

BALANCE CRÍTICO DE LA FILOSOFÍA JURÍDICA DE H. L. A. HART

José Antonio Ramos Pascua*
ascua@usal.es

Resumen

El artículo intenta mostrar la existencia de una profunda incoherencia interna en el pensamiento jurídico de Hart. Contiene un breve examen de algunos conceptos centrales de su teoría del Derecho, como los de punto de vista interno, regla de reconocimiento, textura abierta del Derecho, o discrecionalidad judicial. Todos ellos apuntan en una misma dirección, reclamando la apertura del sistema jurídico a otros elementos normativos, como la moral. Contradiciendo esta tendencia inherente a su teoría del Derecho, Hart niega siempre la existencia de cualquier conexión necesaria entre el Derecho y la moral. Esta es precisamente la tesis central del positivismo jurídico, movimiento que Hart defendió tenazmente, pero al que, por esa misma contradicción latente en su pensamiento, dejó profundamente debilitado.

Palabras clave: Positivismo jurídico. Textura abierta del Derecho. Discrecionalidad judicial. Deber jurídico. Regla de reconocimiento. Aspecto interno del Derecho. Conexión entre Derecho y moral.

* José Antonio Ramos Pascua. Doctor en Derecho. Profesor Titular de Filosofía del Derecho en la Universidad de Salamanca. Autor de numerosos artículos iusfilosóficos y de los libros *La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H.L.A. Hart*, Madrid, Tecnos, 1989 y *La ética interna del Derecho*, Bilbao, Desclee, 2007, entre otros. Es coeditor de la obra *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Ediciones de la Universidad de Salamanca, 2006.

Presenté una primera versión de este texto en las Jornadas de homenaje al Prof. José Delgado Pinto, mi maestro, que tuvieron lugar en Oviedo (España) durante los días 14 y 15 de noviembre de 2004.

Fecha de recepción de este artículo: 11/12/2008

Fecha de aceptación: 30/01/2009

A CRITICAL BALANCE OF H.L.A. HART'S LEGAL PHILOSOPHY

Abstract

This paper tries to prove the existence of a profound internal incoherence within the Hart's legal thought. It examines some of the central concepts in his theory of law, such as the internal point of view, the rule of recognition, the open texture of law, and the judicial discretion. All these concepts point at the same direction, claiming that the legal system is open to other normative orders, such as morality. Contradicting this inherent tendency in his theory of law, Hart always disclaims the existence of any necessary connection between law and morals. This is also the main thesis of legal positivism, a movement that Hart has tenaciously embraced, but, because of that latent contradiction in his thought, he has left it deeply weakened.

Key words: Legal positivism. Open texture of law. Judicial discretion. Legal obligation. Rule of recognition. Internal aspect of law. Connection between law and morality.

Según una interesante propuesta del Prof. Delgado Pinto, la clave para enjuiciar la filosofía del Derecho de cualquier autor radica, no tanto en la posición que adopte en la eterna disputa entre iusnaturalistas y positivistas, cuanto en el hecho de que ofrezca o no una respuesta satisfactoria y coherente a las tres grandes cuestiones iusfilosóficas: ¿Qué es el Derecho? (la pregunta central de la Teoría del Derecho) ¿Qué debe ser o cómo debe ser el Derecho? (la pregunta a la que intenta responder la Teoría de la justicia) y ¿Cómo razonan o deben razonar los juristas? (la pregunta fundamental de la metodología o Teoría de la argumentación jurídica). Como digo, las respuestas a estas tres grandes cuestiones deben ser, en primer lugar, congruentes entre sí. En segundo lugar, deben ser satisfactorias en el sentido de que han de reflejar adecuadamente la realidad del fenómeno jurídico; dar cuenta de manera fiel de la práctica o vida real del Derecho y quizá también encauzarla hacia su mejor desarrollo posible.

