

¿Es el *Postscript de Hart una versión de positivismo jurídico incluyente?*

José Juan Moreso *

I

La importancia de la póstuma publicación del *Postscript* (Hart 1994) de H.L.A. Hart para la teoría jurídica, para nuestra reflexión sobre la naturaleza del derecho difícilmente puede ser ignorada. Seguramente que después de la publicación de *The Model of Rules* de Dworkin (1967), ningún trabajo había producido tanta literatura acerca del alcance y los límites del positivismo jurídico hartiano, tal y como aparecía en su *capolavoro* (Hart 1961). A partir de dicha publicación, el positivismo jurídico aparece claramente dividido entre aquellos que consideran que la identificación del derecho no depende nunca, por razones conceptuales, de argumentos morales, los defensores del *positivismo jurídico excluyente* y aquellos otros que fundamentalmente defienden que cuando las fuentes del derecho apelan a la moralidad, entonces la determinación de lo que el derecho requiere depende de argumentos morales, los partidarios del *positivismo jurídico incluyente*. Consecuentemente con ello, los primeros sostienen que cuando las fuentes jurídicas apelan a la moralidad remiten a la discreción judicial, y los segundos niegan este extremo.¹ El positivismo jurídico incluyente es, al parecer, el modo en que Hart comprendió el positivismo, y él así lo dice en el *Postscript*, en donde lo denomina *soft-positivism*.

En este breve comentario, sólo quiero poner de manifiesto que también en el *Postscript* Hart plantea un dilema que, me parece, deja al positivismo incluyente sin espacio conceptual. Y esto es lo que trataré de argumentar a continuación.

II

Cuando Hart argumenta en su texto póstumo (Hart 1994: 253-254) acerca de la posibilidad de que el derecho remita a la moralidad, se refiere a la cuestión de si es aceptable la idea de que los juicios morales tengan una

* Catedrático de Filosofía del Derecho, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona (España) | josejuan.moreso@upf.edu

¹ El mismo año que se publica el *Postscript* se publica la primera presentación sistemática del positivismo jurídico incluyente (Waluchow 1994), puede verse también Kramer (1999) y Coleman (2001) y dos presentaciones de las principales ideas en Moreso (2001) y Himma (2002). Para el positivismo jurídico excluyente puede verse la defensa del que lo formuló Joseph Raz (1977, 1994, 2004), también en Gardner (2001), Shapiro (2011), Marmor (2012) y una buena presentación general en Marmor (2002).

dimensión objetiva (*objective standing*). Según Hart, dicha cuestión debe permanecer abierta para la teoría jurídica y añade (Hart 1994: 254):²

If the question of the objective standing of moral judgements is left open by legal theory, as I claim it should be, then soft positivism cannot be simply characterized as the theory that moral principles or values may be among the criteria of legal validity, since if it is an open question whether moral principles and values have objective standing, it must also be an open question whether 'soft positivist' provisions purporting to include conformity with them among the tests for existing law can have that effect or instead, can only constitute directions to courts to *make* law in accordance with morality.

Por lo tanto, y éste es el dilema, o bien la tesis de la objetividad moral es verdadera y, entonces, la determinación de los que el derecho requiere puede depender de argumentos morales, o bien dicha tesis es falsa y entonces, cuando el derecho apela a la moralidad sólo despliega recomendaciones a los tribunales para que creen (*make*) derecho con arreglo a la moralidad.³ Trataré de mostrar, a continuación, que en cualquiera de los dos cuernos del dilema, tal y como Hart parece comprenderlos, la doctrina permanece en el ámbito del positivismo jurídico excluyente, sin abrir el espacio para el *soft positivism*.

III

En uno de sus últimos escritos, la posición de Hart (1982: cap. X) acerca de las normas jurídicas y su capacidad de convertirse en razones para actuar, parece acercarse a la concepción raziana (Raz 1975) de las normas jurídicas como razones protegidas para la acción, razones de primer orden para hacer aquello que las reglas jurídicas requieren y razones excluyentes, de segundo orden, para no obrar de acuerdo con las razones de primer orden contrarias a las reglas jurídicas. Una concepción que lleva a Raz (por ejemplo Raz 1994), vía su concepción de la autoridad, a la idea de que las normas jurídicas como razones protegidas siempre reemplazan (*preempt*), en el razonamiento práctico, las otras consideraciones y, por lo tanto, para identificar su contenido no debemos recurrir a razones o argumentos morales, porque ello equivaldría a la pérdida de su capacidad de reemplazo, recurrir a las razones morales consiste precisamente en deliberar acerca de las razones de primer orden para actuar y de su fuerza o alcance. Pues bien, en Hart (1982: cap. X), reconociendo su deuda con Raz al respecto (Raz 1975, 1979), Hart, reflexionando sobre la idea de mandato (*command*) en Thomas Hobbes y Jeremy Bentham, arguye que las normas jurídicas, como las promesas, nos proveen con razones para actuar *perentorias e independientes del contenido*, con razones que excluyen la

² Prefiero dejar este texto en inglés, y otro más adelante, para no añadir razones para la duda en virtud de la traducción.

