

EL VALOR MORAL DEL POSITIVISMO JURÍDICO. LOS ARGUMENTOS DE II.

L. A. HART ¹

Cristóbal Orrego S.

SUMARIO: 1. Anarquistas y reaccionarios. 1.1. Exposición del argumento de Hart. 1.2. Crítica del positivismo como equilibrio deficiente. 1.3. Evaluación del argumento sobre el peligro de anarquía; 2. La teoría jurídica y la resistencia contra el derecho inicuo. 2.1. Planteamiento de las posiciones. 2.2. La ingenuidad del iusnaturalismo. 2.3. La insuficiente comprensión del espíritu liberal; 3. La menor capacidad del iusnaturalismo para resistir. 3.1. Exposición del argumento hartiano. 3.2. Una mala interpretación del iusnaturalismo. 3.3. Los juicios de posguerra prueban en contra del argumento. 3.4. Las ideas, ¿influyen o no influyen? 3.5. La teoría neutral puede usarse para el bien y para el mal. 3.6. El deber de incluir la moral en la regla de reconocimiento. 3.7. El criterio de obediencia es extra-positivo, pero ¿cuál? 3.8. Las buenas costumbres del positivismo jurídico. 3.9. El argumento es formalmente una falacia. 3.10. Las reglas de reconocimiento con contenido moral son posibles y eficaces. 3.11. El efecto moral del iusnaturalismo y del positivismo jurídico con independencia del argumento haitiano; 4. La justicia de los vencedores. 4.1. El argumento: vencedores, pero honrados. 4.2. El planteamiento del problema como dilema moral. 4.3. La sucesión revolucionaria no es un caso ordinario de continuidad legal del Estado. 4.4. La sinceridad de la crítica moral por los tribunales. 4.5. Una breve anotación sobre sabiduría e histeria; 5. La complejidad de los problemas morales.

Este artículo se ocupa del análisis de una tesis de H. L. A. Hart acogida sin demasiada discusión por muchos de sus discípulos y seguidores en todo el mundo, a saber, que se debe adoptar el «positivismo

¹ Una versión modificada de este trabajo forma parte de la tesis doctoral defendida por el autor, publicada con el título *H. L. A. Hart. Abogado del positivismo jurídico* (Pamplona, Eunsa, 1997). El desarrollo de esta línea de investigación con posterioridad ha sido posible gracias al financiamiento de la Dirección de Investigación y Posgrado de la Universidad Católica de Chile (Proyecto DIPUC 95109E) y al Fondo de Ayuda a la Investigación de la Universidad de los Andes (Chile), Proyecto DER 2/98.

jurídico» como exigencia de una orientación valorativa de la teoría jurídica. Hart, aunque dice limitarse a describir el derecho en general, sostiene que «debemos» adoptar el positivismo jurídico por razones teóricas y morales. La orientación valorativa de la teoría jurídica es inevitable ², y ahora veremos que es positivamente deseable, a condición de que reflexionemos sobre ella en lugar de movernos sin saber el porqué. En este artículo nos detendremos exclusivamente en los argumentos sobre la superioridad «moral» del iuspositivismo. ¿Conviene o es obligatorio «moralmente», adoptar sólo el derecho positivo como objeto de una teoría jurídica general o particular? ¿Debemos llevar a cabo una teoría jurídica que sólo describa el derecho positivo, en general o en particular, sin valorarlo?

Hart expone una serie de argumentos para demostrar la conveniencia *moral* de adherir al positivismo jurídico. No pretende defender simplemente que se toleren los conceptos positivistas como una posibilidad entre otras, útil para determinados fines, sino que excluye los conceptos de derecho y validez jurídica que atribuye al iusnaturalismo. Aunque los argumentos ocupan pocas páginas ³, mezclan diversas tesis teóricas con apelaciones emotivas e imperativos morales. Nuestro análisis dejará de lado las apelaciones emotivas, que saltan a la vista con la sola lectura de los textos, y las cuestiones derivadas del modo de plantear el tema como una elección entre conceptos, deficiencia lógica formal ya detectada por diversos autores ⁴. Sólo nos concentramos en el tema de fondo de la influencia práctica de un tipo u otro de teoría jurídica.

En primer lugar, abordaremos la cuestión del carácter conservador o revolucionario del iusnaturalismo. En segundo lugar, la cuestión de la capacidad de la teoría jurídica iusnaturalista o positivista para

² Cf. Finnis, J., *Natural law and natural rights*, Oxford, Oxford University Press, 1980, pp. 3-22.

³ Cf. Hart, H. L. A., *The concept of law*, Oxford, Clarendon Press, 1961, pp. 203-207, 254-255 (cito reimpresión de 1993, abreviada en adelante como CL) y Hart, H. L. A., «Positivism and the separation of law and morals», *Harvard Law Review* 71, 1958, pp. 593-629; ahora en *Essays in jurisprudence and philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983, pp. 49-87. Se cita como PLM en RIP. Vid. PLM en RIP, pp. 50-56 y 72-78.

⁴ Cf., entre otros, Beyleveld, D., y Brownsword, R., «The Practical Difference between Natural-Law Theory and Legal Positivism», *Oxford Journal of Legal Studies* 5, 1985, pp. 1-32.

favorecer la resistencia contra la iniquidad legal. En tercer lugar, analizaremos los problemas que enfrentan los tribunales revolucionarios o de posguerra, tomando como punto de partida los datos y ejemplos que Hart considera en relación con los juicios en Alemania después de la Segunda Guerra Mundial (no nos interesa la historia real de esos juicios, sino el razonamiento de Hart con los datos de que disponía entonces). Finalmente, consideraremos el argumento de que el iusnaturalismo simplifica cuestiones morales complejas.

1. ANARQUISTAS Y REACCIONARIOS

1.1. Exposición del Argumento de Hart

Hart afirma que la preocupación fundamental de los utilitaristas era «capacitar a los hombres para ver serenamente los problemas precisos planteados por las leyes moralmente malas, y para comprender el carácter específico de la autoridad de un orden jurídico»⁵. Bentham preconizaba el lema «obedecer puntualmente, censurar libremente»; pero los imperativos jurídicos podrían llegar a ser tan perversos que la pregunta sobre la resistencia tendría que ser enfrentada, y entonces sería esencial que las cuestiones en juego no fuesen oscurecidas ni simplificadas en exceso. Eso era lo que la confusión entre derecho y moral había hecho.

Bentham pensaba que la confusión se había extendido en dos direcciones diferentes. Por una parte, Bentham tenía en mente al anarquista que razona así: «Esto no debe ser derecho, por lo tanto no lo es, y soy libre no solamente para censurarlo, sino para ignorarlo». Por otro lado, pensaba en el reaccionario que argumenta: «Esto es el derecho, por lo tanto es lo que debe ser», y así suprime la crítica en su nacimiento. Los dos errores, pensaba Bentham, podían encontrarse en Blackstone: estaba su incauta afirmación de que las leyes humanas eran inválidas si contradecían la ley de Dios, y «ese espíritu de *quietismo* obsequioso que parece constitutivo de nuestro autor» que «apenas le permitirá reconocer alguna vez una diferencia» entre lo que es y lo que debe ser. [...] Hay, pues, dos peligros que la insistencia en esta distinción nos ayudará a evitar: el peligro de que el derecho y su autoridad puedan disolverse en las

⁵ PLM en EJP 53.

concepciones del hombre acerca de lo que el derecho debe ser, y el peligro de que el derecho existente pueda suplantar a la moral como criterio definitivo de conducta y escapar así a la crítica»⁶.

También incluye Hart el peligro de anarquía entre las formas de simplificar en exceso los problemas morales⁷, mas advierte que los utilitaristas «pueden haber sobreestimado»⁸ ese peligro.

Los escritores del pasado que, como Bentham y Austin, insistieron en la distinción entre lo que el derecho es y lo que debe ser, lo hicieron en parte porque pensaban que, a menos que los hombres mantuvieran separadas estas cosas, podrían juzgar apresuradamente que las leyes eran inválidas y no debían ser obedecidas⁹.

En otro lugar, Hart nos dice que los utilitaristas:

(...) criticaban la doctrina del derecho natural y los derechos naturales no porque creyeran que había una obligación incondicional de obedecer el derecho, sino porque, en su opinión, estas doctrinas presentaban tentaciones permanentes para que los hombres se rebelaran sin hacer tales cálculos de consecuencias¹⁰.

Hart reproduce las siguientes expresiones de Bentham, que muestran la dificultad que le planteaba el problema de la obediencia al derecho injusto. «Aquí tocamos la más difícil de las cuestiones. Si el derecho no es lo que debe ser; si combate abiertamente el principio de utilidad; ¿debemos obedecerlo? ¿Debemos violarlo? ¿Debemos permanecer neutrales entre el derecho que manda un mal y la moral que lo prohíbe?»¹¹. Bentham criticaba «esta peligrosa máxima» (*lex injusta non lex*) diciendo que «la tendencia natural de una doctrina

⁶ *Ibid.*, pp. 53-54.

⁷ *Cf. infra* sección 5.

⁸ CL, p. 206.

⁹ *Ibidem*. Cito la versión castellana, *El concepto de derecho* (trad. de G. Carrió, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1963, 1977), reimpressa en México (Editora Nacional, 1980) como CD: *cf.* CD 260.

¹⁰ Hart, H. L. A., «Legal positivism», en Edwards, P. (editor in chief), *The Encyclopedia of Philosophy* 4 (Nueva York-Londres, Macmillan, 1967), pp. 418-420, 420.

¹¹ PLM en EJP, p. 53, citando a Bentham, «Principles of Legislation», en *The theory of legislation* I, p. 65.

así es empujar a un hombre, por la fuerza de su conciencia, a levantarse en armas contra cualquiera ley que casualmente no le agrade»¹².

1.2. Crítica Del Positivismo Como Equilibrio Deficiente

Ponderar con justicia estos argumentos de Hart —no nos referimos a Bentham— nos exige detectar el punto preciso donde radica su fuerza y, después, analizar por separado sus afirmaciones. *La fuerza* del argumento estriba en que sitúa el positivismo jurídico en el justo medio entre dos extremos. *Sus afirmaciones* son que el iusnaturalismo tiende a la anarquía —el iuspositivismo la evita—, y que el iusnaturalismo tiende a la reacción —el positivismo posibilita la reforma. Veamos a continuación las dos primeras cuestiones, pues podremos analizar mejor el carácter «reaccionario» del iusnaturalismo al abordar el argumento hartiano sobre la resistencia al derecho inicuo.

Recordemos que estamos hablando del valor moral del positivismo jurídico. La fuerza del argumento hartiano radica en presentar su posición como un equilibrio sensato entre dos extremos. Tal es la definición clásica de virtud, y todo argumento que logra situar una posición en un justo medio tiene, por ese solo hecho, la fuerza retórica de lo virtuoso, de mostrar una tesis como un cierto bien al que es conveniente adherir. Sin embargo, esta retórica¹³ hartiana no resiste demasiado escrutinio, porque al negar uno de los extremos afirma el otro; o, con otras palabras, no da una respuesta equilibrada al problema del deber de obedecer el derecho. Las dicotomías anarquía/reacción, revolución/conservación, etc., no tienen sentido en la teoría clásica del derecho natural, que da una respuesta matizada y precisa acerca de cuándo se debe, se puede o no se debe, obedecer el derecho positivo, según

¹² PLM en EJP, pp. 53-54, citando a Bentham, *A fragment on government*, en *Works*, pp. 221, 287. Hart cita por la edición de Bowring (1838-1843).

¹³ Cf. MacGuigan, M. R., «Law, morals and positivism», *University of Toronto Law Journal* 14, 1961, pp. 1-28. Este autor afirma que el argumento de PLM «es mera retórica» (*Ibid.*, p. 21). Cf. además, *ibid.*, pp. 9-10, donde, afirma que «no resiste examen» la reinterpretación de la frase de Hobbes «ninguna ley puede ser injusta» como diciendo «ninguna ley *positiva* es *legalmente* injusta». Tal es el punto que está en juego, pues según cómo se resuelva esta cuestión sobre la justicia del derecho positivo se resuelve la del deber moral (en justicia) de obedecerlo.

sus tipos y grados de justicia o injusticia. Un autor moderno enseña que las proposiciones sobre el «derecho natural» dicen simplemente lo justo, y, en cuanto tales, no cumplen ni una función conservadora ni revolucionaria, aunque su uso político pueda ser cualquiera.

La cuestión carece de sentido. Una afirmación de derecho natural, tomada como reivindicación o slogan políticos puede parecer revolucionaria o conservadora, pero eso es una apreciación subjetiva, pues de por sí no es otra cosa que *justa*. Si a alguien le parece revolucionaria es que está instalado en un sistema injusto; si la aprecia como conservadora es que está intentando introducir la injusticia ¹⁴.

Dejando de lado la forma concreta de exponer esta idea, cabe destacar que para la tradición del iusnaturalismo clásico «esta cuestión es, sencillamente, un bizantinismo» ¹⁵. En cambio, en el positivismo jurídico hartiano, de corte utilitarista, se transforma en un problema excesivamente difícil. ¿Por qué? En nuestra opinión, porque sin criterios de justicia, con el sólo principio de la utilidad medida por las consecuencias, no puede establecerse con antelación qué tipos específicos de leyes positivas deben o no deben ser obedecidas. Un mismo tipo de ley podría tener consecuencias «malas» o «buenas», en términos utilitarios —v. gr., de placer o dinero—, dependiendo de las circunstancias. Ciertamente, la doctrina de la ley natural lleva a saber de antemano —más apresuramiento no cabe— que una ley que manda mentir, robar o adulterar, «no es ley» y no debe ser obedecida. No hace falta calcular las consecuencias.

Antes de ver que la «solución» positivista es un equilibrio contradictorio, consideremos que el argumento hartiano falla de modo patente si se lo toma como atribuyendo *a la vez* anarquismo y reaccionarismo a una misma doctrina (Blackstone), y eso explica que, hablando Hart de la *menor capacidad* del iusnaturalismo para resistir el derecho inicuo, considere oportuno advertir que los utilitaristas pueden haber exagerado el peligro de anarquía. De hecho, Hart sostenía antes de su

¹⁴ Hervada, J., *Introducción crítica al derecho natural*, Pamplona, Eunsa, 7a. ed., 1993, p. 195.

¹⁵ *Ibid.*, p. 194.

Holmes Lecture que Blackstone era *puramente conservador*. Blackstone *no* intentaba justificar el *Common Law* usando «la doctrina repetida desde Tomás de Aquino en adelante»¹⁶. Bentham estaba «tan furioso [...] porque la ley de la naturaleza penetra el pensamiento de Blackstone de una manera más sutil e insidiosa»¹⁷. Aunque Blackstone sostenía que una ley positiva contraria al derecho natural sería «inválida» y «sin autoridad», también afirmaba que el derecho se refería en su mayor parte a cuestiones «indiferentes»¹⁸. Por lo tanto, no había fundamento en la ley natural para criticar ese derecho positivo. Bentham estaba «tan enfadado»¹⁹ porque se usaba un «criterio vacío» para mostrar que el derecho positivo no lo contradecía²⁰.

De modo que hemos de interpretar la argumentación hartiana como referida a diversas versiones del iusnaturalismo que acuden a la misma fórmula «confusa». Aun así, la explicación resulta contradictoria, pues no consiste en afirmar realmente un justo medio, sino en negar un extremo acudiendo al otro. La tesis iusnaturalista afirma que el «medio virtuoso» en la justicia está entre padecer injusticia y cometerla. Cometer injusticia nunca es lícito, y, por ende, la ley inicua que manda obrar lo injusto «no es ley» en sentido moral o definitivo: no debe obedecerse, sino resistirse. En cambio, las leyes injustas que imponen una carga excesiva, un sufrimiento, etc., «no son leyes» porque no obligan en conciencia; pero, si otras razones morales concurren, podrían obedecerse (padecer la injusticia sin cometerla). Como se ve, «obrar conforme a la legalidad» puede ser, *respecto de la misma ley inicua*, cometer la injusticia —v. gr., el oficial nazi que ejecuta a un prisionero— o padecerla —v. gr., un prisionero que consiente en cambiarse por un condenado. Finalmente, obrar la justicia es obligatorio, y, en consecuencia, la ley positiva justa —que recoge lo justo moral o lo especifica— «es ley» y determina lo que debe hacerse realmente.

¹⁶ Hart, H. L. A., «Blackstone's use of the law of nature», *Butterworths South African Law Review* 1956, pp. 169-174, 169-170.

¹⁷ *Ibid.*, p. 170.

¹⁸ *Ibid.*, pp. 170-172.

¹⁹ *Ibid.*, p. 174.

²⁰ *Ibid.*, pp. 172-174.

El argumento hartiano cierra la puerta a ese tipo de respuesta. El lema «obedecer puntualmente, censurar libremente» es un criterio realmente vacío, porque la obediencia y la crítica son como dos platillos de una misma balanza. No cabe subir uno sin que baje el otro. La obediencia completa excluye la crítica, pues consiste no sólo en mover el cuerpo según lo mandado, sino en inclinar la cabeza. Esto puede verse claro en el hecho de que casi lo primero que prohíbe un tirano es, precisamente, *la crítica*. ¿Cómo se obedece *puntualmente* la ley de censura? ¡No criticando libremente! ²¹. Análogamente, los grados de la «crítica» van desde el mero pensamiento fugaz hasta la revolución, pues el otro extremo de bajar la cabeza es no ya hacérsela bajar a otro, sino cortársela. También es eso lo que sucede, a veces, al final del mandato de un tirano. La mayor crítica contra la ley injusta y contra el poder tiránico es la desobediencia.

El peligro anarquista consiste en que «el derecho y su *autoridad* puedan disolverse en *las concepciones del hombre acerca de lo que el derecho debe ser*» ²²; el peligro reaccionario, en que «el derecho existente pueda *suplantar a la moral como criterio definitivo de conducta* y escapar así a la crítica» ²³. Pero, ¿no parece evidente que Hart defiende la primacía del derecho positivo sobre la conciencia moral, en el primer caso, y hace todo lo contrario en el segundo? Lo que se necesita no es defender por turnos el derecho y la moral, sino encontrar el criterio de obediencia. Sostener que el derecho podría llegar a ser «demasiado inicuo para ser obedecido» implica sostener que, en los demás casos, debe ser obedecido; pero incluir la referencia a lo «demasiado» pone el problema dentro de la solución, como en su

²¹ Cf. PLM en EJP, p. 76, donde Hart relata un caso de la Alemania nazi en el que la ley injusta aplicada era precisamente una ley que prohibía «hacer afirmaciones dañinas para el Tercer Reich». ¿Cómo se critica libremente y se obedece puntualmente esta ley? La respuesta de Hart sería que tales son las leyes «demasiado» injustas que no deben ser obedecidas; pero, en verdad, el puro silencio puede ser padecer injusticia, y es lícito obedecerlo. En cambio, una ley que mande matar a los judíos o denunciarlos, y no imponga censura, sí podría obedecerse puntualmente —esto dependerá de las consecuencias— y criticarse libremente. El criterio utilitarista de obediencia, con su remisión a lo «demasiado malo» en términos de consecuencias, no tiene sentido, sino que simplemente pospone la respuesta a cada caso concreto.

²² *Ibid.*, p. 54. Cursivas añadidas.

²³ *Ibidem*.

núcleo. Precisamente la respuesta moral debe decirnos la medida de lo justo, lo que debe ser hecho, y no simplemente que no debemos hacer lo que sea *demasiado* malo. Lo peor del argumento hartiano es que implica que puede obrarse el mal —si no es demasiado— al obedecer el derecho ²⁴. En cualquier caso, lo único que se intenta destacar ahora es que presentar el «positivismo» como un equilibrio entre dos errores diferentes no es posible, porque no se afirma ningún criterio que sea una alternativa. La verdad moral puede ser vista como un *justo medio* entre extremos contrarios; pero no como un *promedio de errores*.

1.3. Evaluación del Argumento sobre el Peligro de Anarquía

La acusación de «anarquía» lanzada contra la fórmula iusnaturalista es otra derivación del utilitarismo. En efecto, para Hart-Bentham «la más difícil de las cuestiones» ²⁵ es: «Debemos permanecer neutrales entre *el derecho que manda un mal y la moral que lo prohíbe?*» ²⁶. ¡Era la cuestión más fácil para el iusnaturalismo! (la más fácil teóricamente, pues prácticamente podía significar tanto legitimar una sublevación como la obligatoriedad del martirio). En el utilitarismo, en cambio, la cuestión se torna difícil, porque existe un solo tipo de bien y mal, en la escala continua del placer/dolor. Se distinguen tipos de placer y dolor, mas eso no equivale a la distinción clásica entre el bien honesto, útil y deleitable, o entre mal de culpa y de pena. Por eso, no existe diferencia esencial entre el tipo de ley que manda cometer un acto inmoral y la que manda padecerlo; o entre los defectos de una ley por su ineficiencia, su falta de adaptación a las circunstancias, etc., y por su contravención de algún criterio de justicia (no hay tal). Todos los casos de «derecho que no debe ser» son cualitativamente iguales, y simplemente hay que establecer el punto en que el «mal» es *demasiado*. Ese punto —Bentham no veía ninguno en su época— no depende del contenido

²⁴ Vuelvo sobre esto más adelante. Hart cree que el conflicto entre valores morales es inevitable en el sentido de que a veces es necesario cometer el menor de dos males. Eso, en la moral clásica, es absolutamente imposible. Cf. *Ibid.*, pp. 76-78.

²⁵ *Ibid.*, p. 53, citando a Bentham, J., «Principies of Legislation», en *The theory of legislation* I, p. 65.

²⁶ *Ibidem*.

de la ley, sino de que las «malas» consecuencias de obedecer sean menores que las de rebelarse ²⁷.

El problema de obedecer el derecho «malo» se torna particularmente difícil al afirmar precisamente que, en principio, debe obedecerse el derecho positivo, e incluso debe obedecerse el derecho que no debe ser. De lo contrario, no sería un problema. Lo curioso es que la respuesta utilitarista, que intenta reemplazar el criterio de obediencia basado en la justicia por otro basado en las consecuencias, ha introducido la confusión que Hart tanto temía, justamente porque intenta una síntesis de dos errores opuestos. La validez del derecho significaba en primer lugar que debía obedecerse moralmente —no sólo según el derecho mismo—; únicamente el cálculo de consecuencias podría autorizar la desobediencia. Tal es la postura antianarquista de Bentham. Pero, si lo que cuenta moralmente es el cálculo utilitario, ¿por qué razón ha de darse esa presunción de utilidad en favor del derecho positivo? Naturalmente, pueden buscarse razones, y no intentamos entrar en este tema (todo utilitarismo es racionalización); pero, a última hora, también puede una persona decir que la validez jurídica no significa nada moralmente, ni siquiera *prima facie*. Autores posteriores a Bentham han afirmado que no existe deber de obedecer el derecho ni siquiera en principio, tesis que no estuvo presente en ningún autor iusnaturalista, ni siquiera en los revolucionarios ²⁸. De la misma fuente utilitarista deriva la confusión que Hart desea evitar. Desde la perspectiva del «anarquista» iusnaturalista, antes había que establecer que el derecho era injusto para decir que no debía obedecerse; pero el utilitarista no necesita ni siquiera establecer eso.

Consideremos ahora la «peligrosa máxima» de que «la ley injusta no es ley». Hart-Bentham afirman que «la *tendencia natural* de una doctrina así es empujar a un hombre, *por la fuerza de su conciencia*, a levantarse en armas contra cualquiera *ley que casualmente no*

²⁷ Cf. Bentham, J., *A Comment on the commentaries, cit.*, I. 6, pp. 54-57.

