

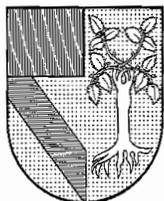
**UNIVERSIDAD PANAMERICANA
CAMPUS GUADALAJARA**

MARÍA CRISTINA PÉREZ VENEGAS

**ANÁLISIS SOBRE EL CONTENIDO MÍNIMO
DEL DERECHO NATURAL PROPUESTO
POR H. L. A. HART**

**Tesis presentada para optar por el título de Licenciado en
Derecho con Reconocimiento de Validez
Oficial de Estudios de la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN PÚBLICA,
según acuerdo número 86809 con fecha 13-VIII-86**

Zapopan, Jalisco, enero de 2014.



UNIVERSIDAD PANAMERICANA

CAMPUS GUADALAJARA

DICTAMEN DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

C. MARÍA CRISTINA PÉREZ VENEGAS
Presente.

En mi calidad de Presidente de la Comisión de Exámenes Profesionales y después de haber analizado el trabajo de titulación en la opción TESIS titulado: **“ANÁLISIS SOBRE EL CONTENIDO MÍNIMO DEL DERECHO NATURAL PROPUESTO POR H.L.A. HART”**, presentado por Usted, le manifiesto que reúne los requisitos a que obligan los reglamentos para ser presentado ante el H. Jurado del Examen Profesional, por lo que deberá entregar siete ejemplares como parte de su expediente al solicitar el examen.

Atentamente

EL PRESIDENTE DE LA COMISIÓN



DR. EDUARDO ISAIÁS RIVERA RODRÍGUEZ

México, D.F., 15 de enero de 2014

Lic. Gustavo Gómez Domínguez

Secretario Académico

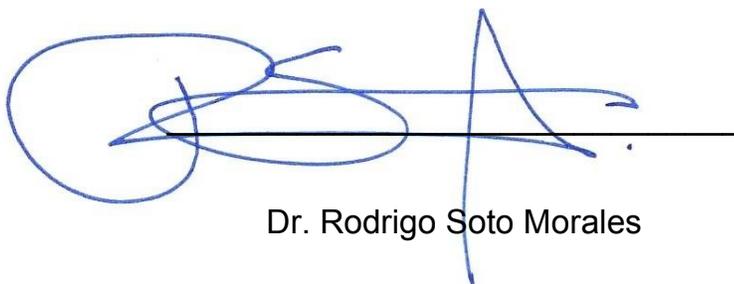
Presente

Por este medio me permito hacer de su conocimiento que la estudiante de la Licenciatura en Derecho, **María Cristina Pérez Venegas**, ha concluido de manera satisfactoria su tesis "**Análisis sobre el contenido mínimo del Derecho Natural propuesto por H. L. A. Hart**", bajo la asesoría de quien suscribe la presente.

Una vez revisado el trabajo señalado, considero que reúne las características requeridas por esta honorable casa de estudios, por lo que solicito se fije fecha para efectuar el examen profesional correspondiente.

Agradezco de antemano sus atenciones.

Atentamente



Dr. Rodrigo Soto Morales

ÍNDICE

	Página
INTRODUCCIÓN	6
I. ANTECEDENTES	15
1. Semblanza biográfica	15
2. Sobre el positivismo jurídico	17
A) Panorama general	17
B) Base antropológica del Estado Moderno	19
3. Positivismo Analítico	22
A) Panorama general	22
a) Crisis del positivismo analítico	23
B) Sobre la <i>matematización</i> de toda aseveración para ser válida	25
a) El giro copernicano en la teoría del conocimiento	28
II. Reflexión sobre el método utilizado por H. L. A. Hart	36
1. Razonamiento circular	36
2. Reducción de la Filosofía	40
3. Sobre la omisión de juicios valorativos	42
III. El Derecho y la Moral en H. L. A. Hart	47
1. Breve recuento de la diferenciación entre las normas morales y otros tipos de normas	47
2. Las normas jurídicas y la Moral	50
3. Concepción hartiana del Derecho Natural	55

A) La ley de Hume en el postulado de Hart	61
B) Del postulado <i>hartiano</i> sobre el punto de vista teleológico	63
IV. El contenido mínimo del Derecho Natural	71
1. Legitimación del abuso del poder	73
2. Conexión <i>racional</i> entre los hechos y las normas	77
3. Cuestionamiento insuficiente	80
4. Intervención de la razón práctica	82
5. De la percepción de lo justo	84
V. Validez jurídica y valor moral	87
1. Intentos por mostrar una conexión necesaria entre Derecho y Moral	88
2. Derecho como medio de control social	100
3. Los derechos antes que el Derecho	102
CONCLUSIÓN	106
1. Acotaciones	106
2. Conclusiones	107
PROPUESTAS	111
BIBLIOGRAFÍA	113

INTRODUCCIÓN

A lo largo de la historia de la filosofía se han desarrollado tanto diversas teorías sobre el universo y la realidad como métodos para su confrontación intelectual. El filosofar ha sido una actividad que acompaña al hombre desde los rastros más antiguos de la historia de la humanidad, y muchos estarían de acuerdo en afirmar que la filosofía ha representado la respuesta a la inquietud del hombre por conocer y descifrar la realidad hasta los últimos límites que la mente humana permita alcanzar. La filosofía sería la encargada de explorar con la mayor profundidad el sentido o significado de la existencia (cuestiones que -al parecer irremediablemente- el hombre se plantea).

Sucede que dentro de las corrientes de pensamiento a que nos hemos referido, en la Modernidad tomó un lugar importante el positivismo. En aquella época predominó un modelo particular de ciencia que privilegió en todos los campos "la certeza, exactitud y sistematización de todo el saber por encima de la búsqueda de los fines que orientaran la *praxis* humana".¹ El positivismo precisamente se concentra en el método para realizar la labor filosófica. La peculiaridad que aquí interesa es que se intentó trasladar el método científico a la

¹ SALDAÑA SERRANO, Javier, *Derecho Natural. Tradición, falacia naturalista y derechos humanos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2012, p.39

filosofía,² por lo que de algún modo se cae en la necesidad de "geometrizar" el objeto de estudio filosófico.

Hay en esto un cambio importante respecto de la manera de hacer filosofía que se había dado hasta entonces: la desvalorización de la metafísica. Ésta resulta mera especulación inútil desde un punto de vista encerrado en la experimentación de las ciencias naturales. Es así que, como comenta el catedrático valenciano, Jesús Ballesteros, "los objetos físicos no son estudiados desde el punto de vista del ser, en cuanto entes, sino como simples fenómenos".³

Se puede ver claramente ese intento de geometrizar la realidad incluso desde el pensamiento del importantísimo pensador inglés, Thomas Hobbes, quien afirmó que "la geometría es demostrable porque las líneas y las figuras a partir de las cuales razonamos proceden y son descritas por nosotros mismos; y la filosofía civil es demostrable porque nosotros mismos hacemos la comunidad".⁴

En el campo más reciente de la Filosofía del Derecho, el influyente positivista inglés, John Austin, buscaba que "los

² En el campo del Derecho, el joven Hegel escribió "De las diferentes maneras de tratar científicamente el Derecho Natural" (1802), ensayo que Norberto Bobbio considera que representó "la disolución definitiva del iusnaturalismo", cfr. BOBBIO, Norberto y Michelangelo Bovero, "El carácter del iusnaturalismo" en *Sociedad y estado en la filosofía moderna*, [s.p.i.], 1986, <http://es.scribd.com/doc/7273124/Bobbio-Norberto-El-Iusnaturalismo-PDF>. Fecha de consulta: 20 de diciembre de 2013

³ BALLESTEROS, Jesús, *Sobre el sentido del Derecho*, 2ª Ed., Madrid, Tecnos, 1986, p. 20
Jorge del Vecchio comena que en el ámbito jurídico "se reduce el ser al fenómeno, y se declara que el Derecho sólo es un hecho histórico relativo, una función de necesidades y fuerzas variables y no una verdad objetiva y constante, capaz de ser conocida por la razón", DEL VECCHIO, Jorge, *Persona, Estado y Derecho*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, pp. 37-38, cit. por PLATAS PACHECO, María del Carmen, *Filosofía del Derecho. Prudencia, arte del juzgador*, México, Porrúa, 2009, pp. 14-15

⁴ HOBBS, Thomas, *Seis lecciones sobre los profesores de matemáticas*, cit. por MONDOLFO, Rodolfo, *Il verum factum prima di vico*, Nápoles, Guida, 1969, p. 59 cit. por BALLESTEROS, op. cit., p.32

'términos principales' de su sistema explicativo tuvieran la simplicidad y precisión presentes en el 'método tan exitosamente seguido por los geómetras'".⁵

La aproximación filosófica descrita encuentra un antecedente determinante en el pensamiento de Immanuel Kant (que desarrolla su pensamiento entre la Revolución Científica y la Ilustración), quien en el campo de la teoría del conocimiento, invierte la perspectiva tradicional en que el objeto es simplemente conocido por el sujeto, formulando en su lugar que el sujeto en cierta medida determina al objeto, pues según advierte, existen condiciones puras en el sujeto que actúan sobre el objeto conocido. Esa concepción facilita la idea de que la realidad es susceptible de geometrización y cálculos matemáticos, además de que ella (la realidad) no constituye otra cosa que la verificación de categorías determinadas en el sujeto cognoscente. Kant, habiendo ya desarrollado ampliamente su pensamiento, afirma haber despertado de un sueño dogmático metafísico, pues cree haber descubierto los límites del conocimiento.⁶ En otro contexto Kant sostiene que debe buscarse el campo de la Moral fuera del campo de la naturaleza, pues considera que la Moral debe ser independiente del modo en que el mundo funciona, afirmando que el modo en que el mundo funciona es amoral.⁷

⁵ AUSTIN, *Province*, pp. 77-78, cit. por FINNIS, John, *Ley Natural y derechos naturales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1980, p. 39

⁶ GUTIÉRREZ SÁENZ, Raúl, *Historia de las doctrinas filosóficas*, 38ª Ed., México, Esfinge, 2007, pp. 115 y 132-133. Cfr., REALE, G. y D. Antiseri, *Historia del pensamiento filosófico y científico*, Tomo II, Barcelona, Herder, 1995, pp. 723-779

⁷ Cfr. MACINTYRE, Alasdair, *A Short History of Ethics. A History of Moral Philosophy from the Homeric Age to the Twentieth Century*, 2ª Ed., Notre Dame, Indiana, University of Notre Dame Press, 2008, p. 191

Subsiste hasta nuestros días ese afán de descartar una visión ontológica de la realidad en muchos pensadores, aconteciendo ello también en el ámbito de la Filosofía del Derecho. Un ejemplo importante de esta última aseveración reside en la obra de Herbert Lionel Adolphus Hart, reconocido e influyente filósofo del Derecho, catedrático de la Universidad de Oxford, cuya vida culminó hace poco más de dos décadas. Dicho pensador presenta en su más importante obra, *El concepto de Derecho*, un intento por establecer parámetros acertados mediante los cuales definir al Derecho, siguiendo un método encuadrado -como él mismo advierte- en la teoría analítica;⁸ de modo que su estudio consiste en valerse de la descripción de situaciones que han sido consideradas "de Derecho" en la historia, cuidando una asignación precisa de términos lingüísticos y delimitando, mediante las coincidencias brindadas por el trabajo descriptivo, lo aplicable a un concepto adecuado de Derecho.

La obra de H. L. A. Hart está teñida de elementos positivistas, entre los que destaca ese constante esfuerzo por rehuir a conceptos metafísicos y la tendencia a descalificar la idea del Derecho Natural como base del Derecho en el resto de sus expresiones.⁹ Ello contribuye a la preservación del intento positivista por restringir la práctica de la filosofía a un ejercicio meramente científico. Pareciera que el trabajo de Hart es análogo a lo que declaró Isaac Newton sobre su trabajo científico: que no le interesaba saber "lo que la gravedad es",

⁸ HART, H. L. A., *El concepto de Derecho*, traducción de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961, p. XI

⁹ Como puede verse en los capítulos VIII y IX de la obra de Hart citada en este texto.

sino sólo exponer las leyes con las que opera.¹⁰ En H. L. A. Hart, ello equivaldría a que no interesa saber lo que el Derecho es (como noción metafísica), sino sólo la manera en la que opera.

Hay entonces una actitud científica avalorativa en el conocimiento del Derecho bajo la perspectiva de Herbert Hart y otros tantos pensadores que hoy se encuentran sometidos a fuertes críticas. De acuerdo con estudios recientes del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México:

la consideración de que el derecho puede ser reducido sólo a un conjunto de normas, a un sistema normativo, donde la presencia de elementos valorativos debía estar excluida de antemano, está siendo cada vez más cuestionada, cuando no definitivamente rechazada. (...) en amplios sectores de la filosofía del derecho se ha aceptado estar ante una "crisis del positivismo jurídico".¹¹

En el presente trabajo se encontrará un análisis de la crítica al Derecho Natural que realiza H. L. A. Hart en su más grande obra, *El concepto de Derecho*, con la intención de responder a la pregunta ¿qué es para Hart el Derecho Natural y qué consecuencias se derivan de su pensamiento a ese respecto?.

Siendo él uno de los pensadores más importantes del siglo XX en el campo de la Filosofía del Derecho,¹² una investigación

¹⁰ BALLESTEROS, *op. cit.*, p. 25

¹¹ ORREGO SÁNCHEZ, Cristóbal, *Analítica del Derecho justo*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, Prólogo por Javier Saldaña pp. XIV-XV

¹² Se ha dicho que es el autor iuspositivista más influyente después de Kelsen. Ronald Dworkin afirmó que Hart revestía la forma más poderosa del positivismo. Desde la aparición de su obra, *El concepto de Derecho*, "el positivismo jurídico tendría en Hart a su mejor representante, incluso por encima de Kelsen". PEREZ JARABA, María Dolores, "Principios y reglas: Examen del debate entre R. Dworkin y H. L. A. Hart", *Revista de Estudios Jurídicos*, España, N° 10, Universidad de Jaén, 2010 (Segunda época), pp. 1-2

como la que se realiza aquí es útil en primer lugar para contribuir al debate actual que tiende a la superación del iuspositivismo sin retomar de manera clara el iusnaturalismo, y surgiendo en su lugar otras proposiciones no consolidadas del todo.

Este tipo de esfuerzos resultan importantes si se considera que en las manos de un pensamiento sólido y predominante se encuentra el devenir de la humanidad, pues a partir de él se apuntalan tendencias en las decisiones políticas, jurídicas, científicas y sociales.

Específicamente en el ámbito jurídico, los esfuerzos por definir y consolidar un pensamiento iusfilosófico se reflejan en la práctica del Derecho, pues ayudan a esclarecer cuestiones como cuál es la mejor interpretación de la ley, su aplicación o inaplicación, el contenido de los derechos humanos, la preponderancia de éstos, su medida y correcta regulación, etc.

Si bien las ideas aquí expuestas se ven respaldadas con lo dicho antes por reconocidos pensadores y doctrinistas, la aportación de este trabajo sería en parte la aplicación de esas ideas y observaciones al realizar un análisis en particular. No se trata de generar postulados enteramente nuevos, pero sí de desarrollar un análisis puntual y específico que apoye los esfuerzos por concluir el debate frente al iuspositivismo.

Se han realizado múltiples estudios del pensamiento de H. L. A. Hart, pues como ya quedó precisado, es un personaje sumamente relevante en el campo de la filosofía jurídica

(incluso se ha dicho que fue el más importante del siglo XX).¹³ Se ha loado y criticado su defensa del positivismo y su impulso de la filosofía jurídica como materia autónoma. Pero también es cierto que su postulado específico sobre el contenido mínimo del Derecho Natural no ha sido tantas veces tratado directa y puntualmente. Ese será el tema fundamental en torno al cual gire este trabajo: el contenido mínimo del Derecho Natural postulado por H. L. A. Hart según su concepción del mismo, expuesta en los capítulos VIII y IX de su obra maestra, *El concepto de Derecho*.

Antes de tratar el texto del pensador inglés directamente, incluyo un apartado de antecedentes comentando brevemente su vida, la corriente filosófica a la que se adscribe y el método que utiliza. Además incluyo algunas reflexiones preliminares, y hago mención de dos personajes de la Filosofía y la Teoría del Estado que resultaron importantes en mi comprensión del texto hartiano. Uno de ellos, Maquiavelo, generó el paradigma de una antropología pesimista del hombre que dio pie a la idea del Estado Moderno. Al encontrarme con la propuesta de separación entre Derecho y Moral de Hart, pude entrever cómo la cara del hombre que entra en juego en el campo del Derecho -para el autor- es en esencia la del egoísmo, sin que niegue que existan características distintas o contrarias, pero simplemente no considera que jueguen un papel importante en el ser del Derecho. Por otro lado, realizo un breve repaso sobre Kant, quien configura un hito en la historia del conocimiento a

¹³ AA.VV., *El legado de H. L. A. Hart. Filosofía jurídica, política y moral*, compilado por Matthew H. Kramer, Claire Grant, Ben Colburn y Antony Hatzistavrou, traducción de Claudina Orunesu y Jorge L. Rodríguez, Madrid, Marcial Pons, 2012, p.19

partir de la manera en que posa sobre el hombre y su intelecto la configuración activa de la realidad, por lo que las nociones abstractas precedentes al intelecto pierden vigencia. Hago un recuento sobre su pensamiento porque resultó importante para mi comprensión del método utilizado por Hart. Si no hubiera dedicado tiempo a adentrarme en tal cosmovisión, no hubiera comprendido cómo podían resultar lógicas para Hart muchas de sus aseveraciones.

Después del capítulo de antecedentes, incluyo una reflexión preliminar sobre el método que se percibe en *El concepto de Derecho* en general, ya que fue el encuentro con el método de toda la obra lo que me llevó a profundizar en alguna medida sobre ella. La sobre-delimitación semántica y su preponderancia, sobre cualquier otra consideración, me hicieron preguntarme sobre los objetivos de la filosofía como rama del conocimiento.

Finalmente abordo lo postulado por Hart en torno al Derecho Natural en tres partes. Es así porque el propio autor divide de ese modo su exposición sobre la relación entre Derecho y Moral en el capítulo correspondiente de su obra. En la primera parte incluyo un recuento de lo que Hart plantea en el capítulo precedente, considerando que se podría reprochar el hacer un análisis sobre el capítulo noveno sin poner sobre la mesa el octavo, ya que en éste último se puede ver cómo Hart no niega que exista una noción válida de justicia que los hombres utilizan en su conceptualización del Derecho. De ahí en adelante todo conduce a una comprensión de las nociones fundamentales que llevan al autor a sostener el contenido

mínimo del Derecho Natural tal como lo propone. La segunda y la tercera parte versan sobre la propuesta del contenido mínimo como tal y sus consecuencias en la apreciación de Hart sobre otras formas de concebir la relación entre Derecho y Moral.

Como se puede sospechar, el análisis presentado en este trabajo versa principalmente sobre el método del autor que se estudia, más que sobre la refutación sustancial de sus aserciones. No es una descalificación definitiva y tajante, pues no niego que hay en el método cosas valiosas, se trata más bien de una serie de reflexiones desarrolladas a lo largo de la lectura de la obra, que derivaron en una reconsideración sobre las nociones propias en torno al Derecho Natural, y que trato de poner sobre papel en este trabajo.

El problema principal a resolver gira en torno a la validez del razonamiento del filósofo para: (i) negar la conexión necesaria entre Derecho y Moral, y (ii) a la vez postular una idea de la existencia del Derecho Natural que no se contradiga con tal separación entre Moral y Derecho. Abordo el problema exponiendo puntualmente el desarrollo de sus ideas, arrojando al mismo tiempo las objeciones y observaciones consideradas pertinentes, para luego terminar con una recapitulación de las conclusiones vertidas en el análisis.

I. ANTECEDENTES

1. Semblanza biográfica

Herbert Lionel Adolphus Hart nació el 18 de julio de 1907 en Harrogate, Inglaterra, hijo de padres judíos. Asistió al Cheltenham College, Bradford Grammar School, donde sufrió rechazo principalmente por ser judío y por enfrentar una situación económica inferior a la de sus compañeros, factores que provocaron o acentuaron en él una personalidad bastante introvertida.

Estudió la carrera de Derecho en la Universidad de Oxford, donde el ambiente marcadamente elitista produjo en él cierto aislamiento, pues le desagradaba; y una vez más provenía de un rango socio-económico menor al de la mayoría de los estudiantes. Nuevamente contribuyó a ese aislamiento su condición de judío; estudió en Oxford cuando había una proporción de aproximadamente 40 judíos entre 4 mil estudiantes, existiendo un rechazo palpable a los mismos (había incluso clubes universitarios donde expresamente se excluían a los judíos). No obstante lo anterior, fue un alumno destacado y empapado del aire intelectual de Oxford.

Al convertirse en abogado, ejerció su carrera varios años como litigante miembro de la *Chancellor Bar*. Durante la Segunda Guerra Mundial trabajó en el Servicio de Seguridad MI5 de Inglaterra. Después de la guerra, a los 38 años, decidió

regresar a la Universidad de Oxford para dedicarse a la academia, pues según supone su biógrafa, Nicola Lacey, la práctica profesional no satisfacía sus aspiraciones intelectuales. En 1952 fue nombrado titular de la cátedra de Filosofía del Derecho, posición que le permitió difundir su pensamiento y entablar una serie de debates importantes para la sociedad de sus días con otras personalidades del mundo iusfilosófico como Lon. L. Fuller, su homólogo en Harvard,¹⁴ con quien sostuvo una discusión sobre la relación entre Moral y Derecho, publicada en el volumen 71 de la *Harvard Law Review*, misma que cobró mucha atención en su momento.

Nuestro destacado personaje se retiró de Oxford en 1969, pero siguió escribiendo de modo prominente y respondiendo a las críticas de otros reconocidos filósofos del Derecho, entre ellos Ronald Dworkin, quien le había sucedido como titular de Cátedra.

Herbert Hart murió en Oxford a los 85 años, el 19 de diciembre de 1992.¹⁵

¹⁴ Vid., ARCOS RAMÍREZ, Federico, "Una defensa de la 'moral interna' del Derecho", *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Madrid, vol. 9, 2000, pp. 35-63

¹⁵ DARRAKAR, Reza, "A Life of H. L. A. Hart", *Retfærd Nordic Journal of Law and Justice*, [s.p.i.], vol. 29, 2006, pp. 96-101

2. Sobre el positivismo jurídico

A) Panorama general

La obra que se pretende analizar en este trabajo está enmarcada dentro de la corriente positivista de concepción del Derecho,¹⁶ por lo que proporcionaremos rasgos generales de esta corriente para entrar en contexto y entender mejor el raciocinio hartiano.

