Derecho y moral en Hart*

Rodolfo Vázquez**

El propósito del artículo es desarrollar algunas de las ideas centrales de Herbert Hart acerca de una de las cuestiones que ha sido preocupación permanente de la filosofía del derecho: la relación entre derecho y moral. A lo largo de la historia de la filosofía del derecho, dos son las posibilidades básicas concebibles respecto a la relación entre derecho y moral: la tesis de la vinculación, que establece un nexo necesario entre ambos sistemas sociales, y la tesis de la separación. Hart se inscribe como uno de los defensores más prominentes de la tesis de la separación. Para una mejor comprensión del pensamiento de Hart en esta materia, la primera parte del texto -menos extensa- ubica la temática que nos ocupa dentro del pensamiento iusfilosófico contemporáneo, mientras que la segunda, dividida en varios subtemas, analiza algunas obras de Hart y las fecundas polémicas que sostuvo con los más sobresalientes filósofos del derecho anglosajones de su tiempo: Fuller, Devlin y Dworkin.

The aim of this article is to develop some important ideas of Herbert Hart about one of the subjects that have been dealt in the philosophy of law: the relation between law and morality. In the history of philosophy of law are two basic possibilities about the relation between law and morality: the linking thesis that establishes a necessary connection between social systems, and the thesis of separation. Hart enrols himself like one of the most important defenders of the thesis of separation. In order to a better comprehension of Hart's thought about this task, the first part of this article - less extensive placed the thematic that concern us in the contemporary iusphilosophical thought, meanwhile, the second part is divided in many sub-themes, analyse some Hart's works and the prolific polemics that had with the most prominent philosophers of Anglo Saxon law of his time: Fuller, Devlin and Dworkin.

Pocas cuestiones han ocupado la atención de tantos juristas como la de las relaciones entre moral y derecho. Este problema, en palabras de Francisco Laporta: "no es *un* tema de la filosofía jurídica, sino que es *el* lugar donde la filosofía del derecho *está*"¹. Dos son las posibilidades básicas concebibles respecto a la relación entre derecho y moral: la tesis de la vinculación y la tesis de la separación. Uno de los defensores más prominentes de la tesis de la separación ha sido, sin lugar a dudas, Herbert Hart.

Antes de pasar al desarrollo de algunas de las ideas centrales de Hart sobre el tema que nos ocupa

me gustaría ubicar la temática dentro del pensamiento jurídico filosófico contemporáneo. De esta forma el texto quedará dividido en dos partes. La primera, menos extensa, tratará las relaciones entre derecho y moral a partir de las primeras décadas del siglo pasado. La segunda, dividida a su vez en varios subtemas, se dedicará al análisis de algunos textos de Hart y a las fecundas polémicas que sostuvo con algunos de los más sobresalientes filósofos del derecho anglosajones: Lon Fuller, Patrick Devlin y Ronald Dworkin.

I

Durante las cuatro primeras décadas del siglo **XX** se impuso la tendencia a la separación entre las ciencias sociales y la ética. Esta tendencia puede percibirse claramente en tres ejemplos significativos:

* Una primera versión de este ensayo -más breve- fue presentada durante el Tercer Ciclo de Conferencias organizado por el Grupo de Reflexión Jurídica del Departamento de Derecho de la Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Azcapotzalco, el 5 de noviembre de 2001. Agradezco a Agustín Pérez Carrillo su amable invitación.

**Departamento Académico de Derecho, Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Investigación (ITAM).

1. Francisco Laporta, *Entre el derecho y la moral*. Fontamara, México, 1993, p. 7.

el de Lionel Robbins en Economía con su libro *Ensayo sobre la naturaleza y significado de la ciencia económica*, de 1935; Hans Kelsen en Derecho con su *Teoría pura del derecho*, de 1934; y Julius Ayer en Filosofía con su *Lenguaje, verdad y lógica*, de 1936, sin olvidar por supuesto los trabajos que de tiempo atrás venía realizando en el terreno político y social Max Weber.

Todos estos autores asumían con más o menos diferencias la postura que en ética se conoce como no cognoscitivista. Así para Robbins los juicios de valor de naturaleza ética debían ser desterrados del campo de la economía. Si se quiere hablar de una economía normativa, lo único que podía aceptarse era la formulación de reglas para el uso de recursos escasos, dentro del marco de un mercado libre, con miras a la obtención de fines dados de antemano. La justificación de estos fines superaría los límites de la razón y al respecto lo más sensato sería guardar silencio.

En su *Teoría pura del derecho* Kelsen aboga por una separación radical entre moral y derecho. Esta separación es la que aseguraría la "pureza" del derecho. A diferencia de la moral cuyo sistema normativo es estático, el del derecho es dinámico, es decir, requiere para la creación de sus normas de actos voluntarios dirigidos a la persecución de sus fines que, al igual que en Robbins, escapan a todo intento de justificación universalmente válida. Para Kelsen, el positivismo jurídico si quiere ser congruente debe descansar en un relativismo axiológico.

En fin, para Ayer los juicios éticos quedan reducidos a expresiones de estado de ánimo, de aprobación o de rechazo. En la Filosofía del Derecho Alf Ross, digno representante del realismo jurídico escandinavo, recogería esta versión emotivista de la ética en su libro *Sobre el derecho y la justicia* de 1958, en el que sostenía que decir que algo es justo era equivalente a dar un puñetazo sobre una mesa como señal de aprobación.

Hasta la década de los cincuenta, inclusive, la posición no cognoscitivista de Kelsen fue la predominante en el pensamiento jusfilosófico. George Nakhnikian ofrece un buen análisis de estas corrientes éticas y su relación con el derecho en su libro *El derecho y las teorías éticas contemporáneas*, de 1957.

La experiencia trágica de la Segunda Guerra Mundial provocó una enorme conmoción que se extendió desde la total desconfianza en la razón hasta el intento de buscar nuevas vías teóricas para superar el

escepticismo ético. Una de estas vías se dio a partir de un renacimiento vigoroso del jusnaturalismo que, desde 1945, se extendió con fecundidad hasta principios de los setenta. A decir verdad, al pasar revista de los pensadores que reúne y analiza Recaséns Siches en su libro *Pensamiento jurídico en el siglo XX*, publicado en 1963 -Brunner, Messner, Verdross, Maihofer, Welzel, Maritain, Leclercq, Villey, Bodenheimer, Fuller, Legaz y Lacambra, Preciado Hernández, por citar sólo algunos-, uno no podría más que compartir el entusiasmo de un filósofo que como el propio Recaséns ve un futuro promisorio para la doctrina del Derecho Natural. La realidad, sin embargo, desmintió a Recaséns. En no pocos casos el jusnaturalismo ha terminado mostrando un carácter ideológico muy cercano a posiciones ético-religiosas que por lo general resultaban difícilmente coherentes con los postulados de doctrinas democrático-liberales y, en otros, que comulgan con lo que algunos autores han llamado jusnaturalismo ontológico, no terminaron de superar ciertos problemas lógicos como es el de la llamada "falacia naturalista", o bien problemas epistemológicos como la creencia en el carácter absoluto e inmutable de la verdad y de los principios morales. Una versión menos rígida del jusnaturalismo, lo que podría denominarse "jusnaturalismo deontológico", que sin duda resulta más atractiva que el jusnaturalismo de corte absolutista y confesional, es la que presenta en nuestros días John Finnis a partir de una reinterpretación del pensamiento de Tomás de Aquino, en su obra *Natural Law and Natural Rights*, de 1980.

Por esos años, no mejor ha sido la suerte del positivismo jurídico. En su vertiente ideológica ha pretendido justificar la obediencia incondicional al derecho a partir de la validez de las normas favoreciendo, al igual que el jusnaturalismo, posiciones abiertamente antidemocráticas. Su vocación aséptica con respecto a la moral lo ubica en un callejón sin salida para una posible justificación integral del derecho. Asimismo, desde el punto de vista teórico el positivismo jurídico ha sido objeto de innumerables críticas -especialmente por los defensores del realismo jurídico- por su cercanía con una concepción estatista del derecho en un momento donde lo que se cuestiona, precisamente, es el concepto cerrado de soberanía estatal.

Desde fines de los cincuenta y principios de los sesenta, con la obra de Norberto Bobbio y de Herbert Hart, se comenzó a tomar conciencia de la necesidad de superar críticamente los paradigmas tradicionales,

suavizándolos o simplemente buscando nuevas alternativas. La polémica "dura" entre jusnaturalistas y jus positivistas comenzó a diluirse para dar lugar a puntos de vista no sólo más ajustados a la realidad sino más fecundos en sus propuestas teóricas.