²⁸ Cf. Smith, M. B. E., «Is there a prima facie obligation to obey the law?», *Yale Law Journal* 82, 1973, pp. 950-976.

le agrade»²⁹. Esta opinión implica, en primer lugar, que el hecho de que algo sea o no sea calificado como «ley» o «derecho» o «válido» es moralmente relevante en la práctica; influye en que las personas consideren que deben obedecerlo *en conciencia*. Por lo tanto, la doctrina iusnaturalista podría ser «anárquica» sólo si afirmara que la ley debe ser obedecida en conciencia, o sea, si no fuese «anárquica» en los casos de la ley justa. Luego, el iusnaturalismo no puede ser uno de los extremos viciosos en este problema, pues afirma que las leyes deben obedecerse en determinados casos —si son justas— y desobedecerse en otros —si son inicuas. Nótese que esto es no sólo lo que realmente afirma el iusnaturalismo, sino lo que está presupuesto en la afirmación benthamiana de que privar al derecho de su «título» implica tornar la fuerza de la conciencia contra el derecho.

En segundo lugar, Hart-Bentham tienen razón en repudiar una teoría que haga depender la obediencia de los gustos (sentimientos, simpatía) y no de la razón; pero se equivocan al atribuir esa identificación a la doctrina de la ley natural, asimilándola a la ética de los sentimientos morales. La ética clásica afirmaba que la virtud consiste en realizar obras buenas —y evitar las malas— venciendo la inclinación a obrar el mal por el placer que pueda acompañarle —todo mal se busca por algún bien anejo. Más aún, la virtud supone ordenar los placeres y dolores a la realización de un bien objetivo, nos guste o no nos guste. Luego, la ley natural es ley de la razón³⁰. El utilitarismo también procura establecer una ética racional, pero la identificación bien/placer y el principio de utilidad (autoevidente) la convierten no en una ética de la *recta razón* —rectitud definida por la ley natural que indica el camino a la plenitud humana integral—, sino en una ética del *cálculo correcto*, donde la razón sirve a un objetivo final que ya no es racional. El utilitarismo sólo entiende el dolor presente como prenda de un placer futuro mayor, que se seguirá como consecuencia. Decir que algo es malo no es sustancialmente distinto de decir que no es placentero, que no me agrada o no me compensa soportarlo por un «bien [placer]

²⁹ PLM en EJP, pp. 5 3-54, citando a Bentham, «A fragment on government», en *Works* I, pp. 221, 287.

³⁰ Esta tesis clásica puede verse en Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, I-II, q. 90, a. 1. Contemporáneamente, cf. Finnis, J., *Natural law and natural rights*, cit., pp. 276 y ss., y 294.

mayor». Quizás eso lleva a entender la fórmula iusnaturalista «la ley injusta no es ley» como «la ley desagradable no es ley».

En verdad, por lo tanto, el iusnaturalismo y el utilitarismo están de acuerdo en cuanto a defender una ética *racional*; pero el utilitarismo sostiene que la ley (justa o injusta) puede desobedecerse si desobedecer compensa en términos de placeres posteriores y consecuencias dolorosas. Por el contrario, el iusnaturalista clásico —cuya visión del problema coincide con la del hombre de la calle que tiene un sentido de lo justo— sabe perfectamente que puede tener que cumplir una ley justa que le desagrada. Incluso un condenado a determinada pena puede reconocer que su condena es justa; e injusta la de otro condenado. «*Dura lex, sed lex*» es una máxima que puede dar lugar a abusos, pero ciertamente no identifica la justicia con los gustos subjetivos, o los sentimientos o la simpatía. A nadie le agrada pagar impuestos, pero ésta es una de las cargas típicamente reconocidas como justas salvo *per accidens* (aunque a veces el *per accidens* llega casi a *per se*).

Finalmente, la acusación de «anarquía», teniendo en cuenta que implica lógicamente la obediencia al derecho cuando es justo, es un testimonio claro de que la máxima iusnaturalista es la mejor respuesta ante el abuso de poder. Si la ley es inicua, es menester movilizar contra ella toda la fuerza de la conciencia moral, y afirmar su primacía. Determinar cuándo exigirá levantarse en armas o sufrir el martirio —las dos posibilidades registra la historia— es otro problema moral. Pero no está mal comenzar por afirmar claramente la primacía de la ley natural —y de la conciencia— sobre el derecho positivo, y también la doctrina de que más vale padecer la injusticia que cometerla.

2. LA TEORÍA JURÍDICA Y LA RESISTENCIA CONTRA EL DERECHO INICUO

2.1. Planteamiento de las Posiciones

Hart expone simultáneamente dos problemas diversos en torno al derecho inicuo. Por una parte, mientras está vigente el sistema se plantea, a

quienes son súbditos o funcionarios, la cuestión de obedecer o resistir; por otra, los vencedores en una guerra o revolución enfrentan el problema de los juicios contra el régimen inicuo, como ocurrió después de la Segunda Guerra Mundial ³¹. Notemos que Hart pretende que ambos casos pueden enfrentarse de la misma manera, a saber, reconociendo con sinceridad y honestidad que el derecho inicuo es derecho. Hart atribuye al iusnaturalismo un uso unívoco de la fórmula «la ley injusta no es ley» y, de este modo, cree que hay que elegir entre adoptarlo o rechazarlo siempre. Afirma que en todos los casos estamos ante «maneras alternativas de formular una decisión moral de no aplicar, no obedecer, o no permitir que otros invoquen en su defensa reglas moralmente inicuas» ³². Al parecer, Hart incurre en una confusión, porque los diversos problemas deben analizarse por separado ³³. Veremos en esta sección el problema de la resistencia en relación con dos objeciones de Hart contra el iusnaturalismo; en la siguiente, abordaremos el tema de la supuesta menor capacidad del iusnaturalismo para resistir la injusticia; después, el de los juicios contra regímenes injustos derrotados.

El tema del derecho inicuo vigente plantea problemas diversos, pues la situación del juez del sistema es distinta de la situación del

³¹ El problema es complejo, porque es independiente de que venza la parte realmente justa o la realmente inicua. Puesto que el derecho de la comunidad política se entiende como una realización de diversas formas de justicia, y el uso de la fuerza se apoya en «justificaciones» de diverso tipo, cualquiera que emprenda una guerra o una revolución obrará en nombre de la justicia y de la moral. No se puede decir «vamos a la guerra porque no tenemos la razón», o «Rex debe ser derrocado porque no roba a sus súbditos ni castiga a los inocentes». Por eso mismo, cualquiera que venza tendrá el problema de juzgar a los derrotados, sean éstos los antiguos gobernantes o los rebeldes fracasados, y cualquiera haya sido realmente justo y bueno. Nuestro análisis se refiere a la situación donde vence la parte realmente justa, pues tal es el supuesto del problema posterior de hacer justicia. Siguiendo a Hart, usamos el ejemplo de los juicios contra los nazis.

³² CL, p. 204. Cf. CD 258.

³³ Cf. *infra* sección 5. Sucede que Hart atribuye al iusnaturalismo un concepto unívoco de derecho y de validez, y le achaca pretender dar una respuesta simple a todos los problemas morales que plantea el derecho injusto. Pero es exactamente al revés: Hart propone elegir un concepto unívoco —cuando del problema moral se trata— al defender el positivismo. No tiene en cuenta los ríos de tinta que han escrito los autores iusnaturalistas sobre los diversos casos de justicia e injusticia en el derecho y en el gobierno, y sobre los modos diversos de resistir al derecho injusto, de someterse en algunos casos, de admitir la cooperación indirecta con el mal de otros (v. gr., pagar tributos al Emperador, sabiendo que hará, con ellos, muchas cosas buenas, pero también te mandará a los leones).

ciudadano. Sin embargo, Hart no entra en estas distinciones. Hart da la siguiente explicación sobre el sentido del positivismo jurídico:

¿Cuál era, entonces, la preocupación de los grandes gritos de batalla del positivismo jurídico: «La existencia del derecho es una cosa; su mérito o demérito, otra» (Austin); «El derecho de un estado no es un ideal, sino algo que realmente existe... no es aquello que debe ser, sino aquello que es» (Gray); «Las normas jurídicas pueden tener cualquier clase de contenido» (Kelsen)?

Lo que estos pensadores estaban interesados en promover era, principalmente, claridad y honestidad en la formulación de las cuestiones teóricas y morales que suscitaba la existencia de leyes particulares moralmente inicuas, pero promulgadas en la forma correcta, claras en su significado, y que satisfacían todos los criterios de validez reconocidos de un sistema. Su opinión era que, al pensar acerca de tales leyes, tanto el teórico como el infortunado funcionario o el ciudadano particular llamados a aplicarlas u obedecerlas, sólo podrían verse confundidos por una invitación a negarles el título de «derecho» o «válido». Estos pensadores pensaban que, para afrontar estos problemas, había disponibles recursos más francos, más simples, los cuales destacarían mucho mejor todas las consideraciones intelectuales y morales relevantes. Deberíamos decir: «Esto es derecho; pero es demasiado inicuo para ser aplicado u obedecido»³⁴.

La descripción de la tesis iusnaturalista que sigue al texto citado se centra en el problema de los juicios posteriores al derrocamiento del poder injusto. En el contexto del problema de la resistencia, Hart acude a Radbruch, quien defendió:

(...) la doctrina de que los principios fundamentales de la moral humanitaria eran parte del mismo concepto de Recht o legalidad y que ningún decreto o ley positiva podría ser válida si contravenía los principios básicos de moralidad, sin importar con qué claridad estuviera expresada ni con qué claridad se conformara con los criterios formales de validez de un sistema jurídico dado. [...] [T]odo abogado y juez debería denunciar las leyes que transgredieran los principios fundamentales no como meramente inmorales o erróneas, sino como no revestidas de carácter jurídico, y las normas que por esta razón carezcan de la calidad de derecho no deberían ser tomadas en cuenta al establecer la posición jurídica de un individuo determinado en circunstancias particulares³⁵.

³⁴ CL, p. 203. Cf. CD 256. Hart ha rechazado poco antes uno de estos gritos de batalla (el de Kelsen): cf. CL 195.

³⁵ PLM en EJP, p. 74.

Hart presenta tres objeciones contra esta doctrina. Consideraremos las dos primeras aquí, y la última, más extensa, en el apartado siguiente.

2.2. La Ingenuidad del Iusnaturalismo

El profesor de Oxford comienza manifestando su comprensión hacia la exigencia apasionada de Radbruch de que la conciencia jurídica alemana esté más abierta a la moral. Luego añade:

Por otro lado, hay una *ingenuidad extraordinaria* en la opinión de que la insensibilidad ante las exigencias de la moralidad y el servilismo ante el poder estatal en un pueblo como los alemanes deben haber surgido de la creencia de que el derecho podría ser derecho aunque no se conformara con los requerimientos mínimos de la moralidad. Esta terrible historia mueve, más bien, a investigar por qué el énfasis en el eslogan «la ley es la ley», y la distinción entre derecho y moral, adquirió un carácter siniestro en Alemania, pero en otras partes, como con los mismos utilitaristas, fue acompañada por las más ilustradas actitudes liberales ³⁶.

Contra esta opinión de Hart, sostenemos que la ingenuidad de Radbruch desapareció con el Holocausto. Antes, como dice Hart, Radbruch pensaba que la cuestión de la obediencia o resistencia era meramente privada, y la cuestión de la validez jurídica sería pública ³⁷. Lo extremadamente ingenuo es creer que se puede predicar el carácter meramente privado de los juicios morales, y que las leyes injustas se califiquen «como *meramente* inmorales o erróneas» ³⁸, pero pretender luego que todo un pueblo o toda una profesión resistan esas leyes. ¿Cómo puede justificarse la imposición de preferencias «privadas» por sobre los criterios «públicos», si precisamente es lo público lo que se ha establecido para todos y lo privado aquello que cada uno dispone a su manera? La única forma, en nuestra opinión, sería considerar los criterios morales como públicos, y admitir respecto de ellos el estudio científico, la argumentación judicial y política, y su primacía definitiva

³⁶ *Ibidem*. Cursivas añadidas.

³⁷ *Cf. Ibid.*, p. 73. Cf. CL, pp. 112-113, donde Hart afirma que el ciudadano particular puede obedecer por su parte; pero que, como una cuestión de lógica, los funcionarios deben adherirse a la regla de reconocimiento *como pauta pública común*.

³⁸ PLM en EJP, p. 74.

—en principio, aunque sea difícil su determinación— sobre la voluntad creadora del derecho positivo.

La investigación que Hart propone —por qué el uso siniestro del positivismo en Alemania y no en Inglaterra— no tiene respuesta en su pensamiento, ni puede tenerla, porque el mismo Hart y Bentham, como reformistas y moralistas críticos, no pueden aceptar que la reforma «liberal» del derecho no tenga nada que ver con lo que después sea realmente aceptado como pauta pública de conducta. ¿Qué sentido puede tener legalizar el aborto, la homosexualidad, etc., si luego los jueces pudieran decir «esto es demasiado inicuo para ser aplicado»? ¿No impondrían sus prejuicios privados contra las pautas públicas de conducta? Con otras palabras, las leyes que llegan a estar vigentes tienen tras de sí una justificación real o aparente. Los tiranos proclaman que son justas. Hitler no sostenía que los judíos y los arios eran iguales, y que las discriminaciones y condenas eran injustas. Por lo tanto, desafiar una ley promulgada es desafiar su justificación moral. La reducción de las opiniones morales a lo «meramente privado» deja como única moral públicamente reconocida aquella que se expresa en las leyes positivas. Tanto el juez que castigue a un nazi por perseguir a un judío como el que castigue a un inglés por practicar abortos estarían imponiendo su moral privada por encima de los criterios públicos de conducta. La ingenuidad de Hart consiste en creer que la máxima «la ley es la ley» no afecta la sensibilidad moral de un pueblo. La única forma de superar el servilismo que engendra la fórmula «la ley es la ley» es dar relevancia pública a la moral, y Radbruch hace exactamente eso al exigir que los jueces y abogados *en cuanto tales* rehúsen aplicar las leyes inicuas ³⁹.

³⁹ Cf. Radbruch, G., *Introducción a la filosofía del derecho*, México, FCE, 1ª. ed., alemana, 1948, 4ª. ed. castellana, 1974, pp.49-52, 171-180; y «Leyes que no son derecho y derecho por encima de las leyes», en Rodríguez Paniagua, J. M. (ed.), *Derecho injusto y derecho nulo*, Madrid, Aguilar, 1971, pp. 3-22. Para la primera posición de Radbruch, liberal, véase Radbruch, G., *Filosofía del derecho*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1933. Una visión de la complejidad del problema histórico, complejidad que nosotros no podemos tomar en cuenta aquí, puede verse en García amado, J. A., «Nazismo, derecho y filosofía del derecho», *Anuario de Filosofía del Derecho* 8 (n.e.), 1991, pp.341-364.

2.3. La Insuficiente Comprensión del Espíritu Liberal

Hart piensa que la conversión de Radbruch al iusnaturalismo manifiesta «algo más perturbador que la ingenuidad»⁴⁰.

Podemos ver en su argumento que solamente ha asimilado a medias el mensaje espiritual del liberalismo que intenta transmitir a la profesión jurídica. Porque todo lo que dice depende realmente de una enorme sobrevaloración de la importancia del puro hecho de que pueda decirse que una regla es una regla de derecho válida, como si esto, una vez declarado, fuese concluyente respecto de la pregunta moral: «¿Debe ser obedecida esta regla?». Seguro que la respuesta verdaderamente liberal a cualquier uso siniestro del eslogan «la ley es la ley» o de la distinción entre derecho y moral es: «Muy bien, pero eso no termina con la cuestión. El derecho no es la moral; no dejemos que reemplace la moral»⁴¹.

La primera tendencia ante una afirmación de este tipo⁴² es replicar, con Kalinowski, que «es una simple *contradictio in adiecto* la noción de derecho válido no obligatorio»⁴³, porque el concepto de validez, como el mismo Hart muestra, va unido al de la obligatoriedad de las reglas⁴⁴. Luego, la afirmación «esto es válido pero no debe ser obedecido» se transforma en «esto debe ser obedecido pero no debe ser obedecido». La salida del atolladero, en la teoría hartiana, es decir «esto *jurídicamente* debe ser obedecido pero *moralmente* no debe ser obedecido», lo cual equivale a posponer la solución del problema, que consiste en saber cuándo ha de aplicarse una regla *en definitiva*.

Pero, aparte de constatar la vinculación entre validez y obligación, que puede romperse restringiendo el concepto de validez al de ser meramente «conforme con la regla de reconocimiento», puede decirse algo más. En primer lugar, quien sobrevalora la importancia de que pueda decirse que una regla es válida es el mismo Hart. No olvidemos

⁴⁰ PLM en EJP, p.74.

⁴¹ *Ibid.*, p. 75.

⁴² Cf. expresiones análogas en CL, pp. 203 y 205.

⁴³ Kalinowski, G., «Théorie, métathéorie ou philosophie du droit. Réflexions sur *The concept of law* de H. L. A. Hart et *On Law and Justice* d'Alf Ross», *Archives de philosophie du droit* 15, 1970, p. 188. Kalinowski procura mostrar que «toda teoría y toda metaciencia presupone una filosofía» (*Ibid.*, 194), que en el caso de Hart y Ross es antimetafísica.

⁴⁴ Cf. CL, p. 79 y ss., y pp. 96-107.

que él está defendiendo como núcleo del positivismo jurídico que se reconozca *la validez* de todo tipo de derecho positivo, y una validez en sentido unívoco de una vez por todas. Él considera importante, por razones de claridad y honestidad, que la validez dependa de las reglas de reconocimiento, y no de la moral. En segundo término, su crítica de la «anarquía» —como vimos— supone atribuir importancia precisamente a que no se diluya la autoridad del derecho en las convicciones morales privadas; pero ahora resulta que el espíritu del liberalismo consiste en hacer exactamente esto último. El problema de fondo estriba en que el espíritu del liberalismo da libertad para el ciudadano y, para proteger esa libertad, sujeta el poder a la ley positiva; como las autoridades gobiernan nada menos que a los ciudadanos, deben aplicarles *la ley y sólo la ley*. Luego, no existe una solución única al problema de la obediencia en el espíritu del liberalismo: justifica tanto la imposición de las leyes más inicuas por parte de los funcionarios, con tal de que sean «legales», como la resistencia a las leyes más justas por parte de los ciudadanos, en defensa de la libertad de conciencia. Esta dicotomía, que Hart quiere ver en el iusnaturalismo, es la ambigüedad constitutiva del espíritu liberal ⁴⁵.

En tercer lugar, no basta con declamar retóricamente que el derecho no ha de suplantarse a la moral, ni con decir que la respuesta «jurídica» no es la última palabra sobre qué ha de hacerse. Si la función judicial en cuanto tal, y la de los abogados, no termina mediante la declaración de la respuesta del derecho positivo, sino que han de acudir a la moral para conocer la respuesta definitiva, entonces —cualesquiera sean las palabras usadas— no podemos sino concluir que jueces y abogados en cuanto tales tienen una función al mismo tiempo moral y jurídico-positiva. Pero esto equivale a volver a dar relevancia pública a la conciencia moral y a la «ley natural», *como quiera que se la llame*

⁴⁵ Precisamente esa ambigüedad hace imposible que nos detengamos aquí a clarificar más la cuestión del «liberalismo». Sea de ello lo que fuere, nuestra intención es sólo apuntar que Hart se ha encontrado de frente con ese cuchillo de doble filo, que ya es un tópico de la filosofía política, especialmente en los comentarios sobre Rousseau. Yo mismo comparto algo de ese espíritu liberal (su deseo de un poder bajo control, de garantías constitucionales que limiten la voluntad popular del momento, etc.); pero no es admisible usar uno de los filos del cuchillo para refutar el otro —eso hace Hart contra Radbruch—, sin dar una respuesta al problema de fondo.

(cualquiera que entienda la doctrina clásica sobre la «ley natural» entiende que es equivalente a «moral racional»). Radbruch diría que las normas inicuas «no deberían ser tomadas en cuenta al establecer la posición jurídica de un individuo determinado en circunstancias particulares»⁴⁶; Hart, que sí cuentan para su posición *jurídica*, pero no para su posición *definitiva*.

La respuesta de Hart equivale a posponer la respuesta definitiva, porque precisamente una de las funciones del derecho positivo es —según la teoría de la ley natural y según el mismo Han— determinar qué exigencias de la moral serán impuestas coactivamente, dentro de qué límites y bajo qué formas; y, además, dar una solución definitiva a las disputas, que pueden tener origen en discrepancias morales o en la indiferencia de la moral respecto de soluciones posibles contrarias⁴⁷. Por lo tanto, decir que ante una solución claramente establecida por el derecho positivo todavía no se ha encontrado la solución definitiva públicamente vigente, equivale a sostener que los ciudadanos y funcionarios han de aplicar la moral para encontrar respuestas definitivas, y a negar, por tanto, que el derecho positivo dirima disputas morales en la práctica. Sin embargo, no parece que un reformador del derecho estaría dispuesto a luchar por tener una ley «mejor» —de cualquier tipo, desde quien cree tenerla en subir o bajar las penas contra los delitos, hasta quien defiende la legalización de determinadas conductas— si no pensara que, por el hecho de tenerla, las personas aceptarían esas conductas, y los funcionarios deberían aplicar dichas normas. Hart lo dice explícitamente respecto de la ley del aborto⁴⁸. Hart es quien entiende a medias el espíritu del liberalismo cuando afirma que los jueces y funcionarios no están vinculados definitivamente por el derecho claramente establecido, y que la respuesta definitiva han de buscarla en la moral. Eso es contrario al ideal liberal del estado de derecho, y permite imponer la moral privada de cada funcionario por encima de las pautas públicas de conducta.

⁴⁶ PLM en EJP, p. 74.

⁴⁷ Cf. CL, pp. 112-114 (jueces deben aceptar la pauta de validez jurídica) y 138 y ss. (jueces deciden en definitiva, pero no según su discreción absoluta).

⁴⁸ Cf. Hart, H. L. A., «Abortion Law Reform: The English Experience», *Melbourne University Law Review* 8, 1972, pp. 388-411.

Naturalmente, un iusnaturalista aceptará que, en principio, *la ley moral es una pauta pública de conducta*. Por eso las ciencias que tienen por fin práctico auxiliar a abogados y jueces —el estudio del derecho— deben estudiar tanto el derecho natural (la moral) como el derecho positivo. Si las pautas morales son relevantes para dar la respuesta definitiva, si no pueden ser reemplazadas por el puro derecho positivo, entonces hay que estudiarlas y determinarlas de modo que las personas sepan a qué atenerse. Toda la lucha por la certeza jurídica no tiene ningún sentido si, a final de cuentas, un ciudadano puede encontrarse con un juez que le diga «muy bien, usted tiene derecho a X, pero eso no resuelve esta cuestión», y, acto seguido, falle en su contra. Toda la idea de tener reglas de reconocimiento cae por su base. O, mejor dicho, el «espíritu genuinamente liberal» hartiano exigiría que el reconocimiento definitivo de lo que debe hacerse se funde en la moral. Estamos de acuerdo con tal doctrina —si es o no liberalismo, no sabríamos decirlo—, y Radbruch también lo estaría; pero *hay que decirlo*. Radbruch no hace más que decirlo. Si la respuesta definitiva contendrá una apelación a la moral, más vale advertir a los ciudadanos que, cualesquiera sean los términos del derecho positivo —cualquiera sea su claridad y validez formal—, los jueces y los demás funcionarios obedecerán antes y más a la moral, que no puede ser suplantada, que al derecho. O sea, que la ley injusta no será aplicada en definitiva, aunque se la declare «ley» en algún momento, por razones de claridad. Lo más honesto y claro sería decir que la regla de reconocimiento incluirá esa apelación definitiva a la moral, y no dejarle al ciudadano la sorpresa de última hora.