Norberto Bobbio comenta que el positivismo jurídico surge a partir de ciertos acontecimientos importantes como la codificación de las leyes, especialmente la napoleónica, lo que incrementó el respeto por las leyes y cambió la manera de concebir la función del jurista.¹⁷ La historia ha dado lugar a diversas versiones del positivismo jurídico, pero puede afirmarse que el núcleo del positivismo reside en la tesis de que sólo es Derecho lo que los hombres en conjunto han establecido como tal,¹⁸ y por lo tanto todo Derecho es positivo, es decir, creado y suprimido únicamente por la acción del hombre. Por consiguiente, existe una separación tajante entre Moral y Derecho, donde una no obliga al otro, ni tiene injerencia en la cuestión sobre si algo es o no Derecho.¹⁹ El iuspositivismo sostiene la imposibilidad de establecer de manera racional y objetiva los fines y valores jurídicos, por lo que está teñido de una visión técnica (avalorativa) de los

¹⁶ GROUDINE, Candace J., "Authority: H. L. A. Hart and the Problem with Legal Positivism", *The Journal of Libertarian Studies*, [s.p.i.] vol. IV, No. 3, 1980, p. 273

¹⁷ BOBBIO, *op. cit.*, p.1

¹⁸ PLATAS PACHECO, *op. cit.*, p.8

¹⁹ MASSINI CORREAS, Carlos I., *La ley natural y su interpretación contemporánea*, Pamplona, Eunsa, 2006, pp. 23-26

actos humanos.²⁰

Según comenta Francesco D'Agostino, para los iuspositivistas, el parámetro para determinar lo que es Derecho no gira en torno a la justicia, sino a la validez. Por ello el positivismo jurídico es más bien una teoría sobre las fuentes de Derecho, enmarcada en una metodología empírico-descriptiva. Esta corriente de pensamiento "niega resueltamente la juridicidad misma de la idea de justicia y reduce esta idea a un mero dato ideológico, y por tanto, no sólo científicamente no utilizable, sino también mixtificante".²¹

Genaro Carrió, siguiendo a Norberto Bobbio, señala que se puede ser positivista en un sentido teórico o ideológico, pero también en un sentido meramente metodológico, donde la afirmación central sería "que no existe una conexión necesaria entre derecho y moral, lo cual no excluye la existencia de muchas otras conexiones de diferentes tipos entre uno y otra" (afirma además que Herbert Hart encuadra solamente en este sentido de iuspositivismo).²²

El positivista Eugenio Bulygin aporta los siguientes elementos de su corriente filosófica:

Los ingredientes más importantes del programa positivista (...) son

²⁰ Cfr. SALDAÑA SERRANO, *op. cit.*, pp. 41-42

Por ejemplo, cuando Chaim Perelman intenta trasladar el método positivista de Gottlob Frege al campo jurídico, obtiene que debe eliminarse todo juicio de valor de la idea de justicia, "pues los juicios de valor caerían fuera del campo racional", ATIENZA, Manuel, *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2011, p. 45

²¹ D'AGOSTINO, Francesco, *Filosofía del Derecho*, Bogotá, Temis, 2007, pp. 35-36

²² CARRIÓ, Genaro R., *Dworkin y el positivismo jurídico*, México, Instituto de Investigaciones Filosóficas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1981, p. 9, cit. por PEREZ JARABA, *op. cit.*, p. 3

*la tesis de la positividad del derecho (todo derecho es derecho positivo, es decir, creado y aniquilado por medio de actos humanos), la concepción no cognoscitiva de normas y valores (escepticismo ético) y la tajante separación entre descripción y valoración, entre la creación y el conocimiento del derecho, entre ciencia del derecho y política jurídica.*²³

Carlos I. Massini, al realizar un análisis de los anteriores elementos concluye que la tesis central es la segunda, entendida como "que no es posible conocer objetivamente la justicia o injusticia de las normas o principios jurídicos",²⁴ pues de no sostenerse la imposibilidad de determinar lo justo de una norma, resultaría muy difícil sostener por mucho tiempo que el Derecho consiste sólo en lo creado por el hombre, considerando la "intrínseca exigencia de unidad" del intelecto humano.²⁵

Otfried Höffe afirmó que para que una teoría iuspositivista sea sólida, necesariamente debe dejarse fuera del concepto de Derecho a la justicia. Por ello les resulta adecuado a los positivistas concebir el origen del Estado al modo contractualista, concibiendo al hombre como esencialmente egoísta.²⁶

B) Base antropológica del Estado Moderno

Es importante acentuar la influencia de una antropología

²³ BULYGIN, Eugenio, "Validez y Positivismo", cit. por AA.VV., *Comunicaciones al Segundo Congreso Internacional de Filosofía del Derecho*, tomo I, Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, La Plata, 1987, p. 244, cit. por MASSINI, *op. cit.*, p. 24

²⁴ MASSINI, *op. cit.*, p.24

²⁵ *Ibidem.*, pp. 24-25

²⁶ HÖFFE, Otfried, *Justice Politique*, traducción de J.-C. Merle, Paris, PUF, 1991, p. 85, cit. por MASSINI, *op. cit.*, p. 28

pesimista del hombre que aparece en el mundo moderno con el genial florentino Nicolás Maquiavelo, en el siglo XVI. Este personaje en su principal obra, *El príncipe*, afirma sin matices que el hombre busca irremediablemente su propio bien, y el gobernante, por la naturaleza de su puesto, intenta disfrazar su pretensión de favorecer el interés propio a toda costa al igual que el resto de los individuos.²⁷ Siendo el interés del gobernante conservar el poder, Maquiavelo afirma que para éste el fin justifica los medios,²⁸ entonces tal como se corta leña para hacer una mesa, para conservar un Estado, se asesinan inocentes. Hay una crudeza en la obra de Maquiavelo que causa mucho impacto. Fue sujeto de duras críticas, pero persiste la semilla que sembró en los principales pensadores modernos. La Filosofía del Derecho que se deja influir por la doctrina maquiavélica, se encuentra teñida de una antropología que concibe al hombre como ser instintivo cuyo fin primario es asegurar su bien propio, ubicándose dicha meta en el fondo de toda circunstancia.²⁹

Maquiavelo se propone con su obra dar una guía técnica al gobernante para mantener el poder, dejando de lado para esos fines los aspectos éticos o morales que pudieran implicarse. Para este pensador, lo bueno o malo de los actos es cosa de la moral privada y nada tiene que hacer dicho criterio en el ámbito de lo público. Con un planteamiento antropológico en que

²⁷ "Porque de la generalidad de los hombres se puede decir esto: que son ingratos, volubles, simuladores, cobardes ante el peligro y ávidos de lucro" MAQUIAVELO, Nicolás, *El príncipe*, 24ª Ed., México, Porrúa, 2007, pp. 42-43

²⁸ "Trate, pues, un príncipe de vencer y conservar el Estado, que los medios siempre serán honorables y loados por todos" *Ibidem*, p. 46

²⁹ CORTÉS RODAS, Francisco, "La política y a violencia en el pensamiento de Nicolás Maquiavelo", *Los clásicos de la filosofía política*, Medellín, Universidad de Antioquia, 2003, pp. 95-119

todos los hombres buscan necesariamente su bien propio en todo lo que hacen, sienta las bases para el Estado Moderno.³⁰

Quien no parta de la idea del hombre egoísta para construir un Estado está -de acuerdo al pensamiento del italiano- destinado al fracaso.³¹ Por lo que los "idealistas" que enaltecen al hombre y creen en su bondad, se han imaginado un deber ser del Estado que conllevaría a una política inútil.³² Esta creencia permeó en la Ilustración, con la que se establecieron las bases del Estado Moderno. Se atenuó con el tiempo, pero sigue presente la idea de que el origen de todo lo político, y subsecuentemente lo jurídico, atiende en última instancia a la necesidad individual de conseguir seguridad frente a los otros, como claramente lo establecen los contractualistas clásicos.

Puede encontrarse la influencia de lo anterior en pensadores posmodernos como Hart, aunque se antoje sutil. La manera en que se reduce la noción del Derecho Natural a una confusión con las leyes físicas naturales o a un error de lógica, como veremos, tiene como esquema base a una sociedad civil que existe y se organiza indirectamente atendiendo a instintos primarios de conservación,³³ cuestiones estudiadas de algún modo en ciencias constatables en laboratorio.

³⁰ *Ídem*

³¹ "sólo hemos visto hacer grandes cosas a los hombres considerados tacaños; los demás siempre han fracasado" MAQUIAVELO, *op. cit.*, p. 41

³² Vid. CORTÉS RODAS, *op. cit.*, pp. 95-119

³³ Hart afirma el "propósito mínimo de supervivencia que los hombres tienen al asociarse entre sí", HART, *op. cit.*, p. 239

3. Positivismos Analítico

A) Panorama general

Una de las diversas versiones de positivismo a las que aludíamos antes, es el positivismo analítico. El trabajo realizado por Hart en *El concepto de Derecho*, está enmarcado en este estilo filosófico específico. Él mismo lo afirma en el prólogo de la obra.³⁴

El modelo de ciencia que inspira este modo de filosofar es el físico-matemático, pues así creen proclamar verdadera objetividad y exactitud, lo cual implica excluir la dimensión axiológica y partir únicamente de una "perspectiva descriptivista".³⁵

En suma, pueden señalarse las siguientes características principales del modo analítico de hacer filosofía: a) el estudio del lenguaje es primordial, b) se utilizan métodos analíticos (*descompositivos*) en ese estudio del lenguaje, c) concentración en las problemáticas lógicas, "con la consiguiente preterición del resto de los temas de la filosofía práctica".³⁶

Cabe acotar que dentro de la filosofía analítica en general pueden distinguirse dos vertientes: La primera se identifica con el positivismo lógico, toma rigurosamente las matemáticas y

³⁴ *Ibidem*, p. XI

³⁵ Cfr. VIGO, Rodolfo Luis, *De la ley al Derecho*, México, Porrúa, 2012, p. 17
 "La teoría del conocimiento se hace análisis del lenguaje", MUNOZ, Jacobo e Isidoro Reguera, "Introducción" en WITTGENSTEIN, Ludwig, *Tractatus logico-philosophicus*, 3ª Ed., Madrid, Alianza, 2012, p. 31

³⁶ MASSINI, *op. cit.*, p.26

las ciencias naturales como modelo para su análisis. La segunda da más espacio al sentido común y al lenguaje ordinario.³⁷ En *El concepto de Derecho* podemos observar ambos estilos, aunque predomina el segundo de manera evidente.

Ya específicamente en el campo jurídico, este modelo de tipo científicista "renunció al saber práctico y se preocupó por un saber exacto y preciso limitado a describir, pero confesándose escéptico o irracional respecto a los valores."³⁸ Las características destacables del modo analítico de filosofar sobre el Derecho serían: a) la separación definitiva entre Moral y Derecho, b) el empirismo semántico, y c) la reducción del estudio filosófico al análisis del lenguaje jurídico positivo.³⁹ Todas ellas son perceptibles en el trabajo de Hart.

Con los sistemas descriptivos se pretende "identificar el derecho sobre la base de características no valorativas solamente", según lo declara Joseph Raz, discípulo de H. L. A. Hart.⁴⁰

a) Crisis del positivismo analítico

Ahora, si bien la intención de este trabajo es realizar un análisis de los postulados de un positivista influyente de los años sesentas, no hay que ignorar que la presencia del

³⁷ *Ídem*

³⁸ VIGO, *op. cit.*, p. 33

³⁹ MASSINI, *op. cit.*, p.27

⁴⁰ RAZ, *Practical Reason*, p. 165, cit, por FINNIS, *op. cit.*, p. 43

positivismo en el pensamiento iusfilosófico hoy es distinta a la de los tiempos de nuestro filósofo inglés. Hay que reconocer que al día de hoy existen varios trabajos serios que contraargumentan frente al positivismo analítico, y que la crisis del mismo es palpable.⁴¹

Han surgido corrientes epistemológicas, como la hermenéutica, que abogan por un abandono de la consideración de que todo conocimiento válido deriva del método científico-empirista, pues hay objetos de estudio para los que tal método no es propicio. Ellas sostienen que el método debe adecuarse "a las características del objeto estudiado".⁴²

En relación a la idea de que el positivismo entró en crisis en la segunda mitad del siglo XX, es de llamar la atención que H. L. A. Hart, en su obra cúlpe publicada en 1961, ciñéndose al método analítico y defendiendo una perspectiva positivista del Derecho, *haya terminado por afirmar un "contenido mínimo" del Derecho Natural*. Carlos I. Massini comenta que el hecho de que un iuspositivista del tamaño de Hart haya terminado por confirmar ideas contradictorias con las tesis positivistas (como la afirmación del derecho igual de todos los hombres a ser libres), demuestra que su método centrado en el análisis del lenguaje ordinario derivó en la apreciación inevitable de que los hombres hablan sobre Derecho considerando siempre implícitamente la noción de justicia y los parámetros de lo

⁴¹ MASSINI, *op. cit.*, p. 28

⁴² Cfr. *Ibidem*, pp. 30-31

justo.⁴³

¿Por qué volver hoy a un trabajo ya estudiado ampliamente? En este caso considero que si el proceso de superación del positivismo ha madurado considerablemente, quizá no ha terminado de establecerse o consolidarse aquello que lo está sustituyendo, por lo que, una mirada nueva sobre las críticas reconocidas y plausibles al Derecho Natural que se hicieron en tiempos no remotos, puede propiciar el rescate de reflexiones y argumentos que contribuyan a la solidificación de una teoría de principios centrada en la justicia, que está ganando lugar desde finales del siglo XX.⁴⁴

B) Sobre la *matematización* de toda aseveración para ser válida

Considero que es cierto que el Derecho como disciplina intenta esquematizar la realidad ante la que se enfrenta para organizar el pensamiento y proceder a la acción. Y es verdad que mientras el Derecho trata de limitar la realidad a ciertos supuestos, tipos y categorías, el hombre cada día presenta desafíos nuevos que obligan a ampliar esa gama de clasificaciones.

⁴³ *Ibidem*, op. cit., p. 32

⁴⁴ Surgen nuevas reflexiones a partir de los paradigmáticos Juicios de Nuremberg y las célebres decisiones del Juez Radbruch. Entonces surgieron trabajos tendientes a mantener el positivismo. Hart publica *El concepto de Derecho*, en 1961, e influye en grandes filósofos del Derecho como Joseph Raz. Sin embargo, en lo que va del siglo XXI, personalidades como Ronald Dworkin y John Finnis han representado el esfuerzo por dar por terminada la era del positivismo.

Hart, afín al estilo analítico de hacer filosofía, se apoya únicamente en la descripción de su objeto de estudio; en lo visible en primera instancia. Para ello, el uso de las palabras debe ser muy preciso: matemático, es decir, el contenido de cada palabra debe ser perfectamente "cuantificable". Los analíticos consideran que un concepto es cuantificable si puede describirse su significado en términos simples y claros.⁴⁵ Desde luego, de esta convicción se empieza a sospechar el encierro que sufren los filósofos analíticos en medio de tautologías, pues si un concepto nuevo puede surgir solamente si es posible remplazarlo por una o pocas palabras expresadas de manera simple y concisa, el concepto entonces no es nuevo.⁴⁶

Es razonable pensar que un concepto es válido únicamente si se puede definir, es decir, si el concepto puede ser transmitido de una persona a otra porque puede explicarse y consecuentemente ser entendido, pues precisamente el lenguaje tiene por función permitir el consenso, la comprensión, la transmisión de ideas... Pero además, el lenguaje permite desarrollar el pensamiento propio del individuo, sea éste transmitido a otros o no.

Tomemos en cuenta sólo el aspecto comunicativo del lenguaje:

Sabemos que el modo de ser del hombre evoluciona a través

⁴⁵ Cfr. CARNAP, Rudolf, *La superación de la metafísica mediante el análisis lógico del lenguaje*, cit. por AYER A. J., *El positivismo lógico*, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1993, pp.1-18

Buena parte de los conceptos que se desarrollan en el ámbito de las ciencias sociales son abstractos, no objetos físicos.

⁴⁶ Cfr. *Ídem*

de la historia atendiendo a varios factores. El cambio implica que surjan nuevos términos para denominar los nuevos fenómenos surgidos o conocidos. Cuando se asigna una palabra a cierta idea o cosa, sería absurdo decir que para ser válida tendrían que existir ya palabras para decir lo mismo, pues entonces no habría necesidad de asignar un término nuevo. Lo que hay son palabras que intentan describir la "cosa" nueva, y al ver la complejidad de la descripción que se hace mediante las palabras ya existentes, se toma la decisión de elaborar un nuevo término para podernos referir al nuevo concepto con precisión. Al suceder esto podría bastar con señalar con el dedo la "cosa" para que otro entienda a qué me refiero; ello no roba validez a nuestra nueva palabra, sino precisamente adquiere validez por ser la palabra específica que designa algo específico.

Lo que causa conflicto a los analíticos es que no todo lo designado por el hombre son objetos físicos (como agua, rocas, mesas, zapatos), que pueden ser entendidos simplemente señalando alguno con el dedo, o mostrando una imagen; sino que en la mente del hombre a lo largo de la historia se han acuñado palabras para conceptos intangibles, de apreciación puramente subjetiva que si no son definidos meticulosamente, se entienden de distinta manera por personas distintas o no se entienden nunca del todo, por ejemplo el fenómeno del amor o la apreciación de la belleza: no hay un consenso absoluto sobre cómo se miden, qué implican, cómo afectan al sujeto, etc. Y ciertos analíticos consideran que si una idea no es definida respecto a cada mínimo detalle que la constituye y el concepto no se entiende del todo, entonces no es válido. Un discurso en el que se usan palabras para ese tipo de conceptos es para

ellos un discurso vacío.

Quien se obsesiona con esa cuantificación de las palabras termina dando la espalda a una serie de actividades humanas que le llenan de plenitud, como lo es el arte. Dejan de apreciar el valor estético de la literatura, y nada que no sea un tratado de física o matemáticas tiene contenido alguno para ellos. ¿Qué pasa con este tipo de intelectuales que se dedican a otros campos diversos de la física? lo que sucede es que empiezan a explorar su objeto de estudio como si fuera objeto de estudio de la física. Hay un rechazo a la ontología característico del estilo analítico por el que se tiende a censurar ideas como que la causa final de una cosa nos habla de su esencia y ésta de su fin, y en consecuencia se concibe un deber ser de cierto objeto conocido. La idea del deber ser está ausente en el trabajo filosófico de los analíticos ortodoxos. Pero desde luego que existen filósofos de estilo analítico que se permiten cierto desapego de la ortodoxia matemática para incluir conceptos cuya descalificación sería absurda, y por lo tanto ofrecen al mundo trabajos de gran sapiencia y valor. Más adelante ubicaremos a nuestro autor inglés entre tales extremos.

a) El giro copernicano en la teoría del conocimiento

Quisiera ahora repasar el posible detonante del afán de *matematización* de la realidad, y del rechazo al conocimiento metafísico que conlleva, pues son características que observaremos en Herbert Hart más adelante. Esta obsesión cobra

vigor con el pensamiento expuesto por Immanuel Kant en cuanto a la teoría del conocimiento, a finales del siglo XVIII.

La importancia de la aportación de Kant a la historia del pensamiento es innegable, él mismo declaró que había dado un giro copernicano en el campo de la filosofía y el estudio del conocimiento. Con esa expresión se refiere específicamente a su aseveración de que al conocer, es el objeto el que se adecua al sujeto y no a la inversa como se había concebido hasta entonces. Le llama "giro copernicano" porque fue Nicolás Copérnico quien, con su teoría heliocéntrica, afirmó que era la Tierra la que giraba al rededor del Sol y no éste al rededor de aquella, lo cual provocó un sinnúmero de reacciones en el mundo de la ciencia, pues hasta entonces siempre había sido concebido inversamente, atendiendo sobre todo a concepciones antropológicas y religiosas: el hombre habitaba la Tierra, y ésta debía ser el centro del Universo pues ahí habitaba la máxima creación de Dios, frente a la que cobra sentido la realidad: el ser humano.

Kant sostiene una postura semejante a la de Copérnico en la medida en que despierta serias reacciones en el mundo del pensamiento, debido a la radicalidad de sus efectos en cuanto al conocimiento: si ya no es el sujeto el que gira en torno al objeto, sino al revés, el sujeto asciende de simple espectador a configurador activo de la realidad.

En su obra, *Crítica de la razón pura*, Kant esquematiza su teoría del conocimiento y, en relación al aspecto específico del giro copernicano aludido, explica que su afirmación de la

adecuación del objeto al sujeto no implica que el sujeto arbitraria y voluntariamente configura la realidad, sino que existe una serie de categorías uniformes en todos los sujetos, con las que se representa lo conocido. Deja claro que el conocimiento siempre inicia con la experiencia, sin embargo no todo el conocimiento se configura en la experiencia,⁴⁷ y a partir de esa afirmación se explica que existan distintos tipos de juicios: analíticos (no aportan nueva información, son explicativos) y sintéticos (aportan información nueva), y a su vez *a priori* (independiente de la experiencia)⁴⁸ y *a posteriori* (dependientes de la experiencia) que se valen de la estructura cognoscitiva que el sujeto posee.

