

CRISTÓBAL ORREGO SÁNCHEZ, H.L.A. Hart. *Abogado del positivismo jurídico*. Prólogo de Pedro Serna. EUNSA, Pamplona 1997, 457 pp.

El libro que se presenta constituye —en versión reducida por exigencias editoriales— la tesis doctoral de Cristóbal Orrego, profesor de la Universidad de los Andes, y se enmarca dentro de una línea de investigación que tiene por objeto la crítica de las versiones más recientes del positivismo jurídico, particularmente, los intentos contemporáneos de mantener la perspectiva y el concepto de Derecho propios del positivismo jurídico y a la vez de recuperar la racionalidad para el mundo de los valores.

Dentro de esta línea Orrego elige la obra de H.L.A. Hart como objeto de investigación, pues, aparte de ser uno de los exponentes más destacados del positivismo jurídico posterior a 1945, parecía ser, como señala en la introducción del libro, un autor abierto a todas las posturas, ecuánime entre el iusnaturalismo y el iuspositivismo clásicos. Esta impresión inicial resultó ser una ilusión y, como Orrego demuestra en los primeros cuatro capítulos de su obra, la actitud de gran equilibrio entre las tesis iusnaturalistas y iuspositivistas, atribuida por algunos a Hart, es sólo un equilibrismo de elementos incompatibles.

En efecto, en los capítulos I al IV, en los que se estudia con detalle la noción que Hart nos presenta del positivismo jurídico y los argumentos dados en su favor, Orrego muestra, en forma insistente, las contradicciones, ambigüedades y tautologías en que incurre el profesor de Oxford.

En el capítulo I se aborda la cuestión de la naturaleza del positivismo jurídico, tal como es presentada por Hart, esto es, como una determinada tradición iusfilosófica sobre dos problemas sustanciales: el del concepto de Derecho y el de las relaciones entre Derecho y moral. Hart establece los usos de la expresión “positivismo jurídico” —en un intento por eliminar las ambigüedades de la expresión— que corresponden a las tesis sobre la naturaleza del Derecho y sus relaciones con la moral que, según Hart, constituyan parte de la tradición iuspositivista. Sin embargo, el análisis de Orrego muestra cómo Hart, en su determinación de lo que es el positivismo jurídico, ha llevado a cabo una transformación de la

tradición iuspositivista, con el fin de defenderla, formulando en realidad una nueva tesis que él quiere calificar como positivista. Esta transformación es de tal magnitud e influencia que después de Hart el nombre "positivismo jurídico" es usado para designar algo diverso. En este capítulo se trata también la posición del positivismo jurídico frente a los dos problemas ya apuntados, y cómo Hart contrapone a este respecto la doctrina del Derecho natural y el iuspositivismo. Finalmente, el autor evalúa la caracterización hartiana del positivismo jurídico y, con un rigor lógico envidiable, destaca las distintas falencias de esta caracterización: la desconexión de la realidad histórica y el esencialismo fuera de lugar, el apriorismo, la ignorancia de la tradición y de los autores iusnaturalistas y, en fin, la incoherencia de la defensa hartiana del positivismo jurídico, que hace que Hart defienda, rechace o ignore ciertas tesis tradicionalmente consideradas como positivistas –y consideradas por él sólo como "accidentalmente positivistas" o fuera de lo que es la "esencia" del positivismo–, según la conveniencia que el hacerlo tenga para la defensibilidad de las tesis positivistas que él comparte.

En el segundo capítulo se trata la tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral, que fue la más frecuentemente defendida por Hart como central de la tradición iuspositivista. El significado de esta tesis es, según Hart, que en la definición del Derecho no entra ninguna referencia a la justicia o a otros valores, o que el hecho de que una regla jurídica sea moralmente inicua o injusta no implica que sea inválida o que no constituya Derecho (p. 66). La formulación que Hart hace de la tesis es, como muestra Orrego, absolutamente ambigua, pues su significado dependerá del significado que se le dé a los términos usados en la formulación de la misma. Y, como Hart parte de un concepto de Derecho que por estipulación excluye a la moral –el Derecho es el Derecho positivo–, el significado de la tesis es tautológico. En el fondo, Hart no aborda el problema de las relaciones entre Derecho y moral, pues no indaga en la realidad para resolver esta cuestión, sino que se dedica a defender una definición pragmática de Derecho.

