manera de ver las cosas para Hart. El primero es que caemos en la falacia naturalista, esto es, reducimos al "mínimo las diferencias entre los enunciados de lo que regularmente acaece y los enunciados de lo que debe acaecer". El segundo, tiene que ver con la negación del libre albedrío, es decir, "con la idea de que los seres humanos tenemos un propósito personal que tratan de realizar conscientemente y otros seres vivos he inanimados"<sup>67</sup>. Entiende Hart que gran parte del punto de vista teleológico sigue presente en algunas formas típicas en como pensamos y hablamos. Tal es el caso del discurso de las *necesidades* humanas "que es bueno satisfacer y a ciertas cosas hechas a seres humanos, o sufridas *por* ellos, como *daños* o lesiones". Y aquí es donde reconoce "el grano de verdad" que hay en estas posiciones asociadas a la supervivencia humana. Pero al hacerlo, descarta las versiones que él considera "más metafísicas", para obtener en cambio su versión "atenuada" de Derecho Natural afirmando, como hecho

<sup>63</sup> Cfr. HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, cit., pp. 215-223.

<sup>64</sup> Cfr. HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, cit., p. 213.

<sup>65</sup> Cfr. HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, cit., p. 231.

<sup>66</sup> Cfr. HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, cit., p. 234-5.

<sup>67</sup> Cfr. HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, cit., p. 235.

contingente, la verdad de que los seres humanos desean en general vivir<sup>68</sup>.

De esta forma, su argumento central “es simplemente que sin tal contenido las normas jurídicas y la moral no podrían llevar a cabo el propósito mínimo de supervivencia que los hombres tienen al asociarse entre sí”<sup>69</sup>. En su opinión, esta verdad simple suministra una *razón* para que el Derecho y la moral deban incluir un contenido específico. Hart insiste que no se trata meramente de una cuestión causal, sino que esa verdad obvia suministra una conexión para que el contenido de ciertas reglas jurídicas y morales reconozcan en su contenido lo siguiente. a) La *vulnerabilidad humana* suministra razones para que se restrinja el uso de la violencia que se traduce en matar y causar daños corporales. b) La *igualdad aproximada* hace necesario el establecimiento de un sistema de abstenciones y concesiones mutuas. c) El *altruismo limitado* nos recuerda que los seres humanos no son demonios, pero tampoco ángeles. Dado que nuestro altruismo es limitado en extensión e intermitente, y las tendencias de agresión son bastante frecuentes como para no hacer posible la vida social, es necesario controlarles. d) La existencia de *recursos limitados*, a juicio de Hart, hace indispensable alguna forma mínima de institución de la propiedad necesaria para que los seres humanos colmen sus necesidades de alimentación, por ejemplo. Asimismo, la distribución de esos recursos hace necesaria la existencia de reglas a través de las cuales los individuos puedan crear o modificar sus obligaciones y con ello poder transferir, cambiar o vender sus productos. e) Finalmente, la *comprensión y fuerza de voluntad limitadas*, es el hecho por el cual se hace necesario establecer sanciones “no como motivo normal para la obediencia, sino como garantía de que aquellos que obedecen voluntariamente no serán sacrificados a quienes no lo hacen”<sup>70</sup>.

Ese “contenido mínimo del Derecho Natural”, no obstante, no compromete el carácter positivista de la empresa hartiana toda vez que se deriva de “truismos” sobre la constitución de los seres humanos<sup>71</sup>. Al descartar las versiones “más grandilocuentes o controvertidas”, Hart obtiene su versión “suave” de Derecho Natural afirmando, como hecho contingente, la verdad de que los seres humanos desean en general vivir. Y esto es así porque el Derecho trata de las medidas sociales para existencia continuada de los miembros de una comunidad política, y no son, por tanto, “reglas para un club de suicidas”<sup>72</sup>. Al enfatizar lo anterior quiere dejar claro que se trata de una tesis que constata una *necesidad natural*. No se trata de una necesidad conceptual o de una tesis que establezca una

<sup>68</sup> Cfr. HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, cit., p. 235-7.

<sup>69</sup> HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, cit., p. 239.

<sup>70</sup> Cfr. HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, cit., p. 239-246.

<sup>71</sup> HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, cit., p. 237.

<sup>72</sup> HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, cit., p. 238.

conexión lógica con la moral<sup>73</sup>. De la misma manera, esa conexión en tanto rasgo sociológico no tiene implicación práctica alguna. Es decir, de esa constatación no se sigue la posibilidad de que ese “contenido mínimo del Derecho Natural” sea operativo en el razonamiento jurídico. Lo anterior contrasta con otro tipo de argumentos tales como, por ejemplo, la “fórmula de Radbruch” o el “argumento de los principios” que, en sus versiones más modernas, sí establecen una conexión a nivel conceptual entre Derecho y moralidad<sup>74</sup>.

#### 4.- POSITIVISMO JURÍDICO HARTIANO

Hart desarrollará en varios trabajos su seminal teoría del positivismo jurídico, sobre todo en *El concepto de Derecho*<sup>75</sup>. La publicación de esta obra en 1961 marca un antes y un después en la teoría y la filosofía del Derecho contemporánea que encumbra a H.L.A. Hart como referente inexcusable<sup>76</sup>. Es difícil exagerar la influencia que ha ejercido dicha obra desde entonces. Su trabajo se ha considerado como un punto de encuentro para diversos autores que veían en él la mejor caracterización del positivismo jurídico. Y ello fue así a tal grado que, para algunos, marca un verdadero cambio de paradigma: el que va del “positivismo jurídico de los antiguos al de los modernos”<sup>77</sup>; o que se trata de la forma más “clara, elegante y potente”<sup>78</sup> en que aquél se ha presentado. Ahora bien, ¿qué entiende nuestro autor por el positivismo jurídico? Para Hart por positivismo jurídico puede entenderse como “la simple 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 ser así”<sup>79</sup>. Esta afirmación constituye la tesis positivista de la separación conceptual entre Derecho y moral,

---

<sup>73</sup> Tal idea ha sido destacada por muchos autores: desde la Escuela de Sheffield (Véase: Derick BEYLEVELD, P., y BROWNSWORD, R., *Law as Moral Judgement*, Sheffield, Academic Press, 1994, p.122), hasta un neo-institucionalista no-positivista como LA TORRE, M., (véase: “Il convitato di pietra. Carl Schmitt come monito”, *Diacronia. Rivista di storia della filosofia del diritto*, vol. 1, Pisa University Press, 2019, pp. 107-144, p. 126).