³ Es un pasaje que ha llamado la atención y suscitado la discusión, véase por ejemplo Himma (1999), Kramer (1999: 152-161), Orrego (2004), Finnis (2007: 48-53), Green (2012: xlii-xlv). También Moreso (2001), si bien entonces pensaba que había un modo de defender la posición de Hart, ahora he cambiado de opinión, como será claro en breve. La expresión 'objective standing', según propia confesión de Hart (2004: 253) procede de Ronald Dworkin (1983: 250).

deliberación acerca de los méritos de llevar a cabo dicha acción. Si esto fuese así, la concepción hartiana podría terminar como la raziana: reconociendo que los deberes jurídicos son un tipo de deberes morales, aunque excluyen la deliberación. Hart (1982: 262-263) se plantea dicha posibilidad pero la rechaza:⁴

Of course, if it were the case, as a cognitive account of duty would hold it to be, that the statement that the subject has a legal duty to act in a way contrary to his interests and inclinations entails the statement that there exist reasons which are 'external' or objective, in the sense that they exist independently of his subjective motivation, it would be difficult to deny that legal duty is a form of moral duty. At least this would be so if it is assumed that ordinary non-legal moral judgments of duty are also statements of such objective reasons for action. For in that case, to hold that legal and moral duties were conceptually independent would involve the extravagant hypothesis that there were two independent 'worlds' or sets of objective reasons, one legal and the other moral.

Entonces, si Hart aceptara un enfoque cognoscitivista del deber se vería llevado a una posición como la de Raz (1979): las proposiciones jurídicas son un tipo de proposiciones prácticas no comprometidas sino neutrales (*detached*), adoptadas desde un determinado punto de vista. Probablemente, ello le llevaría a una doctrina de la autoridad como la raziana que implica el positivismo jurídico excluyente, la no incorporación de la moralidad en la identificación de aquello que el derecho requiere. Pero Hart rechaza esta vía. La rechaza porque no cree que la pretensión de autoridad de las autoridades jurídicas pueda ser comparada con la de las autoridades teóricas que, en sus dos versiones, se funda o bien en el reconocimiento del saber de dichas autoridades o en la creencia (de algunos) en dicho saber. Para Hart, esto no es preciso en el caso de las autoridades jurídicas, basta el hábito de hacerlo así, una especie de (Hart 1982: 266) 'modo técnicamente delimitado de hablar'.

Más todavía, Hart parece rechazar la existencia de razones objetivas o externas para la acción. Como nos hace notar Finnis (2007), en la recensión, ya al final de su vida, del influyente *Ethics and the Limits of Philosophy* de Bernard Williams (Williams 1985, Hart 1986), Hart parece aceptar la versión humeana de Williams, según la cual todas las razones para la acción son internas, están vinculadas de algún modo con nuestra estructura motivacional y, por lo tanto, no hay razones externas a nuestros motivos y deseos.

⁴ Este modo de rechazarla, sin embargo, lleva a Caracciolo (2009: ensayo XIV) a argüir que, para Hart, el rechazo del objetivismo moral es un rasgo conceptual del positivismo jurídico -como lo fue para Ross (1998), para von Wright (1985) y, en algún momento, para Bulygin (su posición en Caracciolo 2003, rectificada en Bulygin 2006)-, porque si la moral fuese objetiva entonces los deberes jurídicos serían un tipo de deberes morales. Tal vez la tesis de Hart no es tan fuerte, sólo sostiene que si los deberes jurídicos implicaran razones objetivas para la acción, entonces los deberes jurídicos serían un tipo de deberes morales. Pero Hart rechaza el antecedente del condicional y, tal vez, puede mantenerse neutral frente a la tesis de la objetividad de la moral (aceptando que las razones morales sí pueden proveer con razones objetivas para actuar). Véase Moreso (2016).

La posición metaética de Hart no siempre es clara. Y este no es el lugar para entrar en el debate que la posición sobre las razones para la acción abrió Williams (1979). Vale la pena, tal vez, advertir que hay modos de defender que todas las razones son internas, pero no subjetivas o meramente motivacionales, compatibles con el objetivismo moral, arguyendo por ejemplo que las razones que uno tiene para actuar son aquellas que tendría si fuese completamente racional, si tuviese un conjunto coherente y ordenado de deseos (véase Smith 2004).