Si examinamos la filosofía del Derecho de H. Kelsen, y sin dejar de admirar el impresionante esfuerzo intelectual que en ella se manifiesta, advertiremos que su teoría de la justicia, expresión del agnosticismo ético dominante en la época, aunque es coherente con su teoría del Derecho, nos deja hoy profundamente

insatisfechos si la confrontamos con la brillante rehabilitación de la razón práctica lograda por J. Habermas y O. Apel, o con las valiosas aportaciones de J. Rawls y tantos otros. ¿Y qué decir de su teoría de la ciencia jurídica? Sin duda también es coherente con su teoría del Derecho (que parece inspirada en el sexto mandamiento, por su obsesión con la pureza). Pero la coherencia con el dogma de la pureza, que excluye de la ciencia jurídica todo juicio de valor y cualquier referencia a elementos fácticos ajenos a lo normativo, obliga a Kelsen a reducir y a condenar la labor del científico del Derecho a una estéril descripción de normas sin referencia posible a la realidad social en que se aplican, con sus necesidades, propósitos y valores. No parece ésta una descripción adecuada de la forma efectiva en que actúan y razonan los científicos del Derecho. Por todo lo anterior, la filosofía del Derecho de Kelsen puede considerarse irremediabilmente fracasada; cosa que no obsta para reconocer que hay mucho de valor perdurable en su obra, verdaderamente titánica.

Pero centrémonos en H. L. A. Hart, el otro gran teórico positivista del Derecho en el siglo XX, que ofrece una filosofía jurídica alternativa a la de Kelsen rechazando muchos de los dogmas o prejuicios que atenazan la obra de éste, tales como el ya citado agnosticismo ético, el logicismo reduccionista, y sobre todo, el voto de pureza. Hart, aunque también se proclama positivista, como Kelsen, y nunca renuncia a esta filiación, se inspira, como inglés típico, en tradiciones propias y distintas.

Dos son las corrientes de pensamiento que influyen y confluyen en nuestro autor. La primera es la peculiar iusfilosofía positivista inglesa, conocida como *Jurisprudencia analítica*, que tiene su principal precursor en Th. Hobbes, su fundador en J. Bentham, y su sistematizador más conocido en J. Austin. Hart, constante admirador y estudioso de la obra de Bentham², concibe su propio pensamiento como una versión corregida y actualizada de aquella vieja escuela positivista, de la que se considera heredero y continuador. Y quizá sea por eso mismo, porque él concibe su misión filosófico-jurídica como una especie de puesta al día de la *Jurisprudencia analítica*, por lo que mantiene imperturbablemente su fidelidad a la causa positivista pese a que, como sostendré después, la lógica interna de su propio pensamiento parece empujarle más allá del positivismo.

2 Sus mejores trabajos sobre el pensamiento de Bentham se han recopilado en HART, H.L.A., *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1982.

La otra corriente de pensamiento en la que Hart participa directamente y de la que toma las herramientas conceptuales que le permiten reconstruir críticamente el positivismo jurídico inglés es la filosofía analítica del lenguaje. Una filosofía que, inspirada en el pensamiento del segundo Wittgenstein, tuvo una extraordinaria floración en Inglaterra, sobre todo durante las décadas centrales del pasado siglo.³ Curiosamente, Hart se introdujo en los círculos de esta nueva filosofía durante la Segunda Guerra Mundial, que pasó en el Servicio de Inteligencia Británico, adonde los ingleses, con esa peculiar lógica suya, o quizá más bien sentido del humor, destinaban a todos los filósofos del país. En el Servicio de Inteligencia, Hart conoció y trabó amistad con algunos de los mejores filósofos analíticos del lenguaje de la escuela de Oxford, y después de la guerra trabajó durante algunos años como profesor de filosofía colaborando estrechamente con John Langshaw Austin, una de las figuras más influyentes en el pensamiento inglés de posguerra.⁴

En mi opinión, muchos de los conceptos o ideas que Hart extrae de la filosofía analítica del lenguaje, con los que intenta corregir y actualizar el viejo positivismo jurídico inglés, son, en el fondo, incompatibles con esta corriente iusfilosófica e introducen en ella una especie de bomba de relojería que explica su crisis posterior. Así como las *Investigaciones filosóficas* del segundo Wittgenstein rompían con el *Tractatus Logico-Philosophicus* del primero, que concordaba con el positivismo radical del empirismo lógico, las aportaciones de la filosofía analítica del lenguaje ordinario, que se mueven en la línea del segundo Wittgenstein, difícilmente podían apuntalar y no desmoronar una teoría del Derecho estrictamente positivista e incluso empirista, como la de Bentham y Austin. En apoyo de la afirmación anterior examinaremos tres conceptos claves de la teoría del Derecho de Hart que permiten apreciar, tanto su trascendencia, como sus debilidades, en cuanto teoría que pretende seguir siendo positivista.