<sup>74</sup> Cfr. ALEXI, R., “On The Concept and Nature of Law”, *Ratio Juris*, vol. 21, núm. 3, 2008, pp. 281-299.

<sup>75</sup> En este apartado retomo y modifico partes un trabajo anterior: MORA-SIFUENTES, F.M., “Un intento de caracterización del positivismo jurídico incluyente”, *Papeles de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 9, IDHBC-Universidad Carlos III de Madrid, 2010.

<sup>76</sup> Permítaseme una referencia a: MORA-SIFUENTES, F.M., “H.L.A. Hart: Vida y contexto filosófico”, *Problema. Anuario de teoría y filosofía del Derecho*, núm. 13, 2019, pp. 273-319, p. 288.

<sup>77</sup> La expresión, que remite a B. Constant, la tomo de GARCÍA FIGUEROA, A., *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*, Madrid, Trotta, 2009, pág. 246.

<sup>78</sup> DWORKIN, R., “El modelo de reglas (I)”, cit., p. 65.

<sup>79</sup> HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, cit., pág. 230.

misma que, sin embargo, debe complementarse con al menos otras dos tesis.

#### 4.1.- El positivismo jurídico renovado de H.L.A. Hart

A decir del profesor de Oxford tres serían las tesis que están en la base del aparato conceptual de los positivistas, o lo que es lo mismo, tres serían las tesis defendidas por ellos a propósito de la "naturaleza del Derecho": a) la tesis de la separación conceptual —avanzada en el párrafo anterior—; b) la tesis de las fuentes sociales; y c) la tesis de la discreción judicial. Repasémoslas brevemente. La primera tesis sostiene que "aunque existen numerosas e importantes conexiones entre el Derecho y la moralidad, de modo frecuente, hay una coincidencia o solapamiento 'de facto' entre el derecho y algún sistema y las exigencias de la moralidad, tales conexiones son contingentes, no necesarias ni lógicas ni conceptualmente"<sup>80</sup>. Recuérdese que esta es una de las tesis privilegiadas del positivismo jurídico en tradición anglosajona, defendida por igual por autores como Bentham y Austin. Y quizá a estas alturas está de más insistir en que la misma no niega en ningún caso la influencia de los sistemas morales en los sistemas jurídicos, así como sus múltiples interconexiones. Tampoco supondría negar la posibilidad de que principios morales puedan incorporarse a los sistemas jurídicos a través de los procedimientos determinados por el propio Derecho; o, incluso, la necesidad de que ese tipo de estándares tengan que aplicarse en determinados supuestos. Más bien, la tesis a lo que se contrapone es a toda postura que sostenga que sí existe alguna forma de conexión necesaria y no meramente contingente entre la validez jurídica y las exigencias de la moralidad.

La segunda tesis, denominada tesis de las fuentes sociales del Derecho, sostiene que "para que el derecho exista debe haber alguna forma de práctica social que incluya a los jueces y a los ciudadanos ordinarios, y esta práctica social determina lo que en cualquier sistema jurídico dado son las fuentes últimas del Derecho o criterios últimos o texto último de validez jurídica"<sup>81</sup>. Esta es la tesis más importante y sobre la que girará en gran parte la discusión que se trabará con sus detractores. Hart hace de lado la idea defendida por viejos positivistas como Austin de que el Derecho es un conjunto de órdenes respaldadas por amenazas de un soberano, misma que, sostiene él, no está posibilitada para explicar la persistencia del Derecho. En su lugar, y muy vinculada con la anterior tesis, Hart defenderá la existencia de una "regla de reconocimiento" entendida

<sup>80</sup> La presentación de estas tesis se hayan a lo largo de *El concepto de Derecho*. Aquí me baso en lo señalado por el propio autor en: HART, H.L.A., "El nuevo desafío al positivismo jurídico", trad. de L. Hierro, F. Laporta y J. R. Páramo, *Sistema*, núm. 36, 1980, pp. 4-18, aquí pág. 4.

<sup>81</sup> HART, H.L.A., "El nuevo desafío al positivismo jurídico" cit., pág. 5.

como último criterio de validez jurídica, es decir, una regla que especifica “alguna característica o características cuya posesión por una regla sugerida es considerada como una indicación afirmativa e indiscutible de que se trata de una regla del grupo”<sup>82</sup>.

La tercera tesis afirma que “en todo sistema jurídico habrá siempre casos no previstos y no regulados expresamente, es decir, casos para los que ningún tipo de decisión es dictada por Derecho claramente establecido y, en consecuencia, el derecho es parcialmente indeterminado o incompleto”<sup>83</sup>. Esta es la tesis de la discreción judicial. Como sabemos, frente al escepticismo, pero también frente el formalismo, ante las reglas, Hart afirmará que “si el juez ha de llegar por sí mismo a una decisión en tales casos y no inhibir su jurisdicción (o como Bentham defendía) remitir el asunto al legislativo, debe ejercitar su discrecionalidad y crear derecho para el caso, en lugar de aplicar meramente el derecho ya preexistente y establecido, aunque al hacerlo pueda muy bien estar sujeto a muchas cortapisas jurídicas que limitan su elección”. Esta tesis, también denominada “tesis de la creación judicial del Derecho”, en definitiva, afirma que, en los casos no previstos o no regulados, “el juez simultáneamente crea nuevo Derecho y aplica el derecho establecido, que, al tiempo, confiere y limita sus poderes de crear el derecho”<sup>84</sup>.