Aunque «la ley es la ley», el «genuino liberalismo» —como lo entiende Hart— diría que, a la hora de la verdad, «la ley injusta no es ley»⁴⁹. Pero el estudio y aplicación simultánea del derecho positivo y la moral, según prioridades de diversos tipos que este mismo estudio establezca, tanto en la vida privada como en el funcionamiento de la comunidad política, no es separar el derecho y la moral, ni tener una

⁴⁹ Ya he dicho algo sobre la ambigüedad del liberalismo histórico. Ahora bien, si se estima que el genuino liberalismo da tanta importancia a la moral como pauta pública de conducta, hay que concluir que el liberalismo genuino (original) tiene sus raíces en el iusnaturalismo. Recordemos, al respecto, los clásicos documentos que son a la vez «liberales» y «iusnaturalistas», como las declaraciones de derechos humanos.

ciencia moralmente neutral, ni nada que se parezca remotamente al positivismo jurídico que Hart decía defender. En definitiva, Hart, al atacar a Radbruch, contradice lo que había dicho antes sobre la naturaleza del derecho, del estudio del derecho y de la tradición positivista.

3. LA MENOR CAPACIDAD DEL IUSNATURALISMO PARA RESISTIR

3.1. Exposición del Argumento Hartiano

Hart expone en un párrafo la conveniencia del «concepto amplio» de derecho («positivista») para resistir el derecho inicuo. Vamos a analizar lo que significa este argumento no ya en favor de elegir un concepto, cuestión contraria a la lógica formal, sino como mera afirmación de que adoptar el iusnaturalismo implicaría poseer una menor capacidad de resistir la iniquidad. El párrafo es el siguiente.

¿Qué decir, entonces, de los méritos prácticos del concepto restringido de derecho para la deliberación moral? ¿De qué manera es mejor, ante exigencias moralmente inicuas, pensar «esto no es derecho en ningún sentido» en lugar de «esto es derecho, pero demasiado inicuo para obedecerlo o aplicarlo»? ¿Haría esto a los hombres más alertas o dispuestos para desobedecer cuando la moral lo exige? ¿Llevaría a formas mejores de abordar problemas como los que dejó tras de sí el régimen nazi? Sin duda, las ideas tienen su influencia; pero apenas parece probable que un esfuerzo para entrenar y educar a los hombres en el uso de un concepto restringido de validez jurídica, en el que no hay lugar para leyes válidas pero moralmente inicuas, pueda llevar a un fortalecimiento de la resistencia contra el mal, ante las amenazas del poder organizado, o a una percepción más clara de lo que está moralmente en juego cuando se exige obediencia. Mientras los seres humanos puedan conseguir suficiente cooperación de algunos para permitirles dominar a otros, usarán las formas del derecho como uno de sus instrumentos. Hombres malvados promulgarán reglas malvadas que otros aplicarán por la fuerza. Lo que seguramente se necesita más para hacer que los hombres tengan una visión clara al enfrentar el abuso oficial del poder, es que puedan preservar el sentido de que la certificación de algo como jurídicamente válido no es concluyente acerca del problema de la obediencia, y de que, cualquiera sea el halo de majestad o autoridad que pueda poseer el sistema oficial, sus exigencias deben someterse, al final, a un examen moral. Este sentido de que hay algo fuera del sistema oficial por referencia a lo cual el individuo debe resolver, en última instancia, sus problemas de obediencia, es de seguro más probable que se mantenga

vivo entre quienes están acostumbrados a pensar que las reglas de derecho pueden ser inicuas, que entre quienes piensan que nada inicuo puede tener en ninguna parte el estatus de derecho ⁵⁰.

Este argumento merece un análisis detenido solamente porque hay quienes se han adherido a él sin reparar en que supone un círculo vicioso demasiado grueso para ser excusado —o, dicho de otro modo, un argumento viciado no es un argumento ⁵¹. Algunos defectos han sido señalados anteriormente, por lo cual abordaremos a continuación otros aspectos del problema, aunque están todos vinculados y son inevitables algunas repeticiones ⁵².

3.2. Una Mala Interpretación del Iusnaturalismo

El iusnaturalismo no afirma que el derecho inicuo no es derecho «en ningún sentido», sino que, siéndolo en un sentido derivado, *no debe* reconocérsele como tal en definitiva. Si no lo fuera en ningún sentido —v. gr., las leyes promulgadas en un manicomio ⁵³— no se plantearía el problema. Finnis lo expresa de este modo:

⁵⁰ CL, pp. 205-206. Este argumento incluye la idea de que el iusnaturalismo es reaccionario, o conservador del derecho positivo *injusto*. No tendría sentido moral acusar a una posición rival de ser *conservadora de la justicia*. Por eso, creo que la discusión de este tema de la resistencia abarca la de si el iusnaturalismo es o no conservador, reaccionario, y respecto de qué.

⁵¹ El más notable entre sus discípulos, por ser quien más lo ha estudiado e incluso criticado, es McCormick. Cf. McCormick, N., *H. L. A. Hart* (Londres, Edward Arnold, 1981), p. 160. Sin embargo, McCormick enfatiza que el derecho está moralmente cargado, de modo que reconocer algo como derecho tiende a exigir moralmente su cumplimiento. Summers, por su parte, cita el argumento sin ver el defecto lógico. Simplemente comenta que es difícil evaluar su importancia porque «la evidencia empírica relevante no está disponible fácilmente» (cuando ¡es obvio que se trata de una cuestión no empírica, sino conceptual!). Cf. Summers, R. S., «Professor H. L. A. Hart's Concept of Law», *Duke Law Journal*, 1963, pp. 629-670, 657. Véase también Ross, A., «Review of *the concept of law*», *The Yale Law Journal* 71, 1962, pp. 1185-1190, 1188. Ross pasa por encima de la falacia, sin comentarla. Aceptar el iuspositivismo sería, a fin de cuentas, «un asunto de conveniencia en la formación de nuestros conceptos» (*Ibidem*); Bowie, N. E., «The "War" between natural law philosophy and legal positivism», *Idealistic Studies* 4, 2, 1974, p. 153; Jenkins, I., *Social Order and the Limits of Law*, Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 1980), p. 369.

⁵² No repetiremos lo dicho sobre los problemas lógicos de la postura «liberal» (según Hart) que afirma a la vez «esto es derecho, pero no debe ser obedecido» (*supra* 2.3).

⁵³ Cf. Jori, M., «Paradigms of Legal Science», *Rivista internazionale di filosofia del diritto* 67, 2, 1990, p. 234 y ss. Incluso éstas son «leyes» en algún sentido, como un caballo dibujado o imaginado es un caballo (aunque demasiado irreal para ser montado).

La tradición central de la especulación sobre el derecho natural, en la que está incorporada la doctrina «lex iniusta...», no ha elegido usar los eslóganes que le atribuyen críticos modernos, por ejemplo que «*lo que es completamente inmoral no puede ser derecho*» (Hart, «The Separation of Law and Morals», p. 593), o que «*ciertas reglas no pueden ser derecho debido a su iniquidad moral*» (*Ibidem*), o que «*estas cosas perversas no son derecho*» (*Ibid.*, p. 34), o que «*nada inicuo puede tener en ninguna parte el estatus de derecho*» (Hart, *Concept of Law*, p. 206), o que las «*exigencias moralmente inicuas [no son] derecho en ningún sentido*» (*Ibid.*, p. 205) [...] Por el contrario, la tradición, incluso en sus formulaciones más toscas (E. g. Blackstone, I *Comm.* 41), ha afirmado que las *Leyes* injustas no son derecho. ¿No deja claro esta fórmula, más allá de toda duda razonable, que la tradición no incurre en una «negativa, hecha de una vez por todas, a reconocer las leyes malas como válidas para todo propósito» (Hart, *Concept of Law*, pp. 206- 207)? Lejos de «negarles validez jurídica a las reglas inicuas» (*Ibid.*, p. 207), la tradición explícitamente atribuye validez jurídica a las leyes inicuas (al hablar de «leyes injustas»), ya por la razón y en el sentido de que estas reglas son aceptadas en los tribunales como guías de la decisión judicial, ya por la razón y en el sentido de que, a juicio del hablante, satisfacen los criterios de validez establecidos por reglas constitucionales u otras reglas, o por ambas razones y en ambos sentidos. La tradición llega hasta decir que puede haber una obligación de conformarse con algunas de esas leyes injustas para sostener el respeto hacia el sistema jurídico como un todo ⁵⁴.

Con todo, lo que sí hemos de admitir es que la tradición ha expresado de esa forma su rechazo de la iniquidad porque así manifiesta tanto que son los fines morales los que explican racionalmente el derecho, como que la respuesta definitiva ante la iniquidad consiste en negar su obligatoriedad moral y la obediencia que el derecho inicuo reclama. Por eso, sigamos pensando sobre la capacidad de la máxima «la ley injusta no es ley» para resistir el derecho inicuo, aquel que bajo ninguna circunstancia es moralmente lícito obedecer ⁵⁵.

⁵⁴ Finnis, J., *Natural law and natural rights*, cit., pp. 364-365. Las cursivas son añadidas por Finnis. Cf. un análisis más detallado de todo este argumento en *Ibid.*, pp. 351-368.

⁵⁵ Quizás conviene distinguir entre la fórmula «lex iniusta non lex» y la doctrina de fondo significada. La fórmula es, como cuestión lingüística, algo subordinado y menos importante en el iusnaturalismo clásico. La doctrina significada es su núcleo. Para analizar el pensamiento de Hart es imprescindible detenerse en la fórmula más de lo que sería necesario en un contexto meramente expositivo del iusnaturalismo. Naturalmente, la fórmula misma, aunque secundaria, tiene gran importancia histórica y doctrinal, porque es, en mi opinión, el compendio más enfático de la doctrina tradicional.

3.3. Los Juicios de Posguerra Prueban en Contra del Argumento

La alusión a los juicios de posguerra no apoya la argumentación hartiana, porque los tribunales de posguerra, al aplicar la doctrina de Radbruch, *de hecho no aplicaron el derecho nazi*⁵⁶. Eso puede haber sido deshonesto, confuso, insincero, comparado con la alternativa de una ley retroactiva, pero ahora estamos hablando de la capacidad para detectar un derecho inicuo y *no aplicarlo*. Los tribunales de posguerra que usaron la máxima «la ley injusta no es ley» no aplicaron ninguna de las leyes que los tribunales de preguerra aplicaban usando la máxima «la ley es la ley». El mismo Hart afirma que el uso de la teoría iusnaturalista es tentador después de la guerra o revolución precisamente porque el uso de legislación retroactiva —lo que él considera más sincero— «puede ser difícil, moralmente odioso, o quizás imposible»⁵⁷. En definitiva, el iusnaturalismo puede ser moralmente malo en este contexto; pero, según el mismo Hart, *sería más eficaz*.

3.4. Las Ideas, ¿Influyen o no Influyen?

Hart minusvalora la influencia de las ideas, aun cuando dice que sin duda tienen su influencia. No cree que «un esfuerzo para entrenar y educar a los hombres»⁵⁸ en la doctrina iusnaturalista pueda fortalecer «la resistencia contra el mal, ante las amenazas del poder organizado»⁵⁹ u otorgar una conciencia «más clara de lo que está moralmente en juego cuando se exige obediencia»⁶⁰. Mas si el entrenamiento doctrinal es tan poco eficaz en el caso del iusnaturalismo, ¿por qué ha de ser eficaz en el caso de «promover claridad y honestidad» mediante «los gritos de batalla del positivismo jurídico»? Hart presenta las convicciones iusnaturalistas como algo que sólo podría inculcarse en los hombres mediante un esfuerzo de entrenamiento y educación, mientras los autores positivistas simplemente promueven claridad y honestidad.

⁵⁶ Cf. PLM en EJP, p. 75.

⁵⁷ CL, p. 203. Cf. PLM en EJP, p. 76.

⁵⁸ CL, p. 205.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ *Ibidem*.

La historia que el mismo Hart nos cuenta es contraria a esta insinuación. Autores como Bentham o Kelsen han tenido que hacer el mayor esfuerzo «desmitologizador», y aun así Hart reconoce que ellos no explican los conceptos jurídicos reales, sino que tienen algo mejor que proponer —mas, al final, reductivista. La verdad es que las ideas influyen muchísimo, y que, como seguiremos viendo, el grito de batalla «la ley injusta no es ley» surge precisamente porque se percibe la «ley injusta» y, acto seguido, se resiste. En cambio, el esfuerzo por entrenar a los hombres en la creencia de que «el derecho puede tener cualquier contenido», en el mejor de los casos *deja abierta* la cuestión sobre si ha de resistirse alguna vez o no; por sí mismo, no se trata de un entrenamiento para resistir la injusticia. La historia de los mártires cristianos —o la más antigua de Antígona, y tantas otras—, que creían en la ley natural (ley de Dios), es un testimonio empírico en favor de la capacidad del iusnaturalismo para resistir. Salvo, por supuesto, en cuanto la «separación conceptual», verdadera por definición, convierte a Antígona y a los mártires en positivistas jurídicos y liberales genuinos.

En cualquier caso, alegar en contra del iusnaturalismo que las ideas no influyen tanto como parece, es contrario a todo el argumento hartiano. Hart basa su argumento en la hipótesis de que debemos elegir un concepto *por sus consecuencias prácticas*. Está diciendo que serán mejores las del positivismo, por todas estas razones que estamos analizando; y que serían peores las del iusnaturalismo. Si todo su argumento tiene este apoyo pragmático, resulta difícil comprender que rechace una teoría diciendo que, aunque influya, realmente no influirá tanto. El argumento debe ser que rechazamos la confusión iusnaturalista precisamente porque influye en la aquiescencia hacia la injusticia (o en su conservación).

3.5. La Teoría Neutral puede Usarse para el Bien y para el Mal

Hart constata que los hombres malvados «usarán las formas del derecho como uno de sus instrumentos [...] promulgarán reglas malvadas que otros aplicarán por la fuerza»⁶¹. Ésta es una verdad del tamaño de

⁶¹ *Ibid.*, 206.

una catedral. El derecho positivo puede usarse para el bien o para el mal, pues todo mal se apoya en algún tipo de bien. Parece evidente, entonces, que el uso del derecho y de las ciencias jurídicas particulares, el dominio de las diversas ramas del derecho y técnicas jurídicas, por sí sólo no es garantía de resistir el derecho inicuo más que de servirlo. Ciertamente, dominar las reglas jurídicas tiránicas puede ser un arma para defender lo justo, buscando la excepción o la interpretación orientada a fines de justicia. Ahora bien, esa empresa de resistencia contra el derecho inicuo usando la ciencia jurídica exige introducir la confusión más que evitarla; es decir, no interpretar —dentro de lo posible— conforme al derecho inicuo, sino buscar todas las fisuras que permitan darle un sentido contrario a las intenciones del tirano, y *conforme con la intención general del derecho, que es la justicia*. Aquí, mientras más «objetiva» y «moralmente neutral» sea la descripción del derecho tal como es, dejándose para después los juicios sobre si se obedecerá o no, más se coopera con la iniquidad. Piénsese, por ejemplo, en un juez nazi que acude a un tratado de derecho penal escrito por un iuspositivista, el cual enseña que los murmuradores contra el Führer jurídicamente deben ser sentenciados a muerte, y añade que «eso es demasiado inicuo para ser aplicado u obedecido». El juez sentenciará a muerte a un murmurador —y al autor del libro que añadió esa coletilla no descriptiva—, pues, como dice Austin citado por Hart:

Las leyes más perniciosas [...] han sido y son continuamente aplicadas por los tribunales. [...] Supongamos que un acto inocuo o positivamente beneficioso está prohibido por el soberano bajo pena de muerte; si cometo ese acto, seré juzgado y condenado, y si objeto a la sentencia que es contraria a la ley de Dios (...) el tribunal de justicia demostrará la debilidad de mi razonamiento ahorcándome, en aplicación de la ley cuya validez he impugnado. Una excepción o alegato fundado en la ley de Dios jamás ha sido atendido en un tribunal de justicia, desde la creación del mundo hasta el momento presente ⁶².

⁶² Austin, J., *The Province of Jurisprudence Determined*, cit. en PLM en EJP, p. 73. Naturalmente, lo mismo podría suceder a la inversa si el juez iusnaturalista decide interpretar la ley positiva según lo que cree justo y está errado. De hecho, cualquier posición legal-positiva (incluidas las leyes nazis) puede integrarse en una teoría «iusnaturalista» en la medida en que sus autores sostengan que dicha legalidad se funda en principios de justicia suprapositivos. Esto demuestra que el iusnaturalismo es de la esencia de la política; pero no significa que todo «iusnaturalismo» en este sentido tenga algo que ver con el iusnaturalismo clásico.

Para Hart, «éstas son palabras fuertes, realmente brutales»⁶³, pero advierte que iban unidas a la convicción de que el derecho inicuo debía ser resistido. Mas el punto es *qué deben hacer los jueces*, y si la ley de Dios no ha de ser escuchada no se ve por qué había de serlo una opinión moral, añadida como coletilla a un juicio científico que describe el derecho: al fin y al cabo, cada uno es su propio científico del derecho, pero no su propio Dios. El juez de nuestro ejemplo diría al penalista «jurídicamente debe usted ser colgado», y acto seguido llamaría al verdugo, pues el alegato de que «esto *es derecho*, pero demasiado inicuo para ser obedecido o aplicado» no ha sido jamás escuchado desde la creación del mundo hasta hoy. En cambio, los jueces que «se confunden» y dejan de considerar «derecho» lo que antes —la misma ley— se consideraba tal, por la sencilla razón de que ya no parece justo, éstos sí que son legión. «*Lex iniusta non lex*» es una máxima eficaz moralmente; pero, además, bastante ajustada como descripción de lo que sucede en la práctica judicial —tomando como referente de lo justo lo que así parece a los jueces— y en la argumentación de los abogados⁶⁴.

Los clásicos afirmaban que hay sólo una realidad que puede usarse para el bien moral y nunca para el mal: las virtudes morales, como la justicia. Por lo tanto, el derecho positivo y la ciencia del derecho pueden usarse tanto para el bien como para el mal. La ciencia jurídica iusnaturalista está gobernada explícitamente por la idea de que el derecho *debe* interpretarse conforme a la ley natural, porque la ley natural es una de las dimensiones del derecho; pero puede no ocurrir así, porque la ley natural es una orientación y no una aniquilación de la libertad. Naturalmente, esta doctrina introduce, para el positivista, la «confusión» entre

⁶³ PLM en EJP, p. 73.

⁶⁴ Cf. Perelman, Ch., *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Madrid, Civitas, 1979, trad. cast. Luis Díez-Picazo, pp. 20, 65, 73 y ss., 90, 97, 98, 178 y ss. Lo dicho se refiere a lo que en conciencia es tenido como justo con independencia de la ley positiva; pero no implica que la conciencia sea siempre recta. Por eso, el iusnaturalismo como posición histórica ha podido usarse para el mal. El error sobre lo justo afecta tanto a los iuspositivistas como a los iusnaturalistas. La cuestión es saber qué se debe hacer con la ley injusta, admitiendo que podemos equivocarnos al juzgarla; pero, a la vez, que no podemos obrar sin juzgarla. En fin, no hablamos ahora de si las teorías iusnaturalistas pueden o no ser objeto de abuso. Obviamente lo han sido porque ha habido iusnaturalismos para todas las posiciones morales. Ahora hablamos de si es o no mejor introducir en la misma ciencia del derecho la consideración explícita de lo justo.

derecho y moral en la misma descripción del derecho. Kelsen querría que el científico describiera las posibilidades que deja abierta la norma, para que el juez eligiese una. Hart quiere que el juez, al elegir entre esas posibilidades, recurra a la moral. El iusnaturalismo clásico afirma que todos —jueces y científicos— deben acudir a la moral en todos los niveles, explícita y justificadamente, para que el resultado final excluya toda injusticia tanto en la exposición del derecho como en su aplicación, y la excluya precisamente por ser injusta ⁶⁵. Un jurista iusnaturalista puede incurrir en *contradicciones* como criticar un proyecto de ley porque su tenor literal es injusto; pero, una vez aprobado, defender una «interpretación correcta» que excluya la anterior interpretación literal (reconocida antes como una interpretación «posible» entre otras) ⁶⁶. Nuevamente, Hart podría decir que este modo de proceder es «confuso», o «insincero», o «contradictorio»; pero ahora nos interesa ver si es más o menos capaz de anular, resistir o contrarrestar la iniquidad ⁶⁷.

3.6. El Deber de Incluir la Moral en la Regla de Reconocimiento

Hart afirma que «la certificación de algo como jurídicamente válido no es concluyente acerca del problema de la obediencia» ⁶⁸, y que «cualquiera

⁶⁵ Téngase en cuenta que, siendo posible el error sobre lo justo y la existencia de teorías iusnaturalistas que intentan justificar lo que realmente es injusto, nuestra reflexión se refiere a la capacidad del iusnaturalismo para hacer eficaz la resistencia al derecho inicuo o que se cree inicuo. Jamás ha pretendido el iusnaturalismo clásico que exista, en el orden puramente racional, una garantía de infalibilidad.

⁶⁶ Dworkin intenta por diversas vías expresar y fundamentar esta distinción; por ejemplo, mediante la explicación del derecho en sentido «preinterpretativo» —los datos institucionales— y en sentido «interpretativo» —lo que se afirma ser derecho después de interpretar esos datos a la luz de principios justificadores. Cf. Dworkin, R., *A Matter of Principle* (Londres, Harvard University Press, 1985), 119-177; y Dworkin, R., *Law's Empire* (Londres, Fontana Press, 1986), p. 45 y ss., 176 y ss., y su aplicación en capítulos 7-10. Hay trad. cast. de C. Ferrari, *El imperio de la justicia* (Barcelona, Gedisa, 1988).

⁶⁷ Las relaciones entre el derecho natural y la interpretación del derecho son complejas, pues no es cuestión de aplicar sin más lo que parece justo. A veces, lo justo no ha sido suficientemente determinado por el derecho positivo como para ser aplicado (v. gr., no se ha establecido un procedimiento para pedir al juez una indemnización, o no se ha fijado una pena para un delito, etc.). Sobre esta complejidad, cf. la síntesis de Hervada, J., *Introducción crítica al derecho natural, cit.*, pp. 183-187. Importa destacar ahora que la doctrina de la nulidad del derecho inicuo, cuando es aplicable, no puede favorecer la iniquidad, sino resistirla.

⁶⁸ CL, p. 206.

sea el halo de majestad o autoridad que pueda poseer el sistema oficial, sus exigencias deben someterse, al final, a un examen moral»⁶⁹. Hemos comentado ya algunos problemas de este «mensaje espiritual del liberalismo»⁷⁰. Ahora abordamos otros aspectos. La referencia de Hart al «halo de majestad o autoridad» del derecho positivo es un testimonio de que, de hecho, la ley de la comunidad política tiene connotación moral y autoridad moral. El iusnaturalismo explica este hecho mediante la teoría de los fines morales del derecho, que exigen obediencia normalmente —siempre que es justo— y desobediencia cuando se desvía de tales fines. El problema del positivismo hartiano, con toda su ambigüedad, es que exige excluir la moral de la determinación objetiva, «neutral», del derecho; pero, después, exige que las exigencias así determinadas se sometan al examen de una moral respecto de la cual no ha querido pronunciarse como jurista. ¿Qué moral ha de tener la última palabra? ¿Una moral objetiva y cognoscible, o una moral subjetiva e incognoscible? ¿Una moral común pública o los criterios de cada uno? ¿La moral que castiga a los funcionarios nazis o la que persigue a los judíos? Sostener, con Hart y con el iusnaturalismo clásico, que la última palabra ha de buscarse en la moral, debiera llevar, lógicamente, a incluir la moral en las disciplinas que tienen por objeto auxiliar a jueces y abogados en su profesión; y debiera llevar, también, a contestar las preguntas planteadas con respuestas más específicas que la mera afirmación de la primacía de la moral sobre el derecho.