Con respecto al giro copernicano, en el prólogo de su *Crítica de la razón pura* comenta:

Los objetos tienen que regirse por nuestro conocimiento, lo cual concuerda ya mejor con la deseada posibilidad de un conocimiento a priori de dichos objetos, que establezca algo sobre ellos antes de que nos sean dados. Ocurre con esto como con el primer pensamiento de Copérnico quien, no consiguiendo explicar bien los movimientos celestes si admitía que la masa toda de las estrellas daba vueltas al rededor del espectador, ensayó si no tendría mayor éxito haciendo al espectador dar vueltas y dejando en cambio las estrellas inmóviles. En metafísica se puede hacer un ensayo semejante, por lo que se refiere a la intuición de los objetos. Si la intuición tuviera que regirse por la constitución de los objetos, no comprendo cómo se pueda a priori saber algo de ella.⁴⁹

Sostiene que lo que se conoce son tan solo representaciones

⁴⁷ "Ciertamente es que la experiencia nos enseña que algo está constituido de este u otro modo, pero no que ello no pueda ser de otra manera." KANT, Immanuel, *Crítica de la razón pura*, 9ª Ed., México, Porrúa, 1996, p.28

⁴⁸ Kant sostiene que es innegable la realidad de principios puros *a priori* en nuestro conocimiento, pues "¿de dónde iba a sacar la experiencia su certeza si todas las reglas por las cuales progresa fueran empíricas y por lo tanto contingentes?", *Ibidem*, p.29

"Las matemáticas nos da un brillante ejemplo de cuán lejos podemos ir en el conocimiento *a priori*, independientemente de la experiencia." *Ibidem*, p.31

⁴⁹ *Ibidem*, p.14

de las cosas y no las cosas en sí mismas, por lo que el estudio de las cosas puede efectivamente consistir en una verificación de características en ellas puestas por el observador. En ese sentido, una noción como la de "causa-efecto" es colocada en la realidad ante la observación de la secuencia constantemente repetida de dos fenómenos bien definidos y ajenos al sujeto (por ejemplo, observo que cada vez que empujo una esfera pequeña con mis manos, ésta rueda en seguida, y entonces concibo a lo primero como causa de lo segundo). Lo que quizá no quede claro a este respecto es cómo distinguir una simple sucesión de hechos repetitiva, de la efectiva relación causa-efecto. La apreciación de quien redacta este texto es que, desde la visión kantiana, el hecho de que distingamos una simple sucesión de hechos constante de una relación causa-efecto precisamente sin poder explicar cómo, devela que existen los juicios sintéticos *a priori*: pues son estos los que, sin requerir de un razonamiento posterior a la experiencia, proporcionan datos no aportados por la simple colecta de hechos observados. Más aún, demuestra la existencia de categorías situadas en el sujeto que aportan datos de antemano a la hora que ése se enfrenta con la realidad.

Kant establece que el conocimiento más objetivo y exacto que puede tenerse es el que proviene de juicios sintéticos *a priori*, mismos que son propios de las ciencias naturales, especialmente de las matemáticas, donde tales juicios son legítimos por referirse a la realidad fenoménica, cosa que no sucede en metafísica (realidad nouménica), donde los juicios sintéticos *a priori*, según sostiene, son ilegítimos, pues no

hay un dato empírico que se una a las ideas metafísicas.⁵⁰

Se dice que la *Crítica de la razón pura*, fue el resultado de la inquietud de Kant de dar un sustento científico a la metafísica, y que lo obtenido fue la negación de cualquier tipo de sustento para ella.⁵¹

A mi parecer, el problema de lo anterior reside en que -quizá por la influencia del contexto histórico en el que se vio inmerso- Kant considere el método científico como el único válido para sustentar cualquier afirmación.⁵² Sin embargo, la realidad que conocemos consiste en mucho más que meros choques entre objetos sólidos, líquidos y gaseosos, y no hay razón suficiente para pensar que las leyes físicas deben aplicar a lo no físico, sino que cada uno tiene su modo distinto de ser conocido y evaluado.

Kant considera válido el conocimiento científico porque en él se encuentran juicios sintéticos *a priori*. Llama la atención que ello no le sugiera validez de las categorías metafísicas si éstas son percibidas precisamente sin necesidad de explicación minuciosa posterior a la observación de fenómenos, y sin embargo aportan algo adicional a lo arrojado por el simple hecho constatado -al igual que los juicios sintéticos- (por ejemplo el hecho de distinguir características esenciales y accidentales en un objeto, o de concebir la existencia del objeto en sí, independientemente de la percepción subjetiva

⁵⁰ Cfr. GUTIÉRREZ SÁENZ, op. cit., pp. 140-142

⁵¹ REALE, G. y D. Antiseri, op. cit., p.727

⁵² "El amante de la metafísica (...) consideraba que había que replantear a fondo la metafísica, reestructurándola metodológicamente, con objeto de conseguir el rigor y concreción de resultados que ya había logrado la física." *Ídem*

cuando aquél es dado a los sentidos, atribuyéndole entonces una sustancia propia).

La relación de lo anterior con el tema del giro copernicano que da el filósofo es que como el objeto se adecua al sujeto, el sujeto se encuentra encasillado en sus predisposiciones cognoscitivas, por lo que hay límites del conocimiento que no tiene caso desafiar con preguntas que no puede resolver la ciencia, o más específicamente la geometría.⁵³ Esta última constituye una ilustración de cómo el sujeto otorga figuras a los objetos y los regula según cálculos construidos por aquél.

Lo anterior deriva en la noción de que conocer es simplemente verificar características otorgadas por el mismo sujeto cognoscente al exterior, por lo que el sustento de una aseveración se encuentra sólo en la constatación de dichas figuras concebidas por el sujeto, en los objetos observados.⁵⁴ Entendiendo aquí que se conoce la realidad en la medida en que se constata la coincidencia entre la figuras concebidas por el sujeto y los fenómenos que se van presentando al conocimiento. No es mi propósito negar lo anterior, pero sí objetar ante el hecho de que tal visión sobre el conocimiento científico, se traslade a las humanidades.

Si se considera acertado lo afirmado en el párrafo precedente para toda realidad, termina por sostenerse este criterio en cualquier materia por más intangible que sea su objeto de estudio, siendo así que llega a afirmarse en el campo

⁵³ Kant insistió un tiempo "en la necesidad de que la metafísica se valga del respaldo de la geometría y de la experiencia." *Ibidem*, p. 728

⁵⁴ Similar a lo que afirma Herbert Hart, Cfr. HART, *op. cit.*, p. 233

del Derecho, por ejemplo, que el derecho a la vida está basado en la generalidad de las ganas de vivir de todo ser humano. Mientras en el cotejo de tal idea y los hechos haya coincidencia, la regla subsiste, pero si se presenta una excepción, entonces la idea se ve modificada: En este caso, si se presenta una persona que no desea seguir viviendo, se rompe la regla. Ello no deriva en un deber ser que implique procurar que esa persona viva, sino que simplemente hay una discontinuidad en la regla y esa persona puede pedir que alguien termine con su vida sin implicación valorativa alguna, tal como H. L. A. Hart propone en el capítulo IX de *El concepto de Derecho*, cuestión que abordaremos más adelante.

Me parece que limitar el análisis de toda dimensión de la realidad a un estudio físico-matemático no es acertado, pues hay aspectos psicológicos, sociológicos y antropológicos, por no incluir éticos, que se intuyen, experimentan y son conocidos por los sujetos, que se dejan de lado por completo aunque sean elementos que innegablemente jueguen un papel en un caso dado (por ejemplo en el caso de alguien que desea quitarse la vida).

Decimos que el hombre se vale de las reglas de su percepción para conocer los objetos, y los objetos físicos externos son conocidos como fenómenos por ser representados por los sentidos al entrar en contacto con ellos. Lo anterior es cierto, pero no encuentro razón para reducir la realidad a objetos físicos externos, y aceptar el análisis sobre el conocimiento de ellos como universal para el conocimiento en

general;⁵⁵ hay una serie larga de cuestiones internas en el sujeto que también son susceptibles de conocimiento, pues se experimentan: por ejemplo los estados de ánimo, la indeterminación de la voluntad, las inquietudes y angustias, las ansias incontrollables de ciertos estados no físicos como la felicidad,⁵⁶ la repulsión, la sublimación, el fenómeno creativo precedente al arte y el fenómeno contemplativo posterior... Todo ello se experimenta de manera distinta al mero encuentro con un objeto físico externo como lo es un par de zapatos.

Claro está que Kant no niega el deber, sino todo lo contrario, es de capital importancia para él. Mas lo que se advierte en este texto son las implicaciones que tiene el condecorado giro copernicano en el pensamiento que se desarrolla con posterioridad a nuestro bondadoso y genial personaje prusiano.

⁵⁵ Aclarando que no es esto lo que Kant hizo finalmente, pero en un principio se proponía dar un sustento científico a la metafísica, concluyendo que esto no podía darse, por lo que quien quiere tomar por único al conocimiento científico, intentará desterrar a la metafísica de su intelecto.

⁵⁵ Kant finalmente separa todo saber moral del conocimiento científico. Pero como en principio se proponía dar un sustento científico a la metafísica y concluyó que esto no podía darse, quien quiera tomar por único al conocimiento científico, intentará desterrar a la metafísica de su intelecto.

⁵⁶ Y aunque las sustancias químicas circulando en mi cuerpo sean determinables de acuerdo a tal o cual estado anímico, la experiencia que el sujeto tiene de esas sustancias se diferencia de las sustancias en sí, aunque haya relación causa-efecto si se quiere ver así.

II. Reflexión sobre el método utilizado por H. L. A. Hart

1. Razonamiento circular

A lo largo del estudio de *El concepto de Derecho* de H. L. A. Hart, he identificado ciertos aspectos metodológicos discutibles, por ejemplo, me parece que existe un cierto encierro circular en la argumentación puramente descriptiva, pues a base de la narración de diversas situaciones normalmente consideradas "de Derecho", el filósofo identifica una serie de rasgos definitivos que operan en dichas situaciones, y con ello pretende arribar a un concepto acertado de Derecho. Lo que despierta inquietud es que lo "considerado" no es cuestionado directamente, sino sólo planteado, siendo así que cuando un sujeto cualquiera acuda al concepto proporcionado por el pensador, se encontrará con uno construido a base de presupuestos no examinados y tautologías (por ser sólo descripciones).

La objeción a ello puede ser ilustrada mediante una analogía: Si una persona se propone explicar lo que es una sonrisa, puede proporcionar una mera descripción de lo que se observa en principio, expresándose así: "conjunto de contracciones de los músculos faciales mediante los que se forma con los labios una línea curva, cuyos extremos se extienden hacia arriba, y la parte media tira hacia abajo, pudiendo o no mostrar los dientes con dicho movimiento". Con esta descripción se entenderá cómo luce una sonrisa, y el que la ha aprendido quizá identifique una cuando la vea, pero no

podrá más que nombrarla, pues la anterior definición no le brinda indicio de lo que la sonrisa significa, para qué sirve, qué hacer con ella, cómo reaccionar ante ella. Sucede entonces que la mera descripción da el *cómo*, pero no el *qué* en cuanto a la esencia, y por tanto no es posible determinar qué hacer respecto a la cosa en el ámbito de los juicios valorativos (qué *debe* hacerse por ser lo correcto). La impresión que surge es que lo mismo pasa si se reduce la Filosofía del Derecho a un ejercicio de descripción del fenómeno.

Manuel Atienza ha afirmado que "no importa tanto la descripción de una realidad ya dada (...) como la participación en esa práctica de cara a conformarla de manera que se logre una realización máxima de los valores y fines que dan sentido a las normas y que tienen primacía sobre ellas".⁵⁷

El mismo Immanuel Kant reflexiona en su libro más apegado a la Filosofía del Derecho, *La paz perpetua*, lo siguiente:

*Es verdad que, si no hay libertad ni una ley moral basada en ella, sino que todo lo que ocurre o puede ocurrir es simple mecanismo de la naturaleza, entonces la política (como el arte de utilizar este mecanismo para la gobernación de los hombres) representa toda la sabiduría práctica y el concepto de derecho es un pensamiento vacío. Pero si, por el contrario, se encuentra que este concepto esté absolutamente vinculado a la política, para elevarlo incluso a condición limitativa de esta última, entonces habrá que admitir su conciliabilidad.*⁵⁸

Con ello ilustra la polémica sobre la necesidad de la entrada de los juicios valorativos como necesarios en las

⁵⁷ ATIENZA, Manuel y Juan Ruiz Manero, "Dejemos atrás el positivismo jurídico", *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México, Instituto Tecnológico Autónomo de México, No. 27, 2007, [s.p.]

⁵⁸ KANT, Immanuel. *La paz perpetua*, Madrid, Mestas, 2001, p. 66

ciencias sociales, particularmente en el Derecho. Aquéllas cobran autonomía así frente a las ciencias naturales, donde el método no requiere de un juicio valorativo (moral) para obtener sus conclusiones. Si la necesidad de realizar análisis valorativos frente a los fenómenos sociales no es ponderado y reconocido en las ciencias sociales, se cae en el "cientificismo". El científicismo consiste en la "aplicación inapropiada e irreflexiva de métodos de las ciencias naturales en las ciencias sociales".⁵⁹

Friedrich Hayeck aclara que los estudios sociales "no tratan de relaciones entre cosas, sino de relaciones entre hombres y cosas o de relaciones que mantienen los hombres entre sí", ello implica que pueden estudiarse de modo distinto, atendiendo a distintas realidades que presenta cada objeto estudiado. Sin embargo, con el afán de apegarse o asemejarse al método científico,⁶⁰ se cae en la *praxis* de la cuantificación del lenguaje y la descripción como única forma de estudiar las humanidades. Hayeck afirma que es un error "tomar como hechos lo que no son más que imprecisas teorías del vulgo", y añade:

*el uso popular de términos como sociedad y economía, se toman ingenuamente como prueba de que han de existir 'objetos' definidos que se correspondan con esos términos. El hecho de que todo el mundo hable de la nación o del capitalismo induce a creer que el primer paso en el estudio de esos fenómenos debe ser descubrir su aspecto, del mismo modo que haríamos cuando se nos habla de una determinada piedra o de cierto animal.*⁶¹

⁵⁹ LESSNOF, Michael H., *La filosofía política del siglo XX*, Madrid, Akal Nuestro Tiempo, 2001, pp. 219-220

⁶⁰ Para Hannah Arendt, si se toma "la imagen del hombre aceptada por aquellos que proponen la legitimidad de las 'ciencias sociales' modelada desde las bases de la ciencia natural", se contemplaría a "una sociedad en la que los hombres casi han dejado de ser humanos al convertirse de nuevo en parte de la naturaleza", cfr. LESSNOF, *op. cit.*, p. 120

⁶¹ HAYECK, Friedrich, *La contrarrevolución de la ciencia*, Madrid, Unión, 2003, pp. 219-220

Me parece que ello sucede en el análisis de Herbert Hart sobre el Derecho en general, y como veremos, concretamente en su idea de un posible Derecho Natural.

Como comenta Luis Vigo, en el campo jurídico "el reduccionismo cientificista le sustrae a la razón los fundamentos y los fines del Derecho como la resolución concreta de problemas jurídicos".⁶² El problema de ello es que no sustituye el espacio vacío que deja, por eso es reduccionista. Al momento de que el juez se enfrente a un caso concreto en el que la ley le da para más de una interpretación o manera de resolver, si no se atiende a criterios racionales de justicia que preceden epistémicamente a la ley escrita, entonces nos encontramos frente a la justificación de la arbitrariedad tan temida en las democracias.⁶³

Respecto de ese método positivista-descriptivo, podemos unirnos a la objeción de John Finnis ante lo que considera la justificación kelseneana de su concepto de Derecho: Nos dice que para determinar un concepto que abarque las distintas formas de Derecho observadas, Kelsen se pregunta "¿Qué puede tener en común el orden social de una tribu de negros bajo el mando de un jefe despótico -un orden igualmente llamado 'law' (o 'ley' o 'derecho')- con la constitución de la República Suiza?", ante lo que Finnis alega: "Quién está imponiendo este nombre a esta denominación? ¿Qué voluntad de referirse así al orden social de la tribu (con un lenguaje que expresa distinciones que al jefe despótico y a sus súbditos no les

⁶² VIGO, *op. cit.*, p. 11

⁶³ Hart admite que los jueces toman principios de justicia como guía, pero afirma que también en ocasiones no lo hacen, señalando que no *deben* necesariamente hacerlo.

interesa hacer) viene a ser de este modo decisiva?".⁶⁴

Del mismo modo, Herbert Hart intenta contemplar todas las actividades a las que comúnmente se alude con la denominación "law" para acuñar un concepto en el que quepan todas ellas, sin cuestionarse en ningún momento si el uso del término es correcto en todas esas situaciones a la luz de un estudio de sus objetivos y su naturaleza, pues ese tipo de estudio no cabe en su método.

2. Reducción de la Filosofía

Se ha dicho que la perspectiva del positivismo jurídico (y la reducción de la Filosofía del Derecho a éste), "conduce en el tema del concepto del derecho a la separación radical entre el derecho que es y el derecho que debe ser, o entre el derecho y la moral".⁶⁵ Hart representa un claro defensor de dicha separación, contribuyendo además a la abolición de importancia alguna sobre el deber ser, despojando a la filosofía del estudio de ello, y reduciendo su tarea a la descripción de fenómenos. Dicha tarea pudiera bien dejarse a la sociología, o incluso a la lexicografía. En este punto surge la impresión de que, al ser desplazada la ontología fuera del campo de la filosofía, se termina por despojarla de su utilidad, pues delimita su tarea a operar como las ciencias físicas, y conseguir conclusiones propias de éstas (y en todo caso obtiene

⁶⁴ FINNIS, *op. cit.*, pp. 39-40

⁶⁵ BALLESTEROS, *op. cit.*, p.43

buenos resultados lexicográficos, pero nada más), con lo que quizá termine por abolirse la Filosofía del Derecho como tal (en cuanto distinta de otros estudios por su papel insustituible de llegar a las últimas consecuencias en el conocimiento del fenómeno jurídico).

John Finnis afirma que "la teoría del derecho, como otras ciencias sociales, aspira a ser más que una conjunción de lexicografía e historia local, o incluso más que una yuxtaposición de todas las lexicografías unidas a todas las historias locales"⁶⁶, y en otro momento añade:

Una teoría de la ley natural pretende ser capaz de identificar condiciones y principios de rectitud práctica, de un orden bueno y correcto entre los hombres y en la conducta individual. A menos que alguna pretensión así esté justificada, la teoría analítica del derecho en particular y (por lo menos la mayor parte de) todas las ciencias sociales en general, no pueden tener criterios críticamente justificados para la formación de conceptos generales, y deben contentarse con no ser más que manifestaciones de los diversos conceptos propios de determinados pueblos y/o de determinados teóricos que se interesan por esos pueblos.⁶⁷

La preocupación que aquí aqueja es que se pierda el recurso de reflexión seria de fondo (que se encuentra en la actividad filosófica) a la hora de encarar dificultades tales como definir el contenido de garantías individuales, delimitar alcance de derechos humanos que se contraponen, e incluso el sustento mismo de la existencia de éstos -los derechos fundamentales de toda persona-. En relación a ello Francesco D'Agostino comenta:

El iuspositivismo es esencialmente una teoría de las fuentes del

⁶⁶ FINNIS, *op. cit.*, p. 38

⁶⁷ *Ibidem*, p. 51

derecho. Pero en su radical actitud antimetafísica se muestra como una pobre teoría empírico-descriptiva del derecho, que ve en el trabajo jurídico un esfuerzo dirigido fundamentalmente hacia el pasado (es decir, al estudio del iuspositum [derecho puesto]), carente de criterios de orientación para todas aquellas dimensiones todavía fluidas, todavía indecisas, que constituyen los problemas jurídicos "futuros".⁶⁸

3. Sobre la omisión de juicios valorativos

Como se ha comentado repetidamente hasta ahora, el escepticismo frente a los juicios valorativos es una característica del modo moderno y posmoderno de hacer filosofía a raíz del desarrollo del método científico y su fiabilidad. El postulado de Hart es producto de esa tendencia a rechazar la validez de juicios de valor aunque inevitablemente asalten la mente luego de relacionar una serie de observaciones. Las justificaciones que se han buscado para rechazar esos asaltos axiológicos contemplan la de nuestro filósofo del Derecho, en la medida en que afirma que las cosas son, se observan, constatan y describen, pero es irracional pasar de ello a la imposición del comportamiento de unas sobre otras sólo por ser observadas con mayor frecuencia. Según lo anterior, esa minoría es susceptible de ser observada, constatada y descrita, más no manipulada bajo la bandera del "deber ser".

Como lo he comentado ya, la obstinación de mantenerse dentro del límite de lo descriptivo resulta inadecuada para disciplinas y ciencias como la jurídica. Filósofos del Derecho como John Finnis han puesto sobre la mesa la inextricable unión

⁶⁸ D'AGOSTINO, *op. cit.*, p. 35

de las valoraciones y las descripciones en las ciencias sociales.⁶⁹

Por ahora bastará con dar luz sobre la aseveración de que resulta inadecuado el destierro del campo axiológico de la razón humana, en objetos de estudio como el Derecho, con un ejemplo sutil del resultado de la influencia de este modo de desarrollo teórico en el espacio de la doctrina jurídica:

Por señalar un caso: hay quien da una definición del Estado después de un análisis de la realidad y de otros postulados al respecto. Una de las consideradas por él características esenciales del Estado, derivadas de su análisis, es la siguiente:

Los objetivos estatales son determinados por la parte dominante de la población, aun cuando también haya alguna influencia de las demás, sin que necesariamente incluya dentro de aquellos alcanzar el bien común.⁷⁰

Esta "característica", que es una descripción de lo que sucede comúnmente en los hechos, forma parte de su definición final de Estado, en un intento por proporcionar una definición realista que no deje fuera del concepto al fenómeno que de hecho opera, lo cual en un primer soslayo parece sensato. Sin embargo, el desarrollo de este concepto descriptivo que busca prescindir de un cierto "deber ser" del Estado, en atención a su modo de ser más comúnmente observado, podría terminar por despojar de todo sentido a la entidad del Estado y a la del

⁶⁹ FINNIS, *op. cit.*, p.14

⁷⁰ FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, *Derecho Administrativo del Estado de Jalisco*, Porrúa, México, 2012, p. 20

Derecho.⁷¹

Para explicar lo anterior debemos acudir a un caso análogo, en el ámbito no jurídico, que deje en clara evidencia lo aseverado: digamos que un hombre se propone fabricar un utensilio para sacar punta a un lápiz, pues el lápiz requiere ser afilado para poder escribir con él. Este hombre hace un "saca-puntas", nombre designado precisamente por la función para la que fue diseñado. Pero resulta que ese hombre es un tanto torpe y su utensilio no logra afilar el lápiz. Nuestro personaje repite la fabricación en varias ocasiones logrando conseguir la función deseada en muy pocas de ellas. Imaginemos ahora que este hombre -en lugar de buscar soluciones efectivas, modos alternos de fabricación, materiales más adecuados, etcétera- encuentra su "solución perfecta e infalible" en reconcebir lo que ya había denominado "saca-puntas" como aquél utensilio con el que se rompe la punta restante de un lápiz cuando aquélla se ha desgastado lo suficiente como para frustrar la posibilidad de escribir o trazar líneas adecuadamente. Si el sujeto logra redefinir al saca-puntas de esta manera, logra entonces convertirse en un ideal fabricante de saca-puntas. Su torpeza se transforma en habilidad.