El trabajo de Hart se había considerado como la mejor caracterización del positivismo jurídico pues con esas tres tesis —se pensaba— lo libró de muchos malentendidos. Arrojó luz allá donde había obscuridad. Sin embargo, no pasó mucho tiempo para que las cosas comenzaran a cambiar. En efecto, no tuvo que transcurrir mucho para que varios autores dudasen de la viabilidad de su versión del positivismo jurídico en tanto teoría del Derecho, tal y como lo demuestra su temprana polémica con el profesor Lon L. Fuller<sup>85</sup>. Con todo, y no obstante la aparición de varias críticas, el profesor Hart mantuvo una postura de observador, intentando aprender de la vasta literatura que su libro generó. Con esto quiero decir que Hart se mantuvo al margen de las discusiones antes que intentar formular una defensa general y completa de su obra. Eso fue así hasta la aparición en 1994 de una segunda edición de *El concepto de Derecho*, preparada por J. Raz y P. A. Bullock, en la que, además se contenía

---

<sup>82</sup> HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, cit., pág. 117.

<sup>83</sup> HART, H.L.A., “El nuevo desafío al positivismo jurídico” cit., pág. 5.

<sup>84</sup> HART, H.L.A., “El nuevo desafío al positivismo jurídico” cit., pág. 5-6.

<sup>85</sup> Véase: FULLER, L.L., “Positivism and Fidelity to Law—A Reply to Professor Hart”, *Harvard Law Review*, vol. 71, núm. 4, 1958, pp. 630-672. Para WALUCHOW, W., (“The Many Faces of Legal Positivism”, *University of Toronto Law Journal*, núm. 48, 1988, pp. 387-449, p. 387 y ss.), por ejemplo, los críticos del positivismo jurídico van desde los realistas jurídicos como J. Frank y K. Lewellyn; pasando por las teorías feministas como la de K. Mackinnon; a autores de filiación jusnaturalista como el propio L. Fuller o J. Finnis. Sin embargo, concuerda con la mayoría de la literatura en que la crítica más importante es la de R. Dworkin (p. 389).

un *Postscript*<sup>86</sup>. En este trabajo el profesor británico procura responder de forma exhaustiva a las críticas que recibió; principalmente, intenta dar respuesta a las críticas de “gran alcance” formuladas por Ronald Dworkin<sup>87</sup>. Su publicación supuso otro momento relevante para la teoría y filosofía del Derecho contemporánea, pues es hasta su aparición, con algunos matices, puede considerarse que surge explícitamente el “positivismo jurídico suave” o “incluyente” (PJI en adelante).

#### 4.2.- El positivismo jurídico “suave” o “incluyente”

Tras el ataque de Dworkin, la estrategia de Hart para defender su teoría pasó por defender la tesis de las fuentes sociales y la regla de reconocimiento asociada a la misma, pues es en ellas donde se sostiene su aparato conceptual y el del positivismo jurídico, en la medida en que su teoría se considera paradigmática dentro de él. A los efectos que aquí me interesan, veamos la ruta de defensa ensayada por Hart a la crítica más importante y que sostiene que su teoría, es un “positivismo de meros hechos”<sup>88</sup>. Según Hart, Dworkin se equivoca del todo al sostener que su teoría sea un ejemplo de “positivismo de meros hechos”, una teoría en donde los criterios de validez de las normas consisten en hechos históricos, incluyendo hechos sobre las creencias de los individuos y las actitudes sociales<sup>89</sup>. Si bien, tal y como Hart concede, la mayoría de los ejemplos por él dados con su regla de reconocimiento se refieren al origen de las normas, nada hay en ella que niegue que dicha validez pueda depender, en determinados casos, también de criterios sustantivos. En sus palabras: aunque mis principales ejemplos de los criterios proporcionados por la regla de reconocimiento son cuestiones a las que Dworkin ha llamado ‘pedigrí’, y se refieran sólo a la manera en la cual las normas son adoptadas o creadas por las instituciones jurídicas y no a su contenido, expresamente sostengo que tanto este libro y en mi artículo anterior sobre ‘Positivismo y la separación de derecho y moral’, que en algunos sistemas de Derecho, como en el de Estados Unidos, el último criterio de validez jurídico podría

<sup>86</sup> HART, H.L.A., *Post scriptum al concepto de derecho*, cit., p. 10. Algunas de las tesis contenidas en este trabajo se avanzaron en: “El nuevo desafío al positivismo jurídico”, citado.

<sup>87</sup> El argumento de los “principios” (Cfr. DWORKIN, R., “El modelo de reglas (I)”, cit., pp. 72 y ss.) afirma que la existencia de este tipo de normas -que expresan un contenido de moralidad y no son indetectables por la regla de reconocimiento- así como su aplicación por parte de jueces y tribunales, muestra que existe una conexión necesaria y no meramente contingente entre Derecho y moral. Como se sabe, esta es la primera crítica de Dworkin contenida en *Taking Rights Seriously*; misma que, sin embargo, cambia de contenido, la tesis de la “controversia”, tornándose más potente y difícil de responder tras la aparición de *Law’s Empire*.

<sup>88</sup> Véase: DWORKIN, R., *Law’s Empire*, Harvard, The Belknap Press, 1986, pp. 33 y ss.

<sup>89</sup> HART, H.L.A., *Post scriptum*, cit., p. 19 [*Postscript* p. 245].

explícitamente incorporar, además del pedigrí, principios de justicia o valores morales sustantivos y éstos podrían constituir el contenido de límites jurídico constitucionales<sup>90</sup>.

En la posibilidad de que en algunos sistemas jurídicos los criterios de validez incluyan (o incorporen) principios morales descansa el PJI<sup>91</sup>. De esta forma, el positivismo propugnado por Hart sería un positivismo diferente, un positivismo más moderado, por lo que la crítica de Dworkin resultaría del todo errónea. En primer lugar porque ignora su aceptación explícita de que la regla de reconocimiento pueda incorporar como criterios de validez jurídica “la conformidad con principios morales o valores sustantivos, lo que se ha denominado un ‘positivismo suave’” y, en segundo lugar, porque no hay nada en *El concepto de Derecho* que concluya “que los criterios de ‘meros hechos’ proporcionados por la regla de reconocimiento tengan que ser únicamente cuestiones de pedigrí; por el contrario, pueden ser límites sustantivos al contenido de la legislación como las Enmiendas Dieciséis o Diecinueve de la Constitución de Estados Unidos con respecto al establecimiento de la religión o restricciones al derecho al voto”<sup>92</sup>. No obstante, que exista la posibilidad contingente de que en determinados sistemas jurídicos esto *pueda* ocurrir, de ello no se deriva que *deba ser* así.