A partir de Bobbio resulta ya obligado hacer una clara distinción entre diferentes puntos de vista desde los cuales se puede analizar el positivismo o el jus naturalismo: como "método" de estudio del derecho donde el problema tiene que ver con la validez de las normas; como "teoría" donde lo que se pone en juego es la verdad o falsedad de las distintas propuestas teóricas; y como "ideología" que tiene que ver con la evaluación axiológica de las normas o de los sistemas normativos. Entre el método, la teoría y la ideología no existe un nexo lógico o necesario, de tal modo que bien se podría ser positivista en cuanto al método, realista en la teoría y jusnaturalista en la ideología, o bien otras posibles alternativas de combinación. El mismo Bobbio propone su propio punto de vista: "En cuanto a la ideología, donde no puede haber tergiversación, soy jusnaturalista; en cuanto al método, soy con igual convicción positivista; por lo que hace a la teoría, no soy lo uno ni lo otro".²

En 1971, John Rawls publica su libro *Una teoría de la justicia*, el intento más serio, junto con el de Jürgen Habermas, de ofrecer una fundamentación racional de las normas morales. La obra de Rawls no sólo ha tenido una influencia directa en la reformulación de la relación entre derecho y moral, sino que también ha estimulado el interés de muchos filósofos del derecho por la filosofía política. En efecto, uno de los conceptos básicos de la filosofía política es el de 'autoridad normativa' y su vinculación lógica con la pretensión de obediencia. Esta pretensión implicaría una presunción de corrección o de legitimidad por parte de quien ordena con respecto a lo ordenado. Si esto es así, se puede avanzar un paso más y decir que esa pretensión de corrección tiene una connotación moral y sostener la tesis de que existe una conexión débil, 110 fuerte, pero necesaria, entre derecho y moral. Esta ha sido la posición sostenida, entre otros filósofos, por Carlos "Niño", Robert Alexy, Ernesto Garzón Valdés y, con algunos matices, también por Luigi Ferrajoli. Esta tesis apunta, por supuesto, al rechazo de la llamada "tesis de la separación" entre derecho y moral, que en su versión fuerte es sostenida por autores como Eugenio Bulygin y Ulises

Schmill, y en una versión más débil por filósofos como "Norbert Hoerster y Francisco Laporta".¹

A las discusiones sobre las relaciones entre derecho y moral se ha sumado, desde fines de los setenta prácticamente hasta nuestros días, un ingrediente más: la polémica reactualizada entre hegelianos y kantianos. Para los primeros, los llamados comunitaristas, existe una prioridad ética de lo colectivo o cultural sobre lo individual. La identidad del individuo depende de la pertenencia a una cierta etnia o nación. Para los segundos, el individuo debe asumir el "punto de vista moral" y concebirse como independiente y, de algún modo, separado de los condicionamientos espacio-temporales. Desde la filosofía jurídica la corriente comunitarista se ha hecho presente en la escuela denominada de los *Critical Legal Studies*, para quienes el argumento central es la imposibilidad de la neutralidad de la *rule of law* en una sociedad pluralista, a diferencia de la tesis de la universalidad y de la imparcialidad sostenida por los liberales. Desde hace ya algunos años ha irrumpido un tercero en la disputa-el republicanismo- que ha merecido ya la atención de algunos filósofos contemporáneos como Philip Petit, Luis Villoro, y en la filosofía del derecho Frank Michelman. Otra vertiente muy pujante desde mediados de los setenta, también hasta nuestros días, es la del *Análisis económico del derecho*. La moralidad del comportamiento humano juzgada bajo los criterios de racionalidad y eficiencia es el punto de partida para el análisis de las normas jurídicas. Destaco aquí la obra de Richard Posner, Guido Calabresi, Robert Cooter y, en México, Andrés Roemer. Tanto los **CLS** como el **AED** serían dos manifestaciones contemporáneas del realismo jurídico fuertemente arraigado, por ejemplo, en la comunidad jurídica estadounidense.

II

Como he señalado en un par de ocasiones, son dos las posibilidades básicas concebibles respecto a la relación entre derecho y moral: la tesis de la vinculación y la tesis de la separación. Creo que el debate más interesante, desde los años sesenta hasta nuestros días, no se da entre los defensores de las versiones fuertes de ambas tesis- por ejemplo, jus naturalismo

2. Norberto Bobbio, *El problema del positivismo jurídico*, Fontamara, México, 1991, p. 89.

3. Véase el planteamiento de estas posiciones en Rodolfo Vázquez (comp.), *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, Gedisa, Barcelona, 1998.

y positivismo exagerados o ideológicos-sino entre los que defienden las versiones débiles. He escogido el pensamiento de Hart porque pienso que a partir de su obra y de la polémica generada en torno a la misma se puede ilustrar, en todo su alcance, el debate contemporáneo precisamente en tales vertientes débiles. Como veremos, aun cuando el propósito de Hart, hasta sus últimos escritos, ha sido el de mantenerse en las filas de los que sostienen la tesis de la separación entre derecho y moral, su pensamiento se ha prestado también a interpretaciones que lo acercan más a la tesis de la vinculación. Quizás esta posible ambigüedad haga más atractiva la propuesta de Hart.

Concentraré mi atención en cinco textos de Hart: 1. "El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral";⁴ 2. *El concepto de derecho*,⁵ 3. *Law, Liberty and Morality*,⁶ 4. Crítica del libro de Lon Fuller, *The Morality of Law*,⁷ y 5. *Post scriptum al concepto de derecho*.⁸ Con respecto al *Concepto de derecho* tomaré en consideración casi exclusivamente los capítulos V y IX. El primero de ellos, junto con el *Post scriptum*, en relación a la polémica con Ronald Dworkin. El capítulo IX, con el propósito de desarrollar tres ideas relevantes en su pensamiento: el "punto de vista interno", el "contenido mínimo de derecho natural" y las relaciones entre "validez jurídica y valor moral".

Estoy consciente que al hacer esta selección dejo fuera textos que sin duda ayudarían a una comprensión más cabal del problema sobre las relaciones entre el derecho y la moral, pero que quedarán por el momento, en todo caso, para un análisis posterior. Me refiero, por ejemplo a: "¿Hay derechos naturales?", de 1955; "Obligación jurídica y obligación moral", de 1958; "Social solidarity and the Enforcement of Morality", de 1967; y otros tantos relacionados con el pensamiento de Bentham o con el problema del castigo y la responsabilidad penal.⁹ Con respecto a los textos que analizaré abordaremos tres polémicas que ocuparon la atención de Hart. Dos de ellas desde fines de los cincuenta hasta los primeros años de los sesenta -me refiero a las polémicas con Lon Fuller

y Patrick Devlin- y una de ellas desde fines de los sesenta hasta sus últimos años -me refiero a la que sostuvo con Ronald Dworkin.

1. "El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral"

Dentro de la tradición positivista anglosajona (Bentham, Austin) se ha insistido en la distinción conceptual entre derecho y moral. Estos autores distinguían nítidamente entre el *derecho que es* y el *derecho que debe ser* sin que ello significara dejar de trabajar por una sociedad mejor y por mejores leyes. Más aún, en ningún momento tal distinción comprometía con el rechazo de los elementos propios de un Estado de derecho (*Rechtsstaat*): así para Bentham el Estado de derecho supone la salvaguarda de la libertad de expresión, de prensa, el derecho de asociación, la publicidad de las leyes, el control de la administración pública, la importancia del principio de legalidad, etc. Tal distinción, por el contrario, evita serios problemas como, por ejemplo, la confusión entre el discurso descriptivo y el discurso prescriptivo. Por otra parte, aquellos viejos positivistas nunca negaron la coincidencia frecuente entre los órdenes jurídico y moral. Entre ambos existe un nexo fáctico: las expresiones jurídicas a menudo expresan principios morales; los propios tribunales pueden hallarse jurídicamente obligados a decidir de acuerdo a lo que consideran mejor y más justo desde el punto de vista moral. En términos de Hart:

...aunque existen numerosas e importantes conexiones entre el derecho y la moralidad, de modo que frecuentemente hay una coincidencia o solapamiento 'de facto' entre el derecho de algún sistema y las exigencias de la moralidad, tales conexiones son contingentes, no necesarias lógicamente ni conceptualmente.¹⁰

Y en otro lugar, refiriéndose a las obligaciones jurídicas y morales, afirma:

En los términos de mi nueva teoría, las obligaciones jurídicas existen cuando las demandas y la presión social están legitimadas por reglas jurídicas positivas, mientras que las obligaciones morales existen cuando están

4. *Harvard Law Review*, 1958. Traducción al castellano por Genaro Carrió, en *H.L.A. Hart: Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, Depalma, Buenos Aires, 1962.
5. Oxford, 1961. Traducción al castellano por Genaro Carrió, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1963.
6. Oxford, 1963.
7. De 1965.
8. Oxford, 1994. Traducción al castellano por Rolando Tamayo y Salmorán, UNAM, México, 2000.
9. Sobre la noción de responsabilidad en Hart véase Pablo Larrañaga, *i El concepto de responsabilidad en la teoría contemporánea del derecho*, Fontamara, México, 2000, pp. 85-189.