Seguramente lo anterior parecerá absurdo a quien lea estas líneas, y es ese precisamente el propósito: queda en evidencia lo inútil del fenómeno. Si alguien se acerca a nuestro personaje y le pregunta si un "saca-puntas" no "debería" sacar

⁷¹ Definiciones de este tipo se observan en estudiosos del Derecho que simpatizan con Hart, por ejemplo, Leslie Green afirma que el Derecho es una construcción social, un rasgo históricamente contingente de ciertas sociedades, cuya aparición está signada por el ascenso de un control social sistemático y la dominación de cierta élite. GREEN, Leslie, "The Concept of Law Revisited", *Michigan Law Review*, Michigan, vol. 94, No. 6, 1996, p. 1687

punta al lápiz en lugar de romperlo, y él responde que el "deber ser" no es una categoría que interese a su criterio estrictamente "científico y avalorativo" pues él se limita a describir lo que la cosa de hecho es ante sus ojos y en su personal experiencia, estaríamos ante un fabricante absolutamente prescindible. Pero si su criterio se aceptara por todos, nos enfrentaríamos a un conjunto de actividades completamente inútiles y la funcionalidad y aprovechamiento de un "saca-puntas" (y del lápiz mismo, en última instancia) perdería toda vigencia y sentido. Así que bien valdría la pena identificar cuando el utensilio padece un defecto que no le permite llevar a cabo adecuadamente su "finalidad" para entonces corregirlo. Para esto debe reconocerse esa "finalidad" que le dio origen y mantenerse presente a lo largo de toda la vida y evolución del utensilio en diferentes unidades.

Se puede seguir el mismo razonamiento en torno al concepto del Estado o del Derecho. Para referirnos al caso expuesto más arriba, podría decirse que se aporta un concepto de Estado en términos descriptivos, realistas, que de sostenerse irá perdiendo rastro de la "finalidad" reconocida para el mismo a lo largo de buena parte de la historia. Veamos; se reconoce que en un Estado hay un grupo dominante que conduce a veces contraviniendo el bien común. Frente a ello quedan las dos opciones esgrimidas antes: considerarlo un defecto y conservar el concepto para así impulsar la búsqueda constante de retomar la dirección hacia el bien común, o reconcebir al Estado para que ninguna realidad que contravenga al concepto original quede fuera, y entonces lo definimos y reconocemos como cualquier cosa que se configure bajo esa bandera en un tiempo y lugar

determinados, sin importar que carezca totalmente de sentido (todo por dejar las categorías axiológicas, o el análisis teleológico, fuera del estudio filosófico).

Dejamos esta idea hasta aquí para dar paso al estudio directo de la parte de la obra de H. L. A. Hart que pretendo analizar, una vez expuestos los anteriores antecedentes y consideraciones.

III. El Derecho y la Moral en H. L. A. Hart

1. Breve recuento de la diferenciación entre las normas morales y otros tipos de normas

En el octavo capítulo del libro *El concepto de Derecho*, Hart se propone descalificar el postulado que sostiene que el elemento central de la noción de "Derecho" radica en su relación con la Moral. El autor describe tres problemas a dilucidar con respecto a la noción de Derecho mencionada. El primer problema, dice, es establecer con claridad la distinción entre la concepción de justicia y la de Derecho. El segundo se refiere al esclarecimiento de la diferencia entre reglas morales como tal, y reglas jurídicas y sociales en general. El último problema consiste en presentar las maneras diversas en que se relacionan el Derecho y la Moral.

En cuanto a la delimitación del concepto de justicia, Hart explica que, de acuerdo al uso del término en el lenguaje, aquél tiene una connotación mucho más específica que la de Moral, y a base de ejemplos pretende dejar claro que el uso de "justicia" es más específico en tanto se refiere únicamente a los casos en que prevalece o no la equidad. Adentrándose luego en la equidad, explica que hay dos situaciones relevantes para comprender el uso de ese término: una, que no se trate de una conducta individual aislada, sino de la distribución de algo entre una colectividad de individuos. La segunda situación se actualiza cuando alguien ha producido un daño a otro, por lo que el agraviado adquiere el derecho de exigir una compensación.

El pensador deja claro que la regla de equidad que debe regir en las situaciones descritas consiste en "tratar casos semejantes de la misma manera". Dicho enunciado presenta una dificultad: establecer en cada caso cuáles son las semejanzas relevantes, pues de otro modo, dice, tenemos sólo una fórmula vacía. Sin dar la última palabra, Hart sugiere que quizá la consideración del fin que la norma persigue puede esclarecer las semejanzas y diferencias relevantes.

Existe un segundo aspecto de la justicia distributiva (representada por la primera situación enumerada) y consiste en la consideración imparcial de los diferentes beneficios individuales para privilegiar aquellos con los que se favorezca "el bien común". En este caso viene a bien el término "justicia social" pues no consiste solamente en restablecer el orden entre dos individuos, sino que se refiere a la colectividad social. Hart explica que sólo las normas que observan las necesidades más elementales promueven el bienestar de todos por igual, y a partir de ellas se determina quién debe ceder y en qué, aunque los parámetros no pueden delimitarse de manera estricta.

Para dejar clara la distinción entre Moral y cualquier otro tipo de reglas, Hart expone cuatro características ilustrativas. La primera es la "importancia", refiriéndose a que una conducta se considera moral en tanto su observancia se considera importante, y por ello deben contravenirse ciertas pasiones o renunciar a cierto interés personal. En contraste, las reglas no estrictamente morales -incluso algunas jurídicas- pueden reportar poca importancia, de modo que su inobservancia

no representaría grandes alteraciones al orden social. La segunda característica es la "inmunidad al cambio deliberado", y consiste en que una norma jurídica puede modificarse de acuerdo al protocolo establecido, en una fecha específica y por la acción de cierta autoridad; a diferencia de ello, la regla moral no cambia a partir de un acto deliberado y en un momento específico, sino progresivamente a través de la historia y la evolución de las costumbres. La tercera característica es el "carácter voluntario de las transgresiones morales" y esta se refiere a que para que haya responsabilidad moral, debe haber intención de romper la regla, por lo que el desconocimiento o la imposibilidad de cumplir eximen de culpa, cuestión que no necesariamente se verifica en los otros tipos de reglas. La última característica es la "forma especial de la presión moral", es decir, la presión no consiste primeramente en apelar a la sanción o consecuencias negativas del incumplimiento, sino en la bondad del respeto a tales normas en sí mismas.

A parte de los cuatro criterios formales anteriores, el autor se asegura de agregar que la Moral comprende mucho más que sólo deberes, pues también incluye ideales que alcanzan hombres santos que son dignos de alabanza, o personas virtuosas que van más allá del deber, a quienes se debe reconocimiento. Además deja claro que la Moral difícilmente se reduce a la concepción de ella en cierta sociedad, sino que un juicio de racionalidad y generalidad representa una evaluación moral de dicha concepción. Con todo lo anterior, Hart se da por satisfecho en la tarea de diferenciar puntualmente el concepto de norma moral frente al resto de las normas, incluyendo las jurídicas.

2. Las normas jurídicas y la Moral

En el capítulo noveno, "Las normas jurídicas y la Moral", Hart inicia afirmando que existen varios tipos distintos de relaciones entre el Derecho y la Moral, y agrega que por el hecho de existir diferentes relaciones, no puede estudiarse algo como *la relación* entre Derecho y Moral. Afirma que lo provechoso es mirar las diferencias entre lo que se puede querer decir al hablar de una relación entre Moral y Derecho.

El autor concede que indudablemente a lo largo del desarrollo histórico del Derecho, éste ha estado influido por la moral convencional de cada tiempo y lugar, e incluso por críticas morales particulares realizadas por personajes cuya concepción moral ha trascendido a la del grupo social del que forma parte. Pero advierte que el problema viene cuando al admitir lo anterior, se infiere que un sistema jurídico *tiene* que adecuarse a la Moral. En palabras del autor:

Es posible tomar esta verdad ilícitamente, como fundamento de una proposición distinta: a saber, que un sistema jurídico tiene que exhibir una concordancia específica con la moral o con la justicia, o tiene que apoyarse en una convicción ampliamente difundida de que hay una obligación moral de obedecerlo.⁷²

En líneas posteriores establece que una de las múltiples cuestiones que se refieren "a las relaciones" entre Derecho y Moral, es la que atañe al conflicto entre Derecho Natural y Positivismo Jurídico.

Para "Positivismo Jurídico" establece la siguiente

⁷² HART, *op. cit.*, p. 229

definición: "afirmación simple de que en ningún sentido es necesariamente verdad que las normas jurídicas reproducen o satisfacen ciertas exigencias de la Moral, aunque de hecho suele ocurrir así".⁷³ Y afirma que han existido diversos modos de rechazar al Positivismo Jurídico, uno de los cuales es representado por las teorías clásicas del Derecho Natural. Estas últimas las resume explicando que consisten en sostener que hay principios a ser descubiertos por la razón con los que debe concordar el Derecho elaborado por el hombre.

Con respecto a lo último, el autor comenta que varios críticos modernos han considerado que en la concepción del Derecho Natural reposa una confusión que al ser evidenciada deja sin valía a tal doctrina. Dicha confusión sucedería entre "las leyes que formulan el curso o las regularidades de la naturaleza, y las leyes que exigen que los hombres se comporten de ciertas maneras".⁷⁴

Para diferenciar las dos connotaciones de ley mencionadas, señala que las primeras son descriptivas (pues según dice, pueden ser descubiertas por medio de la observación y el razonamiento, y corresponde a los científicos descubrirlas), mientras que las segundas serían prescriptivas (lo cual, según afirma, implica que no pueden ser descubiertas mediante la observación y el razonamiento porque no son descripciones de hechos, sino exigencias sobre la conducta humana). Aquí es notoria la postura positivista que describimos en apartados previos del presente trabajo.

⁷³ *Ibidem*, p. 230

⁷⁴ *Ibidem*, p. 231

Resulta clarificador citar el modo en que el autor finalmente puntualiza la distinción que estamos abordando:

Las leyes prescriptivas pueden ser transgredidas y no obstante siguen siendo leyes, porque ello significa simplemente que los seres humanos no hacen lo prescripto; pero carece de sentido afirmar que las leyes de la naturaleza, descubiertas por la ciencia, pueden o no pueden ser transgredidas. Si las estrellas se comportan de manera contraria a las leyes científicas que pretenden describir sus movimientos regulares, éstas no son transgredidas, sino que pierden su título a ser llamadas "leyes" y tienen que ser reformuladas. A estas diferencias en el sentido de "ley" corresponden diferencias sistemáticas en el vocabulario asociado, compuesto de expresiones tales como "tener que", "deber", etc.⁷⁵

Si bien Hart se refiere a la crítica que se ha hecho de la doctrina clásica del iusnaturalismo, hace mención de ella a manera de introducción para exponer sus postulados sobre la doctrina del Derecho Natural en general. En ese sentido vale acotar por mi parte que un iusnaturalista no necesariamente ha de caer en la confusión descrita. En realidad la diferencia entre los dos sentidos con que se usa la expresión "ley natural" puede estar bien delimitada en una doctrina del Derecho Natural, pues precisamente por ello de unas leyes se deduce el concepto del deber ser, y de otras no: Un iusnaturalista puede sostener que por ley natural el hombre *tiene que* o *debe* ser justo, y proclamará tal ley cuando se encuentre con la injusticia; pero en cambio, si se entera que se registró una excepción a la ley de gravedad y que por tanto ha de modificarse la fórmula establecida, no se levantará en contra de que cambie la fórmula, ni se mortificará por ello, precisamente porque no percibe de igual modo la ley natural

⁷⁵ *Ibidem*, pp. 231-232

como fórmula científica, y la ley natural como guía de las acciones humanas en términos axiológicos de justicia.

Para plantear esa primera crítica al Derecho Natural que el autor exhibe, cita como ejemplo a John Stuart Mill, quien hace alusión a la confusión de conceptos "ley" en Motesquieu cuando éste se pregunta por qué las cosas inanimadas obedecen "la ley de su naturaleza" y el hombre en cambio peca.⁷⁶ No queda claro si Hart simpatiza con el señalamiento de Mill, pero sí acota que tal crítica sólo se refiere a la doctrina clásica. Con respecto a ello intervengo para puntualizar que no hay tal confusión en la doctrina clásica, en el sentido de que -como Hart mismo relata más adelante- en esa doctrina se contempla al hombre como dotado de una esencia que reporta un fin específico al que debe adecuarse, un fin y bien superior al de otros seres vivos, y precisamente se observa en el hombre la característica genuina de la libertad, mediante la que le es posible adecuarse a o apartarse de ese fin natural.

No hay una confusión, sino que de hecho se concibe a la realidad (la naturaleza) como una unidad armónica que opera bajo leyes del mismo orden en todos sus aspectos. Pero lo anterior no implica que no puedan distinguir el uso que puede hacerse de la palabra ley en Derecho Positivo, o como norma social, o con cualquier otra connotación, y tampoco que no sean conscientes que las leyes científicas no pueden quebrantarse en tanto que si se registra su quebrantamiento pierden *status* de ley. Justamente se observa al hombre como único libre en

⁷⁶ *Ibidem*, p. 231

relación al orden y fin natural de las cosas que existen, pero además, al expresarse como Montesquieu se refieren a "ley de su naturaleza" en sentido metafísico, que bien puede distinguirse del uso científico que alude a fórmulas matemáticas. El problema del planteamiento de Mill y otros que exhibe Hart deviene en cierto sentido del afán de delimitar el sentido de las palabras de manera abusiva, con la intención de mantener rigor científico.

Pues bien, como veremos, quien finalmente incurre en esa confusión entre las dos connotaciones de ley es nuestro profesor de Oxford, pues descalifica la actitud condenatoria de ciertos hombres que exigen a quienes se comportan de manera excepcional a la normalidad, que se *normalicen*, con el argumento de que al igual que al verificarse una excepción a una ley física (como pueden ser las leyes de Kepler), dicha ley es abolida, lo mismo debiera concluir el hombre respecto de las conductas humanas.⁷⁷

Hecha la distinción entre leyes prescriptivas y descriptivas, el profesor Hart comenta que para opositores del Derecho Natural como Jeremy Bentham o John Stuart Mill, la supuesta confusión de los iusnaturalistas reside en que éstos abrazan la creencia de que existe un Divino Legislador del Universo que determina tanto los Diez Mandamientos como la Ley de la Gravedad. Y que la diferencia entre los hombres y el resto de las cosas que forman ese universo, es que somos seres racionales y libres, por lo que podemos desatender las leyes

⁷⁷ No pretendo señalar la corrección o incorrección de esa actitud de la mayoría sobre la minoría que de hecho se da de distintas maneras en la sociedad, sino solamente indicar un posible vicio en la argumentación de la que Hart se vale para descalificar tal actitud.

divinas que nos rigen. El filósofo diserta de ello atendiendo a que la concepción originaria de lo "natural", según se usa en la expresión "Derecho Natural", viene de los griegos, cuyo pensamiento a este respecto era secular.⁷⁸

Sobre lo anterior podría conceder que el paradigma iusnaturalista de la Edad Media tenía en la mira un universo teocrático. Y concordar con el autor en que ese no ha sido siempre el cobijo bajo el que se ha concebido la existencia de un Derecho Natural. Sin embargo, el propósito de este trabajo no es analizar como tal los diferentes postulados que ha habido en la historia sobre Derecho Natural, sino presentar un análisis sobre el postulado propio del profesor de Oxford, el cual explico a continuación.

3. Concepción hartiana del Derecho Natural

Como se ha repetido, Herbert Hart es analítico en cuanto a su estilo filosófico y ello implica centrar la argumentación en la descripción de lo que se observa, y rechazar lo meramente especulativo. Resulta básico para el analítico evitar categorías metafísicas... Nos dice que la doctrina del Derecho Natural, "a pesar de una terminología, y mucha metafísica, que pocos podrían ahora aceptar", contiene ciertas verdades importantes para entender la Moral y el Derecho. Y en seguida se propone "liberarlas de sus adherencias metafísicas" para

⁷⁸ HART, *op. cit.*, p. 232

presentarlas en forma simple y válida,⁷⁹ según su criterio.

Para ello inicia puntualizando una distinción en torno a la concepción del mundo entre el pensamiento secular moderno y el no secular que le precedió:

El modo de conocer el mundo según el pensamiento secular moderno consistiría en observar ciertas regularidades en la naturaleza, diseñar ciertas fórmulas en relación a esas regularidades y verificar si coinciden unas con otras, de modo que en tanto las fórmulas vayan resultando atinadas, en esa medida se va comprendiendo el mundo.

La idea del Derecho Natural en cambio, nos dice, surge en el seno de una concepción del mundo en que la realidad no sólo presenta ciertos sucesos regulares, sino que las cosas se comportan de cierta manera porque están ordenadas a un fin. Es decir, no se pretende comprender el mundo mediante el conocimiento de "cómo" funciona, sino además del "por qué" y "para qué" funciona de tal modo.

En efecto, por mi parte afirmo que el pensador secular moderno que Hart describe, al despojarse de los pasos posteriores a responder el "cómo", asegura mantenerse en lo científico, considerado esto como lo único válido en términos objetivos y comunicables. Por lo que en ese sentido, la solución del pensador moderno ante la fragilidad que observa en los conceptos metafísicos (en tanto no pueden ser comprobados en laboratorio o a base de fórmulas matemáticas), no es diseñar

⁷⁹ *Idem*

un método diverso más fiable, sino abandonar por completo la búsqueda de respuesta a las preguntas que implican categorías metafísicas (el *por qué* y el *para qué* últimos), no obstante que las preguntas surjan como demanda espontánea del intelecto humano, pues de otro modo no se observaría ese intento por responderlas en toda la historia del pensamiento previo al secular moderno, mismo en que se decide consciente y voluntariamente ignorar (descalificar) tales demandas.

Ese último es precisamente el caso de Herbert Hart, quien continúa su exposición poniendo en evidencia el modo en que ciertos hombres "conservan" un punto de vista teleológico de la naturaleza, denostando entonces la metafísica implicada en ello.

Nos dice que desde un punto de vista teleológico, si algo sucede continuamente, entonces se considera bueno. Con respecto a ello comento que la presencia de dicho modo de ver las cosas en la mente humana es parcial y aparentemente real, pues es verdad -por ejemplo- que si observamos el desarrollo de cierto tipo de flores que crecen de colores intensos, con pétalos grandes y abiertos; y en una ocasión notamos que una no abre sus pétalos, muestra manchas opacas y muere prematuramente en relación al resto, supondremos que hay algo mal en ella, algo no deseado en las flores. Al acercarnos a examinar a esa flor en particular, podemos encontrarnos con que fue atacada por una plaga o que alguna otra cosa se interpuso en su desarrollo. Es curioso que pensadores como Hart puedan menospreciar el resultado que arroja el raciocinio ante este tipo de eventualidades, pues los analíticos tienden a confiar en el

sentido común como punto de partida, sin profundizar más, precisamente para no caer en el campo metafísico (eso provoca una especie de tensión intelectual que se percibe en sus escritos).

Ahora bien, como lo afirmé antes, la idea de que ciertos hombres consideran algo bueno únicamente porque verifican su repetición constante, es sólo aparentemente cierta. Así, no porque quien observa "desde un punto de vista científico" note que en muchas cosas que comúnmente se califican de buenas existe la característica de generalidad o repetición, puede inferir que se califican como buenas porque son generales o repetitivas, pues hay muchos otros factores a tomar en cuenta, por ejemplo: el hombre tiene una sensibilidad estética, percibe cierto grado de belleza en las cosas, y belleza en tanto le son agradables. La consideración de algo como bueno en ocasiones tiene que ver con esa percepción de belleza en la cosa. Además, si la generalidad o repetición fuera el único factor, habría muchas cosas que no son comúnmente consideradas buenas que sí lo serían, como la muerte o una epidemia duradera.⁸⁰ Si las flores de las que hablábamos se ven afectadas por una plaga severa, y todas las que están al alcance de nuestra vista lucen opacas, tienen diversos agujeros, y permanecen cerradas y torcidas, consideraremos mala la situación de las flores aunque ésta sea común, pues habrán perdido ante nuestros ojos su belleza.

⁸⁰ Hart es consciente de que una epidemia o la muerte no se consideran buenas, pero la razón para él reside en el hecho "contingente" de que la gran mayoría de las personas desean vivir, y dada la supervivencia como objetivo, las cosas se tildan de buenas o malas. Hart no considera irracional que las cosas se consideren buenas o malas en función de una meta, lo que reprocha es la manera en que se vislumbra el "fin" de ciertas cosas, según su apreciación.