Se trata, como frecuentemente suele decirse, de una conexión contingente, pero no necesaria. Y lo que es más importante: de esa misma afirmación no se sigue, según el profesor de Oxford, que las teorías jurídicas deban comprometerse con alguna teoría filosófica controvertible “sobre el *status* general de los juicios morales y debe dejar abierto, como hago en este libro, la cuestión general de saber si éstos tienen lo que Dworkin llama ‘nivel objetivo’”<sup>93</sup>. Por el contrario, continua Hart, si la cuestión del nivel objetivo de los juicios morales es dejada abierta por la teoría jurídica, como sostengo que debe ser, entonces el positivismo suave no puede ser simplemente caracterizado como la teoría en la cual los principios o valores morales pueden estar entre los criterios de validez jurídica, puesto que, si es una cuestión abierta saber si los principios y valores morales tienen nivel objetivo, también tiene que ser una cuestión abierta saber si las provisiones del ‘positivismo suave’ tendientes a incluir la conformidad con estos principios y valores entre las pruebas para la [determinación] del derecho existente, pueden tener tal efecto o, por el contrario, pueden únicamente constituir direcciones

---

<sup>90</sup> HART, H.L.A., *Post scriptum*, cit., p. 22 [*Postscript* p. 247]. Esa aceptación vendría ya desde su “Positivismo y la separación entre Derecho y Moral”, cit.

<sup>91</sup> HIMMA, K.E., “Inclusive Legal Positivism”, en: J. Coleman y S. Shapiro (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford, OUP, 2004, pp. 125-165, aquí pág. 125.

<sup>92</sup> HART, H.L.A., *Post scriptum*, cit., p. 26 [*Postscript* p. 250].

<sup>93</sup> HART, H.L.A., *Post scriptum*, cit., p. 30 [*Postscript* p. 254].

para los tribunales para *crear* derecho de conformidad con la moralidad<sup>94</sup>.

Esto último es relevante porque limita las posibilidades del PJI. Hart afirma en esta parte que ese “positivismo suave” no pasa por —o no debe— adoptar una teoría moral objetiva. Si entiendo bien, esto implicaría que aun cuando sea posible que la regla de reconocimiento adopte o pueda adoptar criterios sustantivos de validez, no significa, que esa incorporación haga referencia a *la* moral. Es decir, parece que rechaza el objetivismo moral con lo que ello pudiese implicar<sup>95</sup>.

### 4.3.- ¿La autodestrucción del positivismo jurídico?

Gran parte de la literatura iusfilosófica reconoce que Hart contribuyó de manera notable a ordenar y disipar muchas dudas sobre el estatuto y metodología del positivismo jurídico. Sin embargo, en los últimos años el problema del positivismo jurídico ha vuelto a ocupar con ahínco a positivistas y no-positivistas, curiosamente, a causa del propio profesor británico: el *Postscript* ha puesto de manifiesto, una vez más, que tal cuestión no ha quedado zanjada del todo. Al menos no para un amplio sector de la doctrina: tratar de determinar “el contenido mínimo del positivismo jurídico”, el elemento que puede o debe poseer cualquier teoría que se considere de este tipo, sigue siendo una obsesión entre los teóricos del Derecho<sup>96</sup>. O para decirlo de otra manera: las aclaraciones hechas por Hart en el *Postscript* han abierto una intensa discusión, tanto al interior de las propias filas del positivismo como fuera de él. Me explico.

Fuera del positivismo jurídico, porque los autores no-positivistas han visto en el *Postscript* una concesión definitiva: aceptar la posibilidad de que la regla de reconocimiento contenga criterios morales para determinar la validez de las normas jurídicas puede poner en peligro su preciada tesis de las fuentes sociales y con ella la de la separación conceptual entre Derecho y moral en una suerte de

---

<sup>94</sup> HART, H.L.A., *Post scriptum*, cit., p. 31 [*Postscript* p. 254].

<sup>95</sup> Sobre este punto particular, remito a: MORESO, J.J., “¿Es el Postscript de Hart una versión de positivismo jurídico incluyente”, *Revista Telemática de Filosofía de Derecho*, núm. 20, 2017, pp. 93-100.

<sup>96</sup> Tomo la expresión de: BAYÓN, J.C., “El contenido mínimo del positivismo jurídico”, en: V. Zapatero (ed.), *Horizontes de la filosofía del Derecho. Homenaje a Luis García San Miguel*, vol. 2, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá de Henares, 2002, pp. 33-54. Dicho elemento o tesis no sería otro según el Catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid que la denominada por él “tesis convencionalista”. Dicha tesis nos lleva a un estadio más reciente en las discusiones en torno al estatuto del positivismo jurídico y en el que, obviamente, no voy a incursionar en este trabajo.

“autodestrucción del positivismo jurídico”<sup>97</sup>. Tal es el caso paradigmático de Ronald Dworkin, quien se percató de la cercanía entre el PJI y su teoría del Derecho como integridad<sup>98</sup>. Al interior del positivismo distintos autores han optado por negar esa vía, prácticamente por similares motivos: niegan que dicha incorporación de esos criterios morales de validez a la regla de reconocimiento pueda darse sin que ello afecte el núcleo del positivismo jurídico, por lo que resultaría del todo implausible. Tal es el caso de Joseph Raz. Así, y debido en gran medida a la dilatada crítica de Dworkin, el panorama del positivismo jurídico en el ámbito anglosajón quedó dividido entre los partidarios de tres grandes ramas confrontadas entre sí: las versiones “excluyente”, “incluyente” y “normativo” del positivismo jurídico.