Ahora bien, extender este «liberalismo» *moralista* de Hart a los jueces no es compatible con su teoría de la regla de reconocimiento. La doctrina de Hart es aplicable al súbdito corriente, el cual, enfrentado con la iniquidad legal, puede someterla a examen moral y concluir que no la obedecerá; lo mismo da que diga «esta ley injusta no es ley» o «esto es tan inicuo que no debe ser obedecido». Sin embargo, es lógicamente imposible de aplicar a los funcionarios y jueces de un sistema. Los ciudadanos privados pueden obedecer y desobedecer «cada uno “sólo por su parte”»⁷¹; pero los jueces no

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ *Cf. supra* sección 2.3.

⁷¹ CL, p. 113.

pueden, no por una cuestión de eficiencia o buen estado del sistema jurídico, sino porque su aceptación de la regla de validez última «es lógicamente una condición necesaria para que podamos hablar de la existencia de un único sistema jurídico»⁷². La regla de reconocimiento «debe ser considerada desde el punto de vista interno como una pauta común, pública, de decisión judicial correcta, y no como algo que cada juez obedece simplemente por su cuenta»⁷³. La regla de reconocimiento no es simplemente una pauta jurídica que dice a los jueces qué otras reglas deben reconocer como válidas, de modo que los jueces posteriormente decidan en definitiva, recurriendo a la moral, si aplican o no dichos criterios de validez. Por el contrario, la práctica judicial efectiva —lo que los jueces reconocen como derecho y aplican *en definitiva*— constituye esa «cuestión de hecho»⁷⁴ llamada regla de reconocimiento. Por lo tanto, constatar la validez no es algo distinto de aplicar la regla de reconocimiento como regla última⁷⁵, y si los jueces constataran que X es derecho «válido» y luego dieran no-X como solución definitiva, sólo podríamos decir que el criterio último de reconocimiento aceptado en ese sistema no reconoce X como «válido». Según Hart, «la certificación de algo como jurídicamente válido no es concluyente acerca del problema de la obediencia»⁷⁶; pero, en su teoría jurídica, la constatación de qué hacen los jueces —qué criterios obedecen o qué criterios tienen éxito en imponer por sí mismos⁷⁷— equivale a certificar la validez jurídica. Luego, la doctrina moral de que los jueces deben someter las exigencias del sistema «a un examen moral» antes de decidir si las

⁷¹ CL, p. 113.

⁷² *Ibid.*, pp. 112-113. Cf. CD 144.

⁷³ CL, p. 112.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 107. Hart afirma aquí que la práctica social que constituye la regla de reconocimiento está protagonizada por jueces, funcionarios y ciudadanos; sin embargo, los ciudadanos pueden quedar fuera de la práctica, mientras que, si eso ocurriera con los funcionarios, habría más de un sistema, o el «caos» (*Ibid.*, p. 113).

⁷⁵ Cf. *Ibid.*, p. 102 y ss.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 206.

⁷⁷ Cf. *Ibid.*, pp. 144-150. En esta exposición usamos la terminología de Hart para señalar que es «derecho positivo» el que ha sido «aceptado» o «puesto» por voluntades humanas, aunque sea injusto en algunos aspectos. La teoría de la regla de reconocimiento apunta hacia este hecho, y no es relevante ahora analizar su corrección en los detalles. Existe un círculo vicioso al explicar

aplicarán o no, no es una doctrina descriptiva del derecho positivo —Hart no pretende que lo sea—, sino una doctrina que impera cómo debe ser la regla de reconocimiento; es decir, que impera qué deben reconocer los jueces como derecho en definitiva. Y lo que impera es que el último criterio de reconocimiento usado por los jueces al aplicar el derecho sea ese examen moral.

La solución anterior, que nos parece aceptable, no es diversa de aquella propuesta por Radbruch. No hay diferencia entre decir que los jueces deben someter las reglas a un examen moral, no importa cuán «válidas» sean según algún criterio distinto de su propia práctica judicial, para decidir en definitiva excluyendo la iniquidad, y decir que «todo abogado y juez *debería* denunciar las leyes que transgredieran los principios fundamentales no como meramente inmorales o erróneas, sino como no revestidas de carácter jurídico, y las normas que por esta razón carezcan de la calidad de derecho *no deberían* ser tomadas en cuenta al establecer la posición jurídica de un individuo determinado en

las relaciones entre regla de reconocimiento y reglas de adjudicación, y por eso las tomamos aquí como implicadas mutuamente, o como mera expresión del carácter «puesto» del derecho positivo. Cf. un intento de salvar ese círculo en MacCormick, N., *H. L. A. Hart, cit.*, pp. 108-115; la crítica de Martin, M., *The legal philosophy of H. L. A. Hart. A critical appraisal* (Filadelfia, Temple University Press, 1987), pp. 35-38, y de Bayles, M. D., *Hart's legal philosophy. An examination* (Dordrecht, Kluwer Academic Publisher, 1992), pp. 81-83; y la retractación del primero en MacCormick, «The Concept of Law and “The Concept of Law”», *Oxford Journal of Legal Studies* 14, 1994, pp. 1-23, 14. Cabe pensar que dicho círculo vicioso se debe a que no existe una práctica humana que pueda señalarse como siendo siempre la última generadora del derecho positivo —los jueces, los legisladores, las costumbres populares, etc., son todos candidatos idóneos para ser el poder supremo «aceptado» o «puesto» por diversas razones: desde el temor al amor religiosos, pasando por el temor y amor al dinero, el poder, etc. Hart se concentra en las prácticas de los tribunales, quizás porque es inglés; otro autor podría poner el fundamento primero del derecho positivo en las prácticas de los militares, o en las de cualquier persona o grupo que controle el poder de coacción. Cf. los análisis de Nino en Nino, C. S., *La validez del derecho* (Buenos Aires, Astrea, 1985), pp. 41 y ss., y 89 y ss. Nino ve clara la fundamentación moral última de la validez jurídica, por lo que el poder «de facto» no decide absolutamente la cuestión de la validez normativa; pero Nino acepta el modo de plantear las cuestiones, típico de la renovación de la tradición iuspositivista posterior a la segunda guerra mundial (Hart, Bobbio, Ross, etc.), como puede verse también en su tratamiento de los problemas básicos de la filosofía jurídica en Nino, C. S., *Introducción al análisis del derecho* (Buenos Aires, Astrea, 1980), *passim*. A nuestro entender, todas esas prácticas, históricamente variables, explican los diversos orígenes del derecho positivo; pero, como Nino, sostenemos que la explicación de su normatividad no puede derivarse de ningún hecho, por complejo que sea, sino de una aplicación analógica de la normatividad de la razón práctica, como quiera que se la llame (si no se la quiere llamar «ley natural») y como quiera que pueda estar corrompida en sus juicios.

circunstancias particulares»⁷⁸. Cuando Hart describe la doctrina de Radbruch como diciendo «que ningún decreto o ley positiva podría ser *válida* si contravenía los principios básicos de moralidad, sin importar con qué claridad estuviera expresada ni con qué claridad se conformara con *los criterios formales de validez* de un sistema jurídico dado»⁷⁹, supone que los jueces establecen con su práctica unos criterios formales de validez del sistema que subsistirían aunque los mismos jueces adoptaran la doctrina Radbruch. No se da cuenta, al parecer, de que según la teoría de la regla de reconocimiento es imposible adoptar la doctrina Radbruch sin modificar la regla de reconocimiento misma. Por lo tanto, una práctica judicial fundada en la máxima «la ley injusta no es ley» equivale a tener una regla de reconocimiento que declara inválido el derecho inicuo. ¿Cabe mejor «resistencia»?

No obstante, la moral no exige siempre imponer jurídicamente todos los actos buenos, y cuáles se deban imponer es una cuestión de prudencia política. El iusnaturalismo sostiene una máxima negativa —la ley injusta no es ley—, pero no dice positivamente que todo lo justo sea *ipso facto* aplicable mediante los medios del derecho positivo. Todavía más: es posible que haya injusticias particulares que, por razón del bien común, sea más justo y/o prudente tolerar que castigar —v. gr., hurtos pequeños entre parientes cercanos, mentiras e injurias leves, artículos de filosofía jurídica horrorosamente largos, etc. Hart es consciente de que una regla de reconocimiento que coincidiera plenamente con la moral presentaría dificultades; pero, cuando expone estas dificultades, hace patente que su solución «liberal» o «positivista» al problema del derecho inicuo no puede ser aplicada a los jueces y funcionarios cuya misma práctica determina el criterio de validez.

No existe [...] restricción lógica al contenido de la regla de reconocimiento. Por lo que a la «lógica» respecta, podría proveer explícita o implícitamente que los criterios que determinan la validez de reglas jurídicas subordinadas deberían dejar de ser considerados como tales si las reglas jurídicas identificadas conforme a ellos se demostraran moralmente objetables. Así, una constitución podría incluir entre sus restricciones a la potestad legislativa incluso

⁷⁸ PLM en EJP, p. 74. Cursivas añadidas.

⁷⁹ *Ibidem*.

de su legislatura suprema no solamente la conformidad con el debido proceso, sino una disposición completamente general de que su potestad jurídica podría caducar si sus leyes entraran alguna vez en conflicto con principios de moralidad y justicia. La objeción contra esta extraordinaria disposición no sería «lógica», sino la enorme indeterminación de tal criterio de validez jurídica. Las constituciones no buscan dificultades adoptando esta forma, de modo que normalmente las preguntas «¿es esto una ley válida?» y «¿es tan inicuo moralmente que *debo retirar mi reconocimiento de la autoridad que lo hizo?*», son distintas. Pero no hay nada en mi libro que sugiera que la última pregunta no sea de la mayor importancia. Aquí [...] el blanco de ataque del autor debería haber sido mi pretensión de que *es inteligible e importante distinguir la aceptación general de la regla legalmente última de un sistema de derecho, que especifica los criterios de validez jurídica, respecto de cualesquiera principios o reglas morales que los individuos usen para decidir si están moralmente obligados a obedecer el derecho y en qué medida*⁸⁰.

Si notamos atentamente las palabras destacadas, veremos que responder la pregunta sobre «retirar mi *reconocimiento* de la autoridad»

⁸⁰ EJP, pp. 361-362. Cursivas añadidas. Hart se refiere a Lon Fuller. No podemos detenernos demasiado en la primera parte de este texto, pues no es necesario para los fines de este trabajo. Sin embargo, cabe llamar la atención sobre su incoherencia. Hart dice que, en la situación imaginaria descrita, los criterios de validez deberían dejar de serlo cuando las normas identificadas conforme a ellos fuesen inmorales (v. gr., si una ley promulgada con todas sus formalidades es racista); pero, en verdad, lo único que debe dejar de ser válido para que la regla de reconocimiento suprema se identifique con la moral es la ley concreta inmoral. La legislación como criterio de validez seguiría siéndolo, pero no sería un criterio supremo (lo sería sólo la moral). Cf. CL, p. 103. En segundo término, el ejemplo que pone Hart, siguiendo su hipótesis, es contradictorio con su teoría de una regla de reconocimiento, y es lógicamente imposible. En efecto, el derecho positivo está determinado por decisiones voluntarias o fuentes sociales. Si la constitución estableciera que el poder legislativo perdería su poder por promulgar leyes inmorales, habría que ver quién tiene en ese sistema la potestad de decidir sobre la aplicación de esa regla. Quienquiera que sea —un tribunal constitucional, un caudillo, un consejo de ancianos—, sería jurídicamente superior a la legislatura «suprema»; es decir, ésta no puede ser suprema. Por el contrario, si es ella misma la encargada de aplicar esa limitación constitucional, no puede a la vez promulgar una regla y decir que es nula. Podría autoacusarse *ex-post facto*, diciendo «hemos perdido nuestra potestad legislativa ayer al dictar esa ley inmoral», pero ¿con qué potestad podrían declarar su caducidad, si la perdieron ayer? Éste es el problema de si la autoridad suprema puede disolverse en cuanto tal, y no sólo como entrega del poder a otros. De hecho, lo que sucede es que una autoridad da paso a otra. El ejemplo de Hart es, finalmente, contrario a su teoría de la regla de reconocimiento, porque la constitución, aunque sea reconocida como regla suprema, no es la regla de reconocimiento misma. Ésta es la práctica de los funcionarios y ciudadanos (cf. CL, p. 107). Si éstos reconocen sólo las leyes justas como leyes, aplicar esta regla de reconocimiento contra una legislación inicua no es distinto de que los tribunales se nieguen a obedecer al legislador, y de que los ciudadanos se nieguen a obedecer a los funcionarios todos, y, en último término —si la regla es como Hart describe: que hace *caducar* el poder legislador— que organicen una revolución. Nótese que, en esa situación, la regla de reconocimiento sólo podría describirse así: «la ley injusta no es ley».

por razones morales no es posible para un funcionario o juez, en cuanto tal, sin cambiar su práctica, la cual determina, en parte, la regla de reconocimiento. Si sólo un funcionario lo hiciera, podría decirse simplemente que actúa como un individuo privado subvirtiendo el sistema: sería castigado y expulsado, y ahí acabaría la eficacia del eslogan propuesto por Hart. En cambio, si, como pretende Hart, tal ha de ser la aproximación «liberal» ante el derecho, cabe concluir que todos los jueces, mientras más capaces sean de resistir el derecho inicuo, más dirán ante cada caso de ley injusta, actuando como jueces —si no, de qué vale—: «esta ley es demasiado inicua para ser aplicada», respuesta cuya formulación universal, cuando se convierte en regla de reconocimiento pública, es ésta: «la ley injusta no es ley válida».

También se ve claramente que el criterio hartiano sólo puede referirse a lo que «los *individuos* [privados] usen para decidir si están moralmente obligados a obedecer el derecho y en qué medida». Pero entonces no sirve como criterio de resistencia al derecho inicuo, porque es una remisión a «cualesquiera principios o reglas morales» (principios nazis, comunistas, racistas, los diez mandamientos judíos, la caridad cristiana, el utilitarismo...). Para decirnos que debemos ser buenos no necesitamos filosofía moral ni teoría jurídica.

3.7. El Criterio de Obediencia es Extra-Positivo, pero ¿Cuál?

Hart defiende el «sentido de que hay algo fuera del sistema oficial por referencia a lo cual el individuo debe resolver, en última instancia, sus problemas de obediencia»⁸¹, como medio para «que los hombres tengan una visión clara al enfrentar el abuso oficial del poder»⁸². ¿Pueden leerse estas líneas sin recordar las apelaciones de Antígona a las leyes no escritas e inquebrantables de los dioses; o el recurso clásico a la ley natural; o la proclamación de que debe obedecerse a Dios antes

⁸¹ CL, pp. 205-206.

⁸² *Ibidem*.

que a los hombres? Naturalmente, tener algo fuera del sistema oficial da claridad ante éste. Mas decirlo no soluciona el problema del positivismo jurídico, que en gran parte surge por la división de las opiniones morales y religiosas. No olvidemos que eso «fuera del sistema oficial» ha sido la ley natural; y en algunas épocas, más o menos prolongadas según el área geográfica, la ley natural tal como la enseñaba la Iglesia y había influido en las instituciones sociales. Si Hart pretende ahora que el positivismo dice exactamente lo contrario que antes, y está dispuesto a admitir que en última instancia los individuos se guíen por su conciencia y por las autoridades morales y religiosas, bienvenido sea. Mas no parece ser así, pues cuando Hart discute el problema de la imposición jurídica de la moral parece pensar que lo que «verdaderamente» se debe obedecer es lo que establece el derecho, y que el derecho debe ser permisivo. ¿Qué sentido podría tener una ley permisiva de la homosexualidad, si luego los jueces no la toleraran? ¿Qué sentido tendría una ley que hace jurídicamente lícito matar al no nacido, si luego los jueces absolvieran de homicidio al fanático pro-vida que mata a un médico abortista «en legítima defensa»?

A esto habría que añadir, en un estudio más detallado, que «fuera del sistema oficial» no sólo está la conciencia moral individual. En efecto, también la religión determina criterios morales, y se escapa, o puede escaparse, del sistema oficial. Ahora bien, la Iglesia también tiene una jerarquía, un «sistema oficial», un derecho canónico⁸³. Por eso, la solución de Hart simplemente pone de manifiesto —no resuelve— el problema de la obediencia, que es determinar cuáles criterios han de seguirse.

Una teoría jurídica y moral debe decir cuáles son las relaciones entre obediencia y conciencia. Responder que siempre debe obedecerse

⁸³ Cf. King, B. E., «The basic concept of Hart's jurisprudence. The norm out of the bottle», *Cambridge Law Journal*, 1963, p. 283. King ve claro que las diversas teorías del derecho «eran de hecho, ya que la "fuerza vinculante" del derecho estaba presupuesta, llamamientos rivales a la lealtad de los hombres» (*Ibidem*). No obstante, en mi opinión, contra lo que sostiene este autor, no es verdad que se tratara sólo de influir en la conducta y no de conocer la verdad (*cf. Ibid.*, pp. 283-285).

al derecho positivo o, en contra, que la conciencia es absolutamente libre de criterios, es ya una tesis moral formulada por una conciencia, un hombre. Por eso mismo, en cuanto pretende ser verdad con independencia de que otros —incluido un derecho positivo— digan lo contrario, es un ejercicio del pensamiento libre; y, en cuanto determina también lo que otros deberían pensar y respetar, pretende ser un criterio limitador de la libertad de conciencia. Con otras palabras, ni el absolutismo escapa de ser una doctrina moral independiente del poder del cual se afirma no haber independencia; ni la «libertad de conciencia» escapa de ser una interpretación de esa ley natural que pretende negarse. Mas éstas, y otras posibles, son *respuestas al problema*, es decir, van más allá de lo que corresponde a un análisis del pensamiento hartiano.

3.8. Las Buenas Costumbres del Positivismo Jurídico

El profesor de Oxford prosigue diciendo que ese sentido de lo moral como criterio definitivo de obediencia «es de seguro más probable que se mantenga vivo entre quienes están acostumbrados a pensar que las reglas de derecho pueden ser inicuas»⁸⁴. Mas esto no es algo que el positivista jurídico necesite pensar. Mucho menos es algo que esté *acostumbrado* a pensar, pues la empresa positivista descriptiva del derecho termina antes de llegar a esos pensamientos⁸⁵. La crítica puede venir después; pero puede no venir. Aquí necesitamos ser un poco más positivistas que Hart. El derecho tal como es puede ser justo e injusto, y también los conocimientos sobre el derecho positivo, como hemos visto, pueden usarse para el bien y para el mal. La teoría jurídica moralmente neutral sólo inculca la

⁸⁴ CL, p. 206.

⁸⁵ Cf. Hart, H. L. A., *The concept of law* (Oxford, Clarendon Press, 2a. ed., 1994, «with a Postscript edited by Penélope A. Bulloch and Joseph Raz»), p.271 (publicado póstumamente, lo cito como CL, 2a. ed., sólo para citar el *Postscript*). Han toma la palabra de Dworkin de que hay un sentido preinterpretativo del derecho, compatible con la afirmación de un derecho injusto, como suficiente para que el positivista jurídico no tenga razón ninguna para «abandonar su empresa descriptiva» del derecho. En nuestra opinión, eso será parcialmente posible en las ciencias particulares; pero una teoría jurídica general contendrá valoraciones abiertas o encubiertas, y no podrá explicar el derecho sin referencia a sus fines. En los dos casos, la neutralidad moral de la ciencia contribuye a enmascarar la injusticia, no a detectarla ni a combatirla; por tanto, en definitiva, nunca puede la ciencia del derecho ser moralmente neutral en la práctica, aunque pueda emitir juicios descriptivos no-valorativos de normas positivas particulares.

costumbre de aceptar como «derecho» cualquier regla formalmente válida; por tanto, no acostumbra a cuestionarse su mérito o contenido, que es algo enteramente distinto. Más aún, un juez que dejara de lado el sentido claro de la ley debido a su contenido estaría legislando. Hart, cuando defiende la discrecionalidad judicial, afirma que es un poder instersticial, sujeto a las limitaciones impuestas por el derecho ⁸⁶. Nuestro análisis se complicaría demasiado si comenzáramos a ver a qué están acostumbrados los diversos positivimos según su respuesta al problema del cognitivismo ético y del deber moral de obedecer el derecho. ¿Acostumbrados a pensar que el derecho puede ser injusto según las opiniones subjetivas de unos o de otros? ¿Acostumbrados a pensar que el derecho puede ser injusto y que debe ser obedecido incondicionalmente, o sólo cuando no lo sea demasiado, o nunca por razones morales, o sólo si no puede desobedecerse sin peores consecuencias en términos de placer y dolor?

La costumbre de identificar el derecho pasando por encima de opiniones «subjetivas» tenía por fin explícito que los hombres obedecieran incluso las reglas que creyeran injustas, *pro bono pacis* ⁸⁷. O, por lo menos, que obedecieran —como hemos visto— las reglas que casualmente no les agradaran, siempre que no fueran *demasiado* inicuas. Oliver Wendell Holmes, quien sostuvo el mismo «positivismo jurídico» que Hart defiende ⁸⁸; quien «siempre permanecerá para los ingleses como una figura heroica de la teoría jurídica» ⁸⁹ por su claridad y poder imaginativo, y que «habría despreciado por su oscuridad» ⁹⁰ el estilo de análisis que confunde cuestiones diversas, nos dice:

Yo no sé qué es verdadero. No conozco el significado del universo. Pero en medio de la duda y del colapso de las creencias, hay una cosa que no dudo, que ningún hombre que viva en el mismo mundo con la mayoría de nosotros puede dudar, y ésa es que es verdadera y adorable la fe que lleva a un soldado

⁸⁶ Cf. *Ibid.*, pp. 254 y 272 y ss. Sobre lo dicho en este párrafo, cf. Moles, R. N., «Law and morality. How to do things with confusion», *Northern Ireland Legal Quarterly* 37, 1, 1986, pp. 29-60, 57 y ss.

⁸⁷ Cf. De Wolfe Howe, M., «The positivism of Mr. Justice Colmes», *Harvard Law Review* 64, 1951, pp. 529-546, 532, reproducido en Jori, M. (ed.), *Legal positivism* (Aldershot, Dartmouth, 1992), p. 3 y ss.

⁸⁸ Cf. PLM en EJP, p. 49.

⁸⁹ Cf. *Ibidem*.

⁹⁰ Cf. *Ibidem*.

a sacrificar su vida en obediencia a un deber ciegamente aceptado, por una causa que entiende poco, en un plan de campaña del que no tiene conocimiento, siguiendo tácticas cuya utilidad no ve ⁹¹.

La fe de Holmes puede ser verdadera; pero está muy lejos de ir a buscar los criterios de obediencia fuera del sistema oficial. Holmes unía esa fe ciega con su escepticismo y espíritu crítico de un modo que no podemos investigar aquí ⁹². En cualquier caso, cabe notar que la «costumbre» de que habla Hart no va unida al positivismo jurídico según él mismo lo entiende. Claro que va unida al positivismo jurídico de autores acostumbrados a decir que las leyes humanas pueden ser injustas, «corruptas», etc., como San Agustín y Tomás de Aquino.