Cabe hacer una acotación más antes de proseguir con los postulados de Hart: El hecho de que se perciban cosas buenas y malas puede ser una cuestión de estética o específicamente de moralidad, sin embargo, el Derecho Natural no consiste como tal en calificar las cosas de buenas o malas, pues en lugar de ello se califica el grado de justicia (que a su vez es considerada buena, como otros fenómenos que pueden calificarse axiológicamente). A partir del Derecho Natural se da entidad a la idea del deber humano en el intelecto. Un deber cuya medida y destino es la satisfacción de un derecho correlativo.⁸¹ El hecho de que podamos inteligir categorías como la belleza, la bondad y la justicia en las cosas que observamos nos distingue de otros seres conscientes,⁸² y a la vez el hecho de que sean nociones que surgen en la mente sin un proceso racional deductivo complejo, sugiere que se trata de una capacidad diversa de la lógica como tal⁸³ (y previa a ella), que nos permite percibir las (abstraerlas), sin que ello derive en que nosotros configuramos la realidad al estilo kantiano, sino que tenemos capacidad de representárnosla en más "dimensiones" que otros seres conscientes. No razonamos la liquidez o solidez de

⁸¹ Vid. HERVADA, Javier, *Introducción crítica al Derecho Natural*, 3ª Ed., México, Minos, 1994, pp. 43-46

⁸² El historiador del Derecho, Francisco Carpintero, comenta que "algunos autores distinguen una vertiente de la razón que es puramente pasiva y mecánica, que se limita a captar las cosas tal como éstas aparecen ante ella, a la que llaman *ratio*, y otra dimensión también de la razón o inteligencia humana gracias a la cual tenemos acceso a la Belleza y al Bien, y ésta constituye el *intellectus*" CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco, "¿Hay que superar la 'falacia naturalista'?", *Persona y Derecho*, Navarra, Servicio de Publicaciones Universidad de Navarra, vol. 29, 1993, p. 98

⁸³ Al respecto, Francisco Carpintero comenta que "Parece lícito que un matemático se entretenga en hacer sus deducciones, pero no parece tan lícito que pretenda imponer a todos los demás su perspectiva como la única posible, ni en el plano teórico ni en el práctico, pues lo que es más adecuado al hombre no lo determina la mayor perfección formal lógica o matemática. Si hay varios niveles de existencia, tratemos de encontrar el nivel propiamente humano, que no siempre coincide con el que es simplemente matemático o lógico." CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco, "¿Regla de reconocimiento o contexto de reconocimiento?", *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Salamanca, Separata, Aquí la Fuente y Ediciones Universidad de Salamanca, [s.a.], p. 174

un objeto, lo sentimos y describimos, e igual sucede en los animales, pero quizá del mismo modo tenemos capacidad de percibir otra dimensión de realidad en la que toca emitir juicios axiológicos y estéticos. El hecho de que ese tipo de juicios resulten más difíciles de comunicar y palpar, no debería llevarnos a ignorarlos, como sí lo hacen los científicos, sino a descubrir los métodos adecuados para su conocimiento, que no tendrían por qué coincidir con los métodos aplicados a otras "dimensiones", por llamarlas de algún modo.

Reitero que el Derecho Natural no trata únicamente de calificar de buenas o malas las cosas, pues no todo lo que se califica de tal modo encuadra en el campo jurídico (el campo de los derechos y los deberes, el campo de la justicia), tal como no es cuestión de Derecho Natural que las flores deban desarrollarse de tal o cual manera (y aquí podemos coincidir con Hart en que quizá se concibió así en el clasicismo).⁸⁴

Nuestro filósofo de Oxford nota que una de las diferencias entre Moral y Derecho es que, mientras la Moral abarca diversas virtudes y valores, el Derecho se encarga únicamente de la justicia. No lo dice en un sentido absoluto, sino simplemente en tono descriptivo de las nociones que imperan en el pensamiento de los hombres. Habiendo señalado tal distinción en el capítulo VIII, en el título siguiente deja de lado la noción de justicia para dar un contenido mínimo "viable" del Derecho Natural, cuyo elemento central es el deseo de supervivencia que conlleva el sometimiento a un sistema, dada una serie de

⁸⁴ Así John Finnis, destacado iusnaturalista de la actualidad, reconoce que parte de la escolástica pretendió deducir la Moral a partir de la congruencia entre la naturaleza y las acciones libres. ORREGO S., Cristóbal, "Estudio preliminar" en FINNIS, *op. cit.*, pp. 17-18

circunstancias contingentes. Lo anterior, como veremos adelante, resulta negativo en relación a los fines que un orden jurídico persigue (paz, orden, derechos asegurados...).⁸⁵

A) La ley de Hume en el postulado de Hart

Es importante remarcar que para Hart resulta esencial dejar claro que las cosas que suceden "naturalmente" en el Derecho, responden a una serie de particularidades del modo de ser del hombre que son completamente contingentes. Por ejemplo, el hecho de que el hombre no pueda subsistir si no es en comunidad, podría ser de manera distinta, y entonces las implicaciones derivadas de ello serían diferentes: quizá no habría necesidad de regular las relaciones entre las personas y por tanto la ciencia jurídica no existiría.

Resulta difícil estar en desacuerdo con lo anterior, y además es claro que ello no configura un argumento que debilite una teoría del Derecho Natural, pues precisamente para dar contenido al mismo, el teórico voltea a ver la situación del hombre tal como es, y observando aspectos como su vulnerabilidad, se levanta a defender un valor irrefutable de cada individuo, que debe ser protegido. Pero justamente ante esto último se disgustaría el profesor de Oxford, pues el acento que pone en la "contingencia" de las características del

⁸⁵ Jorge del Vecchio afirma que "si se admite que la naturaleza humana no existe como ser sino tan sólo en aspectos y contingencias concretas, es imposible admitir un principio jurídico universalmente y adecuado a ella", DEL VECCHIO, *op. cit.*, pp. 37-38, cit. por PLATAS PACHECO, *op. cit.*, p.15

hombre, lo pone precisamente para nutrir la objeción contra que al desarrollar una teoría se pase de la descripción del "ser" al "deber ser" de manera instantánea, sin consecución lógica. Estamos hablando de la aclamada "ley de Hume".⁸⁶

El autor sostiene que los iusnaturalistas están influidos por una visión teleológica de la realidad cuyos rastros se originan en la antigüedad clásica, pero que siguen patentes en el uso del lenguaje actual. Como se ha comentado repetidamente, la escuela metódica de Hart rechaza la metafísica, y por tanto el estudio de la esencia y fin en las cosas; por ello puede entenderse que señala esa visión teleológica como un vicio epistemológico, que implicaría por lo tanto la invalidez de las conclusiones obtenidas bajo esa visión.

El pensador se refiere al punto de vista teleológico del que hablamos, como aquel que se tiene al inferir el "deber" del "ser", es decir, a partir de la mera constatación de una sucesión de hechos. Es entonces, según dice, que se considera que "lo que generalmente acaece puede ser explicado y valorado como bueno",⁸⁷ y da una serie de ejemplos como el que se cita a continuación:

Así en el caso de una bellota, su crecimiento y transformación en un roble es algo que no sólo alcanzan en forma regular las bellotas, sino que se señala, a diferencia de su proceso de declinación (que también es regular) como un estado óptimo de

⁸⁶ Vid. HUME, David, *A Treatise of human nature*, libro III, parte I, sección 1; cit. por FINNIS, *op. cit.*, p. 70

En MASSINI, *op. cit.*, p.27, el autor comenta que la filosofía analítica en su versión científicista-empirista, incluye una defensa a ultranza de la "ley de Hume".

Cabe aclarar que la ley de Hume no es mencionada por nuestro filósofo del Derecho, sin embargo, se infiere fácilmente que tiene a la base lo concebido por dicha "ley". Hart cita a Hume para otros efectos en la misma sección de su obra, cfr. HART, *op. cit.* p. 237

⁸⁷ HART, *op. cit.* p. 234

madurez, a cuya luz se explican y juzgan las etapas intermedias como buenas o malas, y se identifica la "función" de sus diversas partes de cambios estructurales. El crecimiento normal de las hojas hace falta para obtener la humedad necesaria a los fines del desarrollo "pleno" o "propio", y es "función" de las hojas proporcionarla. Por ello aludimos a ese crecimiento como lo que "debe ocurrir naturalmente".⁸⁸

Nuestro autor utiliza imágenes como la anterior para ejemplificar la presencia de la perspectiva teleológica en el pensamiento de algunos hombres, intentando poner en evidencia su supuesta falta de lógica. En efecto, el destacado teórico iusnaturalista, John Finnis, acepta la idea de que no debe inferirse el deber ser a partir del ser,⁸⁹ y acota:

Las valoraciones no se deducen de ninguna manera de las descripciones; pero es poco probable que alguien cuyo conocimiento de los hechos de la situación humana sea muy limitado juzgue bien al discernir las implicaciones prácticas de los valores básicos. Del mismo modo, las descripciones no se deducen de las valoraciones; pero sin las valoraciones uno no puede determinar qué descripciones son realmente iluminadoras y significativas.⁹⁰

B) Del postulado *hartiano* sobre el punto de vista teleológico

En el caso de la bellota que el pensador inglés expone, él mismo hace notar cómo este punto de vista teleológico es utilizado por las personas frente al proceso de maduración de la planta y su semilla, pero no respecto de su declinación. Y hay algo en ello que el pensador pasa por alto. A continuación me explico:

⁸⁸ *Idem*

⁸⁹ FINNIS, *op. cit.*, pp. 66 - 82

⁹⁰ *Ibidem*, p. 52

El postulado de Hart en su análisis es que las personas tienden a considerar "bueno" algo, simplemente porque es común o se repite constantemente, así que si las bellotas generalmente crecen de cierta manera en un tiempo determinado, se piensa que las bellotas "deben" crecer de esa manera y en ese lapso de tiempo. La relación de lo anterior con el punto de vista teleológico es que se percibe ese deber respecto de la adecuación de la cosa a su fin, así que se termina por considerar que la finalidad del nacimiento de la bellota es crecer como generalmente crecen las bellotas. Hart parece sostener que la noción del deber es una mera inconsistencia lógica en la que se considera que lo que sucede con aguda frecuencia es "bueno".⁹¹ Si ello fuera completamente cierto, no tendría por qué existir esa diferenciación que el inglés hace notar en la consideración de que es bueno que la bellota se convierta en un roble, y no así que éste decline, aunque ello sea igualmente regular. Si la valoración de algo como bueno dependiera únicamente de la constatación de su repetición, la declinación de un roble se consideraría más certeramente buena que la maduración de la bellota y su transformación en un roble, pues con seguridad es más común que el roble decline, ya que ello sucede en todos los casos.

Puede percibirse un modo notoriamente reduccionista de observar la conducta humana, pues el autor de *El concepto de Derecho* nos dice que bajo el punto de vista teleológico (que

⁹¹ Es importante aclarar que este tipo de falacia lógica no se niega en este trabajo. Sucede a menudo que las personas toman por bueno lo que es común, únicamente por serlo, y esto puede verse sobre todo en relación a los convencionalismos sociales, tales como el modo de saludar y de dirigirse a otras personas dados diferentes contextos. En cuanto a situaciones y características de la convivencia social, me parece que la bondad o maldad de cada caso atiende a su funcionalidad en el orden social, no a su repetición.

supuestamente deriva únicamente del registro de regularidad de los sucesos) se concluye -por ejemplo- que si los hombres por lo regular desean vivir prolongadamente, entonces *debemos* desear vivir prolongadamente, y en consecuencia cuando alguien se rehúse a comer porque prefiere morir, nos preocuparemos por él y lo alentaremos a que coma y viva. Como esto es planteado por Hart en tono de crítica, se entiende que propone que al igual que si se registra una excepción en una ley científica, ésta deja de ser ley (y nadie pugnaría por que se conserve sino por corregir la fórmula), el hombre debería entender que si hay una excepción en la regularidad del deseo de los hombres a querer vivir prolongadamente, se está ante una excepción que simplemente debe dar como resultado cambiar la frase "el hombre desea vivir prolongadamente" por "la mayoría de los hombres desean vivir prolongadamente" y conservar la paz mental sin tratar de deducir un deber de las anteriores aseveraciones para imponerlo a la minoría.

Si Hart considera que la labor del filósofo consiste en observar y describir, entonces valdría la pena que por lo menos se observaran y describieran todos los factores y aspectos que están en juego en la situación que se analiza. Pero en este caso nuestro autor solamente registra los datos definitivos observables al momento y de manera superficial (¿quiere o no quiere vivir?), ignorando los aspectos psicológicos que serían cruciales en este asunto.⁹²

⁹² En relación a ello, Luis Vigo comenta que "hoy parece bastante claro que para conocer y operar con el derecho necesitamos de muchos otros saberes que no son jurídicos. Es muy difícil, por no decir imposible, intentar comprender y practicar el derecho autísticamente, o

Por supuesto que una persona intentará hacer algo ante su hermano o su hijo que desea dejar de vivir, no porque generalmente los hombres quieren vivir, sino porque se da cuenta que existe una razón que determina la situación de su ser querido: está sufriendo, ha tenido una serie de malas experiencias, se siente solo, está enfermo, ha sido objeto de abusos y desprecios... No se debe ignorar toda la dimensión espiritual del hombre (en cuanto a sus sentimientos), ello desembocaría en brindar apoyo a todos los que quieran suicidarse en lugar de intentar evitar el maltrato, o las injusticias que arrastran a los hombres a querer quitarse la vida.

Ahora, en este punto de la crítica hartiana de la visión teleológica de la realidad, podemos decir que de algún modo incurre en la confusión de las connotaciones de la palabra "ley" que antes señaló como error en parte de la doctrina del Derecho Natural. Y más que incurrir en la confusión, la propone como algo válido, pero al modo inverso del criticado en el iusnaturalismo: sugiere que al igual que la ley física en ciencias naturales, al surgir una excepción pierde el *status* de ley, en el plano moral, al verificar una excepción en el comportamiento humano debería entenderse que no hay tal ley de conducta, pues no se verifica en todos los casos. Claro, Hart sigue distinguiendo la connotación de "ley" en el plano jurídico positivo, pero propone esa equiparación respecto del plano de las ciencias naturales y la moral social.

sea, sin conexiones con las otras dimensiones de la realidad social y cultural, dígame la economía, la política, la religión, etc.", VIGO, *op. cit.*, p. 13

Lo cierto es que sí puede observarse una conducta social injustificada que tiende a imponer a las minorías lo que hacen las mayorías sin proporcionar reflexión racional alguna al respecto. Pero no es verdad, como supone Hart, que toda aseveración moral derive de esa conducta. En este trabajo no intento defender la idea de que de la generalidad se deduzca un deber, en lugar de ello afirmo que no se incurre en ese error al hacer una defensa seria y racional de la Moral y la validez de los juicios axiológicos.

Antes de su ejemplo sobre el individuo que desea morir, Hart hace un recuento sencillo pero atinado de la antropología tomista⁹³ (sin referirse a ella como tal, sino como manera general teleológica de ver el mundo):

*el hombre es concebido como tendiendo a un estado específico óptimo (...) incluye, como elemento distintivo humano, un desarrollo y excelencia de espíritu y carácter manifestado en el pensamiento y en la conducta. (...) dicho estado óptimo no es el bien o fin del hombre porque él lo quiere; en lugar de ello, el hombre lo quiere porque es su fin natural.*⁹⁴

Pues bien, es verdad que la doctrina más destacada de Derecho Natural (Aristóteles y Tomás de Aquino) está enmarcada en una concepción teleológica de la naturaleza, pero ello en ningún sentido implica que se deduzcan fines óptimos en las cosas del modo en que Hart lo supone. Al respecto John Finnis se pregunta "¿respecto de qué escritor serio ha sido verdad alguna vez que 'las cuestiones sobre si [los eventos] *ocurren* regularmente y si *deben* ocurrir o si es *bueno* que ocurran no

⁹³ Excepto porque niega que el *teleologista* vea como una diferencia radical entre el hombre y el resto de la naturaleza el hecho de que aquél pueda avanzar hacia su estado óptimo de manera consciente.

⁹⁴ HART, *op. cit.*, p. 235

[eran] consideradas como cuestiones separadas'?"⁹⁵

Se entiende que cuando Hart describe el modo teleológico de pensar que supuestamente nos lleva a considerar "buenas" a cuestiones como comer y dormir, lo hace en un tono reprobatorio. Constantemente incluye el adverbio "todavía" cuando se refiere a ellas: "elementos teleológicos que todavía persisten en el pensamiento ordinario".⁹⁶

Ahora bien, el autor *explica* que esa persistencia del punto de vista teleológico tiene sentido por un solo motivo: "el presupuesto tácito de que el fin propio de la actividad humana es la sobrevivencia".⁹⁷ Esa afirmación es para el autor el ejercicio de su intención de remover adherencias metafísicas a la doctrina del Derecho Natural. Y así nos dice que en el fondo eso es lo que hay tanto en las teorías iusnaturalistas como las contractualistas, pero que en el caso de los primeros, desarrollan su teoría incursionando en la metafísica, lo que provoca *extralimitaciones* como la de afirmar que el conocimiento de Dios es un fin del hombre (Tomás de Aquino), o que lo es también el cultivo desinteresado del intelecto (Aristóteles). Y añade:

Este pensamiento (...) puede ser desenmarañado de partes más discutibles del enfoque teleológico general, en el que el fin o bien del hombre se presenta como un modo de vida específico acerca del cual, de hecho, los hombres pueden discrepar profundamente. Además, al referirnos a la supervivencia podemos descartar, como demasiado metafísica para las mentes modernas, la noción de que ella es algo fijado de antemano, que los hombres necesariamente

⁹⁵ FINNIS, *op. cit.*, pp. 85-86, haciendo referencia precisamente a la crítica de H. L. A. Hart que estamos tratando (contenida en el capítulo IX de *El concepto de Derecho*).

⁹⁶ HART, *op. cit.*, p. 236

⁹⁷ *Idem*

desean porque es su propio fin o meta. En lugar de ello podemos sostener que el hecho de que los hombres en general desean vivir es un mero hecho contingente que podría ser de otra manera, y que todo cuanto podemos querer decir al calificar a la supervivencia de meta o fin humano es que los hombres efectivamente la desean.

De la transcripción anterior hay que hacer notar que Hart entiende que el iusnaturalista presupone que la supervivencia individual es un fin fijado de antemano en el hombre y por ello debe dirigirse a tal fin. Pues bien, si la base filosófico-naturalista en que se está enfocando es en la clásica y la tomista, es difícil darle la razón. En el caso de los contractualistas es muy claro que el motor último de la creación del Derecho es el instinto de supervivencia individual, pero no es así en el iusnaturalismo. Todo el tema del perfeccionamiento del hombre, del refinamiento de su espíritu y el cultivo del intelecto es dejado de lado por Hart simplemente señalándolo como demasiado metafísico para la mente moderna. Pero al despojar de todo ello a la doctrina iusnaturalista, y pretender reducirlo entonces a las consecuencias del instinto de supervivencia (como lo hace Hart afirmando que solamente lo plantea en términos simples y sin adherencias metafísicas), está dejando de hablar de iusnaturalismo, es decir, no simplificó nada, únicamente cambió de tema u objeto de análisis.

Considero que la razón por la que Hart se siente legitimado para hacer esa "reducción" (que no es más que un cambio de tema), es que con la reflexión sobre la supervivencia logra obtener conclusiones similares a algunas sostenidas por doctrinas de Derecho Natural. Pero el hecho de que algunas conclusiones sean similares, no significa que también lo sean

el punto de partida o el razonamiento de los que derivan tales conclusiones.

IV. El contenido mínimo del Derecho Natural

Con la anotación de que el punto de partida del Derecho y la Moral es el deseo generalizado de vivir (que, según insiste, es un hecho contingente), el autor de *El concepto de Derecho* quiere llevarnos a la idea de que ese presupuesto puede implicar "ciertas reglas de conducta que toda organización social tiene que contener para ser viable".⁹⁸ Esas reglas conformarían un "modesto pero importante" contenido mínimo del Derecho Natural,⁹⁹ y para presentarlo alude a cinco "verdades obvias" sobre los seres humanos, que generan dicho contenido mínimo. A continuación presento un breve recuento de ese contenido mínimo, y posteriormente haré algunas observaciones generales.

- Vulnerabilidad humana: Hart nos dice que la prescripción "no matarás" se deriva de la "verdad obvia" de que los hombres pueden recurrir a ataques físicos, mismos que pueden de hecho causar un daño a sus semejantes. Afirma que se trata de una verdad obvia, más no necesaria, pues ello podría cambiar, y como ejemplo señala a los animales que tienen caparazón, lo que los hace invulnerables frente a otros miembros de su especie.

- Igualdad aproximada: nos dice que ningún individuo solo es tan poderoso como para dominar a los otros sin cooperación, por un tiempo prolongado, y esa es la principal razón de que fijemos un sistema de abstenciones

⁹⁸ *Ibidem*, p.238

⁹⁹ *Ibidem*, p. 239

y concesiones mutuas (tanto en el plano jurídico como en el moral).

- Altruismo limitado: sostiene que aunque en la base esté el "modesto objetivo" de la supervivencia, no debe pensarse que el hombre es predominantemente egoísta, pues también es capaz de interesarse por el bienestar de sus semejantes pero de un modo limitado e intermitente, y ello hace que un sistema de normas sea tanto necesario como posible.
- Recursos limitados: comenta que por mera contingencia requerimos recursos que sirvan como alimento, vestido y resguardo, y que los mismos no están disponibles en abundancia, lo que hace necesaria la institución de la propiedad. Además, que los grupos grandes tienen que desarrollar la división del trabajo para obtener todas las provisiones necesarias, y de ello devienen reglas para la cooperación y el intercambio, y el reconocimiento de las promesas como fuentes de obligaciones.
- Comprensión y fuerza de voluntad limitadas: el autor afirma que los beneficios obtenidos de un sistema de abstenciones mutuas son palpables y que la mayoría de la gente está dispuesta, por distintas razones, a cooperar. Sin embargo, la posibilidad de que algunos traten tomar ventaja de ese sistema existe, por lo que surge la necesidad de las sanciones, como garantía para los que desean cooperar voluntariamente.

Con tales "verdades obvias" postuladas por Hart, éste

considera haber develado el "núcleo de buen sentido que hay en la doctrina del Derecho Natural".¹⁰⁰ Nos dice que el modo correcto de responder a la asección positivista de que el Derecho puede tener cualquier contenido, es aclarar que hay circunstancias que podrían ser distintas, pero mientras conserven su estado, ciertas consecuencias en el contenido jurídico son razonables. Y continúa:

*Dado el engarce de hechos naturales y de propósitos humanos, que hacen que las sanciones sean a la vez posibles y necesarias en un sistema nacional, podemos decir que se trata de una necesidad natural; y alguna frase de este tipo se necesita también para expresar el status de las formas mínimas de protección a las personas, a la propiedad, y a las promesas.*¹⁰¹

Tal parece que el pensador acepta una especie de visión teleológica de las cosas sólo en la medida en que el objetivo pueda haber sido fijado por el hombre por alguna necesidad que presenta dadas sus circunstancias, pero no puede aceptar una finalidad en los fenómenos ajenos al hombre y su voluntad. Admite que el hombre da cierto contenido al Derecho según sus circunstancias, pero sostiene que no hay por qué suponer que dichas circunstancias *deben ser* tales, sino que pueden cambiar, y en consecuencia cambiaría el contenido del Derecho.