El primero de estos conceptos, procedentes de la filosofía analítica del lenguaje, es el de la dimensión interna del Derecho, que es la dimensión típicamente normativa. Supone la distinción entre dos posibles actitudes o puntos de vista

3 Cfr. MACCORMICK, N., *H. L. A. Hart*, London, Edward Arnold, 1981, pp. 12-19; PÁRAMO ARGÜELLES, J. R., *H. L. A. Hart y la teoría analítica del Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, pp. 1-155.

4 El mismo Hart ofrece una sucinta autobiografía intelectual en la entrevista que le hizo J. R. de Páramo en *Doxa*, vol. 5, 1988, pp. 339-367.

frente a las normas, que se reflejan en diferentes formas de hablar. El punto de vista externo es el adoptado por quienes sólo captan las regularidades de comportamiento provocadas por las normas, es decir, por quienes sólo describen fenómenos empíricamente verificables. Y no se olvide que la teoría del Derecho de Bentham y Austin se construye exclusivamente a partir de este tipo de fenómenos. Fenómenos tales como los de mandato, amenaza, probabilidad de sufrir un castigo, hábito de obediencia, etc. Desde un punto de vista puramente externo, como éste, es imposible, reconoce Hart, comprender adecuadamente la realidad del Derecho. El otro punto de vista es el interno, el punto de vista del partícipe en la vida del Derecho; el punto de vista de quien acepta o interioriza las normas como pautas de conducta recíprocamente exigibles entre los miembros del grupo social, y se apoya en ellas para expresar críticas hacia las conductas desviadas o para reclamar a cualquiera el comportamiento correcto.

La reflexión sobre las implicaciones del aspecto interno del Derecho permite a Hart aclarar conceptos o fenómenos jurídicos que el positivismo decimonónico inglés (de Bentham y Austin) explicaba de manera insatisfactoria, como por ejemplo, la noción del deber jurídico, concebida como la probabilidad de sufrir los males o castigos previstos por las normas jurídicas en caso de incumplimiento. Esta concepción confunde, según advierte agudamente Hart, lo que es “tener una obligación” con lo que es “verse obligado” (en el sentido de coaccionado). Quien entregó dinero a un recaudador de impuestos, puede describir su acción adecuadamente afirmando que tenía la obligación de hacerlo; mientras que quien entregó su dinero a un asaltante dirá que se vio obligado a hacerlo. En ambos casos se habla de obligación, pero sólo en el primero existe una verdadera obligación jurídica. En el segundo no hay otra cosa que sometimiento a la fuerza. Para Hart, sólo existe una verdadera obligación cuando está justificada la reclamación e incluso la imposición de una determinada conducta, y lo está porque el grupo social acepta una norma como modelo de comportamiento intersubjetivamente exigible.

Pero ¿qué implicaciones tiene tal aceptación? ¿Qué implicaciones tiene la dimensión interna del Derecho? Muchos sostienen que implica, entre otras cosas, el reconocimiento de que existe una relación necesaria entre el Derecho y la moral, pues la razón por la cual se acepta el orden jurídico como conjunto de pautas vinculantes no puede ser otra que el reconocimiento de su valor moral. Hart rechaza esta conclusión por ser incompatible con la tesis central que atribuye al positivismo jurídico, la tesis de que no existe relación necesaria

alguna entre el Derecho y la moral. A su juicio, las razones por las que se adopta el punto de vista interno respecto al Derecho (o para ser más precisos, la razón por la que lo adoptan los jueces respecto a la regla de reconocimiento, aceptándola) pueden ser muy diversas. Pueden ser razones morales, en efecto, pero también puede aceptarse el Derecho por inercia, por miedo, por intereses egoístas, etc.⁵

Esta explicación no resulta muy convincente. No parece aceptable que la actitud típicamente interna o normativa de exigir una conducta a otro, o criticarle por no haberla realizado, especialmente cuando es un juez quien la adopta al condenar a una persona por infringir alguna norma, se pueda apoyar en el interés egoísta, o en el miedo, o en cualquier otra razón carente de fuerza justificatoria. Si fuera el miedo la razón por la que se aceptaran las normas como pautas vinculantes, la obligación jurídica no se podría diferenciar de la simple coacción. Tampoco la inercia o la costumbre pueden ser las razones últimas de la aceptación, porque son actitudes dependientes de otras actitudes previas que constituyen la costumbre. Si alguien aceptara las normas por su propia conveniencia, en todo caso tendría que fingir que la razón es otra, de tipo moral, puesto que mal podría exigir a los demás la conducta correcta apelando a su propio interés, dado que las infracciones de los otros también obedecerán a motivos interesados. ¿Cómo podría un juez, por ejemplo, apelar a su propio interés para justificar sus decisiones, unas decisiones que imponen deberes a otros?