El tercer capítulo aborda la otra tesis que, según Hart, constituye el núcleo del positivismo jurídico, cual es la tesis del análisis conceptual no valorativo. Esta postula como posible y necesaria una división entre las investigaciones ocupadas en el análisis del derecho y los conceptos jurídicos, y aquellas ocupadas en la crítica o evaluación del Derecho. A esta tesis Hart le introduce diversos matices o aclaraciones destinadas a rechazar críticas modernas que la toman como el sello de un positivismo jurídico superficial e inútil, despreocupado de los fines que los hombres persiguen mediante el Derecho. Estas aclaraciones son: que la teoría analítica no implica jurisprudencia mecánica; que explica la realidad y no sólo los usos lingüísticos; que considera los fines de las realidades jurídicas; que análisis y crítica son estudios jurídicos legítimos y complementarios; que la teoría analítica describe las valoraciones sin valorarlas, incluso si son componentes esenciales del Derecho; que la teoría analítica no es moralmente normativa; y que las valoraciones orientan la teoría analítica. Orrego evalúa estas aclaraciones hartianas y nuevamente constata las tautologías –al tomar como punto de partida precisamente lo que quiere probar– y ambigüedades –la tesis puede significar diversas cosas, muchas de ellas totalmente concordantes con la doctrina del derecho natural– en que incurre el profesor de Oxford, como asimismo las incoherencias de sus "aclaraciones" de la tesis. Por ejemplo, la declaración de tolerancia respecto de los estudios críticos del Derecho –al afirmar que son legítimos e importantes– implica volver a introducir como objeto de

la ciencia jurídica no sólo el Derecho positivo, sino también los criterios que sirven para orientarlo y para juzgar su justicia o injusticia; pero esta admisión equivale a decir que la antigua tesis de que la ciencia del Derecho tiene por objeto lo justo y lo injusto es compatible con la tesis de que tiene por objeto el Derecho positivo. Si esto es así, Hart ha echado por la borda la finalidad del positivismo jurídico clásico de eliminar la ideología del conocimiento jurídico cierto. Además Hart estaría de acuerdo con la teoría iusnaturalista, que contempla el estudio y la crítica del Derecho positivo como dimensiones del conocimiento jurídico (p. 127).

Continúa el capítulo con el examen de la posibilidad de describir sin valorar. La conclusión al respecto es tajante. Es falso e imposible el análisis conceptual no valorativo, pues la misma tesis es consecuencia de una prescripción —que el Derecho *debe* ser descrito sin valoraciones— y, por otro lado, el análisis del científico del Derecho está permeado de valoraciones. En efecto, los términos y conceptos usados inevitablemente llevan una carga valórica. No somos dueños del significado de las palabras que usamos, dice Orrego (p. 139), pues este dependerá de los destinatarios de las mismas, apuntando así a un hecho que ha sido reconocido por autores como Dilthey, Gadamer y Arthur Kaufmann, cual es la existencia de un componente que es subjetivo, en cierto sentido, en todo conocimiento, hecho que es particularmente relevante en el ámbito de las ciencias del espíritu. La comprensión del objeto, en este caso, no depende sólo del objeto mismo, sino que también del sujeto cognoscente, el que no es una “tabla rasa” que aprehende contenidos, sino un sujeto que es parte de una cierta cultura y, por lo mismo, comprende desde unos determinados valores, prejuicios y preconcepciones. Y así como el jurista, al intentar describir el Derecho, no puede ser meramente descriptivo, pues, quiéralo o no, están presentes en su “descripción” las valoraciones, quienes deben aplicar y obedecer el Derecho, lo comprenden también desde sus propias valoraciones y prejuicios. “Esa es la pesadilla del positivismo jurídico conceptual: define, en su laboratorio, el derecho de modo “neutral”, no porque ese sea el significado real de las palabras, sino porque ese *debe ser* su significado; pero después sale al mundo real y los hombres corrientes, llenas sus cabezas de mitos, comienzan a obedecer y a aplicar lo que se identifica —‘neutralmente’— como ‘derecho’” (p. 140). Por otra parte, el jurista, al decir qué es Derecho y qué no, imperativo ineludible para él, está valorando, pues está aplicando un criterio para discernir aquello que debe considerar parte del Derecho, e incluirlo en su descripción, y aquello que no debe ser considerado parte del Derecho, y por consiguiente excluirlo de su descripción.