1. Legitimación del abuso del poder

Clarificado lo anterior, a continuación señalo una afirmación consecuente del contenido mínimo del Derecho Natural

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 245

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 246

como lo propone Hart, que me parece importante discutir:

Según supone el catedrático: (i) el hombre se organiza con el propósito de sobrevivir de manera continuada; (ii) ello es viable por una igualdad aproximada entre las partes; (iii) los hombres oscilan entre la búsqueda del interés propio y un cierto interés intermitente en el bienestar de sus semejantes; (iv) un sistema de coexistencia pacífica es viable dados los beneficios mutuos que se derivan de la cooperación. El postulante reiteradamente enfatiza la idea de que todo ello atiende a circunstancias completamente contingentes, por lo que en tanto ciertas características humanas se conserven, la consecuencia razonable será actuar como lo hacemos.

Entre tales características, Hart da especial importancia al hecho de que exista una vulnerabilidad recíproca entre los hombres (que todos sean de algún modo vulnerables, aunque sea al dormir),¹⁰² y que si en algún momento, en cambio, existieran hombres notablemente más fuertes, que pudieran ejercer un poder continuado sobre el resto sin riesgo alguno, la consecuencia razonable sería otra, y el contenido del Derecho cambiaría también: los débiles tendrían que tomar partido y vivir bajo el protectorado de algunos de los hombres fuertes, cuyo poder sobre los mismos estaría únicamente condicionado a un resguardo ante el resto de los hombres fuertes, pudiendo ejercer cualquier tipo de opresión y exigencias desproporcionadas sobre los débiles. Ello, para Hart, estaría perfectamente justificado si tales fueran las circunstancias (aunque no niega que se

¹⁰² *Ibidem*, p. 241

pueda tener una opinión moral al respecto, en el plano jurídico estaría justificado).¹⁰³

Al atender el supuesto que el profesor inglés proporciona, resulta inevitable pensar en el plano internacional, donde las grandes potencias abusan de los países subdesarrollados, cometiendo injusticias evidentes e intolerables. Existen una serie de acuerdos y movimientos internacionales que intentan frenar o moderar dichos abusos (basados necesariamente en una teoría del Derecho y la justicia distinta de la hartiana), pero para Hart, mientras las potencias fuertes puedan seguir ejerciendo su poder como lo hacen, ello estará plenamente justificado, y si las circunstancias no cambian, no hay una fuerza real de exigencia a los dueños del poder para que frenen el abuso. Una vez que ha ocupado nuestra cabeza la analogía narrada, resulta aún más increíble que el propio autor aporte como ejemplo específicamente la situación entre países de la que hablamos:¹⁰⁴

*El escenario internacional, donde las unidades han diferido considerablemente en fuerza, proporciona un ejemplo adecuado (...) Queda por ver en qué medida las armas atómicas, cuando estén al alcance de todos, restablecerán el balance del poder desigual, y darán lugar a formas de control más parecidas al derecho penal interno.*¹⁰⁵

Pues bien, si las armas atómicas pueden ser un factor que cambie la situación del poder, bajo ese criterio estaría

¹⁰³ Hoy en día resulta clarísima la inconsistencia de estos postulados con la teoría de derechos naturales o derechos humanos que se sostiene, pues el valor central es la dignidad de cada individuo, que por sí misma implica un límite a las exigencias y opresión por parte de los otros.

¹⁰⁴ *El concepto de Derecho* fue publicado en 1961, se estaba en plena Guerra Fría y era palpable la manera en que las Grandes potencias podían manejar a los países débiles a su antojo. Vid. SPIELVOGEL, Jackson J., *Civilizaciones de Occidente*, 5ª Ed., México, Thomson, 2004, pp. 803 - 834

¹⁰⁵ HART, *op. cit.*, p. 245

también justificado que un grupo de mafiosos (proxenetas de menores, por ejemplo) realicen sus actividades si consiguen armas más tecnológicas que las del Estado, como bien sucede.

El persistente acento en la contingencia de las circunstancias que dan como resultado al Derecho como es, diferencia el pensamiento de Hart de los contractualistas y de otros iuspositivistas, haciéndola *peligrosa* (en el sentido de las consecuencias negativas que se vislumbran), pues ese Derecho sería tal en tanto exista una "igualdad aproximada" que lo haga viable, pero en el momento en que una persona o grupo de personas se encuentre en una posición de ventaja y poder no coercible *de facto*, los abusos que cometa serán producto de sus circunstancias contingentes, y no serán valorables a partir de un supuesto Derecho Natural, en tanto éste se determina únicamente en función de las características de los hechos contingentes. Queda justificada (jurídicamente) la corrupción política, las actividades de la mafia y en general toda forma de abuso de poder.¹⁰⁶ Al respecto, Javier Hervada comenta lo siguiente:

Rechazada por el positivismo la idea de derecho natural, el fundamento del derecho se puso en el poder, un poder inmanente al hombre, al Estado, sin ninguna vinculación trascendente. (...) Principio fundamental del positivismo ha sido y sigue siendo que el derecho positivo es válido en tanto que se cumplan los requisitos formales para la elaboración y la promulgación de la norma, cualquiera que sea su contenido. Esa ilimitación potencial

¹⁰⁶ Quedaría justificado cualquier tipo de abuso de poder a la luz del Derecho Natural (según lo concibe Hart), en tanto ese abuso sea posible por las circunstancias particulares de cada individuo que en los hechos no han sido susceptibles de ser controlados por la mayoría que desea cooperar con el sistema.

*de contenido es una base fundamental del positivismo, cuya realización más aguda ha sido el totalitarismo.*¹⁰⁷

Si una sociedad como la integrada en México se viera impulsada por una teoría del Derecho Natural como la de Hart, un poder tal como el ganado fácticamente por el ramo del narcotráfico o el crimen organizado en general queda legitimado, pues si lo que fundamenta la actitud política y el surgimiento del Derecho es únicamente un pacto para resguardar el bienestar individual (debido a nuestra posición de vulnerabilidad ante los semejantes), desaparece toda posibilidad de reproche jurídico a aquel que no necesita del pacto para resguardar su bienestar propio, a aquel que tiene poder fáctico suficiente para asegurar su bienestar frente a los demás sin necesidad de una actitud política y civilizada. A ese sujeto le basta adecuarse a la ley natural arrojada por la ciencia decimonónica: la supervivencia del más fuerte.

2. Conexión *racional* entre los hechos y las normas

Para mi segunda observación en torno al contenido mínimo del Derecho Natural, llamo la atención sobre hecho de que Hart afirma que los hombres se asocian entre sí debido a un propósito mínimo de supervivencia.¹⁰⁸ El objetivo de sobrevivir continuamente sería entonces el elemento esencial que da pie a organizarse social y jurídicamente:

¹⁰⁷ HERVADA, Javier, *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, Pamplona, EUNSA, 1995, p.589, cit. por PLATAS PACHECO, *op. cit.*, p. 8

¹⁰⁸ HART, *op. cit.*, p. 239

*En ausencia de ese contenido, los hombres, tales como son, no tendrían razón alguna para obedecer voluntariamente ninguna regla, y sin un mínimo de cooperación voluntariamente prestada por quienes advierten que va en su interés someterse a las reglas y conservarlas, sería imposible coaccionar a quienes no las acatan voluntariamente.*¹⁰⁹

Aquí hay que decir que el autor aclara que su análisis versa sobre la conexión racional (en el sentido de que aporta razones, y no condiciones o causas) entre los hechos naturales y el contenido de reglas morales y jurídicas, pero que es posible investigar formas distintas de ese tipo de conexión, y como ejemplo menciona que en psicología se ha postulado que si no hay una alimentación y una educación determinadas, no puede establecerse un código moral. Al hacer alusión a ese "código moral" admite que el hombre actúa de ciertas maneras también por convicciones acerca del bien y del mal,¹¹⁰ y no únicamente por interés propio o por sobrevivir continuamente. Lo que cabe cuestionar es por qué ignorar esos hechos a la hora de postular un contenido mínimo del Derecho Natural.

Hart se justifica aduciendo precisamente que su análisis es racional: la razón de que el hombre se organice, elabore normas y las cumpla, sería el hecho dado de que el hombre quiere sobrevivir continuamente, y a partir de ese objetivo derivan otros propósitos conscientes. La sociología o la psicología, dice, pueden estudiar las causas de que el hombre tenga ciertos

¹⁰⁹ *Ídem*

¹¹⁰ Y de hecho reconoce esto expresamente más adelante.

objetivos,¹¹¹ pero ese sería un estudio de tipo distinto (causal), no racional.

Si se sigue el esquema de "conexión racional" que el filósofo presenta, puede bien decirse que para algún iusnaturalista, la "conexión racional" de los hechos naturales con las normas morales y jurídicas, partiría de la afirmación de que el hombre es capaz de hacer juicios valorativos en cuanto a la bondad o maldad de los actos humanos y de percibir un valor inherente a cada persona cuya consideración, a la par de la de la libertad individual con respecto a esa conciencia axiológica, implica entonces una serie de deberes y normas para la interacción humana, cuyo aseguramiento como objetivo, daría pie al reconocimiento o elaboración de normas positivas.¹¹² Comento lo anterior para hacer notar que si la "conexión racional" consiste únicamente en señalar el objetivo del que parte el hombre para configurar un sistema de normas, ese punto de partida no es el mismo para los iusnaturalistas que para Hart (la supervivencia individual continuada)¹¹³ y los positivistas, contractualistas, etc., por lo que no debiera el profesor de Oxford cambiar la antropología base y el punto de partida de la doctrina del Derecho Natural para presentarla en "términos más simples", como se lo propuso,¹¹⁴ pues al hacerlo

¹¹¹ Y aclara que ello no se apoya en cosas obvias, por lo que deberá estudiarse con "métodos de generalización y teoría basados en la observación y, cuando ello sea posible, en la experimentación". HART, *op. cit.*, p. 240

¹¹² Lo planteo en estos términos con el único propósito de hacer notar una diferencia entre el punto de partida positivista y iusnaturalista (que Hart pretende equiparar), sin suponer que a ello se reduzca la doctrina del Derecho Natural.

¹¹³ Si con su texto Hart pretendió entrar en diálogo con personas afines al iusnaturalismo, habría incurrido en la falacia de petición de principio, "consistente en apoyarse en premisas que el interlocutor no ha admitido", ATIENZA, *Las razones del Derecho, op. cit.*, p. 52

¹¹⁴ HART, *op. cit.*, p. 233

estaría hablando ya de alguna otra doctrina, no de la que intenta simplificar.

Ahora, si una "conexión racional" entre fenómenos debe señalarse tal como lo describe Hart, la discusión entre iusnaturalistas y iuspositivistas versaría primero sobre cuál es el hecho natural que se relaciona con el sistema de normas en cuestión, y después sobre cuál es el contenido correcto de tales normas. Me parece que el filósofo pasa por alto el primer paso al sostener que se parte de lo mismo cuando no necesariamente es así.¹¹⁵

3. Cuestionamiento insuficiente

Para presentar una tercera observación, he de volver al tema de que desde la visión hartiana se legitima el abuso del poder. A ese respecto debo acotar que en el marco teórico de Hart, los abusos del poder se desincentivarán si existe un sistema efectivo de sanciones, y el Derecho Natural como él lo concibe se manifestaría ahí en forma de esfuerzos por elaborar sanciones efectivas, pero no como parámetro objetivo e inteligible que determine lo justo o injusto de los actos y su

¹¹⁵ Pero quizá, el único punto de partida obvio que le queda al prescindir de toda categoría metafísica posible, es el que postula, por lo que se estaría justificando en su propósito de liberar a la doctrina del Derecho Natural de sus adherencias metafísicas, ya que su método filosófico no da cabida para ellas. Entonces lo que tenemos es un problema de comunicación entre doctrinas, como si se tratara de lenguas distintas y una de ellas no contuviera toda una serie de términos y conceptos, cuyo entendimiento sería imposible a menos que se adoptaran tales conceptos. En dicho caso los usuarios de la lengua más pobre tendrían que elegir si abrazar nuevos conceptos o prescindir del estudio de lo que a aquéllos toque.

exigibilidad,¹¹⁶ con independencia de la cuestión sobre si pueden controlarse tales actos.

Todo lo anterior deriva del rechazo a la visión teleológica de la realidad. El tema del punto de vista teleológico es tratado puntualmente por nuestro autor, como ya se ha repasado antes, y su postura al respecto trae la siguiente consecuencia: Hart nota que hay personas que cumplen las reglas por un deseo sincero del bienestar de sus semejantes, otros por una convicción sobre el deber y el honor, otros por simple previsión de un beneficio personal,¹¹⁷ sin embargo, no procede a determinar cuál es la razón correcta para seguir las reglas, o qué hay detrás de esos razonamientos que pudiera rescatarse para determinar la naturaleza del Derecho, pues su propósito es limitarse a describir a las personas y las razones por las que actúan, pero no valorarlas (para evitar deducir un deber ser a partir de su descripción), por lo que para él basta con enunciar por qué se cumplen las normas jurídicas y morales, sin intentar responder a por qué *deberían* cumplirse.

En el mismo sentido, dadas determinadas circunstancias descriptibles, pueden derivarse una serie de consecuencias razonables que variarán en función del cambio en las circunstancias de las que surgen, sin que de la descripción de las circunstancias como son o podrían ser pueda deducirse cómo *deben* ser, ni se pueda determinar si las consecuencias de tales

¹¹⁶ Mas como diría Manuel Atienza, sostener que vale lo mismo la represión, el despotismo y un sistema justo, es contra-intuitivo. VIGO, *op. cit.*, p. 10

¹¹⁷ HART, *op. cit.*, p. 244

circunstancias *debieran* ser las que son.¹¹⁸

4. Intervención de la razón práctica

Con relación a la aseveración de que la visión teleológica surge a partir de que se observan regularidades, volvamos al punto de que el autor en un par de ocasiones hace notar cómo el *teleologista* infiere una finalidad en ciertos casos y en otros no: Nos dice que se determina un estado óptimo del roble por la regularidad con que se desarrolla de un modo específico, pero que no hay pronunciamiento sobre su declinación aunque también es regular, y en otra ocasión comenta que se dice que la finalidad del funcionamiento de los órganos es mantener la salud, y no que la finalidad de un cáncer es provocar la muerte...¹¹⁹ Sobre el mismo tema -ya en el apartado del contenido mínimo del Derecho Natural- explica:

Según el punto de vista teleológico, los sucesos que regularmente acaecen a las cosas no son concebidos como algo que meramente ocurre en forma regular, y no se considera que es plantear cuestiones distintas preguntarse si efectivamente ocurren de esa manera, si debieran ocurrir o si es bueno que ocurran. Por el contrario (salvo respecto de algunas raras monstruosidades atribuidas al "azar") lo que generalmente acaece puede ser explicado y valorado como bueno, o como lo que debe suceder, presentándolo como un paso hacia la meta o el fin propio de la cosa en cuestión. Las leyes del desarrollo de una cosa, en consecuencia, muestran al propio tiempo cómo ella se comporta y cambia regularmente y cómo debe hacerlo.¹²⁰

¹¹⁸ Quizá el problema radica en la consideración de que un iusnaturalista siempre deduce el *deber del ser*, cuando en realidad, en base a la noción de ciertos "principios de la razón práctica", un iusnaturalista puede afirmar que no se trata de una deducción del *ser*, sino de un tipo distinto de comprensión. Más adelante lo comentaré.

¹¹⁹ HART, *op. cit.*, p. 236

¹²⁰ *Ibidem*, p. 234

Con respecto a lo anterior me gustaría insistir una vez más en que el pensador afirma que desde el punto de vista teleológico se deduce el deber ser (respecto del fin natural) de las cosas únicamente al registrar la regularidad de ciertas características en ellas, y a la vez es consciente y hace notar que en ocasiones ("raras monstruosidades" como las llama con sarcasmo), no se deduce un deber ser de sucesos que también son regulares. Siendo consciente de que hay excepciones, resulta curioso que no se pregunte por el parámetro o la variable que determina la intelección de un fin, naturaleza o esencia en algunos fenómenos y en otros no, por lo menos para sostener su aseveración o solidificar su crítica.

El autor no esclarece los parámetros con los que opera la regla del punto de vista teleológico que plantea, pero si nosotros intentáramos hacerlo podríamos sostener que son otros factores los que determinan la percepción de un cierto fin en las cosas, diversos de la generalidad del modo en que se comportan,¹²¹ pues no todas las generalidades se perciben como fin óptimo.¹²²

En la doctrina del Derecho Natural se ha concebido esta percepción del fin relativo a la esencia de las cosas como formas básicas de bien captadas por el entendimiento práctico, por lo que no se inferiría el *debe* a partir del *es*, sino que se percibe la bondad de las cosas por un "acto de comprensión no

¹²¹ Hart parece sostener que el único elemento es la regularidad, lo cual queda debilitado por excepciones que él mismo ejemplifica.

¹²² Por ejemplo, no se deduce que los políticos deban ser corruptos porque generalmente lo son, sino que se afirma que aunque la mayoría lo sean, no deben serlo, y para ello se emplea un razonamiento totalmente distinto. Hart asevera que el *teleologista*, de la misma manera injustificada deduce un fin tanto en el comportamiento de la naturaleza en general como en el comportamiento del hombre. (Vid. HART, *op. cit.*, p.235)

inferencial".¹²³ Mauricio Beuchot, por ejemplo, afirma que "como la naturaleza humana está cargada de exigencias éticas, derivar de ella derechos naturales (...) no constituye *falacia naturalista*; [sino que] es otro tipo de inferencia".¹²⁴ Tal tipo de comprensión sería posible debido a la existencia de la razón práctica. Los primeros principios de la razón práctica son evidentes e indemostrables, y constituyen nuestras herramientas de conocimiento (en el tema que nos ocupa, no se puede pensar el Derecho, sino a partir de ciertas categorías fundamentales que funcionan como herramientas de conocimiento).¹²⁵ En ese sentido, el hecho de que podamos percibir la esencia y fin en ciertas cosas u orden de cosas no tiene que ver con que verifiquemos una sucesión de hechos o la repetición de los mismos, sino que simplemente nos encontramos con esas categorías de la razón práctica con las que cuenta nuestro intelecto para conocer distintos aspectos y dimensiones de la realidad. Como sostiene Mauricio Beuchot, "derivar valores o deberes del ser (...) es posible, gracias a la naturaleza misma del entendimiento".¹²⁶

5. De la percepción de lo justo

Hay que tener en cuenta que si se opta por afirmar la existencia del Derecho Natural, ello no implica automáticamente sugerir que absolutamente todo lo considerado Derecho encuadra

¹²³ FINNIS, *op. cit.*, pp. 67-68

¹²⁴ BEUCHOT, Mauricio, *Filosofía y derechos humanos*, 6ª Ed., México, Siglo Veintiuno, 2008, p.

18

¹²⁵ Cfr. D'AGOSTINO, *op. cit.*, p. 27

¹²⁶ Cfr. BEUCHOT, Mauricio, *op. cit.*, p. 10

en el Derecho Natural. Perfectamente puede afirmarse que el Derecho Natural se reduce a ciertos principios, incluso a un "contenido mínimo del Derecho", pero desde luego no como lo plantea Hart.

Cuando pensadores iusnaturalistas contemporáneos como Robert Spaeman se refieren al Derecho Natural que nos revela la razón práctica, no se refieren a la descripción de las causas de nuestro comportamiento, sino a conceptos abstractos que se introducen en nuestra mente para ser concebidos y aplicados:¹²⁷ al desarrollar una noción de dignidad y de justicia, no se realiza un estudio de los móviles de cierto individuo para obedecer la ley, eso viene después (analizar esos conceptos aporta razones para adoptar cierta ley).

La consideración sobre el grado de justicia en una situación dada surge de manera automática, por ejemplo, alguien promete 3 dólares a otra persona a cambio de que le arregle un par de zapatos. La última dedica el día siguiente a ello descuidando otras actividades, en espera de esos 3 dólares. Al día siguiente entrega los zapatos y quien se los encargó se los arranca a golpes hasta dejarlo inmóvil y huye con los zapatos sin entregar los tres dólares. Quien reflexione frente a esta situación puede hacer distintos tipos de análisis: uno sobre los móviles del ladrón, su pasado, sus necesidades, y en general todos los factores que en alguna medida hayan determinado lo que hizo. Y otro distinto será el juicio sobre lo justo del hecho presenciado. En principio parece

¹²⁷ Vid. SPAEMANN, Robert, "la actualidad del Derecho natural", en *Crítica de las utopías políticas*, Eunsa, Pamplona, 1980, pp. 315-316, cit. por MASSINNI, *op. cit.*, p. 31

¹²⁷ HART, *op. cit.*, p. 247

indiscutible que estamos frente a una situación injusta, pero esa apreciación podrían cambiar si se nos proporcionaran datos negativos del lesionado, como que previamente había jugado una mala pasada de igual magnitud a su ahora ladrón. Son estudios de distinto tipo, aunque el primero (causas) quizá se requiera como paso previo al segundo (justicia). En el primero se buscan causas, en el segundo se delimita o amplía un concepto nuevo que surge en la mente al presenciar el hecho. Es en el segundo tipo de juicio en el que se desentrañan cuestiones de Derecho Natural: una primera apreciación intuitiva nos permite inferir que existe, y luego vendrá el análisis racional con que se acotará.

V. Validez jurídica y valor moral

Hacia el final del capítulo IX de su obra maestra, Hart reconoce, pero de manera fiel a su método descriptivo, que todos los Estados Modernos dicen respetar ciertos principios de moral y justicia (que para él son las protecciones y beneficios derivados del acuerdo de abstenciones mutuas). A manera de descripción afirma que en los Estados Modernos se concibe que al menos en tales aspectos fundamentales, los hombres "tienen derecho a ser tratados con igualdad, y que no basta para justificar las diferencias de tratamiento limitarse a invocar los intereses de otros".¹²⁸ Lo que hace el autor no es conceder que existe tal derecho a la igualdad, sino que se abstiene de pronunciarse al respecto, limitándose a describir la actitud o pretensión que observa en todos los Estados Modernos.

