

## **LA RELACION ENTRE MORALY DERECHO EN EL PALEOPOSITIVISMO Y EL POSITIVISMO JURIDICO. APORTES PARA UNA CRONICA**

**THE RELATION BETWEEN MORALITY AND LAW IN “PALEOPOSITIVISM”  
AND IUS POSITIVISM. CONTRIBUTIONS TO A CHRONICLE**

*Jorge Guillermo Portela\**

---

**Resumen:** En este trabajo se realiza una crónica histórica de las relaciones entre moral y derecho, tal como las concibiera el positivismo jurídico, desde los desarrollos de Austin hasta los planteos de Hart, efectuados en su mayor parte a partir de la década del 60, durante el siglo XX. Resulta interesante advertir que, de una posición en la que se negaba toda posibilidad de una metafísica, en la que se postulaba una neutralidad valorativa, como ocurría con las tesis de Austin y de Kelsen, se ha ido desarrollando progresivamente la idea de que una unión entre moral y derecho no sólo es posible, sino que incluso resulta necesaria. Esto resulta particularmente destacable en Hart, autor que ha tenido una concluyente evolución en este sentido. El autor concluye que la admisión, por parte del último Hart, de un positivismo “suave” que incluya cierta idea moral, ha sido una bocanada de aire fresco para la teoría general del derecho que ha contribuido a la adecuada protección

---

\* Profesor Internacional de la Universidad Autónoma del Caribe. En dicho ámbito, desarrolla buena parte de su tarea académica. Este artículo se ha escrito en el marco de un proyecto de investigación que el autor efectúa en esa universidad. Asimismo es Profesor Titular Ordinario de la Pontificia Universidad Católica Argentina “Santa María de los Buenos Aires” y autor de diversos artículos y de libros como “La justicia y el derecho natural” (2006), “La justificación iusnaturalista de la desobediencia civil y de la objeción de conciencia” (2005), “Una introducción a los valores jurídicos” (2008).  
jgportela@hotmail.com

de los derechos humanos. Ello ha permitido un avance cierto en el desarrollo de las ideas jurídicas contemporáneas.

**Palabras clave:** Derecho, Moral, formalismo, positivismo jurídico, justicia

---

**Abstract:** *In this paper, a historical chronicle of relations between morality and law's done, as they have been conceived by legal positivists, since Austin's developments until Hart's propositions; most of them have been put forth since 1960, in the middle of XX Century. It is interesting note that, from a position that deny any possibility of a metaphysics, in which a value-neutrality was postulated, as it happened with Austin's and Kelsen's thesis, then was developed the idea that a link between morality and law is not only possible, but even necessary. The author has come to the conclusion that last Hart's admission of a "soft" positivismo including a certain moral idea has made possible to obtain a stream of fresh air for the general theory of law and one contribution for the protection of the human rights. This has let a true advance in contemporary juridical ideas development.*

**Key words:** *Law, Morality, formalism, legal positivism, justice*

---

**Sumario.** *I. Austin y la neutralidad valorativa. II. Kelsen y su postura acerca de la relación moral-derecho. III. Alf Ross y su postura acerca de la relación moral-derecho. IV. Hart y su postura acerca de la relación moral-derecho. V. Hart y su polémica con Lord Patrick Devlin. Acciones privadas y sanción penal. VI. El último Hart. El soft positivism. El positivismo jurídico incluyente. VII. Conclusiones. Referencias.*

¿En qué sentido hoy, en pleno siglo XXI, merece la pena trazar algunos aspectos de la historia referida a la insistencia que ha tenido el paleopositivismo y el positivismo jurídico en separar casi obsesivamente la moral y el derecho?

Sin duda esa historia, que no ha sido escrita totalmente, vale la pena ser conocida por todos aquellos que tenemos algo que ver con lo jurídico: estudiantes, profesores, abogados, magistrados, legisladores. Después de todo, como sostenía Pascal, montados sobre los hombros de los antiguos podemos ver más allá. Pero sobre todo, la crónica resulta importante para no volver a incurrir en el error en el que cayó una y otra vez el positivismo, pretendiendo hacer de nosotros meros descriptores de normas jurídicas, sin capacidad alguna para emitir juicios sobre lo justo o lo injusto. Porque eso ya suponía hacer metafísica, y hacer metafísica era ingresar en los vericuetos de la poesía o de la música, pero no en los duros cánones del conocimiento científico.

Porque el derecho era concebido, básicamente, como una ciencia tan dura como las matemáticas o la geometría. Pero si hacemos esto, desligamos de todo fundamento moral a algo tan básico y necesario como los derechos fundamentales. Pero no nos adelantemos.

Los jalones de esta crónica, comprenden sintéticamente a cuatro de las principales cabezas del paleopositivismo y del positivismo jurídico: John Austin, Hans Kelsen, Alf Ross y H.L. Hart, respectivamente.

## **I. AUSTIN Y LA NEUTRALIDAD VALORATIVA**

Probablemente John Austin haya sido el máximo representante del positivismo jurídico en el sentido más fuerte del término durante el siglo XIX. Consecuente con su idea de que el Derecho debe ser considerado como un hecho, y por lo tanto exento de todo juicio de valor, ya desde el comienzo mismo de su obra más difundida, se encarga de delimitar los campos que le corresponden a la moral y al Derecho, respectivamente.

Así, las *reglas morales positivas* (leyes en sentido impropio, según su terminología) pueden denominarse como reglas impuestas o dictadas por la opinión, ya que son simplemente

opiniones mantenidas o sentimientos percibidos por los hombres en relación con su conducta. En este caso, existe tan sólo una débil analogía con la ley positiva, la que posee un carácter de imperatividad que no encontramos en las reglas morales (cfr. Austin, 2002, pág. 26).

Pero esta concepción es el fruto de la idea que tiene Austin acerca del Derecho, tratado simplemente como algo puramente impuesto *por los superiores políticos a sus súbditos*. Así vistas las cosas, esta imposición se establece por medio de *mandatos*: «un mandato se distingue de otras manifestaciones de deseo no por la forma en la cual se manifiesta el deseo, sino por el poder y la intención de quien emite el mandato de infligir un mal o un daño en el caso de que el deseo no sea satisfecho» (cfr. Austin, 2002, pág. 36 *et passim*).

En otras palabras: el elemento diferenciador del Derecho respecto de la moral, está dado por la noción de imperatividad, anexa a la de obligación. Así, todo mandato obliga a una acción o una omisión a quien se dirige.

La moral también posee la noción de obligación, pero en su caso ella es *imperfecta*. Hay en este ámbito un deber no jurídico, impuesto o por los mandatos de Dios o por la moral positiva, distintos de los deberes impuestos por el derecho positivo (cfr. Austin, 2002, pág. 35). En efecto, una obligación imperfecta es exactamente equivalente a la ausencia de una obligación. Aquí Austin parece encontrar una diferenciación que tiene que ver con el origen de la norma jurídica o ley positiva. En realidad, el término imperfecto denota que no es una ley establecida por un superior político y por lo tanto carece de esas sanciones *perfectas*, más fuertes y seguras, impuestas por el Estado o el soberano (cfr. Austin, 2002, pág. 49).

Para Austin, la moral se reduce a la *moral positiva* y ésta podría querer significar el criterio de utilidad que prima en la sociedad para la adopción de determinadas reglas, desechando otras. Pero sin duda, la jurisprudencia es una ciencia de *hechos*, no

de *valores*. Para nuestro autor (fórmula que empleará luego Kelsen), la bondad o maldad de las leyes humanas es una expresión de alcance relativo y variable. Una ley que es buena para una persona es mala para otra en la medida en que se comparan tácitamente con diferentes y opuestos criterios (cfr. Austin, 2002, pág. 49).

Como se ve, surge aquí cierto relativismo moral que en cierta forma se contradice cuando Austin refiere, posteriormente, que hay una frecuente coincidencia entre el Derecho y la moralidad positiva y entre el derecho positivo y la ley de Dios, pero esta circunstancia no puede llamarnos a engaño, toda vez que la norma de derecho positivo ha sido creada por el soberano, sin cuya voluntad esa coincidencia ya vista sería imposible.

Aquí fluye, a la par del relativismo ya apuntado, una tendencia al utilitarismo, filosofía de moda en la Inglaterra de entonces. Austin sostiene, al respecto, que el bien o el mal no son sino el placer o el dolor. Por lo tanto, el *bien o el mal moral* no son sino la conformidad o disconformidad entre nuestras acciones voluntarias y alguna ley, conformidad o disconformidad que nos acarrea el bien o el mal por la voluntad y potestad de un legislador, «y ese bien o ese mal, que no es sino el placer o el dolor que por el decreto del legislador, acompaña a la observancia o a la violación de la ley, es ello que llamamos recompensa o castigo» (cfr. Austin, 2002, pág. 172).

De tal forma, Austin realiza una separación tajante entre el ser y el deber ser, La existencia de la ley es una cosa, su mérito o demérito, otra. Si existe o no, es una cuestión; si se acomoda o no a un presunto modelo, es una cuestión diferente. Una ley que realmente exista es una ley, aunque nos disguste, o aunque sea disconforme respecto del criterio con el que gobernamos nuestra aprobación o desaprobación (cfr. Austin, 2002, pág. 188).

Esto constituye una forma de planteamiento de la denominada falacia naturalista, tan difundida entre los autores ingleses a partir de Hume. Pero también es una señal de la

neutralidad valorativa que propugna cada vez que se ha de analizar al Derecho. Ahora, estudiar cómo *debe ser* el Derecho, es más bien una tarea propia de filósofos, pero no de juristas. Pero la descripción del derecho positivo es como la médula misma de la ciencia del Derecho aunque en este terreno, propiedad de los juristas, estos han de ocuparse acerca de cómo *es* el Derecho<sup>1</sup>.

Como se ha sostenido atinadamente, el punto de vista de Austin, que separa tan tajantemente la tarea propia de filósofos y juristas, una separación existente entre la descripción y la prescripción, tiene sus límites ya que si con el modelo tratamos de estudiar cómo debe decidir un participante, caeremos en la cuenta que el aparato conceptual no está diseñado para ello.