Luego de concluir que es imposible una ciencia jurídica puramente descriptiva, Orrego se pregunta si para comprender los conceptos del Derecho positivo es necesario el estudio de los fines, y, en particular, de los fines morales. Según Hart, es “completamente vano buscar alguna finalidad más específica que el derecho en cuanto tal sirva, más allá de proporcionar guías a la conducta humana y pautas para la crítica de tal conducta” (p. 144). Frente a este aparente rechazo al estudio de la finalidad en la teoría analítica, Orrego observa que si uno se fija en la teoría hartiana del Derecho tal como es, y no en lo que Hart dice sobre los fines, se verá que no existe ningún concepto ni regla que Hart explique sin referencia a los fines. Siempre que Hart explica algún aspecto del Derecho positivo, recurre a algún bien o ventaja que lo justifica. Más aún, el decir que el Derecho no tiene otra finalidad más allá de *proporcionar guías a la conducta humana y pautas para la crítica de tal conducta*, importa explicar el Derecho en

función de una finalidad. Así, Orrego muestra que lo que especifica a las creaciones humanas es el fin de la mismas, y que en el caso del Derecho, este fin es de índole moral. Para probar este aserto en relación a la teoría hartiana, Orrego se apoya en dos aspectos de la misma: la explicación de los conceptos jurídicos por referencia a los morales —contradiendo así la tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral— y la explicación del concepto de justicia y del mínimo de Derecho natural.

En el cuarto capítulo Orrego se pregunta por el valor científico y moral del iuspositivismo, tal como es entendido por Hart. El autor ya nos ha mostrado que es imposible describir el Derecho sin apelar a la moral. Sin embargo, suponiendo que fuera posible describir el Derecho como sugiere Hart, ¿es esto deseable? El profesor de Oxford intenta convencernos de adoptar el positivismo jurídico como orientación en el estudio del Derecho, para lo cual, sin embargo, debe recurrir a valoraciones. Es decir, admite que el estudio del Derecho adopte uno u otro sentido en función de determinados valores, sólo que el valor que él propugna es el de la “neutralidad” valórica.

Orrego, como señalábamos, analiza el valor del iuspositivismo de Hart desde una doble perspectiva: científica y moral. En relación a la primera, se examina el argumento hartiano según el cual adoptar un concepto restringido de Derecho —en lugar de su concepto amplio que identifica Derecho con Derecho positivo— llevaría a excluir del estudio jurídico las reglas injustas, lo que naturalmente sólo traería confusión. Sin embargo, para Orrego, el que está restringiendo a la ciencia jurídica es Hart y no el iusnaturalismo. En efecto, primero que nada no es cierto que la teoría del Derecho natural no considere parte de su objeto de estudio las normas injustas; Hart, al afirmar esto, está mostrando su ignorancia respecto de dicha teoría. Pero más aún, al abogar Hart por una amplitud de los estudios jurídicos, debiera ser consecuente y considerar como parte de dichos estudios los criterios sobre lo justo y lo injusto. Para Hart, a tono en esto con los filósofos clásicos del Derecho natural —aunque posiblemente sin saberlo—, el estudio del uso de un sistema de reglas implica el estudio de su abuso. Y son precisamente los criterios sobre lo justo y lo injusto los que permiten distinguir el uso del abuso. Además Hart, en sus propuestas para una ciencia jurídica, se queda a mitad de camino. Se refiere sólo a la materia sobre la que debe recaer el estudio, pero no a lo que se debe buscar en ese estudio, ni tampoco a las conclusiones que se deben extraer del mismo.

La defensa moral que Hart hace del positivismo, que va acompañada de una descalificación de los conceptos de Derecho y validez jurídica que él atribuye al iusnaturalismo, la examina Orrego en relación a los siguientes temas: carácter conservador o revolucionario del iusnaturalismo; capacidad de la teoría jurídica iusnaturalista o positivista para favorecer la resistencia contra la iniquidad legal; problemas que enfrentan los tribunales revolucionarios o de postguerra; y el argumento de que el iusnaturalismo simplifica cuestiones morales complejas. En relación al primer problema, Orrego destaca que Hart está planteando la posición del positivismo como un equilibrio entre dos extremos, ambos representados por el iusnaturalismo. Y es en esta posición “virtuosa” —justo medio entre dos extremos— donde radica la fuerza del argumento hartiano. Sin embargo, Hart no presenta ningún criterio de obediencia alternativo a estos extremos, sino que lo que hace es defender ya sea la primacía del Derecho positivo sobre la conciencia moral o de esta sobre el Derecho positivo, según si lo que se intenta conjurar es el peligro anarquista o reaccionario.