3.9. El Argumento es Formalmente una Falacia

Hart cree que «entre quienes piensan que nada inicuo puede tener en ninguna parte el estatus de derecho» ⁹³ es menos probable que se conserven la capacidad y el espíritu crítico necesarios para resistir la iniquidad. El profesor de Oxford comete aquí una falacia lógica que puede desvelarse desde diversos puntos de vista. Por una parte, el iusnaturalismo no es una teoría puramente descriptiva del derecho positivo. Distingue lo que es describir de lo que es prescribir, pero prescribe al determinar el alcance de los conceptos prácticos. El positivismo jurídico también prescribe, aunque diga que no lo hace: dice qué debe reconocerse como válido y como derecho. Cuando la teoría de la ley natural dice que «la ley injusta no es ley», está imperando qué es lo que debe ser reconocido como ley por abogados, jueces y ciudadanos. Hart lo dice expresamente. La doctrina de Radbruch significaba que «todo abogado y juez *debería* denunciar las leyes que transgredieran los principios fundamentales [...] como

⁹¹ Holmes, O. W., *Speeches* (1913), 59, *cit.* por De Wolfe Howe, M., «The positivism of Mr. Justice Colmes», *cit.*, p. 532. De Wolfe defiende el escepticismo de Holmes, unido a esa fe ciega que lo compensa, como alternativa mejor que volver a la teoría de la ley natural.

⁹² Hart critica este aspecto del pensamiento de Holmes, su «sacrificio del individuo» (EJP, p. 281). *Cf. Ibid.*, pp. 278-285. No intentamos atribuir a Hart algo que evidentemente no piensa, sino solamente dar un contraejemplo a sus intuiciones sobre la capacidad del positivismo para mantenernos alertas y sensitivos ante la iniquidad legal.

⁹³ CL, p. 206.

no revestidas de carácter jurídico, y las normas que por esta razón carezcan de la calidad de derecho *no deberían ser tomadas en cuenta* al establecer la posición jurídica de un individuo determinado en circunstancias particulares»⁹⁴. Del mismo modo, Hart describe la tesis iusnaturalista como «la pretensión de que [...] el derecho *debe* conformarse a la moral»⁹⁵; o que «las leyes que ordenaban o permitían la iniquidad *no deberían ser reconocidas* como válidas, o como poseyendo la calidad de derecho»⁹⁶.

Estas *normas* iusnaturalistas sobre *qué debe ser reconocido* como derecho *en definitiva*, no son, pues, tesis descriptivas sobre si el derecho positivo puede o no ser en alguna parte injusto; por el contrario, suponen que el derecho positivo puede ser injusto, y, entonces, imperan a todo el que tenga poder para reconocerlo que *no* lo reconozca. Para el ciudadano privado esto significa resistir la iniquidad, o padecer antes que obedecerla; para quienes tienen poder público, significa ponerlo al servicio de la justicia; para todos, resistir el abuso de poder donde quiera que se origine. El positivismo jurídico exigiría una descripción del derecho separada de valoraciones o prescripciones; pero no puede pretender que una afirmación iusnaturalista como «la ley injusta no es ley» sea puramente descriptiva. Por el contrario, esta afirmación presupone que se ha detectado lo inicuo en cuanto tal —presupone la descripción de que «la ley nazi contra los judíos es injusta»— y añade su inmediata condenación como parte de la función de la ciencia jurídica. En cambio, el positivismo describe la ley injusta en cuanto a su contenido positivo, sin detectar por sí mismo su justicia o injusticia —v. gr., diría «la ley nazi condena a estos hombres por ser judíos» con la misma «neutralidad» con que diría «la ley inglesa protege el libre comercio».

Por otra parte, cuando los autores iusnaturalistas hablan de lo que Hart llama «estatus de derecho» entienden por tal «lo debido» en las relaciones sociales —sólo en este sentido puede entenderse la

⁹⁴ PLM en EJP, p. 74. Cursivas añadidas.

⁹⁵ CL, p. 198.

⁹⁶ *Ibid.*, pp. 203-204. Cursivas añadidas.

expresión de que «nada inicuo puede tener estatus de derecho», es decir, lo inicuo no puede ser lo debido en las relaciones sociales. Hart atribuye a los autores iusnaturalistas un concepto restringido de derecho —derecho es lo justo— como unívoco, y luego interpreta la fórmula iusnaturalista dando a la expresión «derecho» el significado amplio «positivista». Lógicamente no es posible usar a la vez ambos conceptos respecto de lo mismo. El iusnaturalismo no dice que nada que sea derecho en sentido positivista («concepto amplio») pueda ser inicuo, ni que nada inicuo pueda ser derecho en sentido positivista; sino que ningún «derecho» en sentido positivista puede ser admitido como derecho en sentido iusnaturalista *si es inicuo*; o que nada que sea derecho *en sentido iusnaturalista* puede ser inicuo. Si la caracterización hartiana del concepto iusnaturalista de derecho fuese correcta —no lo es en tanto olvida la analogía—, entonces no sería correcta la interpretación hartiana de las fórmulas iusnaturalistas, porque el concepto iusnaturalista de derecho entiende por tal sólo lo justo, y en tal caso sería obvio por definición que la ley injusta no es ley. En cambio, la interpretación de la fórmula «*lex iniusta...*» entiende que según el iusnaturalismo las normas injustas no son *derecho positivo*. Hart no puede, en buena lógica, pretender que el concepto de derecho iusnaturalista es falso porque no coincide con el concepto positivista —precisamente es esto lo que está en discusión— ni que los iusnaturalistas usan a la vez ambos conceptos respecto de lo mismo.

Si formalizamos el argumento hartiano resulta lo siguiente. R son las reglas de un sistema eficaz, con independencia de su valor moral. RJ son tales reglas cuando coinciden con la moral (justas). RI son las que contravienen la moral (inicias). El problema práctico es: ¿quién resistirá mejor contra RI, el que sostiene que el derecho es R o el que sostiene que el derecho es RJ? Hart afirma que resistirá mejor quien sostiene que el derecho es R, porque será consciente de que el derecho puede ser RI. En cambio, quien sostiene que el derecho es sólo RJ, no resistirá mejor pues piensa que ningún RI puede ser derecho, y que nada que sea derecho puede ser RI. El argumento formalizado pretende que quien acepta como derecho sólo RJ está más dispuesto a aceptar también como derecho RI. Trasladado a la música, equivale a

decir que quienes reconocen como música todo tipo de sonidos, hermosos u horribles, tendrán mayor sensibilidad para dejar de escuchar las estridencias de un golpetear de latas; en cambio, los que piensan que ningún sonido feo es música podrían soportar cualquier ruido. O que quien sólo come verduras (vegetariano) está predispuesto a confundirse y tragarse un elefante.

3.10. Las Reglas de Reconocimiento con Contenido Moral son Posibles y Eficaces

Todo lo que Hart dice respecto de adoptar o no un concepto restringido de validez es aplicable a adoptar o no, en un sistema particular, una regla de reconocimiento o criterio de validez que incluya la justicia. Si sostener que siempre y en todo lugar sólo la ley justa es derecho sería menos eficaz para resistir la iniquidad, hemos de concluir que también lo será sostener lo mismo en un sistema particular. En Estados Unidos los niños son entrenados y educados en la convicción de que ninguna ley puede ser válida si es contraria a la libertad de expresión. En España también existe un esfuerzo por entrenar a los hombres en la creencia de que las leyes contrarias a los derechos fundamentales no serán reconocidas por los tribunales. Hart sostiene que la regla de reconocimiento puede contener tales criterios morales, explícitos o incluso implícitos ⁹⁷. La cuestión «empírica» consistiría en ver si estas creencias, basadas en las reglas de reconocimiento, son o no eficaces para evitar las leyes injustas. A nuestro parecer, en Estados Unidos la convicción ciudadana de que las leyes contrarias a la libertad de expresión son anticonstitucionales favorece la resistencia a esas leyes.

La teoría de la ley natural sostiene que, cualquiera sea la constitución formal o material de un sistema jurídico, los criterios morales de justicia sólo pueden entrar en vigor —ser efectivamente aplicados— mediante su reconocimiento por la conciencia moral de las personas ⁹⁸. Por eso, la

⁹⁷ Cf. PLM en EJP, pp. 54-55; EJP, p. 361; CL, pp. 70-71, 199; y CL (2a. ed.), pp. 247-248, 250-254, 258, 263-268.

⁹⁸ Se trata de una condición necesaria, pero no suficiente, pues siempre es posible reconocer el bien y libremente negarse a practicarlo. Cf. Hervada, J., *Introducción crítica al derecho natural*, cit., pp. 177-179.

cuestión no es si las reglas positivas dicen o no dicen que «las leyes de este Reino sólo serán válidas si son justas», pues luego pueden todos los reyes, jueces y ciudadanos considerar justo perseguir a los judíos. La cuestión es, más bien, que los miembros de la comunidad política deben buscar la justicia e incluir esta búsqueda como una finalidad expresa de sus leyes y de los estudios y disciplinas que versan sobre esas leyes. No existe un remedio infalible contra el error en materia moral, pero el primer paso para no cometerlo es aplicar reflexivamente la razón a encontrar la justicia, y aceptar reflexivamente de antemano la vigencia —en y por medio de las conciencias— de los principios morales, y la aplicación coactiva de aquellos principios morales que sean moralmente aplicables coactivamente en cada caso —no tienen por qué ser todos ni la mayoría.

Además de las reglas jurídicas positivas que establecen qué será considerado jurídicamente válido, restringiendo las exigencias morales que serán públicamente impuestas por la fuerza —aparte de añadir todas las determinaciones puramente positivas—, hay reglas morales que establecen qué determinaciones positivas serán moralmente aceptadas. La máxima «*lex iniusta non lex*» es una regla moral de este tipo. Luego, no existe ninguna forma de establecer las relaciones entre «lo debido» jurídicamente y «lo debido» moralmente que no sea ella misma una regla promulgada por la conciencia, en último término, cuando se trata de decidir respecto de uno mismo moralmente, y por una fuente de autoridad —acompañada de algún tipo de coacción— cuando se trata de decidir sobre la conducta de otros. La cuestión es que no puede haber autoridad de ningún tipo sin apelación a la conciencia, aunque puede haber abuso de poder para imponer lo injusto contra las conciencias; y tampoco puede haber conciencia de ningún tipo sin el recurso a criterios supraindividuales de lo bueno y lo malo, pues la conciencia no consiste en actuar sin pensar, sino en pensar acerca del bien y del mal de la acción por referencia a reglas, aunque puede haber un abuso de conciencia que promulgue como «bueno» lo que realmente sea malo según las reglas morales. El teórico del derecho, precisamente porque no es una autoridad jurídica que promulga el derecho positivo, sólo puede estar emitiendo un juicio moral cuando

dice lo que él mismo piensa sobre el derecho ⁹⁹. Limitarse a describirlo «desde el punto de vista del derecho solo» es una opción moral entre otras. Ahora bien, como el «derecho positivo» no es solamente lo que unos poderes u otros determinados —legisladores, jueces, costumbres, etc.— dicen que debe ser reconocido como regla pública, sino lo que efectivamente se va reconociendo como «correcto» y se va aplicando, las interpretaciones de los teóricos y juristas entran junto con las proclamaciones de los legisladores y jueces, en la conformación del derecho positivo. Por eso, los juristas teóricos tienen el deber moral de decir, junto con los demás protagonistas de la vida política, que «la ley injusta no es ley».

3.11. El Efecto Moral del Iusnaturalismo y del Positivismo Jurídico con Independencia del Argumento Hartiano

Finalmente, con independencia de que Hart haya formulado bien o mal el párrafo que comentamos, lo que quiere decir está claro: el iusnaturalismo tiende a resistir la iniquidad menos que el iuspositivismo. ¿Es o ha sido así? Creemos que la tesis iusnaturalista apoyaría o tendería a apoyar la iniquidad únicamente si antes se hubiera corrompido el sentido de lo verdaderamente justo, pues el lema que excluye lo injusto de ser aplicado opera con lo que es o se cree justo; pero lo mismo ocurrirá al positivista que erróneamente crea que «esto es demasiado inicuo para ser obedecido». Recordemos, con todo, que la unión (sin confusión) iusnaturalista entre derecho y moral, y de las actividades descriptivas y evaluativas como partes del conocimiento y la práctica jurídicas en todos los niveles, lleva a reflexionar continuamente acerca de qué es verdaderamente justo e injusto. A nuestro juicio, creer que lo malo es bueno y viceversa parece más probable cuando se desatiende o relega o posterga la reflexión moral, que cuando se la incluye como una actividad públicamente relevante en las ciencias prácticas

⁹⁹ Cf. Boyle, J. M., Jr., «Positivism, natural law and disestablishment: some questions raised by MacCormick's moralistic amorality», *Valparaiso University Law Review* 20, 1985, pp. 55-60. Este autor acepta la primacía de la moral sobre el derecho y que definir los límites sobre cuánta moral será impuesta coactivamente es una cuestión moral.

y en la política. En cambio, el lema «la ley es la ley» tiende a apoyar la aplicación del derecho injusto con independencia de su justicia o injusticia. El positivismo jurídico actual, enfrentado ante una ley positiva sobre la que hay disparidad de opiniones morales, apoyará la aplicación de la ley positiva, porque lo que importa no es si hay objetividad moral, sino que haya desacuerdo moral. En caso de desacuerdo, que se aplique la regla pública de conducta, y no las opiniones privadas ¹⁰⁰. MacCormick, aunque insiste en la soberanía de la conciencia moral individual, afirma: «Las leyes pueden ser, mas no ser buenas, y para los propósitos de los abogados y funcionarios jurídicos, *la fidelidad a su deber en ese rol* les exige determinar y aplicar el derecho que es, sin importar cómo vean ellos su bondad» ¹⁰¹.

Hart mismo elaboró en sus últimos años una teoría del derecho como razones para la acción que son «perentorias», en el sentido de que cortan y excluyen toda deliberación ¹⁰², e «independientes del contenido», en el sentido de que intentan funcionar como razones «independientemente de la naturaleza o carácter de las acciones a realizar» ¹⁰³. Un sistema jurídico existe cuando hay instituciones (tribunales) que reconocen y aplican como razones para la acción perentorias e independientes del contenido «ciertas cosas dichas o hechas por ciertas personas» ¹⁰⁴, que constituyen —por dicho reconocimiento—

¹⁰⁰ Tal es la tesis de una reciente defensa del positivismo jurídico: Waldron, J., «The irrelevance of moral objectivity», en George, R. P. (ed.), *Natural law theory. Contemporary essays* (Oxford, Clarendon Press, 1992), pp. 158-187. Según este autor, Hobbes, Hume y Bentham habrían sostenido un «positivismo normativo», que procura excluir de las decisiones de los funcionarios sus convicciones morales subjetivas.

¹⁰¹ MacCormick, N., «Law, morality and positivism», *Legal Studies* I, 1981, p. 143. Cursivas añadidas. A pesar de esto, dice que sacando las consecuencias de Hart llega a conclusiones parecidas a las de Finnis y Tomás de Aquino (*cf. Ibid.*, pp. 143-145). Como se ve, este «positivismo normativo» fluctúa entre proclamar la libertad de conciencia y la fidelidad al derecho o su aplicación como regla general, pero sin resolver coherentemente el problema de la obediencia. Hart incluso considera este problema independiente de la cuestión central positivista, que sería conceptual. *Cf.* Beyleveld, D., y Brownsword, R., «Normative positivism: the mirage of the middle way», *Oxford Journal of Legal Studies* 9, 1989, pp. 463-512, esp. p. 488 y ss.

¹⁰² Es decir, que no son ni siquiera las más fuertes de las razones, sino que excluyen la deliberación en que intervienen otras razones. *Cf.* EB, pp. 253-254.

¹⁰³ EB, p. 254.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 260.

fuentes del derecho con autoridad y «pautas para la evaluación de las conductas como correctas o desviadas»¹⁰⁵. La actitud normativa de los tribunales «se institucionaliza como determinación de las pautas públicas de adjudicación correcta, y un deber de conformarse a estas pautas es asignado al cargo de juez y asumido por los jueces individuales cuando toman posesión de ese cargo»¹⁰⁶.

Lo sorprendente es que Hart, para defender la separación del derecho y la moral en este contexto, necesita enfatizar que quienes tienen la actitud normativa —obedecen o aceptan el derecho sin deliberar y con independencia del contenido— no necesitan hacerlo por razones morales, e incluso pueden hacerlo creyendo positivamente que no existen tales razones morales¹⁰⁷. Los jueces pueden creer en la legitimidad moral de la legislatura, o fingir que creen; pero:

(...) en lo que a los hechos se refiere, hay una tercera posibilidad: que, por lo menos donde el derecho está claramente establecido y determinado, los jueces, al hablar del deber jurídico del súbdito, pueden querer hablar de una forma técnicamente restringida. Hablan como jueces, desde dentro de una institución jurídica que ellos están comprometidos como jueces a mantener, para llamar la atención sobre lo que es «debido» como acción por el súbdito, es decir, lo que legalmente puede ser exigido o arrancado de él. Los jueces pueden combinar con esto el juicio y la exhortación morales, especialmente cuando aprueban el contenido de leyes específicas, pero esto no está necesariamente implicado en sus afirmaciones del deber jurídico del súbdito)¹⁰⁸.

Antes, para defender el valor del positivismo jurídico, Hart sostenía que el juez o ciudadano positivista estaba «acostumbrado» a pensar en

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 258. *Cf. Ibid.*, p. 261.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 258.

¹⁰⁷ *Cf. Ibid.*, pp. 262-266.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 266. *Cf. Ibid.*, pp. 156-161. «Los jueces no sólo siguen esta práctica cada vez que surge un caso, sino que están comprometidos de antemano, en el sentido de que tienen una disposición estable a hacerlo sin considerar los méritos de obrar así en cada caso, y realmente considerarían que no está abierta para ellos la posibilidad de obrar conforme a su opinión sobre los méritos. Así, aunque el juez está en este sentido comprometido a seguir las reglas, su opinión sobre los méritos morales de obrar así (por lo menos en tanto las reglas son claras y le proporcionan una orientación determinada) es irrelevante. Su opinión de los méritos puede ser favorable o desfavorable, o simplemente ausente, o, sin abandonar su deber en cuanto juez, puede no haber formado opinión sobre los méritos morales» (*Ibid.*, pp. 158-159).

la injusticia del derecho, y más inclinado a resistirlo; ahora, en cambio, cuando parece que la moral y el derecho realmente funcionan como razones unidas, o confundidas, Hart destaca que los jueces no necesitan pensar en esas cuestiones morales. Por este tipo de conflictos internos en el pensamiento hartiano —otros no pueden ser señalados ahora—, me veo inclinado a sostener que Hart ha intentado articular una defensa retórica del «positivismo jurídico» como tradición moral negadora de la tradición iusnaturalista; pero cuál sea el contenido de la tradición es algo que se acomoda a las razones estratégicas de cada contexto.

¿En qué se inspira la caracterización del derecho como «perentorio e independiente del contenido»? De alguna manera, en los trabajos de Raz sobre las «razones excluyentes»; pero, principalmente, en «algunas cosas simples e iluminadoras» dichas por... ¡Hobbes!¹⁰⁹. Podemos pensar, entonces, que de la mano de los orígenes del positivismo jurídico anglosajón, remachando la perentoriedad del derecho y relegando el problema de la obediencia como algo posterior —esto no estaba en Hobbes—, resulta muy difícil —ingenuo, para decirlo con Hart— creer que quienes han sido así entrenados podrán tener ideas claras y fuerza para resistir la iniquidad legal. El juez no necesita, para cumplir sus deberes como juez, ni siquiera pensar en los méritos morales del derecho. Está comprometido de antemano a aplicarlo sin deliberar¹¹⁰.

Hart no tiene claro cómo se coordina esa tesis con el carácter «objetivo» de las razones —él niega tal objetividad— y con las razones

¹⁰⁹ Cf. *Ibid.*, p. 244. Cf. Shiner, R. A., «Hart and Hobbes», *William and Mary Law Review* 22, 1980, pp. 201-225; Payne, M., «The basis of law in Hart's. The Concept of Law», *Southernwestern Journal of Philosophy* 9, 1978, pp. 11-17; Payne, M., «Law based on accepted authority», *William and Mary Law Review* 23, 1982, pp. 501-528; Payne, M., «Hart's Concept of a Legal System», *William and Mary Law Review* 18, 1976, pp. 287, 318-319 (aquí hace notar la reducción hobbesiana ya presente en CL; pero notemos que ésta es *una* de las lecturas posibles de CL, debido a su ambigüedad sobre los fundamentos morales del punto de vista interno).

¹¹⁰ No tiene nada de extraño que Posner incluya a Hart entre quienes consideran «el derecho como política, o el derecho como la voluntad del más fuerte, o el derecho como la actividad de profesionales autorizados (jueces, legisladores, y otros)» —otros en la lista son Creonte, Trasímaco, Hobbes, Bentham y Holmes. Cf. Posner, R. A., *The problems of jurisprudence* (Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1990), p. 25.

«morales» para la acción ¹¹¹. El iusnaturalismo clásico acepta el carácter del derecho como razones para la acción, que son en cierto sentido perentorias y, dentro de los límites de lo moralmente indiferente, independientes del contenido; pero, precisamente porque el derecho natural y el derecho positivo son tipos de razones para la acción, las reglas positivas contrarias al derecho natural dejan de ser razones —mucho menos pueden ser perentorias e independientes del contenido. Lo contrario —creer que derecho y moral son a la vez razones objetivas para la acción, pero que están separadas y la inmoralidad no anula la imperatividad racional objetiva del derecho— implicaría sostener «la hipótesis extravagante de que hay dos “mundos” independientes o conjuntos de razones objetivas, uno jurídico y otro moral» ¹¹². Con otras palabras, no existe ninguna autoridad totalmente independiente del contenido racional de lo que manda y, al mismo tiempo, absolutamente perentoria. En este momento no necesitamos discutir a fondo la cuestión de si el derecho funciona o debe funcionar como «razones para la acción perentorias e independientes de contenido». Observemos simplemente que esta caracterización del derecho y de la función judicial, si no va unida a la tesis iusnaturalista de la objetividad de la razón y de la imposibilidad de razones inmorales perentorias ¹¹³, no puede apoyar que los jueces en cuanto tales digan «esto es derecho, pero demasiado inicuo para ser aplicado u obedecido». La coletilla crítica es deliberación acerca de los méritos.

La diferencia práctica entre positivismo jurídico y teoría del derecho natural no parece ser, pues, que el primero esté más preocupado por

¹¹¹ Cf. EB, pp. 266-268.

¹¹² *Ibid.*, p. 267. Parece que Hart vio con bastante claridad que el objetivismo de la razón le llevaba a la unión del derecho y la moral. Siempre había sostenido que el positivismo era compatible con el no cognitivismo moral. Luego, terminó por afirmar el carácter no cognitivista de las razones jurídicas mismas. La salida es claramente desesperada y muy incoherente.