En primer término, tenemos al positivismo jurídico “excluyente” que considera incompatible con los postulados del propio positivismo (tesis de las fuentes) la incorporación de criterios morales en la regla de reconocimiento. Los partidarios del positivismo excluyente propugnan una “tesis fuerte” de las fuentes sociales. Para ellos la existencia y el contenido del Derecho dependen exclusivamente de hechos sociales, es decir, “propios a la acción humana o a un grupo social”<sup>99</sup>. Visto con atención, los positivistas jurídicos excluyentes en realidad defienden la tesis de las fuentes sociales tradicional por lo que el adjetivo de “positivistas duros” que les ha sido atribuido, en realidad, no se sostiene. Y no se sostiene, sobre todo, si se parte de una teoría de la autoridad del Derecho como la defendida por Joseph Raz<sup>100</sup>. Para este autor, además, la pretendida “incorporación de la moralidad” al Derecho, el punto destacado en los últimos tiempos contra por el positivismo jurídico, se daría en unos términos muy distintos. Lo que sucedería, en realidad, es que en ocasiones los operadores jurídicos tienen que *aplicar* normas jurídicas morales, como tienen que aplicar normas que no pertenecen a un ordenamiento jurídico particular, i.e. normas de Derecho

---

<sup>97</sup> Tomo la expresión del trabajo de: GOLDSWORTHY, J.D., “The Self-Destruction of Legal Positivism”, *Oxford Journal of Legal Studies*, núm. 10, v. 4, 1990, pp. 449-486.

<sup>98</sup> Véase: DWORKIN, R., “Thirty Years on”, *Harvard Law Review*, vol. 115, núm. 6, 2002, pp. 1655-1687.

<sup>99</sup> RAZ, J., *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, Clarendon Press, 1979, p. 37, pp. 47-48; *Íd. Ethics in the Public Domain*, Oxford, OUP, 1994, p. 218.

<sup>99</sup> Véase: JIMENEZ-CANO, R.M., *Una metateoría del positivismo jurídico*, prólogo de G. Peces-Barba, Madrid, Marcial Pons, 2008, p. 195.

<sup>100</sup> Véase de este autor: RAZ, J., “Authority, Law and Morals” en: *Íd., Ethics in Public Domain*, cit. También puede verse: VEGA GÓMEZ, J., “El positivismo excluyente de Raz”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 110, 2004, pp. 709-739.

Internacional. Así vista, la pretendida incorporación no tendría relevancia alguna para el concepto de Derecho<sup>101</sup>.

En segundo término, los partidarios del positivismo jurídico “incluyente” sostienen una versión débil de las fuentes sociales y, para tal fin, separan la práctica social y los criterios de validez. Entienden que mientras el origen del Derecho es *necesariamente* fáctico (una práctica social); los criterios de validez contenidos en dicha práctica son *contingentemente* fácticos. Así, y aunque el origen del derecho siempre reside en un hecho social, se deja abierta la cuestión sobre si conceptualmente es posible que los criterios de validez del derecho puedan consistir en hechos sociales o en principios morales<sup>102</sup>. Es decir, la existencia y el contenido del Derecho, según esta propuesta, no siempre vendría determinado por hechos sociales, sino que, *en ocasiones*, también puede ser determinado por la moral, que actuaría en tales casos como criterio de validez jurídica. El punto de los incluyentes, básicamente, es que con la reformulación de las tesis hartianas (fuentes sociales, discreción judicial<sup>103</sup>), el positivismo jurídico se fortalece y harían a esta teoría viable, al menos desde su punto de vista. Para W. Waluchow, por ejemplo, el PJI tiene mayor capacidad explicativa que el PJE por el hecho de que en algunos sistemas jurídicos se han reconocido explícitamente test morales para la validez y contenido de las leyes<sup>104</sup>.

Por último, el positivismo jurídico “normativo”, también denominado “ético” o “democrático”, defiende no como una cuestión conceptual la tesis de la separación sino por sus implicaciones políticas<sup>105</sup>. Es decir, desde esta perspectiva la regla de

<sup>101</sup> Cfr. RAZ, J., “La incorporación por el Derecho”, trad. de R. Ruiz y R. Jiménez-Cano, *Derechos y Libertades*, núm. 16, 2007, pp. 17-40.

<sup>102</sup> HIMMA, K.E., “Inclusive Legal Positivism”, cit., p. 145

<sup>103</sup> Los PJI consideran que no es cierto que siempre el juez tenga discrecionalidad en sentido fuerte y admiten, en algunos casos, la existencia de respuestas correctas en la medida en que nada hay en el positivismo que niegue dicha posibilidad. Esto también los aproxima a Dworkin. En efecto, si entendemos que el positivismo jurídico no se compromete con teoría moral alguna, sería coherente decir tanto que siempre existen respuestas correctas como el negar su existencia: el PJI “sostiene que es cierto que resulta posible la existencia de una respuesta correcta a algunas cuestiones morales, pero no es lo menos que en otras el ejercicio de la discrecionalidad es fuerte”. Véase: WALUCHOW, W.J., *Positivism jurídico incluyente*, trad. de M. S. Gil y R. Tesone, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 217.

<sup>104</sup> Es decir, el PJI parecería permitirnos ver aquello de modo *natural* y como algo generalmente aceptado: “como test explícitamente morales para el derecho que requieren que jueces y abogados se comprometan con argumentos morales sustantivos cuando deciden cuestiones de validez jurídica”. Véase nuevamente: WALUCHOW, W.J., *Positivism jurídico incluyente*, cit., p. 154.