En relación a la aptitud para resistir el Derecho injusto, Hart señala que la adopción de un concepto restringido de Derecho, en el que no hay lugar para leyes válidas pero moralmente inicuas, no parece que pueda llevar a una resistencia frente a la injusticia, pues fomentará la idea de que todo Derecho es siempre justo y por tanto debe ser siempre obedecido. En cambio, con el concepto amplio se preserva la idea de que existe algo fuera del sistema de reglas, con referencia a lo cual el individuo debe resolver en último término si obedece o no. Para Orrego, el argumento de Hart es falaz. Lo ejemplifica llevándolo al campo de 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” (p. 246). Es decir, equivale a sostener que quien acepta como Derecho sólo las reglas justas, estaría más dispuesto a aceptar también como Derecho las reglas injustas.

Frente al tercer tema, los problemas de los tribunales de postguerra, la posición de Hart es que se debe ser sincero y claro para plantear la cuestión, y reconocer que debe elegirse entre dos males morales: violar el principio *nulla poena sine lege* o dejar impunes a autores de crímenes. Orrego considera que el problema está mal planteado por Hart. Si ambos son males, no cabe la elección sino que la omisión de actuar. Sólo cabe sancionar si puede hacerse mediante un procedimiento justo y con una pena justa. Si esto no es posible, el no sancionar no es un mal moral, sino que la consecuencia de un defecto en el ordenamiento jurídico. En segundo lugar, Hart no ha comprendido la postura iusnaturalista frente a este problema: que el Derecho natural es Derecho siempre, de modo que no se puede amparar en el principio *nulla poena sine lege* quien actúa contra ese Derecho, cuando se trate de sus principios más evidentes. Esta limitación al principio *nulla poena* supone que los principios de justicia en cuestión –y también las iniquidades– eran conocidos a pesar de no ser reconocidos por la legislación positiva.

Por último, Orrego responde al argumento de Hart de que el iusnaturalismo simplifica en exceso y toscamente los problemas morales a que dan lugar las reglas inicuas, pues se niega a reconocerlas como válidas, señalando que es el positivismo, con su concepto unívoco de Derecho, el que las simplifica. Por otro lado, si uno se toma en serio las tesis hartianas de la separación conceptual entre Derecho y moral y del análisis conceptual no valorativo del Derecho, estos problemas no caben dentro de la ciencia jurídica.

En síntesis, Orrego en los capítulos I-IV muestra que lo que parecía un buen “arreglo” entre positivismo jurídico y iusnaturalismo, y que podía dejar atrás siglos de disputas, era sólo una fachada destinada a salvar la tradición positivista, en franco repliegue hacia el año 1945. Para eso, Hart reinterpretó el problema, presentando al iusnaturalismo como una doctrina, en palabras de Orrego, “no sólo falsa –lo cual podría admitirse–, sino realmente estúpida” (p. 7). Y el positivismo jurídico pasó a ser una mera convención lingüística: llamar Derecho a lo que antes se llamaba “Derecho positivo”. Esta nueva presentación del positivismo –que le permitía conservar el carácter científico y no cargar con la mala conciencia del positivismo ideológico o de la obediencia moral al Derecho injusto– no da, sin embargo, solución a los problemas que desde antiguo han dividido a ambas tradiciones.

Los dos últimos capítulos del libro intentan dar razón de lo que, en estricta lógica, aparece como inexplicable.

Al examen del conflicto interno del proyecto iusfilosófico hartiano está destinado el capítulo V. Hart, para construir su versión del positivismo recurrió a la filosofía analítica del lenguaje ordinario. La síntesis pareció adecuada en un principio, pues ambos compartían elementos comunes, principalmente el anhelo de claridad y certeza. Sin embargo, la filosofía analítica se acercaba demasiado a la experiencia humana, tendiendo así a un realismo metafísico que resultaba francamente peligroso para el proyecto de Hart. Por ello, el profesor de Oxford disminuye su inicial aprecio hacia la filosofía analítica, mostrando así, según Orrego, que esta no constituía más que un ropaje de su positivismo jurídico. Orrego examina aplicaciones concretas del análisis lingüístico en las obras de Hart —el reconocimiento de la analogía del lenguaje y de la realidad; su crítica de la utilidad de la definición; y la distinción de puntos de vista interno y externo—, y muestra cómo este se inhibe de llevar el análisis hasta sus últimas consecuencias, pues estas serían contradictorias con su proyecto filosófico-jurídico. Por ejemplo, la recuperación parcial del principio de analogía chocaba con su defensa de un concepto unívoco de Derecho.