1. Herbert Hart, "El nuevo desafío al positivismo jurídico", en *Sistema*, No. 36. Conferencia dictada por H. Hart en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, en octubre de 1979.

legitimadas por reglas o principios morales. Aunque lo que es jurídicamente obligatorio puede *ser también* y es a menudo moralmente obligatorio, sus conexiones, cuando sucede así, no son necesarias ni conceptuales, sino contingentes.¹¹

Pero si bien Hart acepta la tesis de la separación entre moral y derecho, se deslinda con respecto a otras, propias del positivismo utilitarista y del positivismo formalista. Hart identifica cinco significados de "positivismo":

- a) La pretensión de que no existe conexión necesaria entre el derecho y la moral (ya señalada).
- b) La pretensión de que el análisis (o estudio del significado) de los conceptos jurídicos es algo que vale la pena hacer y algo que debe ser diferenciado de las indagaciones históricas sobre las causas u orígenes de las normas, de las indagaciones sobre la relación entre el derecho y otros fenómenos sociales, y de la crítica o evaluación del derecho, ya sea en términos de moral, objetivos sociales, u otros.
- c) La pretensión de que las leyes son órdenes de seres humanos (teoría imperativa de las normas).
- d) La pretensión de que un sistema jurídico es un "sistema lógicamente cerrado" en el que las decisiones jurídicas correctas pueden ser deducidas por medios lógicos de normas jurídicas predeterminadas, sin referencia a propósitos sociales, estándares morales o líneas de orientación.
- e) La pretensión de que los juicios morales no pueden ser establecidos o defendidos, como lo son los juicios de hecho, por argumentos, pruebas o demostraciones racionales (teorías no cognoscitivistas).

Austin, por ejemplo, aceptaría los tres primeros significados de positivismo, pero rechazaría los dos últimos; Hart aceptaría con Austin a) y b) y el rechazo de d), pero se aparta con respecto a c), y propone una posición intermedia entre el cognoscitismo y el no cognoscitismo. Veamos algunos de estos significados con más detalle.

Por lo que respecta al método analítico (b), Hart no se detiene demasiado en justificar las bondades del mismo, que da por supuestas, destacando su importancia a partir de Bentham y Austin.

La crítica a la teoría imperativa (c) ocupa más su

atención y, como se sabe, quedará plenamente desarrollada y criticada en los capítulos II, III y IV de *El concepto de derecho*. En síntesis, para Hart la teoría imperativa es limitada e insuficiente porque: 1. Si seguimos la teoría imperativa no podemos concebir una legislatura cambiante como un grupo de personas habitualmente obedecidas. 2. El legislador crea derechos que especifican los procedimientos básicos de la propia legislación y estas reglas no son órdenes habitualmente obedecidas. 3. Para Austin, en los Estados Unidos el Derecho estaba constituido por las órdenes emanadas de los representantes del cuerpo electoral: esta idea desbarata la concepción del soberano como entidad fuera del derecho habitualmente obedecido por la mayoría de la población; el cuerpo electoral, al constituirse en soberano, cae en la contradicción de obedecerse a sí mismo; en este caso, la "mayoría" obedece a la "mayoría". 4. La concepción imperativa omite distinciones entre reglas jurídicas que son de hecho radicalmente diferentes: por ejemplo, entre reglas que imponen deberes y reglas que confieren potestades, pretensiones y derechos.¹² Para Hart, la crítica de la teoría imperativa no trae como consecuencia la tesis de la unión conceptual entre el derecho y la moral. Esta conclusión separa a Hart de aquellos pensadores que, como Lon Fuller, piensan que al rechazar la teoría imperativa del derecho sostienen que las reglas de un sistema jurídico deben estar necesariamente conectadas con reglas morales o con principios sustantivos de justicia. Regreso a la polémica con Fuller en unos instantes.

Con respecto a la pretensión de un sistema jurídico lógicamente cerrado (d), piensa Hart que la acusación que se hace al positivismo de formalista es infundada. Al menos no es aplicable ni a Bentham ni a Austin, quienes aceptaban el carácter polisémico del lenguaje, su vaguedad o "textura bierta". "La concepción formalista de la decisión judicial, piensa Hart, corresponde más bien a filósofos jusnaturalistas que partiendo de Montesquieu, terminan en la 'ficción infantil' de Blackstone de que los jueces sólo 'declaran' y nunca 'crean' derecho". Esta es la misma crítica que los realistas americanos dirigieron a los formalistas arribando a la conclusión de que la interpretación judicial de casos controvertidos implica una conexión necesaria entre derecho y moral. Piensa Hart que esta conclusión no se sigue. El hecho de que el juez decida pensando en cierto tipo de propósitos so-

2. Entrevista de Juan Ramón de Páramo a H. L. A. Hart, en *Doxa*, No. 5, Universidad de Alicante, 1988, p. 345. He citado este texto y el anterior con la intención, también, de subrayar que la tesis de la separación lógica entre derecho y moral ha sido, o ha pretendido ser, una constante en el pensamiento de Hart.

3. Véase Juan Ramón de Páramo, *II.L.A. Hart y la teoría analítica del derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pp. 341-342.

ciales o morales no implica la negación de la distinción entre el derecho que es y el derecho que debe ser. Si se unieran habría que aceptar la identificación de la decisión racional del juez con la decisión justificada moralmente. Hart rechaza esta identificación. Para él el "debe" implica solamente la existencia de un patrón que puede ser moral, pero también social o político, o incluso inmoral: bajo un régimen de dictadura, por ejemplo, las decisiones judiciales pueden estar orientadas a preservar con efectividad la tiranía del Estado. No basta invocar los errores del formalismo para demostrar la falsedad de la tesis que distingue entre el derecho que socialmente es y el derecho que moralmente debiera ser. (Esta tesis es discutida también por Fuller y la veremos en unos instantes).

Por último, con respecto a una metaética no cognoscitivista (e), Hart disipa una posible confusión entre la tesis principal de su ensayo y la adopción de teorías éticas relativistas, subjetivistas o, en general, no cognoscitivistas. Austin, como dijimos, rechazó el no cognoscitismo mientras que Kelsen lo aceptó. Lo importante para Hart es que de la adopción de tales teorías éticas no se sigue ninguna consecuencia directa para el problema de la conexión entre el derecho que socialmente existe y el derecho que debe ser. La única diferencia que podría darse es que si, por ejemplo, se adoptan teorías éticas contrarias -es decir, objetivistas y cognoscitivas-, la iniquidad de las normas podría ser demostrada. Pero la demostración misma no probaría que la norma es derecho o que no lo es. Normas jurídicas moralmente inicuas podrían seguir siendo normas jurídicas; y lo contrario, podría haber reglas con todas las calificaciones morales demostradas y, sin embargo, no ser derecho.

2. Polémica con Lon Fuller

En la última parte del texto comentado de Hart hay una alusión directa a Fuller. Este replica a Hart en un ensayo publicado en el mismo número de la *Harvard Law Review* de 1958 -donde Hart publicó el suyo- bajo el título "Positivism and Fidelity to Law.

A Reply to professor Hart". En 1964, Fuller publica su libro *The Morality of Law* y, al año siguiente, Hart publica una reseña crítica del libro. No seguiré un orden cronológico en el debate sino un orden temático de acuerdo con los significados de positivism que se han delineado en el apartado anterior.

Hemos visto que Hart rechaza la teoría imperativa del derecho y que este rechazo no trae como consecuencia

la aceptación de la unión conceptual entre el derecho y la moral. Para Fuller, por el contrario, la crítica y el abandono de la teoría imperativa y, por consiguiente, la justificación del ordenamiento jurídico en la aceptación de ciertas reglas fundamentales que especifican el procedimiento legislativo, implica una conexión conceptual entre el derecho y la moral. La eficacia del sistema jurídico deriva de una aceptación general de ciertas reglas, aceptación que en última instancia no deriva del propio derecho, sino de la moral, es decir, "en una apreciación de lo que es necesario y correcto". La noción de "aceptación" implica para Fuller una noción moral que conceptualmente une el derecho y la moral. Regresaré sobre este punto en el siguiente apartado al comentar la tesis del "punto de vista interno" de Hart.

Para los realistas americanos admitir la existencia de un núcleo de significado establecido y una zona de penumbra de incertidumbre interpretativa implicaba una intersección necesaria entre derecho y moral. Para Fuller es imposible dividir la interpretación de las reglas jurídicas en tal distinción. La interpretación implica siempre un "deber ser", sin que podamos establecer un "es" fijo y constante. "A la luz de este 'deber ser' tenemos que decidir lo que la regla 'es'". Digamos, siguiendo a Guastini, que Hart sostendría un cognoscitismo en tanto admite la existencia de un núcleo de significado establecido y un decisionismo por lo que hace a la zona de penumbra.¹³ Fuller asumiría abiertamente una posición decisionista: "Afirmar que todas las cuestiones jurídicas están en la zona de 'penumbra', piensa Hart, es una obsesión tan extrema como la opuesta del formalismo". Pero aceptar el decisionismo en cuanto a la interpretación de las normas no compromete, como hemos visto en Hart, con un deber ser moral, mientras que sí lo hace para Fuller. Este considera imposible la interpretación del "deber ser" en términos inmorales. Para él, el derecho posee una lógica interna de moralidad, racionalidad, coherencia y generalidad que invalida cualquier "deber ser" inmoral: "Hart parece asumir que los propósitos injustos tienen tanta coherencia y lógica interna como los buenos. Yo... rechazo aceptar tal presuposición".