Por último, como una prueba más de esta diferenciación que propugna entre moral y Derecho, Austin efectúa un análisis respecto de la afirmación de Hobbes, de que «ninguna ley puede ser injusta». Este análisis posee un gran valor para nuestro objeto de estudio.

En efecto, Austin critica a quienes han calificado a la afirmación hobbesiana como inmoral y peligrosa. Así, piensa que, bien mirado el asunto, dicha afirmación no es ni paradójica ni peligrosa, sino simplemente «una obviedad formulada en términos imprudentes» ya que ciertamente, su significado es éste: «ninguna ley positiva puede ser jurídicamente injusta». Y esto constituye para el autor, una verdad indiscutible, toda vez que el derecho positivo constituye el canon o test de toda justicia o injusticia jurídica y, por tanto, si el derecho positivo pudiera ser

---

<sup>1</sup> Explica Massini, citando a Garzón Valdés, que la falacia naturalista, como lo propugna el positivismo jurídico, consiste en sostener que cuando se trata de argumentos que invocan la “naturaleza de las cosas” como fuente de derecho, lo más común es que se pretenda inferir directamente desde el ser, una conclusión de deber ser. En síntesis, el error consistiría en argumentar a partir de premisas que solo contienen palabras descriptivas y (alguna) inflexión del verbo “ser” como cópula, para arribar a una conclusión que tiene como cópula, para arribar a una conclusión que tiene como cópula (alguna inflexión del verbo) “deber”. Cfr. Massini Correas, 1995, pág. 59.

jurídicamente injusto, podría ser injusto en cuanto medido o confrontado consigo mismo (cfr. Austin, 2002, pág. 255).

En consecuencia, el último cartabón para analizar la justicia o injusticia del derecho positivo es... el derecho positivo mismo. Pero, siendo así... todo el derecho positivo es justo. En realidad, para la postura austiniana, preguntarse por la justicia de una norma jurídica es manifiestamente improcedente: con ello tira a la basura por inútil toda cuestión o análisis referido a este tema. Ello significa, en términos prácticos, renunciar a una mirada hacia el Derecho desde la ética. Aflora aquí, desde luego, su relativismo moral: «(...) justo o injusto, justicia o injusticia, son términos de significado múltiple y relativo». Nos encontramos muy cerca de los análisis efectuados por Kelsen más de un siglo después, relacionados con la justicia, como veremos seguidamente<sup>2</sup>.

## **II. KELSEN Y SU POSTURA ACERCA DE LA RELACIÓN MORAL-DERECHO**

Ya quedó aclarado que para Kelsen, al igual que Austin, el jurista debe caracterizarse por una neutralidad valorativa. El Derecho, así, es considerado como un hecho cuyo único punto de referencia ha de ser la norma jurídica caracterizada por su carácter coactivo.

En la *Teoría Pura del Derecho*<sup>3</sup>, quizás la obra más difundida y popular de Kelsen, cuyo mismo título ya anticipa de algún modo el contenido de toda la obra, el jurista, en efecto, ha de tratar al Derecho con la misma científica objetividad con que el biólogo describe a una célula, o el matemático resuelve un

---

<sup>2</sup> En efecto, para Austin, el hecho de que la ley, de acuerdo con algún principio superior, no sea lo que debería ser no es motivo suficiente para decir que no es una ley. Sobre el tema, cfr. Ridall, 1999, pág. 45.

<sup>3</sup> Utilizamos la edición de la UNAM, 1979, traducida directamente del alemán por Roberto J. Vernengo.

logaritmo. Precisamente, lo que “contamina” a esta pura descripción científica son los elementos espurios que según el jurista checo, siempre acompañan malamente a lo jurídico: la política, la religión, la sociología y —desde luego—, la moral. Tenemos aquí entonces, desde el mismo título de esa obra, toda una declaración de principios: el Derecho no tiene nada que ver con la moral: debe ser estudiado en forma totalmente separada de ella.

La separación entre Derecho y moral se va a convertir, entonces, en uno de los tópicos más obsesivos de la obra de Kelsen:

«La pureza metódica de la ciencia jurídica es puesta en peligro, no sólo en cuanto no se respetan las vallas que la separan de la ciencia natural, sino —en mayor medida— en cuanto no es distinguida suficientemente de la ética; cuando no se distingue claramente entre derecho y moral» (Kelsen, 1979, pág. 72).

Notamos aquí, por otra parte, la innegable influencia que ha ejercido Kant sobre Kelsen puesto que, tal como referíamos al comienzo de estas páginas, quizás haya sido el filósofo de Königsberg el que más resaltara esa división tajante que ha de existir entre moral y Derecho, a partir del criterio autonomía-heteronomía. Con la moral, soy un legislador de mí mismo. El Derecho, por el contrario, me es impuesto desde fuera. Sin embargo, Kelsen se aparta en un punto de la concepción kantiana según la cual la moral regularía el comportamiento interno, mientras que el derecho siempre prescribe una conducta externa, ya que las normas de ambos órdenes determinan ambos tipos de conducta. Aquí, con buena doctrina, el jurista checo asegura que, por ejemplo, la virtud moral de la valentía no consiste solamente en el estado anímico de impavidez, sino también en el comportamiento externo condicionado por ese estado anímico. Del mismo modo, si un orden jurídico prohíbe el homicidio, no sólo prohíbe la producción de la muerte de un hombre mediante



el comportamiento externo del otro, sino también una conducta interna, a saber, la intención de producir ese resultado.

Sin embargo, jamás puede afirmarse que el derecho posea algún contenido moral pues ello presupone que sólo hay una moral únicamente válida, es decir, una moral absoluta. Así, se parte de una definición de derecho que determina a éste como una parte de la moral, que identifica al derecho con la justicia (Kelsen, 1979, pág. 76).

La idea de una moral absoluta, a juicio de Kelsen, debe ser rechazada ya que el derecho es una ciencia y como tal, debe dejar de lado la aceptación de valores absolutos. Pero además de ello, frente a la extraordinaria diferenciación en lo que, de hecho, los hombres en distintas épocas y en distintos lugares han considerado bueno y malo, justo e injusto, no cabe establecer ningún elemento común a los contenidos de los diferentes órdenes morales.

En síntesis, la exigencia de distinguir el derecho de la moral, el derecho de la justicia, significa que la validez de un orden jurídico positivo es independiente de la validez de esa única moral absoluta exclusivamente válida, de esa moral de las morales, de la moral por excelencia (cfr. Kelsen, 1979, pág. 79). Lo que ha de primar aquí es el conocimiento científico del derecho positivo y, por esa misma razón, su legitimación a través de un orden moral diferente del orden jurídico es irrelevante, dado que la ciencia jurídica no tiene que aprobar o desaprobar su objeto, sino conocerlo y describirlo. Aun cuando las normas de derecho, como prescripciones de deber, constituyen deberes, la función de la ciencia jurídica de ninguna manera radica en valoraciones y evaluaciones, sino en una descripción axiológicamente neutra de su objeto.

Kelsen había ya preanunciado estas ideas en otra importante obra: *Teoría General del Derecho y del Estado* (1958). Así, nuestro autor advierte que el derecho es un orden de la conducta humana, pero un “orden” es un conjunto de normas (1958, pág. 4). Ello resulta coherente con la pretensión científicista y la postura

antimetafísica, puesto que la norma jurídica es el *datum* ofrecido al jurista a fin de que éste pueda analizar claramente el Derecho. Sin embargo, es imposible responder científicamente la cuestión de si un determinado derecho es justo o no, o el problema acerca de cuál sea el elemento esencial de la justicia (Kelsen, 1958, pág. 6).

«Como la humanidad está dividida en muchas naciones, clases, religiones, profesiones, etc., ha metido en desacuerdo recíproco, hay una gran multiplicidad de ideas sobre lo justo; tantas que resulta imposible hablar simplemente de “justicia”» (Kelsen, 1958, pág. 9).

Kelsen lo advierte en términos claramente relativistas, con una afirmación que sostendrá hasta el final de su producción intelectual, como veremos más adelante.

En todo caso, lo que caracteriza al jurista es su neutralidad valorativa: el jurista científico no se identifica con ningún valor jurídico, ni siquiera con el por él descrito: no corresponde a la ciencia jurídica legitimar al derecho; no tiene por qué justificar en forma alguna —sea mediante una moral absoluta, o sólo a través de una moral relativa— el orden normativo que sólo debe conocer y describir (Kelsen, 1979, pág. 82).

Pero hay algo más esencial aun y es que esa separación se produce porque se tiene la concepción que no hay cosas malas en sí mismas, sino que las cosas son malas porque están prohibidas —tal como ya lo adelantáramos—, lo cual no deja de ser una variante del criterio de autonomía, sólo que con un criterio reveladoramente escéptico.

En efecto, esta postura no es más que una consecuencia de negar todo tipo de entidad al término “bueno” e incluso, consecuentemente, al término “malo”. Así, actos objetivamente malos (el homicidio simple, pongamos por caso) sólo se transformarían en “malos” porque el legislador positivo los ha sancionado penalmente; de lo contrario serían jurídicamente

“neutros”. Por ende, si matar a una persona no fuera objeto de persecución penal, tal conducta sería indiferente.

Sin embargo, tal como puede verse objetivamente, ninguna sociedad resistiría en la convivencia si se tolerara el asesinato o el robo ya que la seguridad personal y la propiedad privada se vendrían abajo. Esto implica, en condiciones prácticas, la ruina de cualquier tipo de escepticismo o relativismo ético. Existen entonces —desde ya lo adelantamos— para utilizar la terminología de Finnis o de sus seguidores, una serie de actos inderivados, evidentes por la sola razón, sin necesidad por ello de mencionar a ninguna naturaleza humana. Pero nos estamos adelantando demasiado.