¹¹³ El concepto de razón es analógico, y, por lo tanto, puede haber «razones irracionales» o «razones para la acción» que funcionan en el contexto de la realización del mal —incluso razones de justicia verdadera, como la justa distribución de las ganancias de una banda de ladrones. De lo que hablamos ahora es de aquello que constituye una razón de modo absoluto, es decir, que puede mover a la acción porque indica lo bueno sin limitaciones, y no solamente lo bueno para un propósito restringido (para robar mejor, para envenenar mejor, etcétera).

la moral que el segundo ¹¹⁴. ¿Hay casos claros de regímenes injustos en los que pudiera ponerse a prueba la inclinación de una u otra teoría? Estrictamente hablando, la claridad en esta materia depende de la objetividad moral. La injusticia del nazismo sólo está clara cuando se excluye del auditorio a los moralistas nazis; y lo mismo sucede con el *apartheid* y el comunismo. Éstos son tres tipos de regímenes que Hart mismo consideró injustos. Alguien interesado en defender la conveniencia moral de una teoría positivista puede decir, respecto de los tres, que son formas de iusnaturalismo; pero eso no pasa de ser un juego retórico de asignación de etiquetas. Si quiere decirse que los tiranos apelan a la justicia y a la «ley natural», estamos de acuerdo. Ésa es una de las señales de que el derecho *en cuanto tal* tiene por fin la justicia. La tiranía no está en apelar a la moral para justificar el derecho positivo —esto es común al buen y al mal gobierno—, sino en reconocer como lo justo y lo que debe ser hecho aquello que realmente —según la moral verdadera— no es justo ni debe ser hecho. Por lo tanto, la tiranía está más bien en no reconocer que la ley injusta no es ley ¹¹⁵.

De hecho, en los tres casos mencionados —nazismo, comunismo y *apartheid*— hay testimonios, alejados de la retórica, sobre la influencia de la racionalidad positivista en mantener el derecho positivo con independencia de su valor moral. Max Weber afirma que la extinción

¹¹⁴ Cf. Beylerveld, D., y Brownsword, R., «The practical difference between natural-law theory and legal positivism», *Oxford Journal of Legal Studies* 5, 1985, pp. 1-32. Estos autores presentan el análisis más detallado que hemos encontrado de las falacias lógicas envueltas en el modo de argumentar hartiano; y muestran que, si se toma la tesis iusnaturalista como tesis conceptual rígida —la ley injusta no es ley—, se excluye la injusticia. Creemos, sin embargo, que el principio de analogía permite hablar de la ley injusta como ley en algún sentido, y a estos autores también les falta flexibilidad conceptual. Aceptan el planteamiento de la cuestión propuesto por Hart, y su misma historia; pero, aun así, advierten que la lógica no consiente, en ese planteamiento rígido, sostener que el positivismo jurídico resistiría mejor la iniquidad «legal». Por su parte, Soper sostiene que ninguna de las posiciones tiene ventajas prácticas sobre la otra, y no sirve este argumento para dirimir la disputa. Cf. Soper, P., «Choosing a legal theory on moral grounds», *Social Philosophy & Policy* 4, 1986, pp. 31-48.

¹¹⁵ Me refiero al fondo de la doctrina expresada sintéticamente en esta fórmula. La fórmula por sí misma es algo secundario. De hecho, creo que Hart y otros iuspositivistas «conceptuales» o «metodológicos» (por emplear la clasificación de Bobbio), especialmente quienes creen en los derechos humanos, llegan a aceptar ese fondo doctrinal de la primacía de la ley natural. Por razones diversas, no pueden aceptar la terminología; pero coinciden en que hay principios de justicia suprapositivos (cuestión aparte es el grado de objetividad que les asignan).

de las implicaciones metajurídicas del derecho —el desplazamiento de los dogmas iusnaturalistas por el positivismo— es:

(...) uno de esos desarrollos ideológicos que, mientras han aumentado el escepticismo ante la dignidad de las reglas particulares de un orden jurídico concreto, también han promovido efectivamente la obediencia real al poder, visto ahora solamente desde una perspectiva instrumentalista, de las autoridades que pretenden legitimidad en el momento. Entre los profesionales del derecho esta actitud ha sido particularmente pronunciada ¹¹⁶.

Esa afirmación de Weber —anterior a 1920— fue acogida por Radbruch tras el Holocausto. Paulson muestra que todas las defensas en los juicios de Nuremberg se basaban en el positivismo jurídico clásico, y que Nuremberg se justifica precisamente por las buenas razones para rechazar el positivismo jurídico clásico ¹¹⁷.

Woetzel también vincula el positivismo con el nazismo; pero sus argumentos son curiosamente positivistas. Este autor rechaza la aplicación del principio *nulla poena sine lege*, porque es un principio moral «pero no es una regla de derecho» ¹¹⁸. «Puesto que es un principio ético más que una regla de derecho, puede ser dejado de lado si lo exigen

¹¹⁶ Weber, M., *Economy and society. An outline of interpretive sociology* (Berkeley, 1968, 1978, ed. a cargo de Roth y Wittich), pp. 874-875; cit. por Finnis, J., «On “positivism” and “legal rational authority”», *Oxford Journal of Legal Studies* 5, 1985, p. 83. Finnis comenta que la ingenuidad de Radbruch, al atribuir al positivismo jurídico el «impulsar la supina aceptación del régimen legalmente autorizado de Hitler» (*Ibid.*, p. 83), concordaba con Weber, juzgado por la mayoría como intelectualmente riguroso y perceptivo. Cf. Weber, M., *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comparada* (México, FCE, 2a. ed. española, 1964, de la 4a. ed. alemana, 1956, reimpresión, 1969, trad. por J. Medina et al.), pp. 639-660. El texto citado es, en esta versión, como sigue: «... corresponde a ese desarrollo ideológico que aumentó el escepticismo frente a la dignidad de los preceptos aislados del ordenamiento jurídico concreto, pero que, precisamente por ello, fomentó extraordinariamente la *total* sumisión a la autoridad, valorizada ahora sólo de modo utilitario, de los poderes que se ostentaban como legítimos. Esto ocurrió sobre todo en el círculo de los prácticos del derecho» (*Ibid.*, p. 647).

¹¹⁷ Cf. Paulson, S. L., «Classical Legal Positivism at Nuremberg», *Philosophy & Public Affairs* 4, 1975, p. 132 y ss.

¹¹⁸ Woetzel, R. K., *A re-examination of the legal aspects of the Nuremberg trial* (Oxford, D. Phil., tesis, 1958), p. 161. Se trata de una tesis doctoral poco posterior a la *Holmes Lecture* de Hart. No indica quién la dirigió. La citamos no porque sea particularmente lúcida, sino porque es un tratamiento del tema que Hart quizás conoció, por ser el catedrático de la disciplina en Oxford. El punto es observar que el autor atribuye al positivismo jurídico los argumentos en defensa de la impunidad de los crímenes de guerra, y procura justificar moralmente el castigo. Otra cosa es que su «justificación» considere lícito hacer excepción a la moral, pero no al derecho; es decir, lo mismo que Hart, como veremos.

consideraciones de justicia»¹¹⁹. El principio intenta evitar la injusticia que se cometería por medio de una ley retroactiva; pero, si no se comete injusticia, no hay violación del principio¹²⁰. Opinamos que esta tesis es absolutamente positivista e incoherente, pues afirma que puede dejarse de aplicar una regla precisamente porque es moral y no jurídica. Además, el principio *nullum crimen sine lege* no tiene ningún sentido si se limita mediante la excepción genérica de que será justo castigar retroactivamente cuando sea justo. El iusnaturalismo afirma lo contrario, a saber, que la justicia puede justificar la excepción y no aplicación de reglas jurídicas positivas; pero, si un principio moral es verdadero, no puede obrarse moralmente mal como medio para obtener un fin bueno. Volveremos sobre este punto en el apartado siguiente. Ahora sólo interesa mostrar que la adhesión al positivismo jurídico no justificaba resistir el derecho inicuo nazi, y después justificaba condonarlo. La justificación de su castigo no puede basarse en hacer excepción a un principio moral —obrar el mal por un fin bueno—, sino en afirmar el derecho natural como derecho válido durante el régimen nazi, y las leyes nazis como leyes nulas. Toda otra alternativa, consistente en negar la validez del derecho natural como derecho verdadero, equivale a oponer un positivismo jurídico posterior a otro anterior: castigamos no porque sea justo, sino porque nuestro derecho positivo lo exige. Así como no existe diferencia puramente «positiva» entre el derecho y una banda criminal, tampoco existe diferencia puramente positiva entre un vencedor justo que castiga las iniquidades pasadas (crímenes de guerra) y un vencedor inicuo que castiga la justicia pasada —v. gr., Hitler hubiera castigado a Churchill por proteger a los judíos, aunque no había ninguna ley inglesa que lo prohibiera. En este párrafo, como se ve, utilizamos «derecho» y «válido» en su sentido central de «lo realmente debido en la vida social», por razones morales objetivas (ley natural), pues un sentido puramente positivo o intrasistemático de «validez» y de «derecho» sólo puede constatar la oposición entre sistemas «jurídicos» diversos, pero no puede establecer relaciones normativas entre ellos.

¹¹⁹ *Ibidem*.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 165. Cf. *Ibid.*, pp. 287-288: las otrora organizaciones legales son ahora organizaciones criminales (Partido nazi, Gestapo, SS, etcétera).

Otro autor, escribiendo sobre la transición poscomunista en Hungría, afirma: «aunque hiera nuestras sensibilidades morales, desde un punto de vista jurídico [...] el derecho nazi o el derecho socialista es derecho. Sólo puede hablarse de la negación del derecho en un sentido extrajurídico»¹²¹. Explica que se ha hecho una elección: «hemos asumido [...] la continuidad legal con el antiguo régimen desde un punto de vista puramente técnico»¹²². La conclusión es que «la maquinaria legal sólo puede ponerse en movimiento mostrando que ha sido cometido un crimen bajo las leyes del lugar en el momento del acto [...] Hemos puesto, por ende, el ideal del estado de derecho como la piedra angular del nuevo sistema. Esto implica un sistema de exigencias y de conducción de todas las acciones estatales dentro de canales legalmente justificables»¹²³.

Dyzenhaus ha indagado la cuestión respecto de Sudáfrica. Afirma que existe un sentido de lo «inevitable» donde los jueces reconocen la supremacía legislativa y piensan que no pueden invalidar el derecho por ir contra pautas morales¹²⁴. Teniendo a la vista la interpretación hartiana de la tradición positivista y el debate en el estado actual definido por Hart y Dworkin, este autor afirma que el debate entre el

¹²¹ Varga, C., «Do we have the right to judge the past? Philosophy of law considerations for a period of transition», *Rechtstheorie* 23, 1992, pp. 396-404, 397. Se omiten cursivas del original. Cf. Varga, C., «Reflexiones acerca del derecho y su moralidad interna», en *Revista de Ciencias Sociales* 28, 1986, pp. 473-488. Este autor, comentando el tema de la «moralidad interna del derecho» (Fuller), defiende la tesis de Holmes de que hay que bañar el derecho en ácido cínico, y no permitir que las preferencias morales influyan sobre nuestra mente armonizando distinciones legales (cf. *Ibid.*, p. 486). El resto del artículo está perfectamente situado en el contexto de los autores tanto occidentales como comunistas, sin distinción de su «moralidad». En esta época —antes de los cambios de 1989 en Europa Oriental— este autor era «Miembro Investigador Decano del Instituto de Ciencias Jurídicas y Administrativas de la Academia Húngara de Ciencias» (*Ibid.*, p. 473). Deseo dejar claro que no tengo nada que objetar moralmente, pues no conozco las circunstancias, y no toda colaboración con un régimen injusto es por sí misma injusta (v. gr. en medio de las injusticias del régimen comunista, era bueno moralmente que hubiese atención médica, comercio, ciencia, etc.; no son éstos los aspectos injustos). Lo único que deseo destacar es que un teórico positivista del derecho puede adaptarse a cualquier tipo de régimen sin manifestar, por lo que a su labor científica se refiere, ninguna crítica. El iusnaturalista diría, en cuanto fuese posible hablar, lo justo e injusto, y sus diversos grados y tipos.

¹²² Varga, C., «Do we have the right to judge the past? Philosophy of law considerations for a period of transition», *cit.*, p. 398.

¹²³ *Ibid.*, p. 399.

¹²⁴ Cf. Dyzenhaus, D., *Hard cases in wicked legal systems. South African law in the perspective of legal philosophy* (Oxford, Clarendon Press, 1991), p. vii.

positivismo jurídico y sus críticos tiene que ser repensado, porque el estudio de casos judiciales —presenta algunos— muestra una comprensión distinta de lo que es la tradición positivista ¹²⁵. Su análisis concluye «que el positivismo es destructivo de una práctica jurídica sana» ¹²⁶ y que la existencia de un sistema inicuo da argumentos a los críticos del positivismo ¹²⁷. La historia de Sudáfrica muestra la actitud servil de los jueces ¹²⁸ y que la visión positivista es autoritaria ¹²⁹. En cambio, los casos judiciales que logran hacer alguna excepción a la aplicación «racional» de las leyes injustas se apoyan en un resurgimiento del *Common Law* ¹³⁰.

Atiyah y Summers creen que hay razones empíricas para pensar que el positivismo jurídico de Hart y Bentham puede ser más dañino que beneficioso en la práctica ¹³¹, tanto porque anime a los ciudadanos corrientes a no respetar el derecho justo —v. gr., leyes que intentan disminuir la discriminación racial— como porque los jueces y abogados consideren su deber atender sólo a la ley formal, con independencia de su moralidad, y dejar las cuestiones sustantivas a la legislatura ¹³². Estos autores hablan de una tendencia no necesaria. Como se ve, es una inversión de las intuiciones hartianas sobre la anarquía y el reaccionarismo, atribuyendo una y otro a los ciudadanos y funcionarios respectivamente. No atribuyen lo contradictorio a los mismos protagonistas, y se basan en el análisis de casos judiciales.

Ciertas defensas del positivismo jurídico como opuesto al totalitarismo señalan *otros* sistemas jurídicos como aquello que debe ser desobedecido; es decir, el reconocimiento de las reglas como «derecho» por ciudadanos y jueces no va unido a la desobediencia mientras son protagonistas del sistema. En cambio, atribuyen desde fuera la aplicación de leyes injustas

¹²⁵ *Ibid.*, pp. ix y 1-32.

¹²⁶ *Cf. Ibidem.*

¹²⁷ *Cf. Ibidem.*

¹²⁸ *Cf. Ibid.*, pp. 33-51.

¹²⁹ *Cf. Ibid.*, pp. 209-247.

¹³⁰ *Cf. Ibid.*, pp. 131-176.

¹³¹ *Cf.* Atiyah, P. S., y Summers, R., *Form and substance in anglo-american law A Comparative study of legal reasoning, legal theory, and legal institutions* (Oxford, Clarendon Press, 1987), p. 421.

¹³² *Cf. Ibid.*, pp. 422-424.

a alguna forma de ideología «iusnaturalista» —el nazismo, el *apartheid*— por el mero hecho de que todo tirano apela a la moral y a la justicia. Pero, ¿quién podría decir «discriminemos a los negros» y «matemos a los judíos» dando como razón «porque así seremos inicuos»? La apelación de los tiranos a la moral es una demostración de la soberanía de la moral; no su refutación. Lo interesante sería encontrar un juez que al mismo tiempo sostuviera el positivismo jurídico y dejara de aplicar una ley reconocida como válida. Otro autor niega la conexión entre iuspositivismo y totalitarismo, y afirma enseguida que quizás sea inevitable aceptar un iusnaturalismo moralizante para enfrentar casos como el del nazismo —o sea, reconoce su mayor eficacia como resistencia—; pero *habría que prescindir de la ley natural una vez consolidado el sistema democrático* ¹³³. Por supuesto, Hart jamás dio un paso en falso de este calibre. Lo notable de Hart es su intento de revertir completamente —no sólo anular o descartar— la *reductio ad Hitlerum*. Pero Hart no equipara aceptabilidad moral y juicio de la mayoría en un sistema democrático ¹³⁴.

En definitiva, los indicios de lógica formal y de historia del derecho son contrarios a las intuiciones de Hart sobre la capacidad del positivismo jurídico para resistir el derecho inicuo. Ross tiene razón cuando, entendiendo por «ley natural» las «apelaciones a la ley natural» dice: «A semejanza de una ramera, el derecho natural está a disposición de cualquiera. No hay ideología que no pueda ser defendida recurriendo a la ley natural» ¹³⁵. Naturalmente, si entendiésemos por «derecho natural» lo que es realmente justo —*de verdad*, noción a la que él recurre— no podría decir que está a la disposición de cualquiera. Lo realmente justo es precisamente aquello de lo cual nadie puede disponer, lo no disponible por excelencia. Así, las nociones de «ley natural» y «justicia» son como

¹³³ Cf. Shuman, S. I., *Legal positivism. Its scope and limitations* (Detroit, Wayne State University Press, 1963), pp. 18-26, 177 y ss., y 209.

¹³⁴ Cf. Hart, H. L. A., *Law, liberty and morality* (Oxford, Oxford University Press, 1963), pp. 77-81 (contra el populismo moral); y EJP, pp. 248-262.

¹³⁵ Ross, A., *On law and justice* (Londres, Stevens and Sons, 1958 [ed. original en danés de 1953]). Trad. cast. de G. Carrió, *Sobre el derecho y la justicia* (Buenos Aires, Eudeba, 1963, 1970), por la que cito, p. 254. En este caso, para respetar el original, que es más explícito, traducimos «harlot» como «ramera», en lugar del eufemismo «cortesana» que aparece en la versión castellana.

la noción de verdad, a la que apela el mismo Ross para defender su argumento contra el iusnaturalismo. No hay teoría jurídica que no pueda defenderse recurriendo a la verdad, y a esa razón que alguien llamaba —Ross no es original en su metáfora— la gran prostituta. Lo importante es reconocer que vale la pena trascender las *apelaciones* a la justicia y a la verdad —pueden ser mera retórica— para establecer, dentro de lo posible, lo verdadero y lo justo. «Si bajo la influencia de una droga toda la humanidad viera visiones, estas fantasías no serían verdaderas, en la medida en que por verdad significamos algo distinto de la coerción psicológica»¹³⁶. Si bajo la influencia de un poder tiránico absoluto toda la humanidad llegase a creer justo lo que es inicuo, esas iniquidades no serían justas, en la medida en que por justicia entendemos algo distinto de la mera coacción legal combinada con la sumisión psicológica. La apelación a la ley natural puede ser como una ramera siempre disponible; pero renunciar a la ley natural es ponerse uno mismo a disposición de cualquiera.

4. LA JUSTICIA DE LOS VENCEDORES

4.1. El Argumento: Vencedores, pero Honrados

Hart afirma que el positivismo jurídico plantea la cuestión del castigo de crímenes de guerra de modo honesto y sin confundir ni ocultar dilemas morales. La posición de la teoría de la ley natural en este punto es descrita así:

El punto de vista opuesto es uno que parece atractivo cuando, después de una revolución o de conmociones sociales graves, los tribunales de un sistema tienen que considerar su actitud hacia las iniquidades morales cometidas en forma jurídica por ciudadanos privados o funcionarios durante un régimen anterior. Su castigo puede ser sentido como socialmente deseable y, con todo, puede ser difícil, moralmente odioso, o quizás imposible, procurarlo mediante legislación abiertamente retroactiva que haga criminal lo que era permitido o incluso requerido por el derecho del régimen anterior. En estas circunstancias, puede parecer natural explotar las implicaciones morales latentes en el vocabulario del derecho

¹³⁶ *Ibid.*, p. 255. Una hermosa proclamación de la objetividad de lo verdadero.

y especialmente en palabras como *ius*, *recht [sic]*, *diritto*, *droit*, las cuales están cargadas con la teoría del derecho natural. Puede parecer entonces tentador decir que las leyes que ordenaban o permitían la iniquidad no deberían ser reconocidas como válidas, o como poseyendo la calidad de derecho, aun cuando el sistema en que fueron promulgadas no reconociera ninguna restricción a la competencia legislativa de su legislatura. En esta forma fueron revividos los argumentos del derecho natural en Alemania después de la última guerra, en respuesta a los problemas sociales agudos dejados por las iniquidades del gobierno nazi y su derrota. ¿Deberían ser castigados los delatores que, por fines egoístas, procuraron el encarcelamiento de otros por delitos contra leyes monstruosas aprobadas durante el régimen nazi? ¿Era posible condenarles en los tribunales de la Alemania de posguerra sobre la base de que tales leyes violaban el derecho natural, y por tanto eran nulas, de modo que el encarcelamiento de las víctimas por quebrantar tales leyes era de hecho ilegal, y procurarlo era por sí mismo un delito? ¹³⁷.

La evaluación de la tesis de Radbruch —dice Hart— no se queda en una cuestión meramente académica, porque:

(...) después de la guerra [...] fue aplicada en la práctica por los tribunales alemanes en ciertos casos en que fueron castigados criminales de guerra locales, espías y delatores bajo el régimen nazi. La importancia especial de estos casos es que las personas acusadas de estos crímenes alegaron que lo que habían hecho no era ilegal según las leyes del régimen vigente en el momento en que estas acciones fueron realizadas. Este alegato se encontró con la réplica de que las leyes en que ellas se apoyaban eran inválidas por contravenir los principios fundamentales de moralidad ¹³⁸.

Hart expone un caso que hemos de considerar como una hipótesis. Una mujer delató a su marido por murmurar contra Hitler, y el marido fue condenado a muerte, pero de hecho enviado al frente. La mujer fue enjuiciada en 1949 por privar ilegalmente de la libertad al marido. Alegó que el marido había sido encarcelado en virtud de las leyes nazis, pero fue condenada porque la ley nazi, en que se apoyaba, «era contraria a la sana conciencia y sentido de la justicia de todos los seres humanos decentes» ¹³⁹. Hart continúa así:

¹³⁷ CL, pp. 203-204. Cf. CD, 256-257.

¹³⁸ PLM en EJP, p. 75.

¹³⁹ Cf. PLM en EJP, pp. 75-76 y CL, pp. 204 y 254-255. En el caso real, la ley nazi fue considerada válida, pero de todos modos se condenó a la mujer porque no estaba obligada a denunciar y lo hizo por interés personal «contrario a la sana conciencia y sentido de la justicia de todos los seres humanos decentes».

Este razonamiento fue seguido en muchos casos que han sido aclamados como un triunfo de las doctrinas del derecho natural y como signos del derrocamiento del positivismo. La satisfacción incondicional con este resultado me parece histeria. Muchos de nosotros podríamos aplaudir el objetivo —castigar a una mujer por un acto horrorosamente inmoral—, pero esto sólo fue conseguido declarando que una ley establecida desde 1934 no tenía fuerza de ley, y por lo menos debe ponerse en duda la sabiduría de este proceder. Había, por supuesto, otras dos alternativas. Una era dejar a la mujer impune; uno puede simpatizar con y suscribir la opinión de que esto podría haber sido una mala solución. La otra era enfrentar el hecho de que, si la mujer había de ser castigada, eso debía hacerse mediante la introducción de una ley abiertamente retroactiva y con plena conciencia de lo que se sacrificaba al asegurar su castigo de esta manera. Aunque la legislación criminal y el castigo retroactivos sean odiosos, haberlo perseguido abiertamente en este caso habría tenido por lo menos los méritos de la sinceridad. Habría hecho evidente el hecho de que para castigar a la mujer había que hacer una elección entre dos males, el de dejarla impune y el de sacrificar un principio de moralidad muy precioso reconocido por la mayoría de los sistemas jurídicos. Seguro que si hemos aprendido algo de la historia de la moral es que lo que se ha de hacer ante un dilema moral es no ocultarlo. Como con las ortigas, las ocasiones en que la vida nos fuerza a elegir el menor de dos males deben ser tomadas con la conciencia de que son lo que son. El defecto de este uso del principio de que, en ciertos casos extremos, lo que es completamente inmoral no puede ser derecho o legal, es que servirá para encubrir la verdadera naturaleza de los problemas con que nos enfrentamos, e impulsará el optimismo romántico de que todos los valores que abrigamos encajarán finalmente en un único sistema, que ninguno de ellos tiene que ser sacrificado o comprometido para dar cabida a otro.