Ante una norma injusta¹⁴ existe para Hart un do-

4. Véase Riccardo Guastini, "La interpretación. Objetos, conceptos y teorías", en Rodolfo Vázquez (comp.), *Interpretación jurídica*, Fontamara, México, 1998, pp. 33-34.
5. Hart cita el siguiente caso: "En 1944 una mujer que quería deshacerse de su marido lo denunció a las autoridades por haber formulado observaciones injuriosas sobre Hitler, mientras se encontraba en su casa, en uso de licencia otorgada por el ejército alemán. La mujer no estaba obligada por la ley a denunciar al marido, aunque lo que éste le decía aparentemente violaba ciertas leyes que

ble conflicto entre dos tipos de obligación: por un lado, una obligación (jurídica) de obedecer al derecho y, por otro, una obligación (moral) que implica la desobediencia.

Hart, afina Salmerón, vuelve a las fuentes del liberalismo para restar importancia al hecho social desnudo de las reglas jurídicas y levantar, en cambio, el lugar de la conciencia moral, que puede reconocer la existencia del derecho y, sin embargo, mantener abierta la cuestión acerca de si debe ser obedecido. Todavía más, al reconocer que el derecho no es la moralidad, el punto de vista liberal se fortalece, para impedir que intente suplantarla.¹⁵

Para Fuller no hay conflicto ya que según su criterio el régimen nazi al haber violado constantemente la "moral interna del derecho" (por ejemplo: el uso de leyes retroactivas, la ejecución de normas secretas, la violación de sus propias normas, etc.) nunca tuvo ordenamiento jurídico alguno. El derecho, en la concepción de Fuller, lleva implícito en su propio concepto la existencia de una moralidad interna, una especie de derecho natural procesal cuya inexistencia implicaría, por definición, la no existencia del derecho.

Tal moralidad interna del derecho implica, para Fuller, ocho exigencias: a) las normas jurídicas deben ser generales, promulgadas, no retroactivas, claras y comprensibles, libres de contradicciones; y b) no deberían exigir lo imposible, ni ser frecuentemente modificadas, ni ser incongruentes entre el derecho y la acción oficial de administración y aplicación. Para Fuller estos ocho requisitos no derivan de principios de justicia o de otros principios morales externos que impliquen un contenido moral de las normas jurídicas, sino que son alcanzados únicamente en función de

calificaban de delito formular manifestaciones perjudiciales al gobierno del Tercer Reich o disminuir u obstaculizar por cualquier medio la defensa militar del pueblo alemán. El marido fue arrestado y condenado a muerte, por aplicación -parece- de esas leyes aunque no fue ejecutado sino enviado al frente. En 1949, la mujer fue procesada en un Tribunal de Alemania Occidental por un delito que nosotros llamaríamos 'privación ilegal de la libertad' (*recht swidrige Freiheitsberaubung*). Esto estaba previsto como delito por el Código Penal alemán de 1871, que había permanecido en vigor continuamente desde su sanción. La mujer alegó que la prisión del marido estaba de acuerdo con las leyes 'nazis' y que, por lo tanto, ella no había cometido ningún delito. El tribunal de apelaciones al que el caso finalmente llegó, declaró a la mujer culpable de provocar la privación de la libertad de su marido denunciándolo a los tribunales alemanes, aun cuando éste hubiera sido condenado por haber violado una ley, ya que, para citar las palabras de la Corle, 'dicha ley era contraria a la sana conciencia y al sentido de justicia de todos los seres humanos decentes'. *FJ positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral*, pp. 46-47.

6. Fernando Salmerón, "Sobre moral y derecho. Apuntes para la historia de la controversia Hart-Dworkin", en Rodolfo Vázquez (comp.), *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, p. 87.

una consideración "realista" de lo que es necesario para lograr una ejecución eficaz del propósito de guiar la conducta humana por medio de reglas; es decir, derivan de la propia definición de derecho.

Hart formula tres objeciones a esta idea de la moralidad interna del derecho y sus exigencias. En primer lugar, esta calificación es ambigua ya que puede ser aplicada no sólo por juristas respecto del derecho, sino que puede ser igualmente aplicable a cualquier actividad reglada (como los juegos) en la que existan dos tipos de autoridad, una que crea las reglas y otra que las aplica. En segundo lugar, esta calificación confunde la "actividad intencional" y el concepto de moralidad. La actividad intencional connota una serie de reglas y principios que no tienen por qué ser constitutivos de moralidad. (Hart pone el ejemplo siguiente: siendo el envenenamiento una actividad intencional, tiene, evidentemente, una serie de "principios internos" para la consecución del buen arte de envenenar, sin que podamos llamarlos la "moral del envenenamiento"). En tercer lugar, los principios de legalidad no aseguran en su ejercicio realizaciones y logros justos. El orden no es garantía del orden justo.

3. El concepto de derecho: "punto de vista

interno", "contenido mínimo de derecho

natural" y "validez jurídica y valor moral"

3.1 Sobre el "punto de vista interno"

Decía que en la concepción de Fuller la noción de "aceptación" implica una noción moral que une conceptualmente el derecho con la moral. Fuller refiere esta noción básicamente a su teoría de la interpretación, pero también a la idea misma de eficacia del derecho. Quiero retomar este punto y relacionar la noción de "aceptación" en Fuller con una de las nociones básicas de Hart y clave para la comprensión de su teoría del derecho: la idea del "punto de vista interno". Para Fuller la eficacia del sistema jurídico deriva de una apreciación de lo que es "necesario y correcto". Para Hart, el "punto de vista interno" ¿supone un punto de vista moral?

Philip Soper y Ernesto Garzón Valdés responden afirmativamente y, por lo tanto, habría una relación necesaria entre moral y derecho. Argumenta Garzón Valdés en los siguientes términos:

Se admite que la presencia de lo que H. L. A. Hart ha

llamado 'punto de vista interno' es una condición necesaria para la existencia de un orden jurídico positivo. Este punto de vista tiene que ser distinguido, de acuerdo también con Hart, del 'punto de vista externo'. Ambos se refieren a las razones que pueden tenerse para obedecer al derecho. En el caso del punto de vista externo, ellas son de tipo prudencial. Dado que las razones para obedecer el derecho sólo pueden ser prudenciales o morales, el punto de vista interno implicaría una adhesión a las normas del derecho por razones morales. El punto de vista interno podría ser traducido, pues, sin inconveniente semántico como punto de vista moral.¹⁶

Apoyándose en algunos textos de Hart, Rolf Sartorius piensa que no se debe interpretar su posición como si se tratara de una adhesión a las reglas del sistema en sentido fuerte. La parte oficial bien podría cumplir con las reglas por simple hábito, tradición o aburrimiento.¹⁷ Esta interpretación podría desprenderse del siguiente texto de Hart:

[Una] condición necesaria para la existencia de un poder coactivo es que algunos al menos tienen que cooperar en el sistema y aceptar sus reglas [...] pero no es [...] verdad que aquellos que aceptan el sistema voluntariamente tengan que concebirse a sí mismos como moralmente obligados a hacerlo [...]. En realidad, su adhesión al sistema puede estar basada en muchos cálculos diferentes: cálculos de interés a largo plazo; falta de interés en los demás; y actitudes heredadas o tradicionales no reflexionadas; o el simple deseo de actuar como los demás. En verdad no hay razón por la cual quienes aceptan la autoridad del sistema deberían no examinar su conciencia y decidir que, moralmente, no deberían aceptarla; sin embargo, por una variedad de razones, continúan haciéndolo.¹⁸

A lo anterior replica el propio Garzón Valdés apoyándose a su vez en otro texto de Hart:

Lo que es necesario es que haya una actitud crítica reflexiva con respecto a ciertas pautas de comportamiento como un criterio común y que esto se manifieste en crítica (incluyendo la autocrítica), en pedidos de conformidad y en

el reconocimiento de que tal crítica y exigencias están justificadas, todo lo cual encuentra su expresión característica en la terminología normativa de 'debe', 'tiene que' y 'debería', 'correcto', 'falso'.¹⁹

Para Garzón:

Si quienes adoptan el punto de vista interno asumen también una actitud crítica y autocrítica, no se ve muy bien cómo podría admitirse al mismo tiempo que las autoridades del sistema jurídico en cuestión, al menos las supremas, no adhieren moralmente a sus reglas.²⁰

La interpretación de Garzón resulta coherente a la luz del texto citado, pero creo que habría que reconocer que a lo largo de su producción -como puede apreciarse, por ejemplo, en los textos citados en las notas 3 y 4- Hart ha sido consistente al sostener la tesis de la separación entre derecho y moral.²¹

3.2 Sobre el "contenido mínimo de derecho natural"

Desde sus ensayos "¿Hay derechos naturales?" y "El positivismo jurídico y la separación entre derecho y moral" -este último ya comentado- Hart anunciaba lo que sería su idea de un "contenido mínimo de derecho natural". Lon Fuller había hablado de un "derecho natural procesal" como condiciones "realistas" para la eficacia del derecho. Hart se pregunta también si hay ciertas propiedades necesarias del ordenamiento jurídico, es decir, propiedades inherentes a su propio significado.