Quiere esto decir que la pluralidad de razones diversas que apunta Hart son parasitarias de la razón moral, porque de un modo u otro la presuponen o necesitan. Es cierto que seguramente muchos individuos, quizá la mayoría, acepta las normas por inercia, irreflexivamente, pero si reflexionara y se preguntara por la razón que justifica su actitud tendría que acudir a una razón moral, porque sólo las razones morales tienen capacidad para justificar últimamente las exigencias o las críticas a la conducta de otro.⁶ Parece difícil,

5 Cfr. HART, H. L. A., "Legal and Moral Obligation", en *Essays in Moral Philosophy*, Seattle, Univ. of Washington Press, 1958, p. 93; *El concepto de Derecho*, trad. de G. R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963, pp. 250-1.

6 Vid. sobre el tema DELGADO PINTO, J., "El deber jurídico y la obligación moral de obedecer el Derecho"; "Normatividad del Derecho"; "La obligatoriedad del Derecho y la insuficiencia tanto del positivismo jurídico como del iusnaturalismo", artículos reimprimos todos ellos en *Estudios de Filosofía del Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2006, pp. 329-352; 353-370; 371-388.

en definitiva, ahondar en la dimensión interna del Derecho sin terminar descubriendo importantes conexiones del mismo con la moral. Al colocar en el centro de su teoría el peculiar sentido que el Derecho tiene para el partícipe, para quien lo acepta como orden vinculante, y especialmente para el juez, Hart ha enriquecido extraordinariamente nuestra comprensión del fenómeno jurídico, pero ha debilitado las defensas del positivismo.⁷

Algo similar ocurre con el segundo concepto que vamos a destacar, procedente también de la filosofía analítica del lenguaje. Me refiero a la idea de la textura abierta del Derecho, una idea que Hart parece haber extraído de la obra de Friedrich Waismann, otro seguidor de Wittgenstein.⁸ El Derecho tiene textura abierta porque se expresa mediante un instrumento que también la tiene: el lenguaje. Las normas jurídicas contienen términos generales que designan tipos abstractos de cosas, actos o hechos. Sin embargo, los casos reales, los actos y hechos jurídicamente relevantes que se producen en la vida social son actos o hechos concretos, con sus rasgos propios y específicos, y no siempre es posible saber con certeza si cada hecho real es o no reductible o subsumible en el hecho tipo fijado por la norma. La consecuencia de lo anterior es que toda norma jurídica tiene, junto a un núcleo de significado más o menos claro, una zona de penumbra en la que resulta difícil determinar en qué sentido debe aplicarse.

El reconocimiento de la textura abierta o porosa del Derecho es el reconocimiento de su carácter inevitablemente limitado o insuficiente como orden regulador

7 Partiendo de la distinción de Hart entre punto de vista interno y externo, NINO, C. S., *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1994, p. 47, llega a la conclusión, que considera fundamental para entender el Derecho, de la primacía lógica del punto de vista interno sobre el externo; y sostiene también que esa perspectiva interna al Derecho está indisolublemente ligada a la perspectiva interna de la moral. En efecto, una vez que se comprende la trascendencia de la dimensión interna del Derecho, no es posible eludir su conexión con la moral. Algo parecido sugiere DWORKIN, R., "Hart's Postscript and the Point of Political Philosophy", en *Justice in Robes*, London/Cambridge (Mass.), Harvard Univ. Press, 2006, pp. 141 ss., advirtiendo que la pretensión de Hart de ofrecer a los problemas centrales de la filosofía del Derecho soluciones puramente descriptivas (es decir construidas desde un punto de vista externo), y no moralmente valorativas, es insostenible.