Sea como fuere, lleva razón Finnis en que en este texto Hart muestra su dimensión más humana y subjetivista en metaética.⁵ Decantándolo entonces ya no a una posición neutral acerca de la objetividad de la moral, sino a una posición escéptica acerca de la objetividad de la moral. De ser así, volvería a caer en algo como el positivismo excluyente, ya no *razianamente* como consecuencia de la doctrina de la autoridad, sino sencillamente porque la moral no tiene *objective standing*.⁶

Ello no significa que Hart aceptara el rechazo del objetivismo moral como un rasgo definitorio del positivismo jurídico,⁷ pero sin duda si él consideraba el objetivismo ético una doctrina falsa, su aceptación del *soft positivism* deviene algo más inestable.

IV

Si aceptamos que Hart no alcanza a fundar su defensa del positivismo jurídico incluyente,⁸ entonces tal vez debemos concluir que Hart debería tomar dos rutas distintas para fundarlo: por un lado aceptar un espacio para la objetividad de la moral, lo que no significa necesariamente abrazar el *realismo moral* como una tesis metafísica y, por otro lado, debería adoptar una teoría de la autoridad en el derecho que no comporte el rechazo de la argumentación moral como parte de nuestro razonamiento para identificar aquello que el derecho requiere.

⁵ Una posición que como el mismo Finnis nota, confirma un buen conocedor de Hart como era Raz (2001: 4-6).

⁶ Esta es precisamente la posición de Bulygin (2006).

⁷ De hecho ya en el relevante Hart (1958) había rechazado, después de considerarla, la sinonimia entre positivismo jurídico y no-cognoscitivismo ético.

⁸ Como es sabido el prefacio de *The Concept of Law* (1961) comienza declarando que el objetivo del libro reside en una comprensión adecuada del derecho, la coerción y la moralidad como fenómenos sociales distintos, aunque relacionados entre sí, tal vez esta tensión en la obra de Hart muestre las dificultades del autor para mostrar con precisión el espacio que le resta al derecho entre la coerción y la moralidad. Pero esta cuestión nos llevaría ahora demasiado lejos.

Lo primero tal vez pueda ser alcanzado por alguna perspectiva constructivista⁹ o por un objetivismo no comprometido metafísicamente.¹⁰

Lo segundo comporta un modo de dar lugar al razonamiento moral en el derecho sin renunciar a explicar su naturaleza institucional.¹¹

Ambas sugerencias, lamentablemente, deberán aguardar a otra ocasión.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ATIENZA, Manuel, RUIZ MANERO, Juan (2001): 'La dimensión institucional del derecho y la justificación jurídica', *Doxa*, 24: 115-130.

BAGNOLI, Carla (2015): 'Constructivism in Metaethics', *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2015 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/spr2015/entries/constructivism-metaethics/>>.

BULYGIN, Eugenio (2006): *El positivismo jurídico*, (México: Fontamara).

CARACCIOLO, Riccardo (1993): 'Entrevista al Prof. Eugenio Bulygin', *Doxa*, 14: 499-515.

— (2009): 'Realismo moral vs. positivismo jurídico', en Ricardo Caracciolo, *El Derecho desde la filosofía. Ensayos*, (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales), ensayo XIV.

COLEMAN, Jules (2001): *The Practice of Principle: In Defense of a Pragmatist Approach to Legal Theory* (Oxford: Oxford University Press).

DARWALL, Stephen (2006): *The Second-Person Standpoint: Morality, Respect, and Accountability*, (Cambridge, Mass.: Harvard University Press).

— (2013): *Morality, Authority, and Law: Essays in Second-Personal Ethics*, (Oxford: Oxford University Press).

⁹ Un buen panorama general en Bagnoli (2015).

¹⁰ Como recientemente ha defendido Parfit (2011), en la línea de Nagel (1986), Dworkin (1996) o Scanlon (2014).

¹¹ Tal vez algunas recientes aplicaciones de la concepción de Darwall, por ejemplo Darwall (2006, 2013) de la perspectiva moral desde la segunda persona, como Karr (2007) y, para la discusión, Monti (ms.), puedan servir para tal fin. Para la dimensión institucional puede verse Atienza- Ruiz Manero (2001).

DWORKIN, Ronald (1967): 'The Model of Rules', *University of Chicago Law Review*, 35:14-46.

– (1984): 'A Reply to Critics', Marshall Cohen (ed.), *Ronald Dworkin and the Contemporary Jurisprudence*, (Totowa, New Jersey: Rowman & Allanheld).

– (1996): 'Objectivity and Truth: You'd Better Believe It', *Philosophy and Public Affairs*, 25: 97-139.

FINNIS, John (2007): 'On Hart's Ways: Law as Reason and Fact', *The American Journal of Jurisprudence*, 52: 25-53.