El punto de vista de Kelsen, rígido y formal, característico del paleopositivismo, tuvo una indudable influencia en la teoría general del derecho hasta bien entrado el siglo XX. La influencia kantiana en el aspecto de la separación entre Derecho y moral, resulta innegable ya que, tal como hemos visto anteriormente, si la coacción está indisolublemente unida a la norma jurídica (a tal punto que si se careciera de ella no estaríamos en presencia de una verdadera norma jurídica), nos encontraríamos aquí con un criterio eficaz para separar nuevamente el Derecho de la moral.

Dejemos de lado la impropiedad de utilizar indistintamente los conceptos de “sanción” y de “coacción” como si fueran términos análogos, cuando en realidad no lo son. En todo caso la moral, al poseer sólo la fuerza que le da la voluntad, posee un rango completamente distinto al del Derecho, al que si se lo describe como pura “sanción”, queda reducido a ser simplemente una fuerza policíaca y meramente ejecutiva.

En efecto, para Kelsen, las sanciones propias de la moral se reducen a la aprobación de la conducta conforme a la norma, y a la desaprobación de la conducta contraria a la norma, sin que en modo alguno entre en juego el empleo de la fuerza física. La diferencia entonces, no se reconoce respecto de *qué* sea lo que ambos órdenes sociales ordenan o prohíben, sino únicamente en

cómo ellos obligan o prohíben una determinada conducta humana (Kelsen, 1979, pág. 75). Esta aclaración de Kelsen parece correcta, ya que en la moral no existe fuerza física alguna que obligue al cumplimiento o a la realización de determinadas conductas. De todas maneras, al ser propio de un criterio científico el rechazar la aceptación de valores absolutos, la moral queda reducida a un mero valor relativo.

Sin embargo, esta última afirmación kelseniana termina negando la existencia misma de un derecho natural, ya que ello implicaría considerar que el fundamento del Derecho es impuesto por una autoridad naturalmente suprema, puesta por encima del legislador humano. Prima aquí, nuevamente, el criterio de científica neutralidad tan típico del autor que nos ocupa. Pues, más allá que el derecho natural sería pura moral, no hay ninguna norma inmediatamente evidente relativa a la conducta humana. Sencillamente entonces, no existe algo que pueda ser llamado “naturaleza humana” o “naturaleza del hombre”.

Para Kelsen, desde el punto de vista puramente científico la naturaleza es un sistema de elementos determinados por leyes causales y por ello, “carece de voluntad”, por lo que mal podría instaurar normas. Sólo nos cabe, entonces, suponer que en la naturaleza se da la voluntad de Dios. Pero que Dios, en la naturaleza como manifestación de su voluntad —o de alguna otra manera— ordene a los hombres comportarse de determinada manera, es un supuesto metafísico que no puede ser admitido por la ciencia en general y, en especial, por una ciencia jurídica, dado que el conocimiento científico no puede tener por objeto un acontecimiento afirmado más allá de toda experiencia posible (cfr. Kelsen, 1979, pág. 232)<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Como una curiosidad, Kelsen aquí se refiere a Dios con minúscula. Utilizamos, como ya quedó citado, la edición de la Universidad Nacional Autónoma de México publicada en 1979, con traducción de Roberto J. Vernengo.

La negación del derecho natural y la eliminación de toda consideración acerca de la justicia (con el mismo argumento ya estudiado, es decir, la imposibilidad de una metafísica y la relatividad de los valores), termina siendo el punto culminante de la postura de Kelsen respecto de la separación tajante entre Derecho y moral. Ha sido Willey quien ha denunciado hacia donde nos conduce semejante pretensión de pureza: hacer del hombre de derecho un cerebro sin alma que se limita a aplicar mecánicamente el texto normativo sin valoración alguna. Un producto completamente incontaminado, en donde prevalece el rigor formal por sobre toda consideración acerca de la justicia. Una justicia que en todo caso, para Kelsen, no es de este mundo, pues nadie podría estar de acuerdo acerca de qué es, precisamente lo justo. Lo que yo considero como justo, mi contrincante lo vive como injusto, y es imposible la conciliación de intereses tan opuestos. El Kelsen de *¿Qué es la Justicia?* ha insistido una y otra vez en este punto, demostrando de ese modo que jamás pudo desembarazarse de su claro escepticismo ético.

### **III. ALF ROSS Y SU POSTURA ACERCA DE LA RELACIÓN MORAL-DERECHO**

Como hemos tenido ocasión de analizar en otro estudio (*vid.* Portela, 2010), Ross es uno de los más importantes representantes de lo que podríamos denominar el “emotivismo ético-jurídico”. Sin embargo, su postura acerca del problema de la moral y el Derecho, el de sus relaciones y diferencias, no siempre ha sido claramente comprendida. En un punto, podríamos decir que este autor marca una evolución respecto del punto de vista de Kelsen, pero un estudio más a fondo nos pone de relieve cierta precariedad en su forma de entender lo que es realmente el fenómeno moral, y la trascendencia que el mismo posee en la vida cotidiana del hombre común.

Así, Ross nos advierte que el problema de la relación entre el derecho y la moral no puede ser planteado como si se tratara de una comparación entre dos sistemas de normas análogos. En lugar de ello, hay que mostrar cómo está relacionado el sistema institucional del Derecho con las actitudes morales individuales que predominan en la comunidad jurídica, ya que resulta obvio que tiene que haber un grado considerable de armonía entre uno y otras, ya que ambos están arraigados en valoraciones fundamentales comunes, como por ejemplo, la tradición de cultura de la comunidad (cfr. Ross, 1974, pág. 62).

Creemos que aquí se puede encontrar una superación de Kelsen, en la medida en que se admite la existencia de un cierto número de valoraciones comunes a la moral y el Derecho y que por ende poseerían un carácter mínimamente objetivo. Empero, pueden apreciarse un conjunto de diferencias entre ambos sistemas regulatorios de la conducta humana. Así, Ross advierte que las reglas jurídicas tienden a quedar fijadas en conceptos dirigidos a alcanzar certeza y objetividad en la administración de justicia. A su juicio, en cambio, las actitudes morales resultan de la reacción del individuo en situaciones concretas. De este modo, sostiene que la experiencia moral asume siempre sus manifestaciones más vivas en la decisión concreta ajustada a una situación particular, y solo a ella (cfr. Ross, 1974, pág. 63).

Notamos en este punto, cierto reduccionismo ya que las normas jurídicas también nacen para ser aplicadas *ad casum*, vale decir, a la situación particular y concreta. Por otra parte, las reglas morales siempre han sido concebidas a partir de una máxima generalidad, a partir de la cual se desciende luego a problemas también concretos, en los que tiene que ver sustancialmente la *decisión* frente a cuestiones dadas, a veces de un modo empíricamente dramático.

Ross expresa, por otra parte, que el Derecho y la moral difieren considerablemente en cuanto a sus efectos en la vida social. Así, sostiene que el “propósito” del Derecho es la paz, en

la medida en que todo orden jurídico, cualquiera sea su contenido, es productor de paz. La moral, por su parte, es un fenómeno individual y con la misma facilidad puede arrastrar a los hombres al conflicto o unirlos. Y agrega que las ideas morales encontradas pueden ciertamente constituir una fuente de discordia del tipo más profundo, más peligroso y menos controlable (cfr. Ross, 1974, pág. 63). En realidad, Ross vuelve a presentarnos una concepción del derecho y de la moral profundamente reduccionista. Porque ni el Derecho busca tan sólo el mantenimiento de la paz (ya que también procura sostener la seguridad, lograr la justicia, promover el orden, alcanzar el bien común) ni la moral (o su cumplimiento) la tornan considerablemente “peligrosa”, ya que el hombre de profundas convicciones morales es ordenado, pacífico, justo...

Obviamente, esto no es más que una consecuencia de trasladar el relativismo y el emotivismo al campo propiamente jurídico. A juicio de Alf Ross, en efecto, afirmar que una norma es injusta no es más que la expresión emocional de una reacción desfavorable frente a ella. Y agrega: «la declaración de que una norma es injusta no contiene ninguna característica real, ninguna referencia a algún criterio, ninguna argumentación. La ideología de la justicia no tiene, pues, cabida en un examen racional del valor de las normas» (Ross, 1974, pág. 273).

Cuando Ortega y Gasset sostenía que el escepticismo es una postura de principiantes, daba en la tecla. Porque hay un momento en el que el escéptico trastabilla en su intento de fundamentar racionalmente su postura. Y eso es lo que ocurre centralmente con Alf Ross, ya que luego de expresarse respecto de la justicia en términos de “ideología” (ya sabemos que la ideología es la suma expresión de intereses profundamente subjetivos y partidistas), termina por aceptar que «la racionalidad formal, objetiva, es también un ideal del derecho, en el sentido de que es deseable un máximo de racionalidad con ciertas valoraciones que, por lo menos en la civilización occidental, están presentes cuando se crea el derecho» (Ross, 1974, pág. 273).

Con lo cual nuestro autor termina aceptando lo que antes negaba: las normas jurídicas se encuentran determinadas por ciertos criterios objetivos y se presentan como valoraciones formalizadas de la tradición cultural. La pregunta que podríamos formularnos entonces es: ¿qué tipo de valoraciones objetivas o criterios se toman en cuenta a la hora de formular las normas? La respuesta a esa pregunta, por más que Ross no lo advierta, ronda una y otra vez el problema de las relaciones entre Derecho y moral.

Aquí pues la justicia deja de ser algo puramente emotivo para transformarse en un valor en sí mismo, no puramente formal. Algo que debe conseguirse día a día y que forma parte de esa tarea ardua que se ha dado en llamar, con mucha propiedad, «la lucha por el derecho». Queda claro entonces que ni el Derecho ni la moral son cualquier cosa, o se encuentran bajo el dominio de la arbitrariedad más absoluta. Resulta evidente también que el Derecho y la moral se nutren de pautas objetivas que son tenidas especialmente en cuenta a la hora de su elaboración y cumplimiento.