8 Vid. WAISSMANN, F., "Verifiability", en *Proceedings of the Aristotelian Society*, suppl. vol. XX, 1946.

de la vida social. Es el reconocimiento de que sus normas están repletas, no ya de lagunas, puesto que hablamos de casos a los que las normas ofrecen respuesta, sino de charcos, por seguir con la metáfora acuática, pues aunque las normas responden, en muchos casos no se sabe muy bien lo que responden. Dicho sin metáforas: el Derecho adolece de una profunda indeterminación, y gran parte de los conflictos que se plantean ante los tribunales son por ello casos difíciles.⁹ Con la idea de la textura abierta del Derecho, Hart corrige las deficiencias del positivismo legalista o formalista del siglo XIX que concebía el Derecho como un orden completo y cerrado de normas, mediante cuya aplicación mecánica el juez podía resolver todos los problemas jurídicos que se le plantearan. Frente a esta concepción insostenible, Hart reconoce plausiblemente el carácter abierto del sistema jurídico; cosa que parece de sentido común, pues el Derecho no puede operar en el vacío al margen de los otros subsistemas del sistema social. Pero si el Derecho es un sistema abierto tendrá necesidad de que otros sistemas normativos, básicamente la moral, lo complementen, y con ello peligra otra vez la tesis positivista de la desconexión entre el Derecho y la moral.

De nuevo advertimos cómo el pensamiento de Hart abre caminos que parecen alejarse del positivismo jurídico. Pero una vez más se niega a explorarlos refugiándose ahora en una de sus doctrinas más controvertidas: la doctrina de la discrecionalidad judicial, que él declara positivista seguramente porque le permite mantener la tesis de la separación entre el Derecho y la moral. La doctrina es bien conocida. Dado que el Derecho es incapaz de ofrecer una solución precisa para muchos conflictos jurídicos, el juez goza de libertad para resolverlos a su modo. Esta doctrina, que hoy se presenta como una de las tesis básicas del positivismo jurídico, es en realidad de un positivismo bastante dudoso. En primer lugar porque históricamente, como dije antes, el positivismo comenzó defendiendo todo lo contrario, y en segundo lugar porque traiciona el valor positivista por excelencia, el valor de la certeza. Obviamente, si la decisión de gran parte de los conflictos jurídicos depende de la discrecionalidad de los jueces, poca certeza y poca seguridad jurídica cabe esperar del Derecho. Pero hay algo peor que ser una doctrina de dudosa estirpe positivista, y es ser una

9 Cfr. HART, H. L. A., "Postscript" a la segunda edición de *The Concept of Law*, Oxford, O.U.P., 1994, p. 252, donde reconoce expresamente que no son sólo casos difíciles en el sentido de que los juristas pueden discrepar sobre la respuesta que el Derecho prevé para ellos, sino también en el sentido de que el Derecho en tales casos es fundamentalmente incompleto y no proporciona respuesta alguna a las cuestiones planteadas.

doctrina escasamente convincente. No es casual que en ella se haya centrado exitosamente el ataque de Ronald Dworkin.¹⁰

Hart no deja de advertir, es cierto, que la discrecionalidad atribuida por él a los jueces no equivale a capricho irracional o mero arbitrio. La decisión del juez, aunque no pueda apoyarse en el Derecho, tendrá que apoyarse, según dice, en alguna buena razón que la justifique.¹¹ Por desgracia, Hart no profundiza en el examen de esas razones en que los jueces habrán de apoyarse, pero si lo hiciera probablemente volvería a tener problemas para mantener el dogma positivista de la separación entre el Derecho y la moral, porque difícilmente podría evitar la conclusión de que, o bien esas razones son elegidas caprichosamente por el juez (en cuyo caso, volveríamos al puro arbitrio judicial, aunque algo disimulado o enmascarado), o bien son razones que se imponen por su propio valor, en cuyo caso sólo cabe hablar de discrecionalidad en un sentido débil, que equivale a simple ejercicio del juicio para hallar la razón más adecuada, que lógicamente será una razón moral, puesto que sólo desde la moral se pueden justificar decisiones que afecten a los derechos y los deberes de las personas.

En cualquier caso, es difícil negar la extrañeza provocada por la imagen del Derecho que resulta de combinar la tesis de la textura abierta con la tesis de la discrecionalidad judicial. Es una visión que otorga a los jueces, al menos en parte, el papel de inventores o creadores del Derecho; un papel que, como el propio Hart reconoce expresamente, los tribunales siempre niegan desempeñar, insistiendo en que su tarea es la de hallar y aplicar el Derecho existente y no la de crearlo. Es curioso que, olvidando su metodología habitual, Hart haya preferido no extraer en este punto ninguna enseñanza del análisis del lenguaje ordinario de los jueces.