Con respecto a lo anterior he de retomar el comentario de que el método centrado en la descripción y el análisis del lenguaje ordinario aplicado en el campo de lo jurídico, implica la apreciación de que los hombres hablan sobre Derecho considerando implícitamente la noción de justicia.¹²⁹ Si se hace un análisis completo, libre de prejuicios, del tipo de lenguaje utilizado corrientemente por las personas al hablar de Derecho, se cae en cuenta de que ese lenguaje se encuentra lleno de ejercicios valorativos en función de la justicia, en relación a

¹²⁸ *Ídem*

¹²⁹ Ortega y Gasset sostuvo que "hay un enorme caudal de ideas no susceptibles del análisis riguroso que se hace, por ejemplo, con el pensamiento de Kant o Descartes. (...) Son operativas, vigentes: actúan. Son ideas sobre las cuales ningún grupo social tiene una conciencia perfectamente clara, pero son las que secretamente se ponen en funcionamiento cuando se toma una decisión o se dice: 'esto es bueno, esto es malo' o 'esto es tolerable, esto es intolerable'", cfr., ROMERO, José Luis, *Estudio de la mentalidad burguesa*, 2ª Ed., Buenos Aires, Alianza, 2010, p. 13

lo cual viene a bien mencionar lo que Robert Spaeman ha escrito antes:

*la constante disputa en torno a la cuestión de si es razonable hablar o no de algo así como el derecho natural, no ha podido cambiar hasta ahora nada del hecho que sirve de base a la idea misma del derecho natural: los hombres distinguen acciones justas e injustas. Y el criterio último de esa distinción no es la adecuación de las acciones a las leyes positivas existentes, pues estos mismos hombres distinguen leyes justas e injustas, sentencias justas e injustas (...). Si no hubiera nada justo por naturaleza, la discusión misma sobre temas relacionados con la justicia carecería de sentido.*¹³⁰

1. Intentos por mostrar una conexión necesaria entre Derecho y Moral

Después de aceptar que existe en los Estados Modernos esa concepción de principios fundamentales de justicia que por lo menos dicen respetar, Hart afirma que "es obvio" que no es necesario que la moral aceptada se extienda a todos los miembros de un sistema o comunidad, pues (siguiendo con el método descriptivo) ha habido sociedades en las que existe la esclavitud y sin embargo los miembros no esclavizados mantienen nociones morales aplicables entre ellos.¹³¹ De nuevo aquí está prescindiendo de, o evadiendo la noción del deber ser, por lo que no le parece lícito afirmar que precisamente porque se reconocen principios fundamentales, hay realidades sociales que *deben* corregirse en función de tales principios.

¹³⁰ SPAEMANN Robert, *op. cit.*, pp. 315-316, cit. por MASSINNI, *op. cit.*, p. 31

¹³¹ HART, *op. cit.*, p. 247

Esa obstinación a no permitir la categoría de deber ser en función de un fin, no está justificada: Las razones que da Hart para rechazarla, parten de descripciones de cómo él entiende que funciona la visión teleológica, y pareciéndole irracional, la evita. Sin embargo, la visión teleológica no funciona como él supone, pues ya hemos señalado que su aseveración no se configura en todos los casos, y que la manera en que se perciben fines anteriores a la voluntad humana pudiera atender a otros factores como los propuestos por ciertos iusnaturalistas en torno a la razón práctica. Ahora bien, el hecho de que se conciba el deber en función del fin de la cosa es un esquema lógico-intuitivo del intelecto; surge de manera espontánea como vehículo para pensar las cosas:

Si quiero que pare una hemorragia (como mi meta o fin), *debo* tapan la herida. Si quiero llegar a tiempo (fin) *debo* apresurarme. Si quiero hablar con un amigo, *debo* llamarle. Por supuesto que Hart no negaría el uso del concepto de deber en ninguno de los anteriores ejemplos, lo que quiero señalar es que es lícito concebir el *debe* cuando se visualiza una meta o fin.¹³² Así, si por un momento concede que se descubre, percibe o señala cierto fin (sea planteado como previo o no a la voluntad humana), la idea de que se *debe* proceder de cierta manera o se *deben* observar ciertas características, no carece de lógica alguna.

¹³² Hart no niega la licitud de concebir el deber en función de una meta o fin, lo que le parece erróneo es la manera en que se señalan ciertos "fines naturales". Dado que no considera ilícito concebir el deber en relación al fin, pretendo señalar que si concediera que la justicia como fin no se pone sobre la mesa como resultado del proceso viciado de la razón que él llama "punto de vista teleológico", entonces todos los deberes derivados del fin propuesto pudieran ser lícitos (antes hemos indicado que la visión teleológica no opera como el autor señala).

Si el observador nota que el hombre concibe la idea de justicia y distingue hechos justos de injustos¹³³ (y él mismo como hombre se da cuenta de tales cuestiones, percibe con dolor la maldad de la injusticia, lo que le hace reconocer el valor inherente a toda persona, el deber de respeto y el correlativo derecho implicado en ello), no veo por qué sería ilícito señalar como objetivo el resguardo de esa justicia y deducir todas las relaciones de *deber* de la situación social con respecto a esa meta.

Hart no niega que él mismo reciba una buena o mala impresión de ciertos hechos, ni niega tener un código moral. No se limita al usar calificativos reprobatorios al referirse a hechos injustos, por ejemplo:

*Estos penosos hechos de la historia humana [refiriéndose a la esclavitud, a la discriminación, a la represión nazi y a la de Sudáfrica] bastan para mostrar que, si bien para que una sociedad sea viable tiene que ofrecer a algunos de sus miembros un sistema de abstenciones mutuas, no es menester, desgraciadamente, que se lo ofrezca a todos.*¹³⁴

Pero aunque el autor deje ver sus opiniones (de tipo moral) negativas o favorables a ciertos hechos, sabemos que estima que tales consideraciones no podrían ser racionalmente vinculantes para el Derecho. Por cierto que el hecho de que Hart, siendo positivista, proponga un contenido del Derecho Natural como lo hace, acentúa la supuesta independencia entre Derecho y Moral, porque de algún modo desvincula la Moral del propio Derecho

¹³³ Aunque surjan discusiones en torno a ciertos casos, la noción general existe. Discusiones existen también en el proceso científico, y cuando se obtiene una respuesta, se puede señalar quién tenía razón. Las discusiones generan avance y develan otras nociones necesarias para el conocimiento de la realidad y del propio deber.

¹³⁴ HART, *op. cit.*, p. 248

Natural, dado que su propuesta de tal Derecho es ajena a principios morales. Con ello destierra el sentido moral del Derecho y los principios que comparte con ésta a nivel gnoseológico o conceptual. Se abre una brecha más contundente entre los campos jurídico y axiológico.

Siendo así, afirma que a partir del hecho de que se ha materializado el riesgo de que la concesión de autoridad sirva para reprimir a determinados grupos de personas ("víctimas inermes"), han surgido diversos intentos por demostrar una pretendida conexión necesaria entre Derecho y Moral, mismas que no son satisfactorias, y aunque algunas presenten verdades importantes, éstas no implican una relación *necesaria*.

Para terminar el capítulo, presenta un examen conciso de seis de esas maneras en que se intenta mostrar una conexión necesaria entre Derecho y Moral, de las cuales hago un breve recuento a continuación:

- Poder y autoridad:

Nos dice que si bien es necesario que cierto número de personas cooperen voluntariamente con el sistema para ejercer coacción sobre quienes no cooperan, ello no implica que quienes lo aceptan voluntariamente tienen que sentirse obligados moralmente; se pueden cumplir las reglas por una variedad de motivos, y si alguien concluye que moralmente no debe seguir una regla, la regla no deja de existir.

- La influencia de la Moral sobre el Derecho:

Comenta que la Moral ha influido e influye -es un hecho- en el legislador y en el modo de resolver las controversias, y que si a eso se refiere alguien con "conexión necesaria entre Derecho y Moral" se concede (pero no se entiende que Hart la considere *necesaria*).

En esta parte el autor se expresa del siguiente modo:

Las formas adicionales en que el derecho refleja la moral son numerosísimas, y todavía no han sido suficientemente estudiadas: las leyes pueden ser una mera envoltura jurídica y su texto expreso exigir que esa envoltura sea llenada con la ayuda de principios morales; el campo de los contratos exigibles puede ser limitado tomando en cuenta concepciones de moral y equidad; la responsabilidad por delitos civiles y criminales puede estar adecuada a los puntos de vista predominantes sobre responsabilidad moral. Ningún "positivista" podría negar que éstos son hechos, o que la estabilidad de los sistemas jurídicos depende en parte de tales tipos de concordancia con la moral. Si es esto lo que se quiere decir al hablar de la conexión necesaria del derecho y la moral, su existencia debe ser concedida.

- Interpretación:

El autor explica que para la aplicación de la ley ésta debe interpretarse, y que para hacerlo frecuentemente se utilizan parámetros o principios morales, o se presupone que la norma tiene un objetivo razonable y no propicio de la injusticia, pero ello no se puede tomar como muestra de la conexión *necesaria* entre Moral y Derecho, pues también hay muchísimos casos en que no sucede. Escribe: "si se ofrecen estos hechos como prueba de la conexión necesaria entre el Derecho y la

Moral, es menester recordar que esos mismos principios han recibido casi tanta transgresión como acatamiento.”¹³⁵

- La crítica del Derecho:

Aduce que la afirmación de que en filosofía pueda discutirse qué principios morales tienen mayor validez, y se dé sustento a la idea de que todo ser humano es sujeto de igual respeto que sus semejantes, no cambia el hecho de que muchos sistemas jurídicos no han respetado esa igualdad, y sin embargo han funcionado durante mucho tiempo, y que difícilmente se gana algo afirmando que el Derecho que no coincide con principios morales no es Derecho.

- Principios de legalidad y justicia:

Hart afirma que en todo sistema jurídico hay un mínimo de justicia: el Derecho que ha de aplicarse a una colectividad pretende ser aplicado de manera imparcial. Además, según dice, para que funcione un mecanismo de control social tienen que respetarse reglas de legalidad de modo que los sujetos que tienen que acatar las reglas hayan tenido oportunidad de hacerlo antes de ser castigados (haberlas conocido y entendido). Si en lo anterior se funda una conexión necesaria entre Derecho y Moral, lo concede. Pero aquí no se entiende que Hart conciba esos principios como morales, sino como elementos simplemente necesarios para que pueda tomar lugar un mecanismo de control social.

¹³⁵ *Ibidem*, p.253

- La validez jurídica y la resistencia al Derecho:

Por último comenta que no se tiene que afirmar que el Derecho inicuo no es Derecho para sostener que debe desobedecerse una norma jurídica cuando es contraria a la Moral; nos dice que es preferible concebir el Derecho como aquél que abarca leyes inicuas, a afirmar que las moralmente malas no son Derecho, pues se tendrían que sobre-simplificar las cuestiones morales que pueden discutirse respecto de diversas normas jurídicas, o de otro modo sería muy confusa la situación de quien tiene que aplicar y acatar normas. Concluye que "lo que hay que decir es: 'Esto es derecho; pero es demasiado inicuo para ser aplicado u obedecido' ".¹³⁶

Ahora bien, los hechos que Hart observa según acabo de relatar, nos llevan a señalar de nuevo cómo el método descriptivo se encuentra con que los hombres en el lenguaje y concepción cotidianas, vinculan al Derecho con la Moral. Lo que Hart nos dice es que eso no implica que haya una conexión necesaria, y ahí termina el argumento, pues desde luego no se preguntaría qué puede deducirse sobre el hombre y su naturaleza al constatar que constantemente recurrimos a criterios axiológicos y morales en relación a la creación y aplicación de las leyes, ya que eso sería especular demasiado para su método estrictamente científico.

Frente a lo anterior podemos repetir que el objeto de estudio de las ciencias humanas es distinto del de las ciencias físicas, lo que nos lleva a estudiarlos de distintas maneras,

¹³⁶ *Ibidem*, p.256

adecuando el estudio de cada uno según favorezca la obtención de las respuestas a las preguntas que dieron origen a tal estudio. Considero, por razones antes expuestas, que la ausencia de búsqueda especulativa en Hart por mantenerse entre barreras científicistas, es inadecuada.

Además quisiera reiterar aquí la observación de que pareciera que Hart confunde los dos sentidos de ley (el de las ciencias exactas y el de la humanas; es decir, ley física frente a ley jurídica, social o moral), pues parece sostener que el simple hecho de que una supuesta regla (Vg.- "el Derecho debe atender a principios de justicia") presente varios desacatos en la práctica, anula la pretensión de que de hecho sea una regla (ley). En realidad, tal aseveración no prueba que no exista la regla, pues se trata de una regla que subsiste ante las excepciones o quebrantamientos, pues no se identifica con las reglas/leyes/normalidad observadas y concluidas en las ciencias naturales. Si se desea descalificar la idea de que el Derecho *debe* adecuarse a la justicia, ello no se logra con el señalamiento meramente descriptivo de que hay ocasiones en que tal adecuación no toma lugar.¹³⁷

Aunque la historia arroje varios ejemplos en que el Derecho ha parecido no corresponder al sentido que presuntamente tiene como garantía de justicia, ello no implica que no pueda

¹³⁷ Entiendo que Hart no busca descalificar en este caso como tal, la regla de que el Derecho debe ajustarse a criterios de justicia por el simple hecho de que a veces no se ajusta, pues lo que quiere señalar aquí es que el modo de probar una conexión entre Derecho y Moral no está en el señalamiento de que los jueces acuden a principios morales para interpretar la ley. Mi desacuerdo está en que el pensador no proceda a desentrañar algo sobre la naturaleza del hombre (pues ni siquiera acepta la categoría de naturaleza en tal sentido) al notar que se acude a criterios de justicia para aplicar la ley correctamente. El hecho de que en casos no suceda, no elimina -sino que impulsa- la discusión sobre si debe acudirse o no a criterios de justicia, y analizando las razones de por qué se hace, podría concluirse que así *debe* ser.

encausarse o construirse uno que favorezca ese sentido, y al constatar que existen tales opciones (encausar o no el Derecho hacia lo justo), es válido sopesarlas en una escala valorativa para optar por la mejor de ellas (la más adecuada a los fines que se tienen, y establecer a partir de ello lo que debe hacerse).

En cuanto a la defensa por parte de Hart de la idea de que la bondad/maldad, justicia/injusticia, de una norma es independiente de su *status* jurídico, me permito hacer los siguientes comentarios:

Si se concibe el Derecho como mecanismo de control social, sin que exista un fin más específico al que ese control social se dirija, entonces Hart tiene razón y se harían juicios morales sobre el Derecho al igual que se hacen juicios morales sobre cualquier otra cosa. Empero, si, como ya se discutió antes, se concede que el Derecho se erige sobre un valor fundacional en torno al cual gira y se desarrolla una noción de justicia: el valor de cada persona,¹³⁸ entonces se está frente a una situación distinta:

No es que cierta norma sea Derecho y pueda considerarse buena o mala en términos morales, sino que cierta norma es Derecho en tanto ha sido emitida de acuerdo a un procedimiento establecido para configurar Derecho Positivo, cuyo origen gnoseológico le vincula a la justicia como objetivo, por lo que

¹³⁸ María del Carmen Platas Pacheco afirma que "el objeto del Derecho es la deuda, lo debido a la persona, ante la que responde la norma como consecuencia, y la justicia se concreta en la satisfacción de la deuda, es decir, en dar a cada persona lo que el corresponde (...). De manera que cualquier concepto de Derecho que no inicie por comprender a la persona y lo que le es debido, no tiene fundamento", PLATAS PACHECO, *op. cit.* p. 14

una norma que resulta contraria a tal objetivo, es norma jurídica en relación a la validez del procedimiento o cualquier factor de reconocimiento que se plantee,¹³⁹ pero es una norma deficiente que *debe* corregirse en función de un fin que se persigue (como en el ejemplo del "sacapuntas").¹⁴⁰

Concedo que cuando pensamos en situaciones extremas como los crímenes de lesa humanidad, para determinar un castigo mediante proceso judicial a los que los cometieron aun bajo el resguardo de la ley positiva vigente en su momento, se tiene que aludir a un tipo de normas no positivas pero que sean Derecho para poder proceder jurídicamente.¹⁴¹ Para ello parece también necesario afirmar que por su desatención a leyes que preceden la ley positiva, tales leyes positivas resultarían inválidas en el sentido de que las que debían acatarse de manera preferente eran las "naturales", mismas que consisten en principios básicos que la ley positiva, mientras debía materializarlos y particularizarlos, fracasó y los contravino.¹⁴²

¹³⁹ Si bien el Derecho Positivo está vinculado (subordinadamente) al Derecho Natural, se distingue de este último por una serie de características. Cuando hay una ausencia de adecuación al Derecho Natural pero se verifican el resto de sus características (emanado de autoridad competente, etc.), lo que hay que hacer es corregirlo, aunque se acepte su calidad de Derecho en relación al cumplimiento de las otras características.

¹⁴⁰ Cfr. p. 44 y ss.

¹⁴¹ HART, *op. cit.*, p.257

¹⁴² En el momento histórico en que Hart redacta *El concepto de Derecho*, vividas las atrocidades de los totalitarismos alemán, italiano y ruso, comenta Carlos I. Massini que "a una buena mayoría de personas se les hizo difícil considerar como derecho, al menos en su significación central, a sistemas de normas intrínsecamente opresivos, excluyentes y aun criminales" (MASSINI CORREAS, Carlos I., *El constructivismo ético y la justicia procedimental en John Rawls*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, p. 72). Quizá es por ello que el profesor inglés insiste en el tema, aunque sin profundizar, sino utilizando un tono pragmático.

En realidad en esta cuestión hay que considerar las diferentes connotaciones de "derecho", y que el término proviene originalmente de *ius*, significando "lo justo" (Vid. HERVADA, *op. cit.*, pp. 43-46), donde hablar de derecho injusto sería etimológicamente contradictorio. Pero es ineludible la connotación y uso de "Derecho" como norma o sistema de normas (como Derecho Positivo), y en relación a ésta sí que resulta confuso y erróneo afirmar que el Derecho

Hart nos dice que el intento por negar un *status* de Derecho a las leyes inicuas no parece robustecer la resistencia contra el mal, pues mientras haya suficiente cooperación "hombres malvados dictarán reglas malvadas que otros aplicarán",¹⁴³ y que en lugar de ello conviene lograr que se conserve la idea de que aunque se expidan leyes válidas no se resuelve si se les debe obediencia.¹⁴⁴

Pues bien, las leyes injustas según la visión jurídica general que Hart nos presenta, han de cumplirse si hay cooperación, es decir, por voluntad según diversas razones y por la fuerza sobre la minoría que no aporte voluntad. Al déspota que emita tales leyes no le interesará si epistemológicamente hay o no un deber de obediencia, pues si cuenta con tal cooperación, su ley se acatará. En cambio, si se solidificara la idea de que no pueden emitirse leyes injustas, y se generalizara esa concepción, probablemente sería más difícil para el déspota emitirlas con la suficiente cooperación o reconocimiento. Lo anterior finalmente es una cuestión de impresiones y suposiciones por demás generales y simplificadas, y por ello mismo me parece que el argumento de Hart¹⁴⁵ carece de fuerza.

injusto no es Derecho. Lo anterior no implica conceder que el Derecho es sólo un sistema de normas, se trata sólo de un esclarecimiento de los sentidos con que se utiliza el término para evitar confusiones, persistiendo la idea de que el Derecho Positivo "debe" propiciar la justicia, sin que ello implique que de no hacerlo pierde *status* de Derecho, sino que es un Derecho deficiente, como en cualquier otro caso en que algo se aparta de su fin. La anterior afirmación es distinta de la de Hart, que propone que "Derecho" sea sólo el positivo, y que la tarea de resolver si se le debe obediencia, se deje a la Moral, como plano separado y diverso del jurídico.

¹⁴³ HART, *op. cit.*, p.259

¹⁴⁴ *Ibidem*, p.260

¹⁴⁵ Argumento tendiente a mostrar que no se gana nada negando que una ley inicua sea Derecho, como parte de su contra-argumentación frente a la idea de que hay una conexión necesaria entre Derecho y Moral.

Ahora, es verdad que afirmar que una ley injusta no es Derecho acarrea muchas confusiones, sobre todo en torno a la validez que se otorga a las leyes por elementos de reconocimiento social establecidos. Mas me parece que basta con aceptar la existencia de principios de Derecho que emanan de la percepción y reconocimiento de la dignidad humana (como punto de partida), y que los esquemas y conceptos que se conformen en la práctica en atención a casos concretos, deben surgir para resguardar aquellos principios.

Tratar de delimitar (separar) minuciosamente de antemano todos los conceptos que se derivan de la noción general de Derecho, puede resultar muy complicado, confuso y finalmente llevarnos a abandonar la discusión. Pero teniendo clara la derivación racional del Derecho a partir de principios captados por el intelecto y no creados por él, puede afirmarse que del hecho de que no podamos definir a cabalidad y con absoluta objetividad (científico-matemática) su entidad, delimitación, conjugación y separación de otros conceptos, no se sigue que tales principios no deban ser atendidos o que no existan. Al conceptualizar logramos ordenar en el pensamiento lo captado por la percepción. Si logramos conceptualizar finamente un concepto podremos manejarlo y aplicarlo con menos complicaciones, si no, habrá unas tantas, sin que ello implique la desaparición o inexistencia de la realidad percibida en principio.

2. Derecho como medio de control social

Pretender que la Filosofía del Derecho se reduzca al estudio analítico (descripción libre de valoraciones), implica confiar dogmáticamente en la voluntad del legislador.¹⁴⁶ Pero si el legislador acepta también esta visión, y por tanto no tiene un objetivo de referencia para legislar, también a él se le dificultaría entender la tarea que le toca desempeñar (pues si no le es lícito deducir una esencia y fin del Derecho, en su tarea de emitir leyes puede ceder ante cualquier interés).