Alf Ross, junto a Kelsen, es quizás el último de los exponentes del paleopositivismo. Esta posición, pretende ser superada por los análisis de Hart, autor que debemos analizar seguidamente en esta crónica de las ideas positivistas acerca del Derecho y la moral.

#### **IV. HART Y SU POSTURA ACERCA DE LA RELACIÓN MORAL-DERECHO**

Respecto del tópico que hemos decidido investigar, Hart sin duda representa al autor más rico y profundo. Ello probablemente se explique si tenemos en cuenta que el problema de la moral y el Derecho asume en este jurista rasgos casi obsesivos. No sólo porque en todas sus obras encontramos referencias y análisis teóricos sumamente importantes respecto de esta cuestión, sino



porque su vida académica se vio signada por polémicas que tuvieron como eje referencial la cuestión relativa a relación existente entre ambos sistemas de regulación de la conducta humana. Así ha ocurrido con el célebre debate que protagonizara con Lon Fuller, referido a la moral interna del Derecho, o al sostenido con Devlin, en el cual se polemizó respecto de la posibilidad de persecución penal de ciertos actos considerados inmorales (concretamente, la homosexualidad). Finalmente, Ronald Dworkin también está presente en las disputas protagonizadas por Hart, particularmente su postura respecto de los principios jurídicos y la crítica desarrollada por el profesor estadounidense respecto a las tesis sobre la discrecionalidad judicial<sup>5</sup>. Por razones de espacio, abordaremos únicamente la discusión que mantuviera con Devlin, referida a la imposición de la moral.

En su obra cumbre, *El Concepto de Derecho*, Hart nos habla de tres problemas que él califica como “recurrentes”, cada vez que nos preguntamos ¿qué es el Derecho? El primero de ellos, es una respuesta que cabe dar a la teoría de Austin: ¿en qué se diferencian en Derecho y la obligación jurídica de las órdenes respaldadas por amenazas?

El segundo, ya tiene que ver directamente con nuestro tema de estudio: ¿en qué se diferencian la obligación jurídica de la obligación moral? Ella es una pregunta pertinente, si tenemos en cuenta que la moral y el Derecho comparten un vocabulario, de modo que puede hablarse de obligaciones, derechos y deberes morales y jurídicos; también todos los sistemas jurídicos nacionales reproducen la sustancia de ciertas exigencias morales fundamentales.

Por último, el tercer problema alude concretamente a las normas, y podría ser enunciado de la siguiente manera: ¿hasta qué punto el Derecho es tan sólo una cuestión de normas (reglas)? La

---

<sup>5</sup> Para la disputa Hart-Dworkin, se puede consultar Portela, 2011, págs. 187-208.

respuesta a esta pregunta nos lleva a dilucidar qué son las reglas, lo que significa decir si una regla existe y finalmente advertir si los Tribunales aplican realmente reglas.

En consecuencia, como puede advertirse, ya en las primeras páginas de *El Concepto de Derecho*, aparece centralmente nuestra temática, que forma parte de uno de los tres problemas fundamentales que habría que responder, a juicio de Hart, para saber lo que el Derecho realmente es. Ahora bien, desde el inicio parece existir una diferencia entre la obligación jurídica y la obligación moral, y es que el Derecho está compuesto no sólo por normas primarias, de obligación, sino también por normas secundarias (de reconocimiento, cambio y aplicación), es decir, por normas “dadoras” de poder: en todo caso, el poder de cambiar una regla por otra —fijando cómo puede efectuarse ese cambio—, el poder que poseen ciertos funcionarios de resolver los conflictos jurídicos que se presenten, aplicando esas mismas reglas y por último, el poder del que está imbuida esa norma secundaria fundamental que es la regla de reconocimiento que, como su mismo nombre lo indica, permite precisar con certeza qué clases de normas pertenecen al sistema jurídico y cuáles no.

A simple vista, por ende, la moral carece de reglas de reconocimiento. Eso hace caer por la borda la idea de que deba existir una conexión “necesaria” entre Derecho y moral, algo que Hart califica sin más como una “pretensión” (cfr. Hart, 1977, pág. 194).

Ahora bien, respecto de esa “pretensión”, la misma posee diversas variantes de importancia, pero la más conocida es, según Hart, la tradición tomista del derecho natural que comprende —a su juicio—, una tesis doble: primero, hay ciertos principios de verdadera moral o justicia, descubribles por la razón humana sin la ayuda de la revelación, aun cuando tienen origen divino; en segundo lugar, que las normas o leyes que contradicen esos principios no son derecho válido. Hart cita aquí la conocida afirmación de raíz agustiniana: *lex iniusta non est lex*.

La primera tesis descripta por Hart es correcta. En efecto, un recto análisis del concepto de naturaleza nos permite descubrir normas de derecho natural y advertir la razón de justicia de determinados comportamientos; una razón de justicia que posee sin duda un signo moral aunque el derecho natural no sea una moral pura y simple, como desarrollaremos más adelante.

La segunda tesis resulta errónea. Por más que Santo Tomás advierta que el derecho es el objeto de la justicia, con lo cual reafirma la importancia de la unión entre ambos conceptos, advierte unos párrafos más adelante que un analogado secundario del término Derecho es la sentencia judicial, aunque ella sea inicua, es decir, a pesar que la misma sea injusta. Por ende, contra lo afirmado por Hart, Santo Tomás admite la existencia de un derecho injusto, aunque en un sentido muy secundario y puramente analógico.

Pero además, ya anteriormente, en el Tratado de la Ley, Santo Tomás había reconocido la existencia de leyes positivas injustas, no desconociendo en modo alguno su carácter de verdadero Derecho, al punto de sostener que las mismas debían ser obedecidas *pro bono pacis*, para evitar el escándalo y el desorden.

La crítica (o mejor aun, la descripción) de la teoría tomista del derecho y de la justicia realizada por Hart, parece poco apropiada y su nivel de conocimiento de la teoría aquinatense del derecho natural, bastante deficiente. Nos queda, sin embargo, espigar la cuestión acerca de la justicia. Una justicia que Hart, fiel a la tradición positivista, no puede tener un análisis metafísico, sencillamente porque la metafísica es una pura nadería, tal como lo sostiene lo más granado de la tradición positivista. En todo caso, nuestro autor necesita referirse a la justicia en términos absolutamente empíricos. Para ello, propone adaptar la vieja idea del “equilibrio” o la “proporción”, a una fórmula que no le impida salirse un centímetro de los límites de la experiencia, y ella es: «tratar los casos semejantes de la misma manera», añadiendo

también: «tratar los casos diferentes de diferente manera» (Hart, 1977, pág. 198).

Empero, si bien esa fórmula es un elemento central en la idea de justicia, es en sí incompleta y constituye en cierto modo una forma vacía, ya que cualquier conjunto de seres humanos se asemejarán entre sí en algunos aspectos y diferirán entre sí en otros, por lo que mientras no se establezca qué semejanzas y qué diferencias son relevantes, esa enunciación no nos lleva a nada. En otras palabras, para llenar la fórmula tenemos que saber cuándo, para los fines que se tienen en mira, los casos han de ser considerados iguales y qué diferencias son relevantes (cfr. Hart, 1977, pág. 199).

Es posible pensar, estima Hart, que se llegue a conectarse la noción de la aplicación del Derecho con la de proceder según una regla, y así podríamos enunciar que aplicar con justicia una norma jurídica a distintos casos es simplemente tomar en serio la afirmación de que lo que debe aplicarse en los distintos casos es la misma regla general, sin prejuicio, interés o capricho. Hay aquí una conexión estrecha entre la justicia en la administración del Derecho y la noción misma de regla, con lo cual se procede a identificar a la justicia con la conformidad con el Derecho.

Esto, sin embargo, constituye un error, ya que la crítica en nombre de la justicia no se limita a la administración del Derecho en los casos particulares, sino que a menudo las leyes mismas son criticadas como justas o injustas. Hart pone aquí un ejemplo concluyente: en realidad no hay nada absurdo en admitir que una ley injusta, que prohíbe el acceso de la gente de color a los parques, ha sido administrada con justicia, en el sentido de que únicamente han sido condenadas las personas genuinamente culpables de transgredir la ley, tras un proceso *fair* (cfr. Hart, 1977, pág. 200).

Esta forma de entender la justicia como algo puramente “procedimental” puede concebirse como la parte que se refiere a la justicia en el modo de aplicar las leyes a casos particulares, o a

la justicia en la aplicación del derecho<sup>6</sup>. En otras palabras: es el mismo Derecho el que facilita las bases para decidir qué casos deben ser tratados de manera similar, cuáles de manera diferente y cómo. No hay ni existe otro criterio externo al Derecho mismo. Esta es la idea que Hart tiene de la justicia procesal: ésta requiere una estricta observancia del Derecho (o cuanto sea posible).

Lyons ha criticado convincentemente esta idea de justicia puramente procedimental de Hart, que remata en lo que se podría denominar «la norma de la estricta observancia del Derecho». Así, expresa que la máxima según la cual hay que tratar de manera similar los casos similares necesita ser interpretada, y que si existen principios lógicos de justicia, no todo es válido. A veces el tratar los casos de manera uniforme o regular no es lo que requiere, ni siquiera permite, la justicia. Hart parece asegurar que cumplir la ley significa tratar todos los casos de manera regular o uniforme. Pero no demuestra que el tratamiento dado a los casos según las normas prescritas por la ley sea el trato requerido, ni aun permitido, por el principio de justicia, incluso por el principio de justicia procesal. Aunque el tratar los casos de manera regular o uniforme puede ser una condición necesaria<sup>7</sup> de la justicia, no es una condición suficiente. De modo que a pesar de que cumplir la ley signifique tratar los casos de manera uniforme, de ello no podemos inferir que al actuar así hagamos justicia. De tal modo, Lyons demuestra que hacer justicia al aplicar el Derecho es un asunto mucho más complejo que lo que tiene en cuenta la norma de la estricta observancia de las leyes. La obligación de ser fiel a las leyes tiene unos límites morales al igual que las demás obligaciones, límites que dependen de la moralidad de la ley, su historia social, las circunstancias actuales y las consecuencias de su aplicación.