El tercer concepto clave de la Teoría del Derecho de Hart que me propongo repasar, también de forma muy esquemática, es el de la regla de reconocimien-

10 Vid. DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, trad. de M. Guastavino, Barcelona, Ariel, 1984, esp. pp. 83 ss. y 130 ss.

11 Cfr. HART, H. L. A., *El concepto de Derecho*, op. cit., p. 312. En el "Postscript", op. cit., p. 273, reconoce que la capacidad de crear Derecho de los jueces no puede ejercerse arbitrariamente sino que debe apoyarse en "razones generales" que justifiquen su decisión. En la entrevista que citamos en la nota 4 (p. 347), Hart ofrece una pista sobre el carácter de esas razones, aludiendo expresamente a las "viejas confusiones entre el Derecho y las pautas de la moral, que se pueden usar (...) cuando existe una laguna jurídica que pueda ser suplida por decisiones judiciales creativas".

to.¹² La regla de reconocimiento, en la medida en que sirve para identificar las normas válidas del sistema jurídico, funciona como una especie de centinela o cierre de seguridad del mismo frente a las intromisiones de otros sistemas normativos. La idea de semejante regla, que tan buenos servicios presta a la concepción positivista del Derecho, parece inspirada más en la obra de otros destacados filósofos positivistas, como Kelsen y su norma fundamental, que en la filosofía analítica del lenguaje; aunque su configuración concreta como práctica social de identificación de normas válidas tiene algo que ver con las especulaciones de Wittgenstein y sus seguidores sobre lo que implica seguir una regla y sobre las diferentes funciones de las reglas.

La regla de reconocimiento, al igual que la norma fundamental kelseniana, supone una corrección del positivismo jurídico decimonónico, que era incapaz de fundamentar o explicar adecuadamente la validez del Derecho, y apelaba para ello a hechos tales como el mero hábito de obediencia a un soberano. Pero ocurre que la regla de reconocimiento, como puso de relieve la crítica de R. Dworkin, que tiene aquí otro de sus blancos preferidos, plantea serios problemas. El principal es que, tal y como Hart parece configurarla, resulta incapaz de identificar la validez o relevancia jurídica de ciertos elementos del Derecho que, como los principios o valores, no pueden identificarse mediante criterios puramente formales o “de pedigrí”, sino que requieren procedimientos más complejos, que incluyen valoraciones morales.

En sus réplicas a la crítica de Dworkin, Hart advierte, entre otras cosas, que la regla de reconocimiento puede contener también criterios materiales o de contenido. Una regla de reconocimiento podría exigir como requisito de validez, por ejemplo, y no se trata de un ejemplo de ciencia-ficción sino de algo que vemos en todos los modernos Estados constitucionales, que las normas jurídicas respeten el valor de la dignidad de la persona o los derechos humanos. También admite Hart que por muy complejo y consistente en valoraciones morales que sea el procedimiento necesario para identificar los valores o principios jurídicos, la regla de reconocimiento podría incluirlo entre sus requisitos o criterios de validez.¹³ Con estas importantes concesiones se plantea de nuevo el problema de la evidente conexión entre Derecho y moral que implica una regla

12 Puede encontrarse un análisis detallado de este concepto en RAMOS PASCUA, J. A. *La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H. L. A. Hart*, Madrid, Tecnos, 1989.

13 Cfr. por ejemplo, “Postscript”, op. cit., p. 247.

de reconocimiento así concebida. Pero una vez más Hart encuentra el modo de salir del trance sin dejar de ser positivista argumentando que se trataría de una conexión sólo contingente, mas no necesaria.

Reflexionando sobre este argumento en el que Hart termina enrocándose siempre que ve peligrar el dogma positivista de la separación entre el Derecho y la moral, parece justificarse la sospecha de que estamos ante una especie de falacia o sofisma, una especie de truco de prestidigitación filosófica que impone la aceptación de una tesis opuesta a la evidencia, la tesis de la separación entre Derecho y moral, por la sola razón de que la tesis contraria podría ser imprecisa en algún caso. Imitando a Bentham, que, como otros hacen con las mariposas, gustaba de cazar y clasificar falacias, podríamos considerar el argumento de la contingencia y no necesidad de las relaciones entre Derecho y moral como una manifestación de la que llamaré “falacia de todos o ninguno”. Según esta falacia debe excluirse de la concepción o caracterización de un fenómeno cualquier rasgo del mismo cuya presencia no se pueda constatar en absolutamente todas las manifestaciones de ese fenómeno. No importa que sea un rasgo clave para la comprensión del fenómeno en cuestión. Si no comparece en todos los casos o manifestaciones posibles del fenómeno, debe excluirse por completo de su definición.