La doctrina racionalista del derecho natural rechazaba las tesis del positivismo jurídico al sostener la existencia de ciertos principios de conducta humana susceptibles de ser descubiertos por la razón de los hombres. Como dice Hart, siguiendo a Mili, los racionalistas confunden las leyes que se formulan en el curso de las regularidades de las naturalezas (leyes descriptivas) y las leyes que exigen que

22. Ernesto Garzón Valdés, "Derecho y moral", en Rodolfo Vázquez (comp.), *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, p. 22.
23. Véase Rolf Sartorius, "Positivism and the Foundations of Legal Authority", en Ruth Gavison (comp.), *Issues in Contemporary Legal Philosophy. The Influence of H.L.A. Hart*, Oxford, Clarendon Press, 1987.
24. H.L.A. Hart, *El concepto de derecho* (trad. de Genaro Carrió), p. 250 s.

19. *ibid.*, p. 72.

20. Ernesto Garzón Valdés, *op. cit.*, p. 31.

21. También en su *Post scriptum al concepto de derecho* Hart es enfático al no aceptar los argumentos de Dworkin para rechazar la teoría jurídica descriptiva. "Es verdad que [para este propósito] el teórico jurídico descriptivo tiene que entender qué es adoptar el punto de vista interno y en ese limitado sentido tiene que ser capaz de ponerse en el lugar de un participante; pero esto no es aceptar el derecho o compartir o respaldar el punto de vista interno del participante o entregar, de cualquier manera, su sitio descriptivo" (pp. 15-16).

los hombres se comporten de ciertas maneras (leyes prescriptivas). Éstas "pueden ser transgredidas y no obstante siguen siendo leyes, porque ello significa simplemente que los seres humanos no hacen lo prescripto; pero carece de sentido afirmar que las leyes de la naturaleza, descubiertas por la ciencia, pueden o no pueden ser transgredidas".

Por lo pronto, Hart deslinda la doctrina del derecho natural de sus componentes teológicos: "en su origen griego era completamente secular"; y también metafísicos:

En verdad, la continua reafirmación de alguna forma de la doctrina del derecho natural se debe en parte al hecho de que su atractivo es independiente de la autoridad divina y de la autoridad humana, y al hecho de que a pesar de una terminología, y de mucha metafísica, que pocos podrían hoy aceptar, contiene ciertas verdades elementales que son importantes para la comprensión de la moral y del derecho. Trataremos de liberarlas de sus adherencias metafísicas y de reformularlas en términos más simples.

La exposición de Hart trata de recuperar la tesis de Hobbes y Hume acerca de ciertas características empíricas de la naturaleza humana como presupuesto inevitable de toda forma de convivencia social. Hay un elemento teleológico en la naturaleza que

persiste en alguna de las formas en que pensamos en los seres humanos y hablamos de ellos. El mismo está latente cuando caracterizamos a ciertas cosas como *necesidades* humanas que es bueno satisfacer y a ciertas cosas hechas a seres humanos, o sufridas *por* ellos, como *daños* o lesiones. Así, aunque es verdad que algunos hombres pueden rehusarse a comer o a descansar porque quieren morir, concebimos al comer y al descansar como algo más que cosas que los hombres hacen regularmente o simplemente desean. La comida y el descanso son necesidades humanas, aunque algunos se nieguen a aceptarlas cuando las necesitan. Por ello decimos no sólo que es natural que todos los hombres coman y duerman, sino que todos los hombres deben comer y dormir, o que es naturalmente bueno hacer esas cosas.²²

El presupuesto tácito es que el fin propio de la actividad humana es la supervivencia. Esta está implícita en cualquier discusión sobre las instituciones so-

ciales, en tanto en cuanto estas instituciones no sean simples clubes de suicidas.

No me detendré en las cinco verdades obvias que determinan el contenido mínimo, del derecho natural: vulnerabilidad, igualdad aproximada, altruismo limitado, recursos limitados y comprensión, inteligencia y fuerza de voluntad limitadas, en los seres humanos; sino más bien en determinar qué tipo de conexión existe entre las "simples verdades obvias" y el derecho y la moral. Para Hart, el "contenido mínimo del derecho natural" no es necesariamente parte integrante de los conceptos de derecho y moral (no es constitutivo de su definición), ni está necesariamente presente *de Jacto* en el derecho y en la moralidad positiva de la sociedad existente. Lo único que nos ofrecen las proposiciones sobre las verdades obvias son "buenas razones" para obtener ciertas consecuencias, si se quieren alcanzar ciertos fines (supervivencia). El término "deber" tiene aquí un sentido instrumental y técnico. Como afirma Soper: "El nexo aquí es empírico entre, por un lado, verdades universales pero contingentes acerca de los seres humanos, y por otro, la eficacia-no el concepto-de un sistema jurídico". El presupuesto mínimo para la existencia y eficacia de un ordenamiento jurídico no debe confundirse con la conformidad entre las normas jurídicas y la moral.

Con todo, piensa Juan Ramón de Páramo, aun admitiendo la posibilidad de corrección lógica de la tesis del "contenido mínimo de derecho natural", al suponer que se derivan juicios de hecho (eficacia) de juicios de hecho (verdades obvias), la aceptación del fin de la supervivencia introduce elementos valorativos en la argumentación: se parte de un juicio de valor, a saber, que la supervivencia es buena y por ello debe ser garantizada por el derecho y la moral. La eficacia de un ordenamiento jurídico se refiere, en último término, a una instancia valorativa que fundamenta su propia existencia con lo cual se incurre, inevitablemente, en la falacia naturalista. Esta situación ambigua en el propio pensamiento de Hart constituye, según Páramo, uno de los puntos más débiles y contradictorios de su teoría del derecho, pues parece retomar la versión más débil del jus naturalismo sin revalorizar dicho concepto en un sentido deontológico. Cita Páramo a un profesor, Lamo de Espinosa, para quien la teoría del "contenido mínimo" desde un punto de vista sociológico, retorna a un darwinismo social bastante ingenuo; desde un punto de vista lógico, no logra superar la confusión entre descripción y prescripción, y desde un punto de vista científico, hubiera sido necesaria una previa

22. H.L.A. Hart, *El concepto de derecho*, pp. 235-6.

antropología como base para definir el contenido mínimo normativo necesario para la supervivencia.

Sea de ello lo que fuere, lo cierto es que hay autores que han interpretado el nexo en un sentido empírico-instrumental (Soper), en tanto que tales "verdades obvias" o necesidades básicas son "buenas razones" para obtener ciertas consecuencias (Javier de Lucas y María José Añón); y hay autores que simplemente dan el salto del ser al deber ser, como es el caso de Mario Bunge:

Hume tenía toda la razón al afirmar que lo que debe ser no es lo mismo que lo que es: las normas no son del mismo tipo que las proposiciones fácticas. Sin embargo, creo que se equivocaba al sostener que el abismo valor-hecho es insuperable. Se equivocaba porque diariamente nos movemos del uno al otro. Por ejemplo, si me digo que debo pagar mi deuda y la pago, cruzo el abismo entre el deber ser y el ser. De la misma manera, cuando tomo nota de una situación injusta y resuelvo remediarla, recorro la vía inversa. Lo que separa el ser del deber ser es un abismo conceptual o lógico, pero en la práctica no es un cisma insuperable: es una mera zanja y podemos saltar por encima de ella.²³

A lo que quizás podría replicársele en los siguientes términos de Ernesto Garzón Valdés:

Quienes no acepten la idea del "salto" aducirían probablemente que el ejemplo de Bunge es el de un silogismo práctico en el que la conclusión es una acción que no aporta nada a la justificación de la misma, a menos que se suponga tácitamente premisas normativas tales como las que dicen: 'se deben pagar las deudas o 'se deben reparar las situaciones injustas'. Si se introduce la premisa normativa no hay salto porque no hay abismo ni zanja, es decir, no se plantea el problema de Hume.²⁴