En el caso hartiano, no se afirma que no exista un objetivo de referencia, pues plantea el Derecho como medio de control social en que debe aplicarse la ley de manera igualitaria, debido a una serie de características contingentes de la raza humana de las que se deriva.¹⁴⁷ Pero se concibe así como conclusión de la observación de sus características de hecho a lo largo de la historia, en la que el Derecho ha sido justo e injusto, pero en todos los casos un instrumento de control social. Por ello para el analítico cobra prevaencia esa característica, y no las demandas de justicia que se han manifestado de distintos modos también a lo largo de la historia, pues éstas implican valoración y especulación sobre la naturaleza y deber ser del hombre. Al respecto comenta Luis Vigo:

¹⁴⁶ Cfr. VIGO, *op. cit.*, p. 38

¹⁴⁷ Concebir al Derecho solamente como mecanismo para alcanzar el orden y la convivencia pacífica, sería hablar de política. La diferencia de ésta con el Derecho como sistema es que éste último consiste además y ante todo en la administración de justicia; ante una controversia se acude al juez en búsqueda de justicia, no de una deliberación que simplemente supla el uso de la fuerza, aunque sea desproporcionada e injusta; ello no resultaría móvil suficiente para que en un convenio, contrato o pacto civil se acuerde poner en manos de un juez la resolución de los conflictos que se susciten.

un saber jurídico reducido a describir o reconstruir sistemáticamente o formalmente al derecho resulta poco relevante y significativo. Suprimir de la doctrina y la práctica jurídica los juicios de valor porque ellos simplemente traducirían irracionalidad y subjetividades, implicaría una realidad en ese terreno diametralmente opuesta a aquella que la humanidad ha construido desde el grito de Antígona hasta el reclamo del pueblo judío.¹⁴⁸

Como se rechaza esa forma de conocimiento (es decir, la que implica valoración y especulación sobre la naturaleza y deber ser del hombre), el Derecho queda reducido a un medio de control, y control de cualquier tipo: controlar para preservar la paz, controlar para servir los intereses del déspota, controlar para someter una raza a otra, etc. Ese tipo de estudio del Derecho nos sirve para explicarle a un "extraterrestre" (ajeno al fenómeno humano y social) lo que señala un hombre cuando le habla del "Derecho" de su país o de su planeta, como si se le enseñara a hablar un idioma, con el fin de que cuando viniera a la tierra pudiera identificarlo y entender a lo que se pueden referir los hombres al usar el término en las conversaciones cotidianas. Es un ejercicio lexicográfico (que puede perfectamente limitarse a lo descriptivo).

Afirmar que el ejercicio filosófico no puede ir más allá de lo anterior, es reducirlo a lexicografía o quizá sociología descriptiva. Si ello ya existe ¿por qué anular la filosofía que paradigmáticamente se ha encargado de arrojar reflexiones sobre los cuestionamientos últimos a los que puede llegar el intelecto humano en relación a todo lo que percibe?

¹⁴⁸ VIGO, *op. cit* p. 10

3. Los derechos antes que el Derecho

Parte del problema (con relación a la idea del Derecho sólo como mecanismo de control social) es concebir al Derecho siempre en referencia al Estado o a un soberano, pues el Derecho no consiste solamente en la actividad legislativa y la ejecución de lo que resulte de ella, sino que toma lugar entre los individuos como concepto subjetivo relacional,¹⁴⁹ de manera previa a la aclamación de las leyes cuando ellos (los derechos) no se ven respetados.

Con la ley se dispone la fuerza de exigencia de los derechos subjetivos que precederían epistemológicamente a un sistema jurídico (háblese del natural o positivo). Pero claro, para concebir al derecho subjetivo (*right*) como gnoseológicamente previo a la ley (*Law*), se requiere aceptar que tales derechos se tienen "por naturaleza", y que su relación de exigencia frente a actividades humanas, se concibe en forma de reglas o leyes, que abrazadas éstas en palabras y papel, puede desarrollarse un mecanismo de control social que las tenga como objetivo a garantizar, y en función de ello se revista de una serie de particularidades, formas y características variables (que incluso abarque la constitución positiva de derechos exigibles).

Podría parecer que hay una dificultad al hacer una observación de este tipo a un pensador inglés, pues el término para Derecho como sistema de reglas (*Law*) no es el mismo que

¹⁴⁹ Vid. KAUFMANN, Arthur, "El renacimiento del Derecho Natural de la Posguerra y lo que fue de él", *Las razones del Derecho Natural: perspectivas teóricas y metodológicas ante la crisis del positivismo jurídico*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo de Palma, 2000, pp. 223-224

derecho como prerrogativa subjetiva (*right*). Pero no es necesariamente así, pues los conceptos existen: *right* está implicado por *Law*, de igual manera que "derecho" por "Derecho" en los sentidos que he mencionado. La observación se hace en torno a la cuestión sobre cuál de ellos debe concebirse primero en un orden epistemológico.

Este tipo de discusiones pueden fácilmente perderse en la especulación sin poder presentar fórmulas seguras y absolutamente convincentes, por lo que resulta necesario traer a colación nuevamente la idea de que no debemos desistir en la búsqueda de la verdad por encontrarnos con la ambigüedad y dificultad para definir ciertas cuestiones.

Pues bien, si al concebir el Derecho éste se piensa primero como derecho subjetivo y consecuentemente como ley o sistema de normas, y no al revés, lo que tendríamos a la base es necesariamente el valor de cada persona y no la declaración de un cierto soberano; tendríamos a la base a la persona y no al ciudadano; al sistema al servicio de la persona y no al ciudadano al servicio del sistema. Este modo de concepción jurídica resulta compatible con el ambiente internacional actual en materia de derechos humanos.¹⁵⁰ Pero más allá de eso, resulta mayormente satisfactorio al intelecto pensarlo así en el sentido de que se palpa una guía para la acción del Estado o soberano, que le reviste de sentido y no de arbitrariedad.

¹⁵⁰ "La validez jurídica ya no queda definida por los Poderes del Estado, incluso es posible a cualquier juez o a jueces internacionales perseguir penalmente a ciudadanos de aquellos países que según el Derecho interno no han cometido ningún delito. (...) En las sociedades democráticas contemporáneas se ha tornado visible que el Derecho vigente y operativo cuenta con una dimensión axiológica que se reconoce principalmente con el rótulo de los derechos humanos", VIGO, *op. cit.*, pp. 44-45

Dotarlo de arbitrariedad en función del mínimo objetivo que arroja un análisis meramente descriptivo: el control social, resulta de utilidad e interés para el soberano, pero no para la sociedad; a menos, claro, que el soberano fuese la sociedad en general (el pueblo) como se pretende en las democracias. Pero aún en un sistema democrático, la pérdida de referencia al valor inherente a cada persona como principio motor de la justicia y a ésta como elemento valorativo de la acción soberana, deriva en la conclusión racional y resultado fáctico del control, sometimiento y abuso de unos grupos sobre otros, pues una sociedad presenta individuos y grupos con necesidades y realidades distintas que imposibilitan la representación real y fiel de sus intereses por unos cuantos a quienes se les concede el poder.¹⁵¹

Luis Vigo sostiene que la justicia "ocupa la centralidad axiológica del derecho".¹⁵² La justicia se tiene como elemento de valoración del Derecho Positivo, porque se acepta como finalidad a la que éste debe tender, y en base a ella ha de trazarse el contenido y las correcciones a la norma impresa en papel. Algo no deja de ser Derecho por ser injusto, pero es un Derecho deficiente que debe corregirse en atención a la finalidad que persigue.¹⁵³ Al ignorar a la justicia como fin, el Derecho se reduce a una herramienta de quienes lo dominen como

¹⁵¹ A menos que, como decíamos, se tenga claro el objetivo de propiciar la justicia y el bien común, por ser esos valores los que mejor concordarían con el debido respeto a ese valor inicial inherente a cada persona, pero si ese valor no figura en el mapa, difícilmente se sostendrán los otros.

¹⁵² Y continúa: "no para concluir que sólo lo justo es derecho, sino para rechazar lo injusto extremo", VIGO, *op. cit.*, p. 15

¹⁵³ El deber deriva de la adecuación de la cosa a su fin, el error de Hart es pensar que la manera en que identificamos el "fin" de las cosas es irracional, pues considera que se extrae de la simple generalidad, y como se ha comentado antes, no sucede así, sino que observamos que entran en juego otros factores como puede ser la razón práctica, independientemente de que se observen o no generalidades y repeticiones.

juristas para satisfacer fines egoístas, se pone al servicio del dinero y el poder.¹⁵⁴ Francesco D'Agostino afirma que la lógica del positivismo jurídico puede "contribuir a una atrofia de la conciencia de los juristas".¹⁵⁵ Ronald Dworkin, quien ocupó el puesto de Hart en Oxford al retirarse éste, sostuvo que el positivismo legalista es "profundamente corruptor de la idea y del imperio del derecho".¹⁵⁶ Y por último me gustaría citar lo expresado por el jurista argentino Luis Vigo:

*El derecho, si pretende mantener su legitimidad y no ser absorbido o neutralizado por economistas, políticos o científicos, debe ser una fuente permanente de invocación y de reclamos por la justicia y lo justo, no para proponer soluciones inviables sino para defender incansable, inexcusable y eficazmente aquello que resulta indisponible dado que aceptar lo contrario significa sacrificar el sentido último legitimador del derecho.*¹⁵⁷

¹⁵⁴ Según comenta el investigador de la Universidad Autónoma de México, Javier Saldaña, en los postulados de autores como Marx, Nietzsche y Freud, que rechazan que pueda establecerse un criterio moral objetivo sobre la actuación humana, se sostiene que "la razón no tiene nada que hacer en el ámbito de las relaciones jurídicas, las que no son sino la canonización enmascarada de relaciones de mero poder, de pulsiones eróticas o de intereses económicos". MASSINI CORREAS Carlos I., "Razón práctica y objetividad del Derecho", Buenos Aires, Sapientia, vol. V.LIX, 2004, p.226, cit. por SALDAÑA SERRANO, *op. cit.*, p.40

¹⁵⁵ D'AGOSTINO, *op. cit.*, p. 36

¹⁵⁶ DWORKIN, Ronald, *A Matter of Principle*, Cambridge-Massachusetts, Harvard U. P., 1985, p.115, cit. por MASSINI, *La ley natural y su interpretación contemporánea*, *op. cit.*, p. 28

¹⁵⁷ VIGO, *op. cit.*, p. 23

CONCLUSIÓN

1. Acotaciones

En el argumento general de la teoría hartiana, el modo en que explica el Derecho Natural y su contenido juega un papel justificador del concepto de la "regla de reconocimiento" que permite distinguir qué normas forman parte de un sistema jurídico, y cuyo criterio gira en torno a un origen positivo de la norma, es decir, en torno a la pregunta sobre si se expidió o no de acuerdo a un procedimiento establecido y reconocido para tales fines. Más allá de ello, únicamente pretende abordar el tema del Derecho Natural para proporcionar una visión completa del positivismo al que se adscribe, manifestando su opinión sobre ciertas posturas moralistas.

De la teoría filosófico-jurídica propuesta por el profesor británico pueden recogerse múltiples aportaciones valiosas. En el caso de su concepción del Derecho Natural, resulta provechoso entender que, tal como Hart lo plantea, los principios de legalidad y certeza jurídica son necesarios para que exista un conocimiento de la norma que haga viable su cumplimiento, pero ello no demuestra una conexión del Derecho con la Moral en el sentido de que no asegura que el contenido de la norma se atenga a principios morales.

Comprender lo anterior es importante para la conformación de la teoría iusnaturalista contemporánea, pues ha habido intentos por fundamentar una conexión necesaria entre el Derecho y la Moral en principios "formales" indispensables para

la aplicación del Derecho Positivo (como lo son la legalidad y la certeza jurídica)¹⁵⁸ que sin pretenderlo, pueden debilitar el esfuerzo por conservar el valor de la justicia en todas sus dimensiones y alcances como base y directriz de las leyes, ya que, como Hart lo pone de relieve, aquellos principios formales serían compatibles con una enorme iniquidad.¹⁵⁹

2. Conclusiones

H. L. A. Hart, según lo expuesto en su principal obra, considera que la doctrina del Derecho Natural tradicional deriva de una visión teleológica de la realidad, y sostiene que el punto de vista teleológico consiste en considerar bueno lo que se observa con regularidad, lo cual es falso, pues vemos que no siempre lo común es considerado bueno, ni lo considerado bueno es siempre común, sin que el autor aporte más elementos para sustentar su aserción.

Dado que el autor parte de la afirmación de que los fenómenos no deben considerarse buenos por ser regulares, estima que aunque se observe una tendencia generalizada de las civilizaciones humanas a organizarse y establecer un sistema jurídico, ello es meramente contingente y no puede afirmarse de manera lógica que *deba* ser así. Para Hart, lo considerado Derecho Natural deriva racionalmente de características

¹⁵⁸ Tal es el caso de Lon L. Fuller, titular de la cátedra de Filosofía del Derecho en Harvard al tiempo que Hart ostentaba la de Oxford. Vid. ARCOS RAMÍREZ, *op. cit.*, pp. 2 a 21

¹⁵⁹ El autor se expresa así para refutar una de las maneras en que se ha intentado mostrar una conexión entre Derecho y Moral, convencido de que no existe tal conexión necesaria. Cfr. Hart, *op. cit.*, p. 256

contingentes del ser humano, entre ellas, una igualdad aproximada que implica vulnerabilidad recíproca; y de ser distinta, la situación conllevaría un contenido diferente del Derecho Natural. Con ello anula la idea de la justicia como valor vivificador y directriz del Derecho, y legitima (en el campo del Derecho Natural) el abuso del poder.

Hart permite que se hagan juicios morales sobre el Derecho y las injusticias que puedan derivar de él, pero al dar un contenido cientificista al Derecho Natural, elimina los tintes morales de su concepto y deja sin armas al Derecho para servir como instrumento directo de la justicia.

Como consecuencia del rechazo del autor al punto de vista teleológico: no obstante que señala que en los Estados modernos se afirma respetar valores fundamentales y que los hombres generalmente hablan sobre el Derecho relacionándolo con la justicia, no deduce de ello nada sobre la naturaleza del Derecho, pues pretende mantenerse en el campo descriptivo. El hecho de que reconozca la injusticia y emita una opinión moral negativa sobre ella, y que sin embargo niegue la viabilidad de condenar tales hechos sin una norma positiva previa, es resultado del culto a la ciencia, pues no hay una fórmula matemática que muestre la validez lógica de las deducciones que darían pie a lo contrario.

Del modo cientificista de filosofar del autor, se deriva que considere que cualquier excepción anula a una pretendida ley (fuera de las propias del Derecho Positivo), por lo que alega que no puede afirmarse que la aplicación del Derecho debe

estar al servicio de la justicia, porque ello no se observa siempre en los hechos. Lo anterior coincide (de manera inversa) con una equiparación de las normas de Derecho Natural con las leyes de las ciencias naturales, cuestión que el autor mencionó previamente como error señalado por los críticos del Derecho Natural.

Finalmente Hart declara que no se gana nada al afirmar que el Derecho injusto no es Derecho, ante lo que sostengo que si bien el Derecho Positivo es tal en atención a diversos elementos, es válido declarar que hay un deber de adecuación de éste a los principios de Derecho Natural, por lo que de encarar un Derecho Positivo injusto, habrá que adecuarlo a la justicia. Esa relación de deber es válida por contraposición a lo postulado por Hart, pues no se infiere mediante un viciado punto de vista teleológico como él supone, sino que se conoce por una vía intelectual diversa que nos permite reconocer la dignidad humana y utilizar categorías de justicia para asegurar el respeto de aquélla.

Si se da lugar a elementos axiológicos en el Derecho, éste gana objetividad, pues habrá valores y principios a los cuales reportar resultados y con más dificultad se admitirá que se utilice al servicio del poder egoísta. El Estado, el Derecho y la política cobran mayor sentido si se impulsa esta noción, combatiendo de modo más asequible el engaño y abuso del que somos testigos en nuestra sociedad.

Los elementos positivistas en el original pensamiento de Herbert Hart en torno al Derecho Natural, terminan por averiar

la conciencia del hombre frente a su libertad y su responsabilidad ante la realidad propia y ajena, en tanto resta importancia y valor a la dignidad y la justicia como elementos edificadores del Derecho. Ello no representa un avance en el ambiente intelectual de nuestro tiempo donde la jurisdicción internacional sustentada en principios axiológicos va en ascenso y tal modelo comienza a adoptarse al interior de los Estados. Las demandas actuales derivan de un pasado histórico que ordena no cometer los mismos errores y poner al centro del pensamiento los valores que hemos de preservar para lograrlo.

PROPUESTAS

Habiendo concluido este trabajo de investigación y análisis, resulta pertinente enunciar las siguientes propuestas:

Una mirada actualizada del pensamiento de H. L. A. Hart debe alertar frente a la justificación jurídica del abuso del poder en los planos nacional e internacional del Derecho. Tal alerta supone confrontar su razonamiento de modo que se arribe a la premisa originaria: que el Derecho deriva del propósito mínimo de supervivencia que tienen los hombres.

Propongo además la desestimación de dicha premisa luego de considerar que su posicionamiento deriva de las notas científicas del método seguido por Hart, que lo llevan a explicarse fenomenológicamente las características del Derecho.

Ha de notarse que la exclusión o inclusión de la justicia como valor central del Derecho depende en última instancia de si se opta por señalar a las pasiones o a la razón como origen del fenómeno jurídico. Debe considerarse que ambos planos están presentes en el ser humano, pero es la razón y no las pasiones la que lo distingue de otras especies que no conciben ni practican un orden jurídico.

Por último, y no obstante lo anterior, afirmo que debe perdurar la consideración de H. L. A. Hart como uno de los filósofos del Derecho más relevantes del siglo XX, porque -

entre muchas otras razones- específicamente en lo tocante al Derecho Natural, su obra sigue suscitando reflexiones importantes para conformar el pensamiento contemporáneo que está haciendo frente al desgastado positivismo.

BIBIOGRAFÍA

AA.VV., El legado de H. L. A. Hart. Filosofía jurídica, política y moral, compilado por Matthew H. Kramer, Claire Grant, Ben Colburn y Antony Hatzistavrou, traducción de Claudina Orunesu y Jorge L. Rodríguez, Madrid, Marcial Pons, 2012.

ARCOS RAMÍREZ, Federico, "Una defensa de la 'moral interna' del Derecho", Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Madrid, vol. 9, 2000.

ATIENZA, Manuel y Juan Ruiz Manero, "Dejemos atrás el positivismo jurídico", Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, México, Instituto Tecnológico Autónomo de México, No. 27, 2007.

ATIENZA, Manuel, Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2011.

BALLESTEROS, Jesús, Sobre el sentido del Derecho, 2ª Ed; Madrid, Tecnos, 1986.

BEUCHOT, Mauricio, Filosofía y derechos humanos, 6ª Ed; México, Siglo Veintiuno, 2008.

BOBBIO, Norberto y Michelangelo Bovero, "El carácter del iusnaturalismo" en Sociedad y Estado en la filosofía moderna, [s.p.i.], 1986.

CARNAP, Rudolph, La superación de la metafísica mediante el análisis lógico del lenguaje, cit. por AYER A. J., El positivismo lógico, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1993.

CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco, "¿Hay que superar la 'falacia naturalista'?", Persona y Sociedad, Navarra, Servicio de Publicaciones Universidad de Navarra, vol. 29, 1993.

CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco, "¿Regla de reconocimiento o contexto de reconocimiento?", El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto, Salamanca, Separata, Aquí la Fuente y Ediciones Universidad

de Salamanca, [s.a.].

CORTÉS RODAS, Francisco, "La política y a violencia en el pensamiento de Nicolás Maquiavelo", Los clásicos de la filosofía política, Medellín, Universidad de Antioquia, 2003.

D'AGOSTINO, Francesco, Filosofía del Derecho, Bogotá, Temis, 2007.

DARRAKAR, Reza, "A Life of H. L. A. Hart", Retfærd Nordic Journal of Law and Justice, [s.p.i.], vol. 29, 2006.

FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, Derecho Administrativo del Estado de Jalisco, Porrúa, México, 2012, citado en p. 43.

FINNIS, John, Ley Natural y derechos naturales, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1980.

GREEN, Leslie, "The Concept of Law Revisited", Michigan Law Review, Michigan, vol. 94, No. 6, 1996.

GROUDINE, Candace J., "Authority: H. L. A. Hart and the Problem with Legal Positivism", The Journal of Libertarian Studies, [s.p.i.] vol. IV, No. 3, 1980.

GUTIÉRREZ SÁENZ, Raúl, Historia de las doctrinas filosóficas, 38ª Ed; México, Esfinge, 2007.

HART, H. L. A., El concepto de Derecho, traducción de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961.

HAYECK, Friedrich, La contrarrevolución de la ciencia, Madrid, Unión, 2003.

HERVADA, Javier, Introducción crítica al Derecho Natural, 3ª Ed; México, Minos, 1994.

KANT, Immanuel, Crítica de la razón pura, 9ª Ed; México, Porrúa, 1996.

KANT, Immanuel, La paz perpetua, Madrid, Mestas, 2001.

KAUFMANN, Arthur, "El renacimiento del Derecho Natural de la Posguerra y lo que fue de él", Las razones del Derecho Natural: perspectivas teóricas y metodológicas ante la crisis del positivismo jurídico, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo de Palma, 2000.

LESSNOF, Michael H., La filosofía política del siglo XX, Madrid, Akal Nuestro Tiempo, 2001.

MACINTYRE, Alasdair, A Short History of Ethics. A History of Moral Philosophy from the Homeric Age to the Twentieth Century, 2ª Ed; Notre Dame, Indiana, University of Notre Dame Press, 2008.

MAQUIAVELO, Nicolás, *El príncipe*, 24ª Ed; México, Porrúa, 2007.

MASSINI CORREAS, Carlos I., La ley natural y su interpretación contemporánea, Pamplona, Eunsa, 2006.

MASSINI CORREAS, Carlos I., El constructivismo ético y la justicia procedimental en John Rawls, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.

ORREGO SÁNCHEZ, Cristóbal, Analítica del Derecho justo, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

PÉREZ JARABA, María Dolores, "Principios y reglas: Examen del debate entre R. Dworkin y H. L. A. Hart", Revista de Estudios Jurídicos, España, N° 10, Universidad de Jaén, segunda época, 2010.

PLATAS PACHECO, María del Carmen, Filosofía del Derecho. Prudencia, arte del juzgador, México, Porrúa, 2009.

REALE, G. y D. Antiseri, Historia del pensamiento filosófico y científico, Tomo II, Barcelona, Herder, 1995.

ROMERO, José Luis, Estudio de la mentalidad burguesa, 2ª Ed; Buenos Aires, Alianza, 2010.

SALDAÑA SERRANO, Javier, Derecho Natural. Tradición, falacia

naturalista y derechos humanos, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2012.

SPIELVOGEL, Jackson J., Civilizaciones de Occidente, 5ª Ed; México, Thomson, 2004.

VIGO, Rodolfo Luis, De la ley al Derecho, México, Porrúa, 2012.

WITTGENSTEIN, Ludwig, Tractatus logico-philosophicus, 3ª Ed; Madrid, Alianza, 2012.