Toda discordia es una armonía no comprendida.

Todo mal particular es el bien universal.

Esto es ciertamente falso, y hay insinceridad en toda formulación de nuestro problema que nos permite describir el tratamiento del dilema como si fuera la solución del caso ordinario ¹⁴⁰.

Hart repite la misma doctrina sobre la sinceridad del positivismo jurídico diciendo que negar la validez de las leyes inicuas puede cegarnos ante el dilema de los juicios de posguerra.

¹⁴⁰ PLM en EJP, pp. 76-77.

Puede concederse que los delatores alemanes que por fines egoístas procuraron el castigo de otros mediante leyes monstruosas, hicieron lo que la moral prohibía; pero la moral también puede exigir que el estado castigue solamente a quienes, al hacer el mal, hicieron lo que el estado prohibía en el momento. Éste es el principio *nulla poena sine lege*. Si ha de resquebrajarse este principio para evitar algo que se considera un mal mayor que su sacrificio, es vital que sean claramente identificadas las cuestiones en juego. No debe hacerse parecer un caso de castigo retroactivo como un caso ordinario de castigo por un acto ilegal en el momento. Por lo menos puede decirse en favor de la doctrina positivista de que las reglas moralmente inicuas pueden ser no obstante derecho, que esto no disfraza la elección entre males que puede tener que hacerse en circunstancias extremas ¹⁴¹.

Hart considera la objeción de que puede ser una preocupación excesiva por las formas, o incluso por las palabras, dar importancia a una manera de resolver estos casos difíciles por encima de otra que podría llevar exactamente al mismo resultado. Su respuesta consiste en destacar, desde otro punto de vista, la sinceridad.

¿Por qué hemos de dramatizar las diferencias entre ellas [entre las dos soluciones]? Podríamos castigar a la mujer mediante una nueva ley retroactiva y declarar abiertamente que estábamos haciendo algo inconsistente con nuestros principios como el menor entre dos males; o podríamos permitir que el caso pasara como uno en el cual no señalamos precisamente dónde sacrificamos tal principio. Pero la sinceridad no es sólo una entre muchas virtudes menores de la administración del derecho, del mismo modo que no es meramente una virtud menor de la moral. Porque si adoptamos la opinión de Radbruch, y con él y los tribunales alemanes formulamos nuestra protesta contra el derecho perverso mediante una afirmación de que ciertas reglas no pueden ser derecho debido a su iniquidad moral, oscurecemos una de las formas de crítica moral más poderosas, porque es la más simple. Si hablamos claramente, siguiendo a los utilitaristas, decimos que las leyes pueden ser derecho, pero demasiado perversas para ser obedecidas. Ésta es una condena moral que todos pueden comprender, y hace una apelación inmediata y obvia a la atención moral. Si, en cambio, formulamos nuestra objeción como una afirmación de que estas cosas perversas no son derecho, he aquí una afirmación que mucha gente no cree, y si están dispuestos siquiera a considerarla, parecería que provoca una multitud de problemas filosóficos antes de que pueda ser aceptada. Por lo tanto, quizás la lección más importante que puede aprenderse de esta forma de negar la distinción utilitarista, es la que los utilitaristas tenían más interés en enseñar: cuando

¹⁴¹ CL, p. 207. Cf. CD 261.

tenemos los recursos amplios del lenguaje claro no debemos presentar la crítica moral de las instituciones como proposiciones de una filosofía discutible ¹⁴².

Estos textos exponen una serie de argumentos sobre el valor moral del positivismo jurídico como modo de formular las decisiones y enfrentar los problemas posteriores al derrocamiento de un régimen inicuo, tras una revolución o una guerra. Ya se han comentado algunos aspectos que se repiten —v. gr., la fórmula que reconoce el derecho válido, pero se niega a aplicarlo. A continuación nos centramos en lo que tiene que ver específicamente con el contexto posrevolucionario ¹⁴³. Contra la aparente simplicidad de los argumentos, la complejidad de los temas de fondo implicados —justicia vindicativa,

¹⁴² PLM en EJP, pp. 77-78.

¹⁴³ Puede verse una consideración de otros aspectos de estos argumentos hartianos, también relacionados con el pensamiento de Dworkin y Raz, en Waluchow, W. J., *Inclusive legal positivism* (Oxford, Clarendon Press, 1994), pp. 84-103. Puede ser de interés anotar algo sobre este autor, el último doctorando supervisado por Hart. Como en el caso de otros autores, saca las consecuencias de algunos planteamientos hartianos sin reparar en otros opuestos, y llega a conclusiones como las siguientes. Al comparar el estado actual del debate entre iusnaturalismo y iuspositivismo —tal como se plantea tras la transformación hartiana, de la que no parece ser demasiado consciente, y a la vista de positivistas como MacCormick y iusnaturalistas como Finnis—, afirma: «Alguien que aborda la filosofía jurídica por primera vez no puede evitar verse terriblemente confundido por todo esto. Aquéllos más familiarizados con la senda seguida por la teoría jurídica general durante los últimos años estarían forzados a admitir por lo menos un poquito de perplejidad y preocupación. [...] Uno de los objetivos de este libro es ayudar a disipar al menos algo del caos en el que la teoría jurídica parece haber caído en años recientes» (*Ibid.* pp. 1-2). Para eso defiende su «positivismo jurídico incluyente», según el cual «las pautas de moralidad política [...] pueden figurar, y de hecho lo hacen de varias maneras, en los intentos de determinar la existencia, contenido, y significado de las reglas jurídicas válidas» (*Ibid.*, p. 2 y capítulo 4). Luego dice que «es algo distintivo del positivismo jurídico sostener que los fundamentos del derecho no logran proporcionar respuestas concluyentes a las cuestiones prácticas en ningún caso, no sólo en aquellos que son por alguna razón excepcionales» (*Ibid.*, p. 11). De ahí que la respuesta sobre qué es derecho válido no dice nada respecto de cómo deben los ciudadanos y los funcionarios y jueces responder, jurídica y moralmente, ante ese derecho (*cf. Ibid.*, p. 31 y ss.), pues «el derecho no es siempre jurídicamente obligatorio para los jueces» (*Ibid.*, p. 33 y capítulo 3). Waluchow dice que *según el mismo Hart* ni siquiera sería obligatorio el derecho en los casos claros o centrales (*cf. Ibid.*, pp. 65-66). La moral y el «derecho» (positivo) funcionan unidos (*cf. Ibid.*, p. 142 y ss.) y es bueno que funcionen unidos en el sistema jurídico (*cf. Ibid.*, p. 232 y ss.). Más todavía, debe admitirse la discreción judicial no sólo en los casos oscuros (difíciles), sino también en los casos claros cuando la aplicación de la regla lleve a lo absurdo o manifiestamente injusto (*cf. Ibid.*, p. 253). Si la referencia a la moral es «incorporarla» al derecho, o sólo ejercer discreción para referirse a algo «externo», es algo que parece inútil discutir (*cf. Ibid.*, p. 164, y CL, 2a. ed., p. 254). Las ideas de Waluchow se basan en distinguir entre la identificación del derecho por reglas de reconocimiento y la determinación de su fuerza obligatoria institucional por las reglas de adjudicación (variable según de qué jueces se trate), y de su fuerza moral (no institucional) sobre el problema del cumplimiento, que afecta a los ciudadanos (*cf. Ibid.*, pp. 33-42). Pero, aparte de olvidar que las reglas de adjudicación son ya, en parte, reglas de reconocimiento (*cf. CL*, pp. 94-95), el hecho de que el autor arribe a tales opiniones es un indicio

revolución y continuidad del derecho, etc.— aconseja, quizás, advertir que no intentamos ahora desentrañar estas implicaciones, sino solamente someter a examen la coherencia del modo de argumentar de Hart como defensa de su positivismo jurídico, en el contexto de un alegato sobre la orientación valorativa que debemos adoptar para la teoría del derecho. Señalaremos, por lo tanto, sólo algunas de las deficiencias de su argumentación.

4.2. El Planteamiento del Problema como Dilema Moral

Hart plantea un dilema moral que es discutible desde el punto de vista ético y desde la perspectiva de su propia teoría jurídica. Veamos el aspecto ético primero. Hart afirma que hay que optar entre no castigar, castigar mediante ley retroactiva que viole abiertamente el principio de irretroactividad de la ley penal, y castigar declarando inválida la ley nazi, ocultando así el sacrificio del principio *nulla poena sine lege*. Su tesis moral es que debemos elegir entre obrar dos males morales, y obrar el que sea menor.

Notemos la ambigüedad de Hart: no dice que deba dictarse una ley retroactiva, sino solamente que, si se considerara un mal mayor dejar

del vacío al que conduce la mera definición del «derecho» como «derecho positivo». El positivismo conceptual absolutamente no normativo no pasa de ser la asignación de un nombre, y, en cuanto tal, no dice nada acerca de la realidad del derecho, ni acerca de los deberes jurídicos y morales; pero está claro que Hart no intentaba eso (*cf.* CL, p. 121 y ss., y PLM en EJP, pp. 62-72), pues si el derecho no diera respuestas conclusivas en los casos centrales «la noción de reglas controlando las decisiones de los tribunales, no tendría sentido» (PLM en EJP, p. 71). Waluchow saca sus conclusiones mediante un análisis que, considerado en sí mismo, es un refinamiento interesante de Hart; pero arrastra el mismo mal planteamiento del problema y su desconocimiento del iusnaturalismo clásico (*Cf.* especialmente *Inclusive legal positivism, cit.*, pp. 80-86, 106-112, 179 y ss., 229-230), aunque refute argumentos particulares de Hart. Se ha traído este caso a colación no sólo por ser el último discípulo de Hart, sino por otras dos razones. En primer lugar, Waluchow es recomendable para quien quiera ver detalles de la evolución del pensamiento de Hart, y también hasta dónde puede llegarse sacando las consecuencias del carácter vacío de su «positivismo jurídico». Waluchow está a punto de decir que la ley injusta no es ley (*cf.* Skubik, D. W., *At the intersection of legality and morality. Hartian law as natural law*, Nueva York, Peter Lang, 1990, *passim*). En segundo lugar, es un libro que puede servir para ver cómo un análisis riguroso es «compatible» con seguir aceptando un modo de plantear la cuestión, y sus coordenadas e interpretaciones históricas fundamentales, a pesar de comprobar la debilidad de los argumentos, las confusiones actuales de la teoría jurídica, etc. ¿No llega la hora de comprender a los clásicos, de salir a su encuentro, a pesar de cuanto haya dicho Hart? Waluchow pretendía disipar el caos —un caos aumentado por Hart, debido a la necesidad de contar otra historia para defender el iuspositivismo como tradición—; pero sólo ha conseguido hacerlo más luminoso, más evidente, para quien pueda verlo desde afuera.

impunes los crímenes que violan el principio *nulla poena*, hemos de violar el principio con clara conciencia. Su propuesta es condicional. El planteamiento mismo es problemático por dos razones morales. En primer lugar, dejar impunes a los culpables de actos inicuos nunca ha sido considerado, ni por el liberalismo ni por el iusnaturalismo clásicos, un mal moral. El principio es solamente que debe castigarse a los que sean materialmente culpables y puedan ser castigados con una pena justa y mediante un procedimiento justo. Si las restricciones formales implican que algunos o muchos culpables no reciban su merecido, no estamos ante una omisión inmoral, sino ante una deficiencia de la justicia humana preferible a su contraria (el castigo de personas creídas culpables sin pruebas suficientes, o sin que hubiesen sabido con antelación a qué atenerse). El principio de irretroactividad de la ley penal pretende establecer una de las condiciones de justicia del castigo. Por lo tanto, violar ese principio es castigar injustamente —asumamos, por ahora, la interpretación hartiana del principio—, y no puede haber un dilema moral: entre castigar injustamente a una persona (aunque sea materialmente culpable) y dejarla impune, la decisión correcta será siempre dejarla impune, antes que cometer una injusticia. Hart plantea hipotéticamente su elección entre «males», en nuestra opinión, porque una conciencia moral que asume el principio *nulla poena* no puede sino sentirse inclinada a absolver al culpable: el positivismo jurídico, clásico y hartiano, no puede justificar el castigo de los crímenes nazis; el iusnaturalismo clásico jamás podría justificarlo si asumiera un principio *nulla poena* que incluyera el reconocimiento de las leyes abiertamente inicuas. Enseguida volvemos sobre otras complejidades de esta cuestión; pero ahora sólo interesa destacar que es moralmente inaceptable, por pura contradicción, decir que puede justificarse como mal menor el castigo de los culpables violando (sinceramente, eso sí) los mismísimos principios que regulan la justicia del castigo.

El segundo defecto moral del planteamiento del profesor de Oxford es que asume el principio utilitarista de que es lícito obrar el mal moral para obtener un bien «mayor». No es posible tratar ahora el tema de las compatibilidades entre «valores»; pero una cosa es decir que para lograr algunos bienes es necesario prescindir de otros —el que opta por ser abogado no podrá ser ingeniero—, y otra muy distinta es sostener que

a veces es preciso elegir entre cometer dos males morales. La moral clásica afirmaba que esto último era lógicamente imposible, por una razón bastante simple. La persona, enfrentada con un curso de acción, sólo debe elegir entre aquellos actos que sean moralmente buenos —en este marco puede considerar otras bondades accidentales, consecuencias, etc.—; y una omisión será moralmente mala sólo si existía el deber positivo de ejecutar la acción omitida. Por lo tanto, si una persona se viera ante muchas alternativas de acción y todas fueran moralmente malas, omitirlas todas —no actuar— jamás podría ser ilícito: sería obligatorio. En el caso planteado, no existe realmente conflicto entre dejar impune a un criminal —es una omisión de castigar— y castigar violando el principio *nulla poena*. Si se debe castigar, y dejar impune al criminal es una omisión ilícita, entonces será porque el principio *nulla poena* no alcanza a esa situación; si, por el contrario, el principio alcanza al caso, y sería necesario violarlo, entonces no es verdad que la omisión del castigo sea mala. El fin no justifica los medios. Este razonamiento moral que excluye como «lógicamente imposible» la elección entre cometer dos males morales no es una conclusión de la lógica, sino que presupone la tesis moral de que hay actos intrínsecamente malos por su especie, que es precisamente lo que el utilitarismo niega —en el utilitarismo, la omisión de obrar el mal menor sería en sí misma un mal moral. Por eso, no se intenta refutar aquí el utilitarismo ni el planteamiento hartiano, sino solamente mostrar que es una posición discutible, que como tal no sirve para dirimir una controversia en la que una de las partes no es utilitarista.

Ante este planteamiento de que moralmente nunca es necesario elegir entre obrar uno de dos males morales —la ética clásica de absolutos morales—, no cabe decir que incurre en «el optimismo romántico de que todos los valores que abrigamos encajarán finalmente en un único sistema, que ninguno de ellos tiene que ser sacrificado o comprometido para dar cabida a otro»¹⁴⁴. La ética clásica no niega que las soluciones positivas de los problemas prácticos impliquen dar preferencia a unos bienes (o valores) sobre otros. Únicamente afirma

¹⁴⁴ PLM en EJP, p. 77.

que jamás es necesario *sacrificar* un valor en el sentido de cometer un acto inmoral. Hart confunde, en su planteamiento, la imposibilidad de obtener todos los bienes deseados —debemos comprometer unos en favor de otros— con la imposibilidad de abstenerse del mal moral. Esto último es falso. Siempre cabe negarse a obrar el mal.

Hart se confunde cuando sostiene que el planteamiento contrario a su «elección del mal menor» sólo serviría «para encubrir la verdadera naturaleza de los problemas con que nos enfrentamos». En efecto, se trata de una petición de principio, porque cuál sea la verdadera naturaleza del problema depende de si el derecho natural es derecho válido o no lo es. Confuso es también calificar de «ciertamente falso» lo expresado por los versos «toda discordia es una armonía no comprendida/todo mal particular es el bien universal». Ciertamente es falso que pueda obrarse el mal para obtener el bien universal; pero eso es contrario al planteamiento de Hart. El planteamiento iusnaturalista, en cambio, sostiene que la injusticia no se justifica cualquiera sea el «bien universal» que alguien pueda sacar de ella —los cristianos creemos que Dios puede sacar bien incluso del mal moral, pero eso no justifica cometerlo: Dios es Dios, no cada uno. Desde la perspectiva cristiana, el utilitarismo es inadmisibles, porque ve necesario obrar el mal moral y asigna al hombre la responsabilidad divina de decidir que males particulares han de dirigirse al bien universal¹⁴⁵.

Finalmente, Hart tiene razón en sostener que habría «insinceridad en toda formulación de nuestro problema que nos permite describir el tratamiento del dilema como si fuera la solución del caso ordinario»¹⁴⁶. Sin embargo, hay dos dificultades a este respecto. La primera, que la sinceridad dice referencia a la manifestación de la verdad conocida; luego, más vale no atribuirle a quien deje de manifestar lo verdadero simplemente porque lo desconoce. En este caso lo verdadero depende de la solución del problema. Los iusnaturalistas sólo podrían

¹⁴⁵ Cf. sobre esto, Finnis, J., *Fundamentals of ethics* (Washington, D. C., Georgetown University Press, 1983), p.80 y ss., especialmente, pp. 94-108.

¹⁴⁶ PLM en EJP, p. 77.

ser insinceros si creyeran que las leyes nazis son válidas, y después presentaran el dilema como un caso ordinario; pero está claro que no lo hacen, sino que lo presentan como un caso extraordinario distinto del que Hart cree que enfrentamos. No se trata de castigar por delitos que eran delitos bajo la ley nazi —todo el mundo tiene claridad sobre este punto—, sino de castigar por delitos sumamente extraordinarios, a saber, los que podían cometerse impunemente bajo la ley nazi. La segunda dificultad estriba en que Hart mismo comete un error ¹⁴⁷ al presentar este caso como si fuera más ordinario de lo que es, y en contra de sus propias teorías sobre la naturaleza del derecho positivo. Veámoslo enseguida.

4.3. La Sucesión Revolucionaria no es un Caso Ordinario de Continuidad Legal del Estado

Hart ha planteado su dilema de modo contrario a su propia teoría jurídica, y de modo más simple de lo que realmente es, es decir, como algo menos extraordinario. Los vencedores tras la guerra enfrentaban las siguientes posibilidades: (i) dejar impunes los crímenes de guerra; (ii) ordenar su castigo mediante una ley penal retroactiva; (iii) dejar a los tribunales la decisión de castigar o no en cada caso. Los tribunales no tenían la alternativa general de que Hart habla —impunidad o ley retroactiva—, porque los tribunales no dictan leyes generales. Luego, la situación es más compleja de lo que Hart entrevé.

El gobierno de posguerra, considerado en su conjunto —el poder que asume la creación de derecho tras una revolución— enfrenta múltiples

¹⁴⁷ Hart, en mi opinión, dice habitualmente las cosas como las ve. Por eso, yo no le atribuyo en ningún momento insinceridad. Sostengo únicamente que la necesidad moral de defender el positivismo jurídico como científicamente aceptable y moralmente bueno le lleva a confusiones teóricas, y a una reinterpretación errada de la teoría jurídica, aunque sincera. En este tema, el único punto que podría hacer sospechar insinceridad es su ambigüedad respecto de si compartía la justificación del castigo a los nazis, para lo cual prefería una ley retroactiva, o si sólo pedía una ley retroactiva condicionalmente —«si se ha de castigar»—, pero sin apoyar los castigos. Mi duda en este punto —opto simplemente por atribuirle ambigüedad— se basa en que la absolución de los criminales de guerra era algo difícil de defender en esa época, pues hacerlo hubiera confirmado la alianza del positivismo con cualquier tiranía legal; pero, por otra parte, las palabras de Hart son claramente condicionales, y lo más coherente con su liberalismo era absolver. Hago notar que la mayoría de las interpretaciones le atribuyen simplemente que era partidario de violar el principio de legalidad mediante ley retroactiva. Cf., entre otros, Martin, M., *The legal philosophy of H. L. A. Hart*, cit., pp. 216-237; y Bayles, M. D., *Hart's legal philosophy, an examination*, cit., p. 128 y ss.

posibilidades, desde declarar la total continuidad de las leyes anteriores «inicias» que permitían o mandaban actos injustos —i. e., impunidad total para los crímenes de guerra por aplicación del principio *nulla poena*— hasta declarar la total nulidad de todas esas mismas leyes de modo general —i. e., una ley penal general retroactiva—, pasando por soluciones intermedias —dejar algunos crímenes impunes y castigar otros mediante leyes retroactivas menos generales. En cualquier caso, lo que el nuevo poder decida de modo general tendrá que ser aplicado en diversos casos por tribunales; y, sea lo que fuere lo que decida ese poder «legislativo» general, los tribunales crearán con su práctica una regla de reconocimiento determinando el alcance preciso de las decisiones del poder revolucionario. Si la decisión «legislativa» ha sido una ley penal retroactiva explícita —si es tan general que permita lo que Hart llama «el mismo resultado»— puede ser formulada de modo muy simple: «las leyes nazis inicuas no serán reconocidas como válidas en nuestro derecho». Algo menos general sólo puede consistir en leyes que dejen subsistir algunas leyes nazis —algunos crímenes impunes— y anulen otras. Y lo menos general de todo es que el legislador simplemente no intervenga, y que deje a los tribunales decidir si el acto juzgado debe quedar impune o debe castigarse —la sentencia es una norma particular hecha para un caso. En este último supuesto, un tribunal que anule la ley nazi hace lo mismo que un tribunal que aplique la hipotética ley penal retroactiva general, pues ésta no es otra cosa que promulgar el principio «la ley injusta no es ley».

La propuesta de una ley penal retroactiva viene a decir que lo más sincero es recoger de modo general y explícito el principio «*lex injusta, lex nulla*», pues cualquier cosa menos que esto equivaldría a que hubiese una distinción entre injusticias pasadas que serán castigadas y las que serán toleradas; v. gr., los robos por nazis quedarán impunes por el principio de irretroactividad, y los homicidios serán castigados. Pero el poder revolucionario puede ser menos iusnaturalista que Hart, y simplemente considerar que la alternativa de declarar nulas todas las leyes inicuas para todos los efectos «es una manera demasiado tosca de enfrentar problemas morales delicados y complejos»¹⁴⁸. En

¹⁴⁸ CL, p. 207.

cambio, el silencio legislativo deja a los tribunales que hagan todas las distinciones que cada caso requiera, que den a una misma ley nazi diferente peso según el caso en que se considere su aplicación. Ciertamente es menos claro un sistema jurídico que declara nula y válida la misma ley según diversos casos; pero eso es más justo que declararla inválida mediante ley retroactiva general.

Si Hart quiere que los tribunales no apliquen el principio de nulidad de la ley injusta a menos que esté promulgado como ley clara, lo que viene a decir es que una revolución sólo puede manifestarse jurídicamente mediante legislación. Pero ésta no es una doctrina sobre la sinceridad moral, sino sobre el modo de ejercer el derecho (moral) de rebelión —o de guerra justa— y sobre la fuente del derecho que debe (moralmente) ser tenida como suprema en la regla judicial de reconocimiento. Sobre el derecho de rebelión, en primer lugar, pues implica que los tribunales deben someter sus decisiones a la legislación del régimen presente y del anterior —no deben declarar que es nula por ser inicua. Esto limita el derecho de rebelión en el sentido de que afirma que sólo mediante ley general puede haber discontinuidad de validez en la legislación. O bien, y quizás esto es lo que Hart piensa, los tribunales podrían no someter sus decisiones a las leyes anteriores, pero dejar de aplicarlas diciendo que «son demasiado inicuas para ser aplicadas» en lugar de «son nulas». Pero entonces se produce la contradicción ya señalada: cualesquiera sean las palabras que usen, lo que los tribunales decidan en definitiva será el criterio de validez (en sentido hartiano). Si dicen «estas leyes nazis son demasiado *tiquitacas* para ser *atundadas*», y luego castigan al criminal de guerra que ha alegado en su defensa tales leyes, una descripción *hartiana* de la regla de reconocimiento dirá que en ese sistema las leyes nazis no son válidas. Ésta es una cuestión de hecho, de observación de la conducta, no de palabras.