Hart aquí está abriendo la puerta que dejará paso a dos de las polémicas que lo tuvieron como protagonista: la que entabló

---

<sup>6</sup> La interpretación corresponde a Lyons, 1986, pág. 86.

<sup>7</sup> Así, por ejemplo, cfr. Lyons, 1986, pág. 90.

con Fuller, en donde estaba en juego —precisamente—, la discusión acerca de la validez de las leyes nazis. En este punto, Hart mantiene a rajatabla su posición acerca de la estricta observancia del Derecho. El segundo debate, tiene que ver con un aspecto de la teoría hartiana: si la ley es clara, entonces el juez actuará con justicia aplicando esa ley absolutamente clara. Pero cuando la ley no es clara, los jueces no pueden limitarse a seguirla, sino que deben ir más allá. La cuestión del «discernimiento de los jueces» equivale a una “ventana” a través de la cual las pautas morales ayudan a determinar lo que las leyes exigen o permiten (Lyons, 1986, pág. 94). Estamos en presencia de la “discrecionalidad” judicial, uno de los aspectos que más ha criticado Ronald Dworkin a partir de su tesis de los principios jurídicos, tal como hemos adelantado más arriba.

La segunda de las disputas que protagonizó Hart, tuvo como eje central el tópico referido a la posibilidad de que el Estado persiguiera penalmente ciertas conductas consideradas tradicionalmente inmorales. En este punto, concretamente, la discusión se centraba en la sanción penal de la homosexualidad, lo que era propugnado por Lord Patrick Devlin, como veremos seguidamente.

## **V. HART Y SU POLÉMICA CON LORD PATRICK DEVLIN. ACCIONES PRIVADAS Y SANCIÓN PENAL**

Según un inveterado principio de orden penal y constitucional, las acciones privadas de los hombres en tanto no afecten a un tercero, no merecen ningún tipo de reproche punitivo. El mismo, también llamado “principio de reserva”, ha encontrado acogida en todos los ordenamientos constitucionales del mundo desarrollado<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> La Constitución Argentina, por ejemplo, ha incluido la cláusula en su art. 19: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y

La base misma de esta disputa, que tiene a Hart como protagonista principal, podría sintetizarse entonces de la siguiente manera (aún a riesgo de considerar que toda síntesis es injusta): las conductas inmorales, ¿son susceptibles de ser sancionadas penalmente? El eje de la controversia ha tenido que ver con el informe sobre Delitos Homosexuales y Prostitución, conocido como “Informe Wolfenden”. Como lo va a señalar Devlin, la pregunta que habría que contestar es la siguiente: ¿Cuál es la relación entre crimen y pecado, y hasta que punto, si cabe, debe el Derecho penal de Inglaterra preocuparse por imponer la moral y por penar el pecado o la inmoralidad como tales? (cfr. Devlin, 2010, pág. 48). En septiembre de 1957, el Comité Wolfenden, formado por trece hombres y mujeres notables de Inglaterra, recomendaron, con un solo voto en contra, que el comportamiento homosexual que se llevara a cabo en privado entre adultos que consintieran no debería ser constitutivo de delito, basando su recomendación en que dichas ofensas no eran “asunto de Derecho”. Devlin analiza críticamente el informe redactado por el Comité, y ello abre paso al debate con Hart.

Ante todo, Devlin asegura que debe permitirse la máxima libertad posible siempre y cuando ésta sea compatible con la integridad de la sociedad. Sin embargo, esa afirmación nos lleva inevitablemente a la formulación de una pregunta: ¿qué conexión existe entre el delito y el pecado y hasta que punto debe el Derecho penal inglés implicarse, si es que debe hacerlo, en la imposición de la moral?

Y esto nos reenvía a algunos principios expuestos en el informe Wolfenden ya aludido. Así, se declaró lo siguiente:

«He aquí nuestra propia formulación de la función del Derecho penal en lo concerniente a los temas objeto de esta investigación. Desde nuestro punto de vista, en este ámbito, la función del Derecho penal es la

---

a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación está obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

de mantener el orden público y la decencia, proteger al ciudadano de la ofensa y de la injuria, así como brindar protección a aquellas personas especialmente vulnerables por su juventud, debilidad mental o física, inexperiencia o dependencia física, jerárquica u económica frente a la explotación y la corrupción. Desde nuestro punto de vista, la intervención en la vida privada de los ciudadanos no entre dentro de las funciones del Derecho, como tampoco forma parte de sus cometidos el imponer un modelo de comportamiento determinado más allá de lo estrictamente necesario para llevar a cabo los objetivos previamente delimitados» (Devlin, 2010, pág. 48).

El Comité hace su recomendación más importante a modo de introducción abogando por que:

«El comportamiento homosexual entre adultos que consientan en ello deje de constituir un delito utilizando para ello el argumento, que consideramos decisivo, de la importancia que la sociedad y el Derecho deben otorgar a la libertad de elección y acción individual en el ámbito de la moral privada. A menos que la sociedad, a través del Derecho, haga un intento deliberado de equiparar la esfera del delito con la del pecado, debe seguir existiendo una esfera de moralidad e inmoralidad privada que no es, hablando simple y llanamente, asunto del Derecho. Afirmar esto no implica ni excusar ni alentar la inmoralidad privada» (Devlin, 2010, pág. 49).

Devlin señala que una lectura de estos párrafos nos hace llegar a la conclusión en que el acento se pone en la expresión *inmoralidad privada* y con ello se está haciendo referencia a aquella inmoralidad que no resulta ni ofensiva ni injuriosa para la población en las formas definidas o descriptas en las partes del informe ya citadas. En otras palabras, ningún acto de inmoralidad debe criminalizarse a menos que esté acompañado de algún otro elemento como la indecencia, la corrupción o la explotación (cfr. Devlin, 2010, pág. 50).

Para Devlin, en el fundamento del Derecho penal hay ciertas normas de comportamiento o ciertos principios morales cuyo cumplimiento exige la sociedad, constituyendo la violación de los



mismos un delito no sólo contra la persona ofendida sino contra la sociedad en su conjunto.

A juicio de nuestro autor, conviene también recordar que, aunque hay numerosas inmoralidades que el Derecho no condena, tampoco perdona ni se desentiende completamente de ellas. Por ejemplo, el Derecho no permite que sus procedimientos se utilicen para aquellas personas que estén implicadas en cualquier tipo de inmoralidad. Así, por ej., una casa no puede arrendarse con fines inmorales. En este caso, el contrato de arrendamiento sería nulo y por ende su cumplimiento no sería exigible. Pero si lo que ocurre en el interior de la casa es una cuestión de moralidad privada, no siendo por tanto, competencia del Derecho, ¿por qué se ocupa de ello?

Es que para Devlin resulta evidente que el Derecho penal, tal y como lo conocemos, se basa en principios morales. *En una serie de delitos, su función se limita a imponer un determinado principio moral* (cfr. Devlin, 2010, pág. 54). Así las cosas, el problema que nos ocupa puede resumirse en tres interrogantes:

1º) ¿Tiene la sociedad algún derecho a juzgar las cuestiones de moralidad? En otras palabras, ¿debe existir una moralidad pública o es la moralidad un asunto donde sólo cabe un juicio privado?

2º) Suponiendo que la sociedad tuviese derecho a juzgar estas cuestiones, ¿tendría también derecho a utilizar el arma del Derecho para imponer sus juicios?

3º) En caso de responder afirmativamente a la pregunta anterior, ¿debe esta arma utilizarse en todos los casos o sólo en algunos? Si sólo debe utilizarse en algunos casos, ¿qué criterios deben servir de base para esta distinción?

Ahora bien, respecto del primer interrogante, se entiende — a juicio de Devlin—, que una sociedad tiene derecho a emitir un juicio moral sólo en el caso de que la sociedad se vea afectada. En otras palabras, existe una “moralidad pública” y su existencia puede justificarse a través de un argumento *a priori* que afirma

que lo que convierte a una sociedad en tal es la existencia de una “comunidad de ideas” no sólo de corte político sino acerca de la manera en que sus miembros deben regir su comportamiento y dirigir sus vidas.

El ejemplo que pone Devlin, tiene que ver con la aceptación de la monogamia como un principio moral. Como consecuencia de ello, la institución del matrimonio cristiano se ha convertido en la piedra angular de la vida familiar, pasando a formar parte de la estructura de la sociedad. Esa concepción constituye uno de los cimientos de la casa en la que vivimos, que no podemos excluir sin derribar la casa. La mayoría de las personas que viven en este país la aceptan porque se trata de la idea cristiana del matrimonio que, para ellos, es la única verdadera. Sin embargo, una persona que no profese la fe cristiana también se encuentra sujeta a esta idea, no porque la misma forme parte del cristianismo sino porque, correcta o incorrectamente, esta institución ha sido adoptada por la sociedad en la que vive. Sería inútil que esta persona entablara un debate cuyo fin fuera demostrar que la poligamia es, desde el punto de vista teleológico, más correcto y socialmente preferible. *Si quiere vivir en esta casa, tendrá que aceptarla en la forma en la que ha sido construida* (cfr. Devlin, 2010, pág. 57).

Siguiendo esta línea argumental, Devlin opina que el matrimonio es parte de la estructura de nuestra sociedad, pero a la vez sienta las bases de un código moral que condena la fornicación y el adulterio. Este es un dato que Devlin considera como casi sociológico: la monogamia se considera como buena en sí misma; se considera que permite mantener un buen estilo de vida, entendiéndose que son estas las razones que han inducido a nuestra sociedad a organizarse en torno a ella. Por ende, esa comunidad de ideas que implica la sociedad no puede existir si no hay cierto consenso en torno a las ideas políticas, morales y éticas (cfr. Devlin, 2010, pág. 57). En otros términos: la sociedad se

mantiene unida a través de nexos invisibles que se derivan de las creencias comunes.

Con lo cual, Devlin pasa a responder a la segunda cuestión planteada más arriba: ¿hasta qué punto debe la sociedad hacer uso del Derecho para imponer sus juicios morales?