3.3 Sobre las relaciones entre "validez jurídica y valor moral"

Para Hart existen al menos dos formas muy distintas de rechazo del positivismo jurídico. Una de ellas se expresa en las teorías clásicas del Derecho Natural, que ya hemos analizado en el apartado anterior. La otra adopta un punto de vista diferente sobre la moral, "menos racionalista, y ofrece una versión

distinta de las maneras en que la validez jurídica se relaciona con el valor moral".²⁵ Me ocuparé en este apartado de las seis posibles formas de conexión entre validez jurídica y valor moral, que analiza Hart. La conclusión en todas ellas es que tales relaciones sólo pueden ser relaciones contingentes.²⁶

a) *Poder y autoridad.* El poder coercitivo del derecho presupone una cooperación voluntaria y una aceptación de las reglas del sistema por parte de la mayoría de los destinatarios de las normas -si bien esta condición es necesaria, no es suficiente para explicar el funcionamiento de los sistemas jurídicos desarrollados. Así, el derecho no es sólo poder, sino también autoridad. Ahora bien, la *aceptación* de la autoridad no puede identificarse con la *aceptación moral* de la autoridad. Aunque la aceptación implica la formulación de enunciados desde el punto de vista interno ["Yo (tú) debo (debes)"; "yo (tú) tengo (tienes)"] esta formulación de enunciados no compromete a un juicio moral en el sentido de que es moralmente correcto hacer lo que el derecho prescribe. La presunción de obligatoriedad jurídica no implica la aceptación de una obligación moral.

b) *La influencia de la moral sobre el derecho.* La influencia de la moral sobre el proceso de creación y aplicación del derecho es evidente. En algunos sistemas, los criterios últimos de validez jurídica incorporan explícitamente principios de justicia o valores morales sustantivos -debe quedar claro que deben su carácter jurídico al hecho contingente de su incorporación al ordenamiento jurídico. Como dice Hart:

Ningún 'positivista' podría negar que estos son hechos, o que la estabilidad de los sistemas jurídicos depende en parte de tales tipos de concordancia con la moral. Si es esto lo que se quiere decir al hablar de la conexión necesaria del derecho y la moral, su existencia debe ser concedida.

c) *Interpretación.* En el proceso de interpretación de las normas jurídicas para su aplicación a casos particulares, la textura abierta del derecho deja un campo amplio de acción a la labor de los jueces, no estando "limitados a la alternativa entre una elección ciega y arbitraria, por un lado, y la deducción 'mecánica', a partir de reglas con significado predeterminado, por otro". Entre estos dos extremos -propios, el primero, del realismo americano, y el

23. Citado por Ernesto Garzón Valdés, en Rodolfo Vázquez (comp.), *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, p. 47.

24. Ernesto Garzón Valdés, en *ibid.*

25. H.L.A. Hart, *El concepto de derecho*, p. 230.

26. *Ibid.*, pp. 247-261. Cito la síntesis de las seis formas de conexión en la presentación que Juan Ramón de Páramo hace de las mismas, *op. cit.*, pp. 283-285.

segundo, del positivismo formalista del siglo XIX-, los jueces tienen un grado elevado de ponderación y equilibrio en su esfuerzo por hacer justicia en medio de intereses en conflicto. Ahora bien, del hecho social de que ciertos principios "morales" influyen en la conducta de los jueces no se puede deducir lógicamente una conexión necesaria entre el derecho y la moral, ya que "esos mismos principios han recibido casi tanta transgresión como acatamiento".

d) *La crítica del derecho.* Frecuentemente, la tesis de la vinculación necesaria entre el derecho y la moral se traduce en el siguiente enunciado: un *buen* sistema jurídico tiene que adecuarse a las exigencias de la justicia y la moral. Independientemente de las dificultades que se pueden presentar en la objetividad del razonamiento moral, una cosa es la existencia de un ordenamiento jurídico -con su estructura característica de reglas primarias y secundarias- y otra bien distinta es la valoración de un ordenamiento jurídico en términos de justicia. La identificación de ambos enunciados no esclarece -sino todo lo contrario- el razonamiento acerca de la identidad, existencia y estructura de los sistemas jurídicos.

e) *Principios de legalidad y justicia.* Considerando al derecho como una técnica de control social, Hart acepta un mínimo de condiciones formales para su eficacia, condiciones que los juristas ingleses y americanos han denominado a veces "principios de justicia natural" o "principios de legalidad" para los juristas continentales: las reglas han de ser inteligibles, pueden ser obedecidas por la mayoría y, en principio, no deben ser retroactivas. Estos principios de justicia procesal han sido denominados "moral interna del derecho" (Fuller). Sin embargo, el que el ordenamiento jurídico cumpla estas exigencias no imposibilita -como la historia nos lo ha recordado sucesivas veces- ni es incompatible con la justicia y la opresión.

f) *La validez jurídica y la resistencia al derecho.* De la injusticia e iniquidad de las normas jurídicas no podemos derivar -si no queremos incurrir en graves errores teóricos- su invalidez jurídica. El enunciado "esto es derecho pero es demasiado injusto" podría ser traducido, si queremos tener una visión esclarecedora de la existencia de un ordenamiento jurídico, en el enunciado siguiente propuesto por Hart: "esto es derecho; pero es demasiado inicuo para ser aplicado u obedecido". Conocidos son los problemas jurídicos surgidos después de la II Guerra Mundial al interpretar las normas y resoluciones judiciales del régimen jurídico nazi. De ello Hart plantea la posibilidad de configurar dos con

ceptos antagónicos del derecho: a) por un lado, un concepto *amplio* que describe el derecho según los criterios formales de un sistema de reglas primarias y secundarias, y b) por otro lado, un concepto *restringido* que excluye del significado de "derecho" las reglas moralmente ofensivas (o bien contra la moral social o contra una pretendida moral "verdadera").

El uso de uno u otro concepto determinará nuestra tesis acerca de la vinculación entre derecho y moral. Hart argumenta a favor del concepto *amplio* diciendo que la pretensión de considerar a las normas jurídicas como inválidas no conduce a resolver ningún problema, ni teórico ni práctico. Sin embargo, si adoptamos el concepto *restringido*, la validez de una norma jurídica nunca resolverá la cuestión de su obediencia, sometida en última instancia a un examen moral:

Esta idea de que fuera del sistema oficial hay algo que, en última instancia, deberá proporcionar al individuo el criterio para resolver sus problemas de obediencia, es más probable, por cierto, que permanezca viva entre quienes están acostumbrados a pensar que las reglas jurídicas pueden ser inicuas, que entre quienes piensan que en ningún caso algo inicuo pueda tener *status* de derecho.²⁷

Termina Hart diciendo que:

Un concepto de derecho que permite distinguir entre la invalidez de las normas jurídicas y su inmoralidad, nos habilita para ver la complejidad y variedad de estas distintas cuestiones; mientras que un concepto restringido que niega validez jurídica a las reglas inicuas puede cegarnos frente a ellas... Por lo menos puede argüirse a favor de la simple doctrina positivista de que las reglas moralmente inicuas pueden ser derecho, que ella no oculta la elección entre males que, en circunstancias extremas, podemos vernos en la necesidad de efectuar.²⁸

4. Polémica con Patrick Devlin

Decía más arriba, citando a Fernando Salmerón, que Hart vuelve a las fuentes del liberalismo para dar lugar a la conciencia moral evitando que el derecho intente suplantarla. La distinción entre derecho y moral permite salvaguardar los fueros de la conciencia moral y constituirse ésta, en todo caso, como último tribunal que decide sobre la obediencia o no del

27. " H.L.A. Hart, *El concepto de derecho*, p. 260.

28. *Ibid.* p. 261.

derecho. Pienso que ese talante liberal de Hart se agudiza en su polémica con Devlin, que en buena medida se halla enmarcada en un librito que puede ubicarse al mismo nivel que *On Liberty*, de John Stuart Mili; me refiero a *Law, Liberty and Morality*. Éste intenta ser también una respuesta a las Conferencias Macabeas de Devlin, de 1959, recogidas en su libro *The Enforcement of Moráis*, Oxford, del mismo año.

La polémica Devlin-Hart²⁹ fue planteada en torno a la conveniencia, o no, de descriminalizar los comportamientos homosexuales y la prostitución. La Comisión Wolfenden había dictaminado en 1957 que era oportuno desregular ambas conductas basándose en un argumento liberal (inspirado en Mili):

En nuestra opinión no es función del derecho intervenir en la vida privada de los ciudadanos, ni intentar exponer ningún modelo de comportamiento determinado, más allá de lo que sea necesario para llevar a la práctica los propósitos que hemos bosquejado... Se ha de mantener un ámbito de la moralidad y la inmoralidad privadas que, dicho breve y crudamente, no es asunto del derecho.

Devlin consideró que las conclusiones de la Comisión Wolfenden eran equivocadas. Lo cierto es que en todos los sistemas jurídicos se puede constatar la imposición de una determinada moral a través del derecho penal, como un medio que tiene la sociedad de defenderse de los ataques que pueden destruirla. Más aún, para Devlin, el consentimiento de la víctima no juega ningún papel en el derecho penal como elemento de justificación o de excusa. La razón de esto es que un delito no sólo es un ataque a un individuo determinado, es también un agravio a la comunidad en su conjunto.