<sup>105</sup> Dos advertencias son oportunas: se habla en ocasiones de una “ideología positivista” asociado al mismo para intentar diferenciarlo del “positivismo ideológico” toda vez que este último establecería un deber absoluto o incondicional de obediencia moral al Derecho, mientras que el primero no. De la misma forma, en el ámbito anglosajón distintos autores (v. gr. Jeremy Waldron, Gerald Postema

reconocimiento *no debe incorporar* (y si lo hace, *lo menos posible*) criterios morales que autoricen a los jueces a embarcarse en un razonamiento sustantivo en la identificación jurídica porque, de otra forma, la regla de reconocimiento “serviría de poco para determinar qué va a contar o qué no va a contar como Derecho”<sup>106</sup>. El atractivo y superioridad del positivismo jurídico tiene que ver para sus partidarios, no con una tesis de naturaleza conceptual o su carácter descriptivo, sino “por sus prescripciones sobre cómo un sistema jurídico debería de ser formalmente”<sup>107</sup>. Su “sentido”, como sostiene Tom Campbell, puede concebirse como “la provisión de un modelo y una justificación de cara a la construcción de un sistema jurídico que se aproxime, hasta donde sea posible, a la realización de un sistema de reglas, como parte necesaria de cualquier sistema político aceptable”<sup>108</sup>. Puede apreciarse que este tipo de positivismo es cercano a una forma de concebir el ideal del *Rule of Law*, y sus conexiones políticas con la democracia, la división de poderes, los derechos humanos, etc. En efecto, los “normativos” muestran preferencia por la “dignidad de la legislación”, por la seguridad y certeza jurídica. Y, en fin, se alejan del modelo de juez propuesto por el “interpretativismo” rescatando, por el contrario, un modelo de juez que se ciña lo más posible al significado de las palabras, “no al ingrato proceso de pretender descubrir las ocultas intenciones y motivos legislativos”<sup>109</sup>.

## 5.- A MODO DE CONCLUSIÓN

Señalé al comienzo que la simple referencia a alguna teoría como “positivista” nos dice demasiado poco y que hacérselo ver fue una preocupación central del “Hart filósofo del Derecho”. Pues bien, creo que pocos entendieron el contenido de este mensaje como lo entendió el más grande de sus críticos: Ronald Dworkin. En mi opinión, el profesor estadounidense toma en gran medida el testigo hartiano cuando afirmó —en su caso, *revisitando* el Derecho Natural— que por más que a los filósofos del Derecho nos gusten las categorías, e intentemos “etiquetarnos”, tanto a nosotros como a las

---

Tom Campbell), han desarrollado, o mejor, retomado esta “tesis normativa” que remite a los padres fundadores del positivismo jurídico: Hobbes, Bentham, Austin. Sin embargo, el ámbito continental europeo U. Scarpelli se había movido ya en esta línea con mucha anterioridad. Cfr. SCARPELLI, U., *Cos'è il positivismo giuridico*, Milán, Edizioni di Comunità, 1965; WALDRON, J., “Normative (or Ethical) Positivism”, en: J. Coleman (ed.), *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford, OUP, 2001, pp. 411-433.

<sup>106</sup> CAMPBELL, T., “El sentido del positivismo jurídico (II): El positivismo jurídico prescriptivo como un derecho humano”, trad. de J.A. Pérez Lledó, *Doxa*, núm. 27, 2004, pp. 27-44., p. 42.

<sup>107</sup> *Ídem*. p. 28.

<sup>108</sup> CAMPBELL, T., “El sentido del positivismo jurídico” trad. de Á. Ródenas, *Doxa*, núm. 25, 2002, pp. 303-331, p. 306.

<sup>109</sup> *Ídem*. p. 319.

teorías que defendemos, mal haríamos en focalizarnos en las etiquetas en lugar de las teorías<sup>110</sup>. Esto también aplica perfectamente para el positivismo jurídico que, más que una doctrina monolítica, constituye un conjunto de tesis heterogéneas, algunas defendibles y otras no tanto. Mostrar en qué medida ello es así, constituyó el objetivo central de este trabajo.

En efecto, como tuvimos oportunidad de apreciar, desde el mirador hartiano el positivismo jurídico no es defendible cuando se le asocia con el imperativismo, con la doctrina que afirma que el Derecho no es otra cosa sino mandatos de un soberano respaldados por amenazas. La clave de su comprensión no pasa por ahí, sino por la distinta noción de “regla” que, dicho sea de paso, falta al imperativista, pero también al realista jurídico. Tampoco es correcta la asociación que se hace del positivismo jurídico con la “teoría mecánica” o la “concepción formalista” de la decisión judicial. Mucho menos, lo sería en relación con aquellas posturas que lo asocian defendiendo un deber moral de obediencia absoluta al Derecho positivo. Nada hay en el positivismo jurídico, o mejor, en los autores asociados a su tradición, que pueda llevarnos a fundamentar un deber de ese tipo. Las cosas se complican en relación con el no-cognoscitivismo moral, pues, como sabemos, ni de Bentham ni de Austin, ambos utilitaristas, podemos predicar tal carácter.

Interesante también fue la afirmación de la idea de que lo que el Derecho sea, es algo de hechura humana, fundamentalmente. Desde esta perspectiva tanto el “realismo jurídico” —tanto en su versión norteamericana como en la de sus primos escandinavos— como el positivismo utilitarista de Bentham y Austin merecerían el rótulo de positivistas, según Hart. Sin embargo, más allá de su contribución para tener una visión más ajustada de la decisión judicial, poco se dice del trasfondo de los primeros. Esto es, Hart no fue muy prolijo por lo que respecta a las relaciones entre el positivismo jurídico y el positivismo filosófico, toda vez que entendió al realismo como una teoría del proceso judicial, y no en el más amplio marco del empirismo. Además de la escueta alusión al programa del *Cours de philosophie positive* de A. Comte en su entrada “Legal Positivism”, no se contiene en su obra un análisis detallado de las relaciones o confluencias entre el positivismo jurídico y el positivismo filosófico, algo que, como ha sido destacado, emparentaría a los realistas jurídicos, pero también a John Austin, con el “naturalismo”<sup>111</sup>. Sé que resulta muy arriesgado aventurar una conjetura. Pero quizá lo anterior se debió a que Hart consideraba que el positivismo jurídico sería ante todo una doctrina o teoría a

<sup>110</sup> DWORKIN, R., “Natural Law Revisited”, *University of Florida Law Review*, Num. 2, Vol. XXXIV, 1982, pp. 165-188, p.165.

<sup>111</sup> Véanse: HART, H.L.A., “Legal Positivism”, cit., p. 419; PAULSON, S.L., “La idea misma de positivismo jurídico”, trad. de Francisco M. Mora-Sifuentes, *Revista Derecho del Estado*, núm. 45, 2019, pp. 29-53.

propósito de la naturaleza del Derecho, con identidad e historia propia, más que la aplicación de una determinada epistemología.