¿Puede esto considerarse aceptable? ¿El hecho de que existan caballos cojos nos obliga acaso a descartar toda concepción del caballo que lo presente como un animal veloz? Pues lo mismo ocurre con los llamados Derechos inicuos. De igual modo que es perfectamente correcto concebir a los caballos como animales bien dotados para la carrera, aunque esto no sea un rasgo necesario sino sólo contingente, puesto que puede haber caballos cojos, enfermos o con deformidades genéticas, que sean incapaces de correr, también se puede concebir el Derecho como un orden estrecho y profundamente conectado con la moral, aun cuando pueda encontrarse algún ejemplo en que esto no ocurra, como el Derecho de la Alemania nazi, que es el ejemplo al que habitualmente se recurre en estos casos.

Hay un pasaje muy revelador en el que Hart admite algo parecido a lo que acabo de afirmar. Dice literalmente lo siguiente: “La conexión entre Derecho y exigencias morales o principios de justicia es tan poco arbitraria y tan necesaria

como la conexión entre el Derecho y las sanciones, y la búsqueda de respuesta a la cuestión de si esta necesidad es lógica (es decir, parte del significado del Derecho) o simplemente fáctica o casual bien puede dejarse como un inocente pasatiempo para los filósofos”.¹⁴ Lo que hay detrás de este inocente pasatiempo, insisto en ello, es un auténtico embrollo lingüístico provocado por el uso de términos cargados de connotaciones metafísicas o logicistas, como contingencia y necesidad. Tenemos aquí un buen ejemplo del tipo de problemas filosóficos que se resuelven, como decía Wittgenstein, enseñando a la mosca a salir de la botella. En este caso, renunciando a depurar los conceptos mediante su reducción a lo que se halle presente en todas sus manifestaciones y contentándose con explicar las cosas como son, casi siempre irremediabilmente contingentes e impuras.

Se evitaría así la paradoja de que el concepto de Derecho depurado de elementos contingentes (como su relación con la moral) que ofrece el positivismo jurídico, a pesar de su perfecta pureza, resulte inservible para describir la realidad del Derecho actual, pues casi todos los ordenamientos actuales y desde luego los más avanzados culminan con una constitución que proclama valores morales, principios de justicia y derechos fundamentales como elementos a los que las leyes ordinarias deben estar subordinadas.

La conclusión que parece desprenderse de todo lo dicho anteriormente es que Hart termina fracasando en su empeño por defender a toda costa la tesis de la desconexión entre Derecho y moral; lo cual es tanto como decir que su Teoría del Derecho, pese a sus muchas aportaciones de valor perdurable, también fracasa en cuanto teoría positivista.

Por lo demás, y volviendo al tema de las concesiones que hizo Hart al admitir que la regla de reconocimiento podía contener exigencias morales o de justicia como criterios de validez, hay que decir que tales concesiones configuran un nuevo tipo de positivismo jurídico, que él denomina blando, suave o flexible.¹⁵ En él se inspira la mayor parte de las versiones matizadas y más o menos claudicantes del positivismo jurídico que tanto han proliferado últimamente:

14 Cfr. HART, H. L. A., “Positivism and the Separation of Law and Morals”, en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983, p. 79.

15 Cfr. HART, H. L. A., “Postscript”, op. cit., p. 250: la regla de reconocimiento puede incorporar como criterios de validez jurídica la conformidad con principios morales o valores sustantivos. Por eso mi teoría ha sido denominada “soft positivism”.

positivismo incluyente, corregido, institucionalista, comprensivo, etc. No vamos a detenernos en el examen de cada una de estas versiones blandas del positivismo. Algunas se pueden considerar razonables y hasta plausibles en cuanto a sus propuestas teóricas, pero resulta dudoso que se puedan seguir considerando auténticamente positivistas.¹⁶ Si se me permite una comparación algo irreverente entre los positivismos blandos y los famosos relojes blandos de Dalí, diría que sólo se diferencian en que éstos son sin duda relojes, pero carecen de fiabilidad, porque nadie se tomaría en serio la hora que marcan; mientras que los positivismos blandos son fiables por el equilibrio de su doctrina, pero no son verdaderos positivismos.