En cierta forma, la respuesta a la primera pregunta determina la manera en que debe abordarse la segunda. Si la sociedad no tiene derecho a emitir juicios acerca de la moralidad, el Derecho tendrá que encontrar alguna justificación especial para adentrarse en este campo. De esta forma, si la homosexualidad y la prostitución no son en sí mismas incorrectas, es responsabilidad del legislador, que pretende desarrollar una ley en contra de ciertos aspectos de las mismas, justificar el tratamiento excepcional que se le brinde. No obstante, si aceptamos que la sociedad tiene derecho a emitir juicios en este ámbito sobre la base de que una moralidad es tan necesaria en una sociedad como un gobierno reconocido, la sociedad podría hacer uso del Derecho para preservar la moralidad, de la misma manera que lo utiliza para salvaguardar cualquier otro elemento que resulte esencial para su existencia. Por ende, si la primera premisa está firmemente establecida, con todas sus implicancias, la sociedad tiene un derecho *prima facie* a legislar en contra de la inmoralidad como tal (cfr. Devlin, 2010, pág. 59).

Ello así, la corrupción de la juventud es una razón que justifica la intervención del Estado. De allí se sigue que Devlin considera que no se pueden fijar límites teóricos al poder que tiene el Estado de promulgar leyes que combatan la inmoralidad. La posición contraria implica, en condiciones prácticas, propender a la desintegración de la sociedad, y ella se produce, claro está, cuando no se observa una moral común, y la historia pone de manifiesto que la relajación de los nexos de unión de carácter moral suele significar que estamos en la primera fase de la desintegración. *Por ello se justifica que la sociedad, con el fin de preservar su código moral, adopte el mismo tipo de medidas que*

toma para preservar el Gobierno u otras instituciones fundamentales (cfr. Devlin, 2010, pág. 61).

Y esto nos pone, a juicio de Devlin, de cara al tercer interrogante, en donde se cuestiona las circunstancias que autorizarían al Estado a ejercitar su poder. En este tercer punto, nuestro autor se pregunta de qué modo se determinan los juicios morales de la sociedad. Para Devlin, el resultado del consenso de la mayoría no basta. El derecho inglés, para él, ha evolucionado y a menudo utiliza criterios no basados en contar cabezas. *Se trata del criterio del hombre razonable*, que no debe confundirse con el hombre racional. De él no se espera que razone acerca de nada y su juicio puede estar basado, en gran medida, en una cuestión de sentimientos. Devlin hace referencia al punto de vista del hombre de a pie, *al hombre del autobús de Clapham* o lo que también se denomina el «criterio de un buen padre de familia». Esto tiene que ver con la “moralidad práctica” que, lejos de tener un fundamento teleológico o filosófico, está basada en el conjunto de experiencias que se han acumulado de manera semi-consciente o inconsciente y que se han plasmado en la moralidad del sentido común. También se han referido a ello como «la concreta forma de pensar que, acerca de cuestiones de moralidad, esperamos encontrar en un hombre civilizado razonable o en un inglés razonable, escogido al azar» (Devlin, 2010, pág. 63).

Sentado lo expuesto, Devlin advierte que el tercer interrogante no debe resolverse a través de la formulación de normas estrictas e inalterables sino mediante un enjuiciamiento de cada caso concreto, teniendo en cuenta los factores señalados más arriba. En efecto, la línea que separa el Derecho penal de la moral no puede dibujarse a través de la simple aplicación de un principio bien definido. Es como una línea que divide la tierra del mar, como una costa plagada de irregularidades y hendiduras. Hay huecos y promontorios, Como el adulterio y la fornicación que, durante siglos, han permanecido sustancialmente intactos por el Derecho.

¿Cómo se explicaría que el Derecho se haya desinteresado por el adulterio y la fornicación? Probablemente, el único fundamento que podría encontrarse a que el adulterio se dejara fuera del Derecho penal es que una ley que tipificara esto como delito sería muy difícil de hacer cumplir<sup>9</sup>.

Sin embargo, para Devlin, el hecho de que el adulterio, la fornicación y el lesbianismo se hayan dejado fuera del ámbito del Derecho penal no demuestra que la homosexualidad deba seguir la misma suerte. El error de filosofía jurídica que contiene el informe Wolfenden se comete al intentar hallar un único principio a través del cual poder distinguir el delito del pecado, identificándolo con el principio de que la razón de ser del Derecho penal es la protección de los individuos (cfr. Devlin, 2010, pág. 70). Según este principio, la fornicación que tenga lugar en privado entre dos adultos que consienten queda fuera del ámbito del Derecho, derivándose de ello la consecuencia lógica de que resulta indefendible la postura que aboga por la inclusión de los comportamientos homosexuales en privado entre adultos que consientan dentro del campo de actuación del Derecho.

Ello hace que Devlin manifieste una declaración fuerte:

«(...) el verdadero principio es aquel que afirma que el fin del Derecho es la protección de la sociedad. Su función no se ve cumplida a través de la protección del individuo frente al daño, la molestia, la corrupción o la explotación, sino que necesita proteger también las instituciones y las comunidades de ideas políticas y morales, sin las cuales las personas no pueden vivir en comunidad. La sociedad tiene que tener tan en cuenta la moralidad del individuo como su lealtad. La sociedad necesita de ambos para florecer y perece si le falta alguno» (Devlin, 2010, pág. 71).

---

<sup>9</sup> Adviértase que Devlin hace referencia al Derecho penal, pero el Derecho civil, en algunas circunstancias, juzga como delito la fornicación y el adulterio, declarando el divorcio por culpabilidad exclusiva del cónyuge que ha incurrido en dichas conductas, con todas las consecuencias que ello acarrea.

En consecuencia, hay una moralidad que subyace al Derecho, y ella tiene que derivarse del sentido de lo correcto o incorrecto que alberga el conjunto de la sociedad. Por ello, un hombre que reconoce que la moralidad es necesaria para la sociedad debe apoyar el uso de aquellos instrumentos sin los cuales ésta no puede mantenerse. Esos dos instrumentos son la enseñanza, a través de la doctrina, y la imposición, a través del Derecho (cfr. Devlin, 2010, pág. 73).

Y esa moralidad subyacente, a criterio de Devlin, es la moralidad cristiana. El Derecho tiene que basarse en ella y debe imponerla en la medida de sus posibilidades, no sólo porque representa la moralidad de la mayoría, sino también porque es la moralidad que enseña la Iglesia establecida. Nos encontramos aquí con la convincente razón de que el Derecho, sin la ayuda de las enseñanzas cristianas, fracasaría.

La réplica de Hart se encuentra incluida, básicamente, en su trabajo: *Inmoralidad y Alta Traición* (1980b, págs. 159-168) y podría sintetizarse modificando ligeramente la frase en boga durante la revolución francesa («Libertad, libertad, ¡cuántos crímenes se cometen en tu nombre!») por esta otra: «Moralidad, qué crímenes pueden cometerse en tu nombre» (Hart, 1980b, pág. 167).

Para Hart, la característica más saliente del punto de vista de Devlin es su opinión sobre la naturaleza de la moralidad, y puede verse en su teoría que el raciocinio o la reflexión tiene poco que ver con ella. Hart advierte que la moralidad es, según Devlin, una cuestión de “*sensibilidad*”. Al hombre del autobús de Clapham, no se le pide que razone sobre ningún tema y su dictamen, a juicio de Hart, será principalmente una cuestión de sensibilidad.

En esta situación, cabe entonces hacerse una pregunta: ¿Cuáles son los sentimientos que pueden justificar la aplicación de la ley penal? Aquí Hart cita a Devlin: debe haber un sentimiento real de reprobación. Lo fundamental es una combinación de intolerancia, indignación y repugnancia. Estas son las tres fuerzas

que respaldan la ley moral, sin las cuales ésta «no tendrá peso suficiente como para privar al individuo de su libertad de elección». Existe, por tanto, según Devlin, una diferencia decisiva entre la simple opinión moral contraria de la sociedad y la que está inspirada por un sentimiento expresado en un conjunto de intolerancia, indignación y repugnancia.

Esa distinción es importante ya que de ella depende la importancia que ha de atribuirse al hecho de que, cuando se impone una moralidad, se limita necesariamente la libertad individual (cfr. Hart, 1980b, pág. 161). Si la moralidad es eso — un compendio de indignación, intolerancia y repugnancia—, podemos, a juicio de Hart, preguntar qué justificación hay para incluirla en la ley penal, dándole tal carácter, con todo el sufrimiento que la sanción penal entraña.

Es necesario, por ende, reflexionar sobre diversos problemas, antes de convertir la moralidad popular (o lo que Devlin califica como moralidad común o pública) en ley penal. Llegado a este punto, para Hart, todos estaremos de acuerdo en que un consenso de opiniones morales sobre ciertas materias es imprescindible para que la sociedad en que vivimos merezca ese nombre. Como veremos seguidamente, para Hart existe lo que denomina un «contenido mínimo de derecho natural», cuya inobservancia impediría la vida misma en sociedad; así, por ejemplo, las leyes contrarias al asesinato, al robo y demás serían de poca utilidad si no se apoyaran en la convicción ampliamente extendida de lo que prohíben es inmoral. Pero si bien esto resulta evidente, ello no significa que todos los hechos a que corresponden los vetos morales de la moralidad aceptada tengan la misma importancia para la sociedad, ni hay la menor razón para considerar que la moralidad es una red inconsútil, que se haría pedazos, arrastrando consigo a la sociedad, a no ser que todas sus enfáticas prohibiciones fueran impuestas por la ley.

En consecuencia, tenemos que formular una pregunta en dos planos diferentes, que Devlin jamás identifica o distingue con

bastante claridad. En primer lugar, hemos de preguntar si una práctica que ofende al sentimiento moral es nociva, independientemente de su repercusión en el código moral general. En segundo lugar, ¿qué decir de esa repercusión? ¿Es realmente cierto que el hecho de no traducir este elemento de moralidad general en la ley penal pone en peligro toda la estructura moral y, por tanto, la de la sociedad? (cfr. Hart, 1980b, pág. 164).