En el último capítulo está contenida la tesis central de Orrego. El análisis realizado en los capítulos anteriores lleva a conclusiones que hacen del positivismo hartiano algo incomprensible. Hart se mantiene como acérrimo defensor del positivismo a pesar de las contradicciones y defectos insubsanables que el mismo presenta. Es decir, lo acepta como una premisa incontrastable, previa a cualquier razonamiento teórico. Para dar explicación a esta aporía, Orrego debe salirse del terreno en el que ha venido pisando firme por más de 300 páginas, el de la argumentación abstracta y teórica —propia de la teoría jurídica analítica— y pasar a explorar el contexto vital en el que se da el pensamiento de H.L.A. Hart. Orrego está consciente de las limitaciones que esto implica para la investigación, pero no puede sino hacerlo si quiere cumplir con el objetivo de la misma: comprender una versión particular, y en extremo influyente, del positivismo jurídico. Esta indagación en las raíces vitales del positivismo jurídico hartiano, que, como advierte Orrego, no pretende ser una biografía —aunque nuestro autor es tanto o más exhaustivo que un biógrafo en la recopilación de fuentes, lo que lo lleva a recoger testimonios de colegas y amigos íntimos de Hart, amplias búsquedas en la Oxford University Gazette y a entrevistarse personalmente con la viuda de Hart—, nos da una mirada a los orígenes familiares del profesor inglés, sus años de colegio y estudio en Oxford, su experiencia como abogado litigante —que habría de tener una importancia decisiva en la repercusión de su pensamiento iusfilosófico— y, finalmente, su labor como catedrático de filosofía del derecho. En estas páginas dedicadas a exponer las distintas etapas de la vida de Hart, Orrego manifiesta gran admiración por sus cualidades personales —su brillantez y buen humor— y académicas —dedicación a sus alumnos y cultivo de los valores culturales y universitarios, sus escritos incisivos y polémicos, elegantes y sencillos—, y encuentra en ellas la principal explicación para el éxito de su nueva defensa del positivismo jurídico. Con este recorrido vital se esclarece la tesis de Orrego: el positivismo de Hart no es consecuencia de un raciocinio de carácter filosófico-jurídico previo, sino que es consecuencia de convicciones morales determinadas, muy fuertes especialmente en materia de religión y moral sexual. Estas convicciones lo llevaron al pensamiento utilitarista, pues este las justificaba racionalmente. Asimismo, lo llevaron a atacar la noción de ley natural, pues esta se oponía a dichas conviccio-

nes morales, las declaraba inmorales. Y el positivismo jurídico, cualquiera fuese su significado, era la doctrina sobre el Derecho que defendían los utilitaristas.

Como conclusión general de su trabajo, Orrego destaca que la teoría jurídica general sólo puede evitar ser la mera formalización lógica de prejuicios heredados si se integra en la filosofía moral y política. De no ser así, y de no reconocer la unidad de la razón práctica, se corre el riesgo de repetir la experiencia hartiana: un autor brillante con un pensamiento incoherente.

Sostener que el pensamiento de uno de los filósofos del Derecho más influyentes de la segunda mitad de este siglo es ambiguo, tautológico y contradictorio, y que su raíz se encuentra en ciertas convicciones morales firmemente mantenidas, sin duda que aparece, a primera vista, como una tesis audaz, por no decir temeraria. Sin embargo, el profesor Orrego, gracias a la seriedad de su trabajo, en el que cada afirmación se encuentra fundamentada en forma contundente, a la profundidad del mismo, llevando cada idea y argumento hasta sus últimas consecuencias, y a su estilo ágil, elegante y matizado de una fina ironía, nos entrega una obra sólida y madura, destinada a renovar y a enriquecer el debate en torno a la fundamentación de los derechos humanos. Por eso, su lectura resulta obligada no sólo para los seguidores de la teoría analítica o los defensores del Derecho natural, sino que para todo aquel que quiera comprender el desarrollo y tratamiento de los grandes problemas planteados a la ciencia jurídica.

*Gonzalo Cordero Arce*