Apliquemos, finalmente, a la Filosofía del Derecho de Hart el criterio de valoración que apuntamos al principio, y que exige coherencia en la respuesta a las tres grandes cuestiones iusfilosóficas, entre sí y con la práctica real del Derecho. Puede afirmarse que la parte más débil de su pensamiento jurídico es la teoría del razonamiento jurídico, de la que Hart apenas se ha ocupado, como él mismo reconoce en su famoso *Postscriptum*.¹⁷ Seguramente, si hubiera intentado desarrollar una teoría de la jurisdicción, habría advertido la debilidad de su tesis sobre la discrecionalidad judicial, en la que no insistiremos ahora. Es cierto que dicha tesis es coherente con su teoría del Derecho positivista, pues su objetivo parece ser ocultar o disimular la penetración de la moral por los infinitos poros del Derecho, pero es incoherente con la práctica jurídica

16 En opinión de DWORKIN, R., “Thirty Years on”, en *Justice in Robes*, loc. cit., p. 188, el “positivismo excluyente” de J. Raz despliega concepciones artificiales del Derecho y de la autoridad cuyo único propósito parece consistir en mantener vivo al positivismo jurídico a toda costa. El “positivismo incluyente” es aún peor, porque no es positivismo en absoluto sino sólo un intento de mantener el título de “positivismo” para una concepción del Derecho y de la práctica jurídica que es completamente ajena al positivismo. En un estudio reciente ESCUDERO ALDAY, R., *Los calificativos del positivismo jurídico*. El debate sobre la incorporación de la moral, Madrid, Civitas, 2004, después de examinar las nuevas versiones del positivismo jurídico y reconocer sus deficiencias, aboga por un “positivismo jurídico sin calificativos” en el que se mantengan las tesis que, según la aceptada reconstrucción de Hart, lo definen (p. 260). Esta anhelada “vuelta a Hart” parece ignorar que es precisamente el pensamiento jurídico de Hart el que, por sus contradicciones internas, ha provocado la disolución o dispersión del positivismo jurídico que él mismo había reconstruido previamente.

17 Cfr. HART, H. L. A., “Postscript”, op. cit., p. 259: “I certainly wish to confess now that I said far too little in my book about the topic of adjudication and legal reasoning”.

real, porque no explica satisfactoriamente la actividad que realizan los jueces cuando resuelven los casos no previstos por el Derecho positivo.

En cuanto a su teoría de la justicia, también poco desarrollada, pero con aportaciones interesantes, hay que decir en primer lugar que, a diferencia de la kelseniana, es cognoscitivista; es decir, cree en la capacidad de la razón para determinar lo que es justo, y puede encuadrarse en una especie de utilitarismo muy matizado. Alguien podría pensar que una teoría de la justicia cognoscitivista es insólita en un pensador positivista y quizá tendría la tentación de considerarla incoherente con una teoría del Derecho que niega toda conexión entre Derecho y justicia o moral. Hart argumentaría que no existe tal incoherencia, precisamente porque lo que el Derecho es y lo que el Derecho debe ser son dos cosas completamente distintas y sin relación entre sí. Sin embargo, hay algún aspecto de su pensamiento, tan significativo como desconcertante, en que la incoherencia se manifiesta con claridad. Pienso concretamente en su teoría del contenido mínimo del Derecho Natural, que implica el reconocimiento de una conexión necesaria, y no tan mínima como se pretende, entre el Derecho que debe ser y el que es.

En definitiva, lo que resulta incoherente e insatisfactorio en la filosofía del Derecho de Hart es su empeño en negar, frente a todas las evidencias, la conexión entre Derecho y moral. Aunque este empeño afecta y daña gran parte de sus concepciones teórico-jurídicas, hay en ellas mucho de aprovechable. Sus planteamientos arrojan mucha luz para la comprensión de los fenómenos jurídicos y pueden servir perfectamente como punto de partida para una filosofía del Derecho que pretenda situarse más allá de la batalla, hoy ya casi estéril, entre positivismo y iusnaturalismo.