La solución a estas cuestiones no puede solucionarse tan sólo aduciendo que ello forma parte de la moralidad pública, y que ella debe preservarse si ha de existir la sociedad, como lo quiere Devlin. En efecto, para Hart debería partirse del supuesto de que la homosexualidad *es capaz de poner en peligro toda la estructura social*. Y sin embargo, para nuestro autor tenemos pruebas sobradas para creer que ninguna persona abandonará la moralidad, ni tendrá en más estima el asesinato, la crueldad y la deshonestidad, simplemente porque no esté penada por la ley alguna práctica sexual privada que abomine.

Sin embargo no debemos olvidar que para la filosofía clásica el hombre, en cuanto creación racional es, igualmente, un ser ordenado. Y el orden del hombre es el orden moral, propio de su naturaleza racional, orden que tiene sustantividad objetiva y que no es un producto ideal de la conciencia. La ley, para Tomás de Aquino, es una “orden de la razón”. Como lo ha enseñado Montejano, la ley humana es necesaria porque la ley natural sólo se refiere a los principios y preceptos universales, válidos para todos los hombres de todos los tiempos. *Es necesario para el gobierno de los pueblos que la ley humana derive conclusiones, formule determinaciones e intervenga con la fuerza coactiva para salvaguardar el orden y la paz*, porque hay hombres «mal dispuestos que no se conmueven fácilmente con las palabras; a éstos es necesario apartarlos mediante la fuerza o el temor; así, desistiendo al menos de hacer el mal, dejarán tranquila la vida de los demás... *esta disciplina que obliga por el temor al castigo es*



*la disciplina de las leyes»* (Summa Th. 1-2, q. 95, a.4) (Montejano, 2002, pág. 104).

Ello así, pensar en términos de “moralidad pública”, tal como lo hace Devlin, es como confundir el principio democrático de que el poder debe estar en manos de la mayoría con la pretensión, completamente diferente, de que la mayoría en posesión del poder no tiene que respetar ningún límite. Para Hart, en una democracia existe el riesgo peculiar de que la mayoría pueda dictar cómo debe vivir la colectividad. Este es el riesgo que corremos, y que debemos arrostrar alegremente, porque es el precio de las excelencias del régimen democrático; pero la lealtad a los principios democráticos no nos exige agigantar ese riesgo. Sin embargo, eso es lo que haríamos si montáramos al hombre de la calle en el autobús de Clapham y le dijésemos que, si siente la suficiente repugnancia por lo que otras personas hacen en privado como para solicitar su supresión por la ley, no puede oponerse a su petición ninguna crítica teórica (Montejano, 2002, pág. 168).

¿Está este debate totalmente superado? Pensamos que no. Recobra una notable actualidad, si leemos algunas noticias periodísticas que dan cuenta, por ejemplo, que el presidente de Uganda, Yoweri Museveni acaba de ratificar una nueva ley que introduce penalidades más duras para los actos homosexuales. De hecho, según Amnistía Internacional, la homosexualidad es ilegal en 38 de los 54 países africanos, mientras que en el 2013 Rusia promulgó una ley que prohíbe la “propaganda gay”, y en enero, el parlamento indio se negó a analizar la abolición de una ley de 1861, sancionada bajo el régimen colonial británico, que impone sentencias a diez años de prisión para los actos homosexuales (cfr. Wolf, 23-III-2014).

Esa es la mejor prueba de que cuando los filósofos del derecho discuten entre sí, no lo hacen en base a puras abstracciones, sino teniendo en cuenta realidades concretas que merecen una respuesta adecuada.

## VI. EL ÚLTIMO HART. EL *SOFT POSITIVISM*. EL POSITIVISMO JURÍDICO INCLUYENTE

Ciertamente, la publicación de *Los derechos en serio*, de Ronald Dworkin, tal como su mismo autor lo propugnaba, tuvieron como blanco central las principales tesis asumidas por Hart en su obra más importante: *El concepto de derecho*, cuya primera edición diera la luz en el año 1961. Ya vimos, por otro lado, que el intento de diferenciación entre moral y derecho es una de las metas (nos atrevemos a decir que la principal) que tuvo en cuenta Hart en todos sus escritos y en las polémicas en las que se vio envuelto; hasta podríamos calificar a los intentos llevados a cabo por este autor como obsesivos.

Sin embargo, para ser justos, conviene aclarar que Hart no es un modelo de positivista típico, al menos si hemos de creer en la clasificación que efectúa Bobbio respecto del positivismo en general, y del positivismo jurídico en particular (cfr. Bobbio, 1993). En efecto, nuestro autor, de ningún modo puede ser calificado como “positivista metodológico”, para utilizar aquella tipología. Estamos lejos de las pretensiones de un Austin o un Kelsen, para quienes el jurista debía guardar una total neutralidad valorativa, absteniéndose de formular juicios acerca de lo justo y de lo injusto. El ejemplo más relevante que podemos poner, se encuentra en la teoría que Hart propugna, y que va a denominar como «contenido mínimo de derecho natural».

Dicho *contenido mínimo*, son principios de conducta, «universalmente reconocidos, que tienen una base de verdades elementales referentes a los seres humanos, a su circunstancia natural y a sus propósitos» (Hart, 1963, pág. 218). Según Hart, sin ese contenido, las normas jurídicas y la moral no podrían llevar a cabo el propósito mínimo de supervivencia que los hombres tienen al asociarse entre sí. Y Hart advierte:

«En ausencia de ese contenido, los hombres, tales como son, no tendrían razón alguna para obedecer voluntariamente ninguna regla, y

sin un mínimo de cooperación voluntariamente prestada por quienes advierten que va en su interés someterse a las reglas y conservarlas, sería imposible coaccionar a quienes no las acatan voluntariamente» (Hart, 1963, pág. 239).

Ahora bien, ¿cuál es ese conjunto de “verdades obvias”? (utilizamos a propósito, la adjetivación hartiana). La primera, es lo que llama la “vulnerabilidad humana”. Las exigencias comunes del derecho y la moral no consisten, mayormente, en prestaciones activas, sino en *abstenciones*. Las más importantes de ellas, para la vida social, son las que restringen el uso de la violencia (que se traduce en matar o en causar daños corporales). Estas reglas son básicas y ello puede ser demostrado si nos preguntamos de qué nos serviría a seres como nosotros tener reglas de cualquier otro tipo.

En consecuencia, si los hombres llegaran a perder su vulnerabilidad recíproca se habría desvanecido una razón obvia para la prescripción más característica del derecho y la moral: *no matarás*.

La segunda verdad es lo que llama la “igualdad aproximada”. Sin duda, los hombres difieren entre sí en fuerza física, agilidad y aún más, en capacidad intelectual. Sin embargo, es un hecho de considerable importancia para la comprensión de las diferentes formas del derecho y la moral, que ningún individuo «es tanto más poderoso que los otros que pueda, sin cooperación, dominarlos o sojuzgarlos, salvo durante un término muy breve. Aún el hombre más fuerte tiene que dormir, y cuando está dormido, pierde temporalmente su superioridad» (Hart, 1963, pág. 239).

La tercera verdad integrante de este “contenido mínimo” es el “*altruismo limitado*”. Los hombres, no son ángeles ni demonios. Si fueran lo primero, las reglas que prescriben abstenciones serían innecesarias. Si lo segundo, las reglas serían imposibles. En la realidad, advierte Hart, el altruismo humano es limitado en extensión e intermitente, y las tendencias a la agresión

son lo bastante frecuentes como para ser fatales para la vida social si no se las controla.

Hart denomina al cuarto principio, los “*recursos limitados*”. Explica que los seres humanos necesitan alimentos, ropa, vivienda. Estas cosas no están disponibles en abundancia ilimitada: son escasas. Esto hace indispensable alguna forma mínima de propiedad y el tipo distintivo de reglas que exigen que se las respete. Asimismo, la misma inevitable división del trabajo y la permanente necesidad de cooperación, son también factores que hace que «otras formas de reglas dinámicas o creadoras de obligaciones sean necesarias en la vida social» (Hart, 1963, pág. 243).

Por último, Hart alude a la «comprensión y fuerza de voluntad limitadas». A su juicio, hacen falta “sanciones”, no como motivo normal para la obediencia, sino como una garantía de que aquellos que obedecen voluntariamente no serán sacrificados si no lo hacen. Si no hubiera tal organización, obedecer sería arriesgarse a tener la peor parte. Dado este peligro, lo que la razón reclama es una cooperación voluntaria dentro de un sistema coercitivo.

A su juicio, estos principios «develan el núcleo de buen sentido que hay en la doctrina del Derecho Natural», tienen vital importancia para la comprensión del derecho y la moral y explican por qué las definiciones de uno y otra en términos puramente formales, sin referencia a ningún contenido específico o a las necesidades sociales, ha resultado tan inadecuada (Hart, 1963, pág. 245).

En fin, no puede negarse, a juicio de Hart, cierta influencia de la moral sobre el derecho: ningún positivista podría negar que la estabilidad de los sistemas jurídicos depende de cierta concordancia con la moral. Sin embargo, en el primer Hart, la distinción entre ambos órdenes normativos debe mantenerse en pie. En consecuencia, si bien Hart es partidario de la tesis de la separación, piensa —tal como hemos visto—, que las normas de un sistema jurídico no pueden tener cualquier contenido. Existe en

su concepción un cierto “objetivismo mínimo” (Atienza, 2001, pág. 293) al precisar que se pueden justificar racionalmente ciertas reglas de conducta que toda organización social debe contener para ser viable (el «contenido mínimo de derecho natural»).

Nos encontramos pues, con un autor de características diferentes al del resto de los positivistas jurídicos anteriores. La coacción deja de ser el rasgo distintivo de la norma jurídica, a partir de la cual se exige la obediencia, tal como sucedía con Austin: las normas no pueden tener cualquier contenido, contrariamente a lo afirmado contundentemente por Kelsen; hay un núcleo de verdades objetivas y de buen sentido, con lo que se coloca en una posición lejana al escepticismo ético.