El moralisnio legal de Devlin se basa en las siguientes premisas: 1. la cohesión social es una función del derecho que depende del conjunto de creencias morales compartidas por los miembros de una comunidad (al compartir estas creencias, los individuos se transforman en integrantes de una sociedad); 2. toda sociedad tiene el derecho a defender su integridad, tanto frente a ataques internos como externos (la sociedad tiene el derecho a usar sus leyes como un acto de autodefensa de su integridad). Para Devlin lo que justifica la imposición jurídica es la cohesión social *per se*, es decir, no se requiere que las creencias

que comparten los miembros de la comunidad sean verdaderas. Con todo, para Devlin, sobre la base de un relativismo ético, no bastaría que un acto para ser inmoral sea repudiado por la mayoría, es necesario que exista un verdadero sentimiento de reprobación, de repugnancia; y 3. no cabe distinguir entre una inmoralidad pública y otra privada. En todo caso, únicamente cabría hablar de inmoralidades cometidas en público y en privado. Y dado que Devlin supone una determinada moralidad media, si se quiere conservar esa sociedad, se ha de impedir que se cambie esa moral. Este es el sesgo conservador de Devlin.

Las objeciones de Hart a la posición de Devlin pretenden sentar las bases de un derecho penal que se fundamente en criterios liberales, atendiendo en primer término al principio del daño. Según Hart:

se debe demostrar que la conducta punible es, o bien directamente perjudicial, o lo es con los individuos o su libertad, o bien pone en peligro el interés colectivo, el cual es mantenido por los miembros de la sociedad para su organización o defensa. Según este punto de vista, el mantenimiento de un código moral dado no es, como tal, el objetivo del derecho penal de cualquier institución coercitiva. Esto es algo de lo que se deberían ocupar otros organismos la educación, la religión, o la libre discusión entre adultos.

En opinión de Hart las tesis de Devlin son equivocadas por varias razones:

1. Porque Devlin confundiría las leyes con fundamentos paternalistas que prohíben ciertos actos con el fin de evitar que personas incompetentes se dañen física o psíquicamente a sí mismas, con la supuesta justificación de leyes que reprimen cualquier inmoralidad. Esta confusión se debe en parte a la aceptación de que el consentimiento no juega papel alguno en el derecho penal.

2. Devlin confunde también la legitimidad de la represión de la indecencia con la supuesta justificación de la represión de acciones inmorales ejecutadas en privado. La represión de acciones indecentes tiene por objeto evitar la ofensa de los sentimientos de terceros, y estaría claramente justificada aun cuando las mismas acciones realizadas en privado sean incluso legítimas. Por ejemplo, tener ayuntamiento carnal en privado dentro del matrimonio es legítimo, en la vía pública resulta indecente. Y Hart señala además cómo en algunos casos de los propuestos por Devlin, tal como el de la bigamia, la represión estaría

29. Véase Jorge Mala», "La imposición de la moral por el derecho. La disputa Devlin-Hart", en Rodolfo Vázquez (comp.), *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, pp. 59-79.

justificada por la existencia de daños a terceros, y no por castigar una mera inmoralidad.

3. Devlin no ofrece prueba alguna de porqué se ha de influir en las personas para que se comporten moralmente mediante la imposición estatal de un mal (la sanción penal siempre es un mal que se infringe al condenado), cuando en realidad se pueden lograr los mismos fines con otros métodos no dañinos como la educación, etcétera.

4. Devlin no ofrece ninguna prueba empírica de que la modificación de los hábitos morales cause o haya conducido a la desintegración de ninguna sociedad. Por el contrario, una sociedad plural y tolerante puede contribuir de manera efectiva a la integración de la sociedad.

5. Por último, Hart se pregunta cómo es posible que la moral crítica ordene imponer cualquier moral positiva, incluso aquella que se basa en ignorancias o errores de diverso tipo. Lo cierto es que el legislador, al dictar la ley penal, debe valorar críticamente cuáles son los fundamentos de la moralidad positiva vigente, y en su caso actuar en contra de lo mayoritariamente deseado. De no ser así, piensa Hart, se confundiría, tal como lo hace Devlin, la democracia como forma de gobierno con un populismo moral, según el cual la mayoría de la población tendría derecho a estatuir cómo deben vivir los demás.

Con lo dicho se podría concluir, entonces, contra Devlin, que el derecho nunca puede imponer de una manera justificada una determinada moral positiva, y que un derecho penal que se asiente sobre legítimas bases liberales debe permanecer neutral respecto de valores morales. Sin embargo, esta conclusión no es tan clara cuando se analiza con cuidado el principio del daño. Este presupone tanto la determinación previa de cuáles han de ser los intereses privados que se han de proteger mediante el derecho penal, como una concepción acerca del bien público. Tales determinaciones involucran una irreductible decisión moral. Esta es la razón por la que autores como Neil MacCormick sostienen, en palabras de Malem:

que la defensa del principio del daño es incompatible con la defensa de la separación entre el derecho y la moral, y que el derecho penal siempre contempla la calidad moral de los actos para determinar si son merecedores o no de ser castigados.³⁰

Para MacCormick, entonces, es incongruente sostener, desde una perspectiva liberal, el principio del daño y, al mismo tiempo, defender la tesis de la separación entre el derecho y la moral. Quizás en este punto, y si la interpretación de MacCormick es correcta, habría que concluir que la moralidad como tal no sólo es de la incumbencia del derecho sino que es constitutiva del mismo.

5. Tesis sobre la discrecionalidad judicial.

Polémica con Ronald Dworkin

La crítica más importante y completa que analiza el modelo del positivismo jurídico defendido por Hart ha sido, sin duda, la obra de su sucesor en la cátedra de Oxford, Ronald Dworkin.

Para Dworkin el error fundamental del positivismo jurídico consiste en creer que en todos los sistemas jurídicos existe algún *test* fundamental, reconocido por la mayoría de los operadores legales, que determina el carácter jurídico o no de las normas. El *test* de reconocimiento sería plausible si consideramos al derecho como un conjunto de reglas jurídicas; sin embargo los abogados y los jueces, al argumentar y decidir en los pleitos, apelan no sólo a este tipo de reglas jurídicas determinadas, sino a otra clase de normas denominadas por Dworkin "principios jurídicos" y "directrices". Entiende por estas últimas "una clase de norma que establece una meta que ha de alcanzarse, generalmente en orden al perfeccionamiento de algún aspecto económico, político o social de la colectividad". En cambio por "principios" entiende "una norma que es menester observar, no porque haga posible o asegure una situación económica, política o social que se juzga conveniente, sino por ser un imperativo de justicia de honestidad o de alguna otra dimensión de la moral".

De esta manera, las normas de un ordenamiento jurídico, en un sentido amplio, se integrarían por reglas, principios y directrices. Según esta división de las normas es propio del *Poder Legislativo* recurrir a directrices que justifican decisiones políticas por las que se protege o favorece un objetivo o meta colectiva de la comunidad; mientras que el *Poder Judicial* justifica sus decisiones políticas con argumentos de principios que aseguran algún derecho individual.

5.1 Principios y reglas

El primer juicio crítico de Dworkin sobre el positivismo jurídico, específicamente el defendido por Hart,

30. Ibid.. p. 7.v

se fundamenta en la distinción entre principios y reglas. De manera sintética se pueden señalar las siguientes diferencias:³¹

a) *En cuanto al origen:* Los principios a diferencia de las reglas, "no se basan en una decisión de ningún tribunal u órgano legislativo, sino en un sentido de conveniencia u oportunidad que, tanto en el foro como en la sociedad, se desarrolla con el tiempo".

b) *En cuanto a la derogación:* la derogación o el rechazo tiene sentido en la medida que se hable de reglas; pero con respecto a los principios, ellos permanecen mientras se los siga estimando como convenientes o justos en la determinación de derechos y deberes.

c) *En cuanto a su identificación:* es imposible brindar la nómina de los principios o establecer una fórmula canónica de cada uno de ellos, mientras que en las reglas es factible, al menos teóricamente; de ahí, precisamente, la imposibilidad de establecer alguna práctica social o regla de reconocimiento que permita concretar exitosamente aquel propósito individualizador.

d) *En cuanto al contenido:* el de los principios es intrínsecamente moral, mientras que en el campo regulativo aparecen contenidos diversificados.

e) *En cuanto a su aplicación:* las reglas se aplican de una manera disyuntiva: "si los hechos que estipula una regla están dados, entonces o bien la regla es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión"; en cambio los principios no pretenden siquiera establecer las condiciones que hacen necesaria su aplicación, más bien enuncian una razón que discurre en una sola dirección, pero no exigen una decisión particular.

f) *En cuanto al modo de resolver las contradicciones:* cuando se trata entre reglas "una de ellas no puede ser válida (si la otra con la que se contradice lo es). La decisión respecto de cuál es válida y cuál debe ser abandonada o reformada, debe tomarse apelando a consideraciones que trascienden las reglas mismas"; pero los principios cuentan con la "dimensión de peso o importancia" de modo que "quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno", aun cuando la importancia que en definitiva se haya prevalecer sea motivo de controversia.

g) *En cuanto a las excepciones:* mientras que incluir las mismas en el enunciado de la regla es posible, con el beneficio de que ellas ganen en precisión; tratándose de principios, no sólo señala Dworkin los inconvenientes, sino que agrega lo estéril de tal esfuerzo atento a que no proporcionaría un enunciado del principio más completo ni más exacto.

h) *En cuanto a los destinatarios:* en el caso de los principios ellos se dirigen a los órganos encargados de la adjudicación de derechos, las reglas pueden también ordenarse a los ciudadanos.

i) *En cuanto a la tarea que exigen del jurista:* Dworkin destaca la peculiaridad de los principios en tanto ellos no son el fruto de un acto de creación o invención, sino que implican una trabajosa, polémica y filosófica tarea de descubrimiento.