En segundo lugar, la tesis de Hart implica simplemente que los jueces tienen el deber moral —de sinceridad— de considerar como fuente suprema del derecho la legislación. Si la legislación no anula retroactivamente las leyes nazis, haciendo explícitamente excepción al

principio *nulla poena*, los tribunales no deberían hacerlo en cada caso. Esta solución, aparte de ser contraria a la tesis de que las leyes nazis podrían declararse «demasiado inicuas para ser aplicadas», presenta como algo menos extraordinario lo que es sumamente extraordinario, a saber, el tránsito desde un régimen derrocado a un nuevo régimen impuesto por los vencedores de una guerra o revolución.

Según Hart «puede parecer entonces tentador decir que las leyes que ordenaban o permitían la iniquidad no deberían ser reconocidas como válidas, o como poseyendo la calidad de derecho, aun cuando el sistema en que fueron promulgadas no reconociera ninguna restricción a la competencia legislativa de su legislatura»¹⁴⁹. Esto no es otra cosa que decir que el poder revolucionario no se sujetará a los criterios jurídicos de validez del antiguo régimen, sino que establecerá él mismo sus criterios de validez. Éstos podrán reconocer una gran masa de derecho anterior —v. gr., todo el derecho alemán no inicuo— y no reconocer otros criterios y leyes —v. gr., no aceptar como válida la voluntad expresada del Führer, aunque la anterior regla de reconocimiento lo hiciera. Podría decirse que después de la revolución hay una regla de reconocimiento diferente¹⁵⁰, o parcialmente diferente, y que los tribunales aceptan el principio según el cual la validez de las leyes prerrevolucionarias permanece mientras no se le ponga fin según sus propios términos o los criterios de validez vigentes en cada momento¹⁵¹.

¹⁴⁹ CL, pp. 203-204.

¹⁵⁰ Cf. EJP, pp. 362-363. Hart sigue a Kelsen. Cf. Kelsen, H., *General theory of law and state*, trad. cast., por la que se cita, de E. García Maynez, *Teoría general del derecho y del estado* (México, Imprenta Universitaria, 1949), p. 122; pero véase pp. 232 y 388-389.

¹⁵¹ Cf. EJP, p. 16. Hart se basa en Finnis, J., «Revolutions and continuity of law», en Simpson, A. W. B. (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence (Second Series)*, (Oxford, Clarendon Press, 1973), pp. 61-65. Cf. *Ibid.*, pp. 52-76, para diversos aspectos del tema de este apartado. Hart pensaba, en un primer momento (cf. nota precedente), que la descripción de la nueva regla de reconocimiento tendría que referirse a los criterios o a la legislación antigua *eo nomine* (cf. EJP, p. 363). La solución de Finnis, en cambio, sólo exige aceptar el principio general de continuidad de la validez anterior. Yo hablo de regla de reconocimiento «parcialmente *diferente*» y expongo una formulación que unifica ambas ideas, porque me parece que esta cuestión es secundaria para los efectos del problema que ahora tocamos. Estrictamente hablando, la regla de reconocimiento puede ser «parcialmente diferente» entre hoy y mañana, y esto supone sólo un cambio de práctica judicial aceptado y no necesariamente revolución (cf. CL, pp. 149-150, sobre el éxito en establecer una decisión sobre la regla de reconocimiento donde antes no estaba fijada). Por su parte, la solución de Finnis al problema de la continuidad de la validez entre dos regímenes tras un cambio revolucionario consiste simplemente

En cualquier caso, si Hart rechaza la «tentación» iusnaturalista por razones morales, simplemente está negando la licitud de la guerra o de la revolución o de la rebelión. O, con otras palabras, presenta la situación posrevolucionaria como un caso de sucesión ordinaria conforme a las reglas de sucesión aceptadas en el antiguo régimen. En efecto, si el nuevo poder no pudiese declarar «nulas» las leyes anteriores, no sería revolucionario, sino continuador de las reglas básicas; es decir, a lo más sería reformista hacia el futuro. Eso equivale a decir que las iniquidades cometidas en forma legal están protegidas por el principio *nulla poena sine lege* incluso contra la rebelión, la guerra y la revolución; o bien, como hemos dicho, a sostener que la única forma lícita de revolución es la que se expresa mediante leyes generales. En el primer caso, la revolución no existe; en el segundo, es tan profunda que adquiere forma general de ley.

No es éste el lugar para discutir todos estos temas. Sólo queremos señalar que, conforme a la tesis hartiana de que la regla de reconocimiento está determinada por la práctica de los tribunales, sus restricciones morales sobre cuál debe ser esta práctica equivalen a negar el supuesto mismo del problema que analizamos, a saber, que los tribunales de posguerra son los tribunales que hacen efectivo el derecho de rebelión, revolución o guerra justa contra el poder inicuo. Nadie puede beneficiarse de su propia iniquidad, y por eso no puede alegarse el principio *nulla poena* en favor de quienes han usado sus propias leyes para cometer injusticias —sean los legisladores o quienes han aprovechado esas leyes *sabiendo que eran inicuas*. El gran problema es si podían saberlo. El principio del derecho de rebelión no puede aceptarse sin aceptar que el tirano, sus cómplices y quienes se aprovechan de su iniquidad, pueden y deben saber que están cometiendo

en decir que se acepta el principio de que la validez sólo termina según las condiciones de terminación originales o presentes, según los casos. Pero esto —me parece— no es distinto de transformar el problema en un principio: ¿por qué hay continuidad de validez? Respuesta: no porque continúe la misma regla de reconocimiento, ni tampoco porque haya una nueva, sino porque se acepta el principio de la validez continuada. Éste es un principio que sólo puede entenderse como un postulado práctico del pensamiento acerca del derecho positivo, como explica Finnis, J., *Natural law and natural rights*, cit., pp. 268-269, 291. Luego, no es una explicación filosófica de la continuidad del derecho, sino algo que el jurista asume.

injusticia, y merecen que se les castigue, naturalmente contra sus propias leyes. Luego, el principio del derecho de rebelión es *per se* una «restricción a la competencia legislativa de [la] legislatura»¹⁵²; aunque es una restricción no reconocida por la legislatura que pretende estar promulgando derecho justificado. La rebelión que tiene éxito se manifiesta en el cambio de la regla de reconocimiento, pues precisamente tener éxito no es distinto de sustituir la antigua práctica —cuestión de hecho en que consiste la regla— por una nueva. Luego, los tribunales posrevolucionarios no están interesados en la crítica moral del derecho inicuo, sino en su destrucción y castigo.

4.4. La Sinceridad de la Crítica Moral por los Tribunales

Hart cree que está planteando con mayor sinceridad «la cuestión que enfrentaron los tribunales alemanes de posguerra: “¿hemos de castigar a quienes hicieron cosas malas cuando estaban permitidas por reglas perversas entonces vigentes?”»¹⁵³. De hecho, plantea un problema distinto, a saber, qué deberían hacer los vencedores en general. ¿Dice que debemos plantear con claridad el problema y acto seguido plantea algo que los jueces de posguerra no podían plantearse! Suponiendo que los vencedores simplemente reemplacen a los jueces inicuos (nazis) por jueces justos, sin dictar leyes derogadoras de las leyes inicuas, ni leyes penales retroactivas, ¿qué deberían hacer los tribunales? Cualquiera cosa que hagan que suponga no aplicar esas leyes nazis, y castigar a quienes actuaron según ellas, sea que lo hagan diciendo «esto es demasiado inicuo para ser aplicado» o «esto es nulo por ser inicuo», será anular de hecho la ley nazi para el caso, pues la validez no es algo distinto de su reconocimiento por la práctica judicial efectiva (según Hart). El profesor de Oxford dice que «no debe hacerse parecer un caso de castigo retroactivo como un caso ordinario de castigo por un acto ilegal en el momento»¹⁵⁴. Sin embargo, el juez iusnaturalista no dice que las atrocidades nazis fuesen ilegales en su momento, sino que eran legales según una legalidad que este tribunal no reconocerá por ser contraria al derecho

¹⁵² CL, p. 204.

¹⁵³ *Ibid.*, p.206

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 207. Cf. CD 261.

natural; es decir, el derecho nazi, según las reglas de reconocimiento efectivas en los tribunales de posguerra, es derecho nulo. El principio que opera en este modo de proceder es que el derecho natural —hoy reconocido y ayer desconocido— es derecho siempre (universal), de modo que no se puede amparar en el principio *nulla poena* quien actúa contra ese derecho. Una limitación de este tamaño sobre el principio *nulla poena* implica, por cierto, que los principios de justicia en cuestión —por tanto, también las iniquidades de que se habla— eran conocidos a pesar de que las leyes positivas fuesen contrarias. En el ejemplo visto, que la mujer sabía que era inicuo denunciar a su marido para que lo mataran (o enviaran al frente). Eso es lo que afirma el iusnaturalismo: la ley natural es *per se nota* para todos en sus principios y preceptos más básicos¹⁵⁵; sus aspectos de justicia son derecho, sea o no reconocido, y su incumplimiento no es excusable por ignorancia en quien tiene uso de razón¹⁵⁶. Si esto es falso los juicios de Nuremberg fueron injustos; y lo sería cualquier juicio posrevolucionario y la revolución o rebelión por sí misma. De hecho, la primera doctrina positivista no reconocería ninguna excepción al principio *nulla poena* —ni siquiera una ley sinceramente retroactiva—, pues precisamente se trata de negar una «ley natural»: *nullum crimen, nulla poena, sine lege previa, scripta et stricta*.

Hart afirma que «por lo menos puede decirse en favor de la doctrina positivista de que las reglas moralmente inicuas pueden ser no obstante derecho, que esto no disfraza la elección entre males que puede tener que hacerse en circunstancias extremas»¹⁵⁷. Hemos comentado ya lo relativo a la «elección entre males». Hart se equivoca al creer que el hecho de que la legalidad anterior sea declarada nula hoy, por el juez de posguerra, disfraza la excepción al principio *nulla poena*. El juez explícitamente afirma que la ley nazi es ahora —según las reglas presentes de reconocimiento— una ley nula, y con ello castiga lo

¹⁵⁵ Esto es compatible con una gran ignorancia moral, pero no con una ignorancia inculpable de cosas tan básicas como que el homicidio es injusto y merece un castigo. Cf. Finnis, J., *Natural law and natural rights*, cit., pp. 29-33.

¹⁵⁶ Los casos de demencia, etc., son distintos. Por eso, no puede afirmarse a la vez que Hitler y sus colaboradores fueron perversos —inexcusables y merecedores de castigo— y que fueron «locos» o «desquiciados» o «irracionales» —eso los excusaría.

¹⁵⁷ CL, p. 207. Cf. CD 261.

que sí era legal según los nazis. La afirmación explícita de los jueces posrevolucionarios es que castigarán lo que era legal antes. No hay engaño de ningún tipo. Incluso sucede, en guerras internacionales y civiles, en revoluciones y rebeliones, que la parte que toma las armas lo hace afirmando explícitamente que no reconoce ni reconocerá —en caso de vencer— determinadas leyes del poder constituido —a veces no sólo leyes inicuas, sino también, v. gr., su papel moneda, que sirve de apoyo económico. Precisamente ésa es la justificación de tomar las armas: dichas leyes no merecen ser reconocidas ¹⁵⁸. Hart propone a los jueces reconocer el derecho inicuo como válido, y luego decir que no lo aplican porque es demasiado inicuo. Esta tesis sí que oculta la realidad, pues lo válido es lo aplicado por los jueces; luego, el juez que deja de aplicar una ley sin decir que es nula simplemente no dice qué es lo que está haciendo.

De manera parecida, Hart está confundido cuando dice que si «formulamos nuestra protesta contra el derecho perverso» ¹⁵⁹ siguiendo a Radbruch y a los tribunales alemanes, «oscurecemos una de las formas de crítica moral más poderosas, porque es la más simple» ¹⁶⁰. Los tribunales no están «criticando moralmente» ni «protestando» contra el derecho inicuo. Están diciendo simplemente cuál es su respuesta a cada caso, cuál es el derecho que reconocen y el que no reconocen, cuál es, en definitiva, la regla que siguen públicamente en su reconocimiento de fuentes para decidir. La forma más simple de decirlo es usando el concepto de validez; y decir que determinadas reglas son válidas, pero no reconocerlas en definitiva, sería una forma muy confusa (contradictoria) de explicar o justificar sus decisiones. Lo que se acaba de decir es una consecuencia del concepto positivista de validez, que se refiere a lo que los jueces reconocen de hecho. Precisamente porque «la sinceridad no es sólo una entre muchas virtudes menores de la administración del derecho, del mismo modo que no es meramente una

¹⁵⁸ A la inversa, prometer el reconocimiento de la legalidad injusta del antiguo régimen puede ser la justificación de un cambio de gobierno pacífico; por eso, los países antiguamente comunistas y Sudáfrica no pueden aplicar retroactivamente las leyes penales, salvo cuando han obtenido su libertad expulsando al antiguo régimen.

¹⁵⁹ PLM en EJP, p. 77.

¹⁶⁰ *Ibidem*.

virtud menor de la moral»¹⁶¹, el juez sincero debe llamar válidas a las leyes que reconoce según su práctica judicial efectiva, e inválidas a las otras, cualquiera sea su validez desde el punto de vista de otros sistemas¹⁶². A esto añadamos solamente que los jueces deben ser, además de sinceros, justos, y reconocer como válidas las leyes justas.

No repetiremos las críticas a la claridad de la propuesta utilitarista; pero decir que la alternativa hartiana es «una condena moral que todos pueden comprender»¹⁶³, y una «apelación inmediata y obvia a la atención moral»¹⁶⁴, supone que todos somos utilitaristas, e insinceros los que no lo sean. Se trata de un imperialismo intelectual superficial y dogmático. La tesis iusnaturalista no consiste en formular una «objeción como una afirmación de que estas cosas perversas no son derecho»¹⁶⁵; no es una crítica libre unida a puntual obediencia. La tesis es «la ley injusta no es ley», y es algo que efectivamente «provoca una multitud de cuestiones filosóficas antes de que pueda ser aceptada»¹⁶⁶; «una afirmación que mucha gente no cree»¹⁶⁷ —Hart entre ellos—; pero eso se aplica a todas las posiciones en un debate filosófico, y no sólo a las que uno no comprende. Por lo demás, en los casos prácticos que comentamos, de la posguerra alemana, la afirmación iusnaturalista fue comprendida por los tribunales, creída, y aplicada. La lección «que los utilitaristas tenían más interés en enseñar: cuando tenemos los recursos amplios del lenguaje claro no debemos presentar la crítica moral de las instituciones como proposiciones de una filosofía discutible»¹⁶⁸, no resuelve la controversia. La claridad y la oscuridad del lenguaje dependen de nuestra familiaridad con los términos convencionales. A Bentham le parecía sumamente oscuro el de los abogados y el pueblo de su época. A nuestro modo de ver, Hart ha formulado

¹⁶¹ *Ibidem*.

¹⁶² La distinción es en términos de distintos momentos de un mismo sistema cuya regla de reconocimiento ha cambiado, o en términos de sistemas separados. Cf. Bayles, M. D., *Hart's legal philosophy, an examination, cit.*, pp. 131-132.

¹⁶³ PLM en EJP, pp. 77-78.

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 78.

¹⁶⁵ *Ibidem*.

¹⁶⁶ *Ibidem*.

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 77.

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 78.

sus conclusiones en el lenguaje de una filosofía tan discutible como cualquiera, que sostiene que puede cometerse una injusticia por el bien «mayor»; que los tribunales pueden decir que es válido lo que no lo es según su práctica determinante de los criterios de validez positiva; y que la sinceridad está en plantear problemas distintos de los que realmente se plantearon los tribunales de posguerra.

4.5. Una Breve Anotación sobre Sabiduría e Histeria

Hart *afirma* que la doctrina de Radbruch se aplicó «en muchos casos que han sido aclamados como un triunfo de las doctrinas del derecho natural y como signos del derrocamiento del positivismo. La satisfacción incondicional con este resultado me parece histeria»¹⁶⁹. Tiene en parte razón, y en parte se equivoca. Por un lado, creer que el positivismo jurídico había sido derrocado era un exceso de euforia —podemos llamarle «histeria»—, pues defenderlo era una necesidad moral para quienes estaban en esa tradición jurídica y política. Aceptar el derecho natural tiene demasiadas consecuencias. Hart ha sido uno de los que han recuperado el positivismo jurídico, como tradición con halo de prestigio moral y científico, a pesar de todas las confusiones. Sin embargo, Hart se equivoca en dos cosas. En primer lugar, la aceptación de la doctrina Radbruch sí fue un efectivo derrocamiento práctico del positivismo jurídico, por lo menos para hacer un poco de justicia en los casos de crímenes de guerra. Ciertamente, si el «derecho suprallegal» sólo fue usado para castigar algunos crímenes y no otros, y si, cumplida su función política, ha sido abandonado por quienes sólo quieren el resultado y no sus únicos fundamentos posibles, entonces se cumplen las palabras de Ross sobre la prostitución de las apelaciones a la ley natural. No obstante, hay quienes aceptan la ley natural en todos sus contextos, no sólo como arma política. El abuso no quita el uso. La segunda razón por la que Hart se equivoca es que las reacciones que buscaron apoyo en la doctrina de la ley natural no eran tan histéricas como parece. Bien pueden ser reacciones ponderadas ante la experiencia de los millones de seres humanos asesinados, torturados, incinerados, por ser judíos o gitanos o disidentes políticos.

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 76.

Hart dice que «por lo menos debe ponerse en duda la sabiduría»¹⁷⁰ de resolver el problema del castigo a crímenes amparados por leyes nazis «declarando que una ley establecida desde 1934 no tenía fuerza de ley»¹⁷¹. En este caso, Hart atribuye mucha importancia al hecho de que una ley sea declarada válida o inválida. Antes hemos visto, en cambio, que reprochaba al iusnaturalismo exactamente el hecho de atribuir tanta importancia a la cuestión. Quizás, después de todo, es importante. Lo sea o no, este tipo de opiniones muestra que Hart está interesado en la defensa retórica de las fórmulas positivistas —cualquiera sea su significado—, a lo cual acomoda distintos argumentos.

5. LA COMPLEJIDAD DE LOS PROBLEMAS MORALES

Finalmente, Hart sostiene que la tesis iusnaturalista es menos deseable desde el punto de vista práctico porque confunde problemas morales diversos.

[Q]uizás una razón más fuerte para preferir el concepto amplio de derecho, que nos permitirá pensar y decir «esto es derecho pero inicuo», es que negar reconocimiento jurídico a las reglas inicuas puede simplificar en exceso y toscamente la variedad de cuestiones morales a que dan lugar¹⁷².

Concretamente, Hart menciona tres cuestiones ya comentadas —el peligro de anarquía, la cuestión moral de la obediencia, la cuestión enfrentada por los tribunales de posguerra— y un problema todavía no mencionado: «Pero, además de la cuestión moral de la obediencia (¿he de hacer esta cosa mala?), está la pregunta de Sócrates sobre la sumisión: ¿He de someterme al castigo por la desobediencia o escapar?»¹⁷³.

Estas preguntas plantean problemas muy diferentes de moral y de justicia, que debemos considerar en forma independiente los unos de los otros: no pueden ser resueltos mediante una negativa, hecha de una vez por todas, a reconocer las leyes malas como válidas para todo propósito. Ésta es una manera demasiado tosca de enfrentas problemas morales delicados y complejos¹⁷⁴.

¹⁷⁰ *Ibidem*.

¹⁷¹ *Ibidem*.

¹⁷² CL, p. 206. Cf. CD 260.

¹⁷³ CL, p. 206.

¹⁷⁴ *Ibid.*, pp. 206-207. Cf. CD 260-261.

La verdad es que las teorías iusnaturalistas abordan por separado la multitud de diversos problemas morales relacionados con las leyes injustas, pues no consideran que una ley injusta es simplemente inexistente para todos los efectos. Hemos tenido ya la oportunidad de comentar todos estos equívocos. De todos modos, la insinuación de Hart es que la teoría iusnaturalista da una misma respuesta a todos los casos: la nulidad de la ley *en todo sentido*. Nosotros hemos visto que, por una parte, la respuesta positivista es la que simplifica los problemas declarando las leyes inicuas como válidas en todos los casos; más aún, planteando la cuestión como una elección de un sentido unívoco de derecho y de validez. Hart, por otra parte, al proponer una ley penal retroactiva —en uno de los casos—, pretendía resolver de una vez lo que el principio de adjudicación iusnaturalista permitiría resolver atendiendo a cada caso por los tribunales.

Existe otro tipo de contradicción en este planteamiento, una contradicción pragmática. Hart pretende que la orientación positivista de la teoría jurídica daría mayor claridad sobre estos problemas. Sin embargo, lo único que podemos concluir del ideal positivista de teoría jurídica es que ni los jueces ni los teóricos del derecho necesitan —podrían, en cuanto críticos— plantearse estos problemas. Tendrían claridad analítica si les interesaran estos problemas; pero científicamente no necesitan interesarse por ellos. De hecho, las tres líneas citadas son las únicas que Hart dedica, en toda su obra, a la pregunta moral compleja y delicada de Sócrates. En cambio, un autor iusnaturalista, que cultiva la ciencia de lo justo y de lo injusto, se plantea éste y otros problemas, sin confundirlos de ninguna manera, a fin de alcanzar no sólo una claridad posible, sino también la verdad real ¹⁷⁵.

Una última consideración sobre la transparencia de la ciencia jurídica. Todas nuestras reflexiones precedentes se basan en la *hipótesis*

¹⁷⁵ Cf., por ejemplo, el tratamiento de Rivas Palá, P., *Justicia, comunidad, obediencia. El pensamiento de Sócrates* (Pamplona, tesis doctoral, Universidad de Navarra, 1995), especialmente p. 286 y ss. (sobre el problema de la obediencia a la ley y la legitimidad del poder) y pp. 295-303 (una comparación con el planteamiento moderno de Hobbes, Locke y Rousseau). Este trabajo es una comprobación empírica de que el enfoque iusnaturalista discierne los problemas diversos y los sitúa en sus contextos históricos y filosóficos.

de que una ciencia jurídica neutral es posible ¹⁷⁶; pero la teoría jurídica general no puede serlo, y el mismo Hart reconoce la función directiva de las valoraciones. Si esto es así, entonces toda teoría general que se presenta como «neutral» está ocultando sus directrices, lo cual no impide que muchas de sus observaciones particulares sean genuinas descripciones no valorativas. La cuestión de fondo es que, si hay orientaciones prácticas, más vale reconocer el hecho abiertamente, como hace la teoría clásica del derecho natural.

© Índice General

© Índice ARS 25

¹⁷⁶ Hablo de «hipótesis» porque, en rigor, lo que hace un jurista dedicado al cultivo de una rama concreta del derecho depende, en buena medida, de una filosofía jurídica supuesta. Sin embargo, es verdad que cabe hablar del derecho positivo describiendo sus normas con cierto grado de prescindencia valorativa —sin indicar si se las acepta o rechaza—, como explica Finnis, J., *Natural law and natural rights*, *cit.*, pp. 234-237.