GARDNER, John (2001): 'Legal Positivism: 5 ½ Myths', *The American Journal of Jurisprudence*, 46: 199- 226.

GREEN, Leslie (2012): 'Introduction', en H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, 3rd edition, (Oxford: Oxford University Press), xv-iv.

HART, H.L.A. (1958): 'Positivism and the Separation of Law and Morals', *Harvard Law Review*, 71: 593-629, ahora en H.L.A. , *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, (Oxford: Oxford University Press, 1983): pp. 21-48.

– (1961): *The Concept of Law*, (Oxford: Oxford University Press).

– (1982): 'Commands and Authoritative Legal Reasons' en H.L.A. HART, *Essays on Bentham*, (Oxford, Oxford University Press), cap. X.

– (1986): 'Who Can Tell Right from Wrong. Review of *Ethics and the Limits of Philosophy* by Bernard Williams', *New York Review of Books*, July 17, 49-52.

– (1994): 'Postscript' en H.L.A. HART, *The Concept of Law*, 2 ed. P. Bulloch y Joseph Raz (eds.) (Oxford: Oxford University Press).

HIMMA, Kenneth Einar (1999a): 'Incorporationism and the Objectivity of Moral Norms', *Legal Theory*, 5: 415-434.

– (2002): 'Inclusive Legal Positivism' en J.L. Coleman, S.J. Shapiro (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, (Oxford: Oxford University Press), 125-165.

KAR, Robin Bradley (2007): 'Hart's Response to Exclusive Legal Positivism', *Georgetown Law Journal*, 95: 393-461.

KRAMER, Matthew (1999): *In Defense of Legal Positivism. Law without Trimmings*, (Oxford: Oxford University Press).

MARMOR, Andrei (2002): 'Exclusive Legal Positivism', en J.L. Coleman, S.J. Shapiro (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, (Oxford: Oxford University Press), 104-12.

– (2011): *Philosophy of Law*, (Princeton: Princeton University Press).

MONTI, Ezequiel (ms.): 'On Darwall's Case Against the Normal Justification Thesis', aceptado para ser publicado en un próximo número de *Ethics*.

MORESO, J.J. (2001): 'In Defense of Inclusive Legal Positivism', en Pierluigi Chiasoni (ed.), *The Legal Ought*, (Torino: Giappichelli), 37-64.

– (2016): '*Ethica more iuridico incorporata: Caracciolo*', en Pablo E. Navarro, M. Cristina Redondo (eds.), *La filosofía desde el derecho. Homenaje a Ricardo Caracciolo*, (México: Fontamara), 73-84.

NAGEL, Thomas (1986): *The View from Nowhere*, (Oxford: Oxford University Press).

ORREGO, Cristóbal (2005): 'Hart's Last legal Positivism', en Kenneth E. Himma (ed.), *Law, Morality, and Legal Positivism. Proceedings of the 21st World Congress of Law and Social Philosophy (IVR), Lund, Sweden, 12-18 August 2003, ARSP. Beiheft n, 98*, (Wiesbaden: Franz Steiner), 73-79.

PARFIT, Derek (2011): *On What Matters. Volume Two*, (Oxford: Oxford University Press).

RAZ, Joseph (1975): *Practical Reason and Norms*, (London: Hutchinson).

– (1979): *The Authority of Law*, (Oxford: Oxford University Press).

– (1994): *Ethics in the Public Domain*, (Oxford: Oxford University Press).

– (2001): 'Two Views of the nature of the Theory of Law': A Partial Comparison', en Jules Coleman (ed.), *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law*, (Oxford: Oxford University Press), cap. 1.

– (2004): 'Incorporation By Law', *Legal Theory*, 10: 1-17.

ROSS, Alf (1998): 'Validity and the Conflict between Positivism and Natural Law' [1961], in Stanley L. Paulson and Bonnie L. Paulson (eds.), *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes* (Oxford: Oxford University Press, 1998), 148-63.

SHAPIRO, Scott J. (2011): *Legality* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press).

SCANLON, T.M. (2014): *Being Realistic About Reasons*, (Oxford: Oxford University Press).

SMITH, Michael (1994): *The Moral Problem*, (Oxford: Basil Blackwell).

Von WRIGHT, Georg Henrik (1985): 'Is and Ought', en Eugenio Bulygin, J.-L. Gardies, and Ilkka Niiniluoto (eds.), *Man, Law and Modern Forms of Life*. (Dordrecht: Reidel), 263-281.

WALUCHOW, W. J. (1994): *Inclusive Legal Positivism* (Oxford: Oxford University Press).

WILLIAMS, Bernard (1979): 'Internal and External Reasons', en Ross Harrison (ed.), *Rational Action*, (Cambridge: Cambridge University Press), 101-113.

– (1985): *Ethics and the Limits of Philosophy*, (London: Fontana Press).