Por lo que respecta a su tratamiento del Derecho Natural, pueden decirse cosas similares, en la medida en que Hart identificó varias modalidades. En primer lugar, aquellas que se emparentan al aristotelismo con una fuerte carga "teleológica". En segundo lugar, aquellas teorías de base religiosa, como por ejemplo la doctrina tomista de la Ley Natural. Éstas últimas son definidas sobre el dualismo que propugnan, y terminan supeditando la validez del Derecho positivo a un conjunto de principios éticos que no deben en ningún caso violentarse. Como afirmase N. Bobbio, lo anterior constituye el "canon más seguro" para identificar doctrinas iusnaturalistas. En tercer lugar, Hart encuentra ciertos "ecos iusnaturalistas" en la doctrina de la "moralidad interna del Derecho" de Lon L. Fuller, que, a su juicio, asocia erróneamente la aplicación imparcial y constante del Derecho con la justicia. También los encuentra en la teoría del Derecho como integridad de Ronald Dworkin y su "nuevo desafío al positivismo jurídico". No por nada, afirmó que este último, en el tema de la decisión judicial, sería visto por Bentham como un continuador de la doctrina del *Common Law* propugnada por Blackstone. Por último, Hart desarrolló su "contenido mínimo del Derecho Natural" como tesis sociológica o como "necesidad natural", lo que le permite reconocer el grano de verdad en dichas doctrinas sin comprometer el carácter positivista de su empresa.

A lo largo de su dilatada producción intelectual, Hart desarrolló consistentemente su propuesta iuspositivista. La misma se construyó sobre la base de las tesis de la separación conceptual, las fuentes sociales y la discreción judicial. Asimismo, propugnó el análisis del Derecho bajo presupuestos generales y descriptivos. Todo ello le redituó un reconocimiento casi unánime como el mejor teórico del Derecho del siglo XX. No obstante, las críticas recibidas en varios momentos por distintos autores, y, sobre todo, por Ronald Dworkin, han terminado erosionando el "nuevo edificio positivista" de Hart y la sombra de aquél se ha ido acrecentando con el paso de los años. Hoy se reconoce sin tapujos que para conocer la teoría de Hart hay que entender también la postura de Dworkin. Su embate abrió la última gran polémica que se ha suscitado en su seno: la de la posibilidad de que la regla de reconocimiento incorpore criterios morales para la identificación jurídica. Esto ha presionado fuertemente a los autores positivistas. Unos defienden la "pureza" de la tesis de las fuentes sociales; otros quieren integrar aspectos de la crítica de Dworkin y seguir siendo positivistas, y, en fin, otros acuden a los viejos padres fundadores en busca de respuestas. Curiosamente los "positivistas normativos" han ido muy lejos en su defensa de la tradición de Hobbes, Bentham y Austin algo que, no olvidemos, también buscó Hart. Pero al hacerlo de la manera en que lo hicieron,

paradójicamente, terminan dando la espalda a la propuesta metodológica del autor de *El concepto de Derecho*<sup>112</sup>.

## 6.- BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert, "On the Concept and Nature of Law", *Ratio Juris*, vol. 21, núm. 3, 2008, pp. 281-299.
- AUSTIN, John, *El objeto de la jurisprudencia* (1832), trad. de J.R. De Páramo, Madrid, CEPC, 2002.
- BAYÓN, Juan Carlos, "El contenido mínimo del positivismo jurídico", en: V. Zapatero (ed.), *Horizontes de la filosofía del Derecho. Homenaje a Luis García San Miguel*, vol. 2, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá de Henares, 2002, pp. 33-54.
- BECCARIA, Cesare, *Tratado de los delitos y de las penas* [1764], México, Porrúa, 2008.
- BENTHAM, Jeremy, *Principios de legislación y codificación*, ed. de F. Ferrer y Valls, Madrid, Imprenta de D. Thomas Jordan, 1834.
- BEYLEVELD, Derick y BROWNSWORD, Robert, *Law as Moral Judgement*, Sheffield, Academic Press, 1994.
- BLACKSTONE, Sir William, *Commentaries on the Laws of England*, vol. 1, Philadelphia, Robert Bell, 1771.
- BOBBIO, Norberto, *Locke y el Derecho Natural*, trad. de R. Facchi, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2017.
- CAMPBELL, Tom, "El sentido del positivismo jurídico" trad. de Á. Ródenas, *Doxa*, núm. 25, 2002, pp. 303-331.
- CAMPBELL, Tom, "El sentido del positivismo jurídico (II): El positivismo jurídico prescriptivo como un derecho humano", trad. de J.A. Pérez Llegó, *Doxa*, núm. 27, 2004, pp. 27-44.
- CATTANEO, Mario A., *Il positivismo giuridico inglese: Hobbes, Bentham, Austin*, Milano, Giuffrè, 1962.
- DE PÁRAMO, Juan Ramón, *H.L.A., Hart y la teoría analítica del Derecho*, prólogo de G. Peces-Barba, Madrid, CEC, 1984.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. de M. Guastavino, Barcelona, Ariel, 5ª reimp., 2002.
- DWORKIN, Ronald, "Natural Law Revisited", *University of Florida Law Review*, Num. 2, Vol. XXXIV, 1982, pp. 165-188.
- DWORKIN, Ronald, *Law's Empire*, Harvard, Belknap Press, 1986.
- DWORKIN, Ronald, "Thirty Years on", *Harvard Law Review*, vol. 115, núm. 6, 2002, pp. 1655-1687.

---

<sup>112</sup> Este trabajo forma parte de un proyecto de investigación más amplio sobre filosofía del Derecho contemporánea "De *El concepto del Derecho* a los conceptos de Derecho" en curso, que recibió un apoyo de la SEP de México (NPTC- PRODEP-2017). Estoy en deuda con el personal de la Dirección de Apoyo a la Investigación y Posgrado (DAIP) de la Universidad de Guanajuato por su acompañamiento en la gestión de dicho recurso. Agradezco las sugerencias que me formuló Alicia I. Saavedra-Bazaga. Los errores e insuficiencias son de la exclusiva responsabilidad del autor.