Sin embargo, ciertamente, la utilización de algunos conceptos no puede conducirnos a la confusión: lo que Hart denomina «el contenido mínimo de derecho natural» no son más que un conjunto de rasgos y características observables empíricamente en el comportamiento humano, pero que no se extraen de naturalezas ni de esencias comunes. Por otra parte, para el primer Hart una norma tiene carácter jurídico, no por razones de índole moral, sino porque el propio ordenamiento jurídico —a través de la regla de reconocimiento— le otorga validez jurídica (cfr. Atienza, 2001, pág. 293).

Sin embargo, como ya dijimos, la fuerte crítica llevada a cabo por Dworkin, en donde se pone en entredicho el hecho de que los jueces, ante los casos nuevos o difíciles estén facultados para decidir “discrecionalmente” sin tener en cuenta *principios*<sup>10</sup> vigentes en la sociedad hizo que Hart modificara o más bien, tuviera un giro en su primitiva posición. Esto puede verse reflejado en el *postscriptum* que escribiera para la segunda edición

---

<sup>10</sup> Los principios, de acuerdo a Dworkin, son tipos de estándares que han de ser observados no porque favorezcan o aseguren una ventaja o una mejora social, política o económica que se considere deseable, sino porque son una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad” (Dworkin, 1984, pág. 72).

de la que, como hemos visto, es su obra más importante: *El Concepto de derecho*<sup>11</sup>. A partir de allí, se ha hablado de “positivismo jurídico incluyente”, para referirse a una forma de positivismo que permite la entrada de la moral en el terreno jurídico, o lo que el mismo Hart califica como *soft positivism*, es decir, un positivismo jurídico “suave” que, ciertamente, se encuentra muy alejado de las formas primarias del paleopositivismo de Austin y Kelsen, que, tal como hemos visto unos párrafos arriba, no toleraban ningún juicio de valor por parte del jurista.

Como sostiene con acierto Etcheverry (2006, pág. 9), el denominado “positivismo jurídico incluyente” surge como una versión del positivismo jurídico haitiano que busca responder a los ataques de Dworkin, consagrándose posteriormente como teoría, principalmente en el ámbito anglosajón.

Concretamente, Hart ha replicado a Dworkin, sosteniendo que la crítica formulada a la tesis de la discrecionalidad, depende de una teoría moral objetivista, ya que si no existiera una moral objetiva, Hércules, el juez omnisciente dworkiniano capaz de dar siempre una respuesta correcta a los casos que se le presentan, y por ende, capaz de escoger adecuadamente los principios adecuados a cada conflicto, no sería capaz de determinar qué teoría del derecho es la más sólida, ni cuál es la teoría que ofrece la mejor justificación moral del derecho. De no existir una moral objetiva, Hércules deberá conformarse con expresar sus preferencias, lo que implica a su vez un ejercicio de discrecionalidad. Etcheverry glosa correctamente a Hart, quien sostiene que si el derecho establecido es injusto, y los principios subyacentes a éste también lo son, no parece existir mérito alguno en extender estos principios a casos no regulados por el derecho. El hecho de que Dworkin admita que cuando el derecho es demasiado perverso para justificar su aplicación puede que el

---

<sup>11</sup> Véase la segunda edición de Hart, H.L.A. (1994). La primera edición data de 1961. Genaro Carrió la tradujo al castellano en Hart, 1963.

deber moral del juez sea mentir y ocultar ese derecho inicuo, ha llevado a Hart a preguntarse: «¿Cómo entonces, después de estas concesiones, puede Dworkin mantener, que hay una conexión conceptual entre derecho y moralidad y que una “adecuada teoría conceptual del derecho” muestra que contiene una dimensión moral que explica y justifica el derecho explícito?» (Etcheverry, 2006, pág. 86)<sup>12</sup>.

Pero lo que resulta concluyente es que concretamente, en dicho Postscriptum, Hart señala concretamente:

«Aunque mis principales ejemplos de los criterios proporcionados por la regla de reconocimiento son cuestiones a las que Dworkin ha llamado “pedigrí” y se refieran sólo a la manera en la cual las normas son adoptadas y creadas por las instituciones jurídicas y no a su contenido, expresamente sostengo que tanto este libro y en mi artículo anterior sobre “Positivismo y la separación de Derecho y Moral”, que en algunos sistemas de Derecho, como en el de los Estados Unidos, el último criterio de validez jurídico podría explícitamente incorporar, además del pedigrí, principios de justicia o valores morales sustantivos y éstos podrían constituir el contenido de límites jurídico constitucionales» (Hart, 1994, *postscriptum*, pág. 247).

Una rectificación más clara, agua. Luego el mismo Hart sostiene que la teoría dworkiniana consiste más bien una teoría de la adjudicación, más que una teoría del derecho. Siendo así, Dworkin presenta planes y objetivos diferentes a su propia concepción, expresada en *El Concepto de Derecho*: la crítica se equivoca o yerra el blanco.

Pero ciertamente, hacer referencia ahora —como el mismo Hart lo reconoce—, al *contenido* de las normas y no solamente a su origen o modo de creación, supone una importante concesión que probablemente no hubiera sido posible sin que las críticas de Dworkin hubieran tenido lugar a partir de su modelo del Derecho, presentado como un conjunto de reglas y principios.

---

<sup>12</sup> La cita del mismo Hart (1980a) corresponde a la conferencia titulada “El nuevo desafío del positivismo jurídico”, impartida en la Universidad Autónoma de Madrid el 29 de octubre de 1979.

## **VII. CONCLUSIONES**

¿Qué nos queda de la lectura y el análisis de toda esta crónica? Una primera conclusión es que las posiciones más duras del primitivo positivismo jurídico, al alejar del campo del Derecho a la moral y a la justicia, contribuyeron a crear un esqueleto vacío de contenido y de sustancia. Una concepción para la cual ir más allá de la norma era hacer metafísica o axiología, algo totalmente alejado de la científica pureza incontaminada, que pretendía ser el reino propio de los juristas.

El último positivismo, por el contrario, nos muestra otro panorama. Nos encontramos, frente a una bocanada de aire puro. La crónica que hemos efectuado, nos ha llevado a un camino seguro: el Derecho, en efecto, ha de incluir una idea moral. Una idea que, por mínima que sea, ha supuesto un avance formidable respecto de los avances del paleopositivismo y su neutralidad valorativa. Ello ha permitido, sin duda, abrir camino a los planteos de Alexy, Rawls o Habermas, autores que ya no conciben analizar al Derecho como opuesto o totalmente alejado de la moral. Se habla ahora de la justicia, de fundamentos supralegales que deben ser la base de toda Constitución, de derechos contramayoritarios, de valores. Indudablemente el paisaje ha cambiado radicalmente. El Derecho ya no se concibe como una norma puesta por el hombre más o menos arbitrariamente.

Por otra parte, traer la moral al derecho desde una base objetiva, supone fundamentar debidamente ni más ni menos que a los mismos derechos humanos, los que ahora no dependerán de lo que a cada uno se le ocurra: la realidad no puede burlarse a designio.

Tratar a estos autores nuevos supone, empero, escribir otra crónica. Esperemos hacerla prontamente, del modo más objetivo y adecuado posible.



## REFERENCIAS

- Atienza, M. (2001). *El sentido del derecho*. Barcelona: Ariel.
- Austin, J. (2002). *El objeto de la jurisprudencia*, Madrid: Centro de estudios constitucionales
- Bobbio, N. (1993). *El positivismo jurídico*. Madrid: Debate.
- Comité Wolfenden (septiembre de 1957). Las citas corresponden a Devlin, P., 2010.
- Devlin, P. (2010). *La imposición de la moral*. Madrid: Dykinson.
- Dworkin, R. (1984). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.
- Etcheverry, J.B. (2006). *El debate sobre el positivismo jurídico incluyente. Un estado de la cuestión*. México: UNAM.
- Hart, H.L.A. (1963). *El concepto de derecho*, trad. Genaro Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Hart, H.L.A. (1994). *The Concept of Law*, 2a ed. Oxford: Clarendon Press. El postcritum ha sido traducido por F. Mora Sifuentes (2010). Un intento de caracterización del positivismo jurídico incluyente. *Papeles de Teoría y Filosofía del Derecho*, 9, 1-14.
- Hart, H.L.A. (1980a). El nuevo desafío del positivismo jurídico, trad. de L. Hierro, F. Laporta & J.R. Páramo. *Sistema*, 36, 3-18.
- Hart, H.L.A. (1980b). Inmoralidad y alta traición. *Filosofía del Derecho*. R. Dworkin (ed.). México: Fondo de Cultura Económica.
- Kelsen, H. (1958). *Teoría general del Derecho y del Estado*. México: UNAM.
- Kelsen, H. (1979). *Teoría pura del derecho*, trad. por Roberto J. Vernengo. México: UNAM.
- Lyons, D. (1986). *Ética y Derecho*. Barcelona: Ariel.
- Massini Correas, C.I. (1995). *La falacia de la falacia naturalista*. Mendoza: Edium.
- Montejano, B. (2002). *Curso de derecho natural*. Buenos Aires: LexisNexis.
- Portela, J.G. (2010). Aportaciones de las teorías del lenguaje a la argumentación jurídica. AA.VV., *Argumentos de la argumentación jurídica*. México: Porrúa.

- Portela, J.G. (2011). *Derecho, desobediencia civil y principios jurídicos*. Lima: Ara Editores.
- Ridall, J.G. (1999). *Teoría del Derecho*, Gedisa Editorial. Barcelona: Gedisa.
- Ross, A. (1974). *Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Aires: Eudeba.
- Sampay, A.E. (1975). *La filosofía jurídica del Artículo 19 de la Constitución Nacional*. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales.
- Wolf, N. (23-III-2014). *Contra los gays y contra los que piensan distinto*. Buenos Aires: Diario Clarín.