- FULLER, Lon L., "Positivism and Fidelity to Law-A Reply to Professor Hart", *Harvard Law Review*, vol. 71, núm. 4, 1958, pp. 630-672.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*, Madrid, Trotta, 2009.
- GOLDSMITH, Maurice M., "Hobbes on Law", en: T. Sorell (ed.), *The Cambridge Companion to Hobbes*, Cambridge, CUP, 1996.
- GOLDSWORTHY, Jeffrey D., "The Self-Destruction of Legal Positivism", *Oxford Journal of Legal Studies*, núm. 10, v. 4, 1990, pp. 449-486.
- HART, H.L.A., "El positivismo jurídico y la separación entre Derecho y moral", en: *Íd., Derecho y moral. Cotribución a su análisis*, trad. de G. Carrió, De Palma, Bs. As., 1962, pp. 3-14.
- HART, H.L.A., "Bentham and the United States of America", *The Journal of Law and Economics*, vol. 19, 1967, pp. 547-567.
- HART, H.L.A., "Legal Positivism", *International Encyclopedia of Philosophy*, P. Edwards (ed.), Macmillan Co. and the Free Press, New York, 1967, Vol. 4., pp. 418-420.
- HART, Hart, "Bentham and the Desmystification of the Law", *The Modern Law Review*, vol. 36, núm. 1, 1973, pp. 2-17.
- HART, H.L.A., "El nuevo desafío al positivismo jurídico", trad. de L. Hierro, F. Laporta y J. R. Páramo, *Sistema*, núm. 36, 1980, pp. 4-18.
- HART, H.L.A., "El Derecho desde la perspectiva de la filosofía", trad. de R. Tamayo *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 33, 1978, pp. 313-329.
- HART, H.L.A., "Introducción" a: John Austin, *El objeto de la jurisprudencia* (1832), trad. de J.R. De Páramo, Madrid, CEPC, 2002.
- HART, H.L.A., "Una mirada inglesa a la teoría del Derecho norteamericana: la pesadilla y el noble sueño", en: J.J. Moreso y P. Casanovas, *El ámbito de lo jurídico*, Barcelona, Crítica, 1994, pp. 327-352.
- HART, H.L.A., *El Concepto de Derecho*, trad. de G. Carrió (1963), Abeledo Perrot, Bs. As., 2007.
- HART, H.L.A., *The Concept of Law*, 2<sup>nd</sup> ed., Ed. J. Raz & P. A. Bullock, Oxford, Clarendon Press, 1994.
- HART, H.L.A., *Post scríptum al concepto de derecho*, trad. R. Tamayo, México, IIJ-UNAM, 2000.
- HIMMA, Kenneth E., "Inclusive Legal Positivism", en: J. Coleman y S. Shapiro (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford, OUP, 2004, pp. 125-165.
- JIMÉNEZ-CANO, Roberto M., *Una metateoría del positivismo jurídico*, prólogo de G. Peces-Barba, Madrid, Marcial Pons, 2008.
- KELSEN, Hans, "The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence", *Harvard Law Review*, vol., 55, núm. 1, 1944, pp. 44-70.

- KELSEN, Hans, *Reine Rechtslehre*, I ed., Studienausgabe, ed. de M. Jestaedt, Mohr Siebeck, Tübingen 2008.
- LA TORRE, Massimo, "Il convitato di pietra. Carl Schmitt come monito", *Diacronia. Rivista di storia della filosofia del diritto*, vol. 1, Pisa University Press, 2019, pp. 107-144.
- LLAMBÍAS AZEVEDO, Juan, "Reflexiones sobre la crítica de Bergbohm a la doctrina del Derecho Natural" (I y II), *Diánoia*, vols. 11-12, núms. 11-12, 1965-1966.
- LYONS, David, "Legal Formalism and Instrumentalism-a Pathological Study", *Cornell Law Review*, vol. 66, 1981, 949-972.
- MONTESQUIEU, Charles Secondat Barón de, *Del espíritu de las leyes* [1748], Madrid, Tecnos, 2006.
- MORA-SIFUENTES, Francisco M., "Un intento de caracterización del positivismo jurídico incluyente", *Papeles de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 9, IDHBC-Universidad Carlos III de Madrid, 2010.
- MORA-SIFUENTES, Francisco M., "H.L.A. Hart: Vida y contexto filosófico", *Problema. Anuario de teoría y filosofía del Derecho*, núm. 13, 2019, pp. 273-319.
- MORESO, José Juan, "¿Es el Postscript de Hart una versión de positivismo jurídico incluyente?", *Revista Telemática de Filosofía de Derecho*, núm. 20, 2017, pp. 93-100.
- PAULSON, Stanley L., "La idea misma de positivismo jurídico", trad. de Francisco M. Mora-Sifuentes, *Revista Derecho del Estado*, núm. 45, 2019, pp. 29-53.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara, 1997.
- RAZ, Joseph, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, Clarendon Press, 1979.
- RAZ, Joseph, *Ethics in the Public Domain*, Oxford, OUP, 1994.
- RAZ, Joseph, "La incorporación por el Derecho", trad. de R. Ruiz y R. Jiménez-Cano, *Derechos y Libertades*, núm. 16, 2007, pp. 17-40.
- SCARPELLI, Ubert, *Cos'è il positivismo giuridico*, Milán, Edizioni di Comunità, 1965.
- SCHAUER, Fredrick, "Hart Antiessentialism", en: A. Dolcetti, L. Duarte y J. Edwards, *Reading H.L.A. Hart's The Concept of Law*, Hart Publishing LTD, UK, 2013.
- VEGA GÓMEZ, Juan, "El positivismo excluyente de Raz", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 110, 2004, pp. 709-739.
- WALDRON, Jeremy, "Normative (or Ethical) Positivism", en: J. Coleman (ed.), *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford, OUP, 2001, pp. 411-433.
- WALUCHOW, Wilfrid J., "The Many Faces of Legal Positivism", *University of Toronto Law Journal*, núm. 48, 1988, pp. 387-449.
- WALUCHOW, Wilfrid J., *Positivismo jurídico incluyente*, trad. de M. S. Gil y R. Tesone, Madrid, Marcial Pons, 2007.