La principal crítica de Dworkin al positivismo jurídico de Hart, basándose en la anterior distinción entre reglas y principios, se apoya en un contraejemplo que es desarrollado en las siguientes fases:

1) En primer lugar, se constata empíricamente que hay casos en el sistema jurídico angloamericano ("casos difíciles" en la terminología de Dworkin) en los que no se puede aplicar ninguna regla que determine el resultado que el juez debería alcanzar. Tal es el caso, por ejemplo, de *Riggs vs. Palmer* [115 N.V. 506, 22 N.E. 188 (1889)] donde el tribunal decidió que un asesino no podría heredar el testamento de su víctima, a pesar de que las leyes sobre la herencia no regulaban tal excepción.

2) En tales casos, en opinión de Dworkin, es incorrecto afirmar que el juez tiene discrecionalidad para decidir el resultado a alcanzar. Lo que es apropiado decir es que las partes están legitimadas para alcanzar una decisión correcta que el juez está obligado a reconocer mediante una referencia a principios jurídicos: "nadie puede beneficiarse o sacar ventaja de su propio ilícito".

3) Estos principios son derecho, ya que son obligatorios en su cumplimiento por los funcionarios, de la misma forma que lo son las reglas jurídicas.

4) Estos principios no tienen cabida en el "test clave del positivismo" (la regla de reconocimiento de Hart), ya que: no existe un esquema general para producir tales principios y tampoco se pueden fijar exhaustivamente.

5) Por lo tanto, la diferenciación positivista entre el derecho y los estándares sociales de una comunidad basada en un test empírico de reconocimiento, como el que propone Hart, debe ser abandonada:

31. Sigo en esta diferenciación la síntesis que presenta Rodolfo Vigo en "El antipositivismo jurídico de Ronald Dworkin", *Anuario Jurídico*, UNAM, México, 1988. Sólo me he permitido sustituir el término 'normas' por el de 'reglas' con el fin de evitar confusiones.

El positivismo jurídico es un modelo de y para un sistema de reglas, y su noción fundamental acerca de la existencia de un *test* fundamental y único para determinar la existencia del derecho nos fuerza a olvidarnos de aquellos estándares que no son reglas jurídicas.

Hart se ha hecho cargo de estas críticas de Dworkin. Por lo pronto, admite, en sus propios términos: "que es un defecto de mi libro que los principios sean tocados sólo de pasada".³² Pero esta omisión no significa que no se pueda entresacar de su propio texto algunas ideas que contrastan con la interpretación que hace Dworkin de su pensamiento. Por lo pronto:

1) El concepto de "regla" no siempre hace referencia a ciertas regulaciones específicas de la conducta; también pueden estar constituidas por estándares generales que limitan las atribuciones de cuerpos administrativos encargados de aplicarlos, al igual que por estándares que 110 requieren conductas específicas por parte de sus destinatarios. El ordenamiento jurídico se conforma por un conjunto de reglas primarias y secundarias.

2) Todas las reglas, incluso las que regulan conductas específicas, poseen una textura abierta o vaguedad potencial en su significado. Por ello, las reglas tienen excepciones que no pueden ser exhaustivamente especificadas por adelantado. Cuando se trata de determinar si un caso concreto está o no comprendido por el significado actual de una regla, se tiene que admitir que no todos los casos son del mismo tipo ni suscitan los mismos problemas. Dada la textura abierta de las reglas, la dimensión de "peso", que Dworkin adjudica como criterio para la resolución de conflicto entre principios, también puede darse en el ámbito de las reglas jurídicas.

3) La propia regla de reconocimiento posee una textura abierta y su existencia y autoridad no dependen únicamente del "hecho" de su aceptación por lo tribunales.

Esto es doblemente erróneo, piensa Hart, primeramente por que ignora mi aceptación explícita de que la regla de reconocimiento puede incorporar como criterios de validez jurídica la conformidad con principios morales o sustantivos; por lo que mi doctrina es lo que se ha denominado 'positivismo suave' y no, en la versión que Dworkin tiene de ella, positivismo de 'meros hechos'. En segundo lugar, no hay nada en mi libro que sugiera

que los criterios de 'meros hechos' proporcionados por la regla de reconocimiento tengan que ser únicamente cuestiones de pedigrí; por el contrario, pueden ser límites sustantivos al contenido de la legislación como las Enmiendas Dieciséis o Diecinueve de la Constitución de Estados Unidos con respecto al establecimiento de la religión o restricciones al derecho de voto.³³

4) Pero existe una razón poderosa, a saber:

que una regla de reconocimiento es necesaria si los principios jurídicos tienen que ser identificados por tal criterio. Esto es así porque el punto de partida para la identificación de cualquier principio jurídico, dado a la luz por la prueba interpretativa de Dworkin, es alguna área específica del derecho establecido en el cual tal principio encaja y ayuda a justificar. El uso de tal criterio, por tanto, presupone la identificación del derecho establecido y, para que eso sea posible, es necesario una regla de reconocimiento que especifique las fuentes del derecho y las relaciones de superioridad y subordinación que existen entre ellas.³⁴

5) Por último, siempre habrá casos en los que los jueces deben fundar sus sentencias en pautas razonables que no son parte del derecho, ejerciendo así una discrecionalidad inevitable en todo sistema jurídico abierto, especialmente cuando el conflicto surge no entre reglas o entre principios y reglas, sino entre los mismos principios.

5.2 La discrecionalidad judicial

El último punto señalado nos introduce de lleno en el tema de la teoría de la adjudicación y, en concreto, en el de la discrecionalidad judicial. Me limitaré a tratar específicamente este último sin entrar -puesto que no es materia de este ensayo- al desarrollo de la teoría de Dworkin, es decir, a la doctrina de la responsabilidad política, del juez Hércules, del holismo y del modelo constructivista de Rawls, de la tesis de la respuesta correcta única y la doctrina de los derechos en serio.

Antes de presentar los argumentos recordemos que la caracterización de la discreción que Dworkin ataca es la que él llama "fuerte" y que consiste en no decir que un funcionario debe valerse de su juicio para aplicar los estándares que regulan el caso o que nadie hade revisar su decisión, sino en admitir que,

32. I.L.A. Hart, *Post scriptum al concepto de derecho*, p. 38.

33. *Ibid.* p. 26.

34. *Ibid.* p. 46.

respecto a cierto asunto, simplemente el funcionario no está vinculado por estándares conforme a los cuales debe resolverlo. Esto quiere decir en el ámbito judicial que frente a las decisiones difíciles el juez tiene libertad para inventar o crear la solución, haciendo vencer al demandante o al demandado.³⁵

a) Argumento lingüístico

Con clara intención descriptiva, Dworkin señala que los abogados se dirigen al juez como si a él siempre le competiera descubrir y aplicar derechos existentes, y el juez, a su vez, habla como si el derecho fuera un sistema de atribución de las facultades sin fisuras en el que espera ser descubierta, y no inventada, una solución para cada caso.

Hart se pregunta hasta qué punto hay que tomar en serio dicha retórica usual del proceso judicial, dado que más allá de ese lenguaje usual, los juristas -tanto teóricos como prácticos- han insistido en que el juez tiene una inexcusable, aunque intersticial tarea de creación del derecho, reconociéndosele la facultad de decidir de cualquier forma algunos casos. Además Hart advierte que es ineliminable el momento de la creación judicial del derecho, puesto que en cualquier caso difícil pueden presentarse diferentes principios que apoyen analogías enfrentadas, y el juez tendrá a menudo que escoger entre ellas, confiando en su sentido de lo que sea mejor y no en cualquier orden ya establecido de prioridades prescripto para él por el derecho.

b) Argumento democrático

La segunda crítica dworkiniana a la doctrina positivista de la discrecionalidad apunta no ya a su falsedad descriptiva, sino a su carácter antidemocrático por respaldar una forma de creación del derecho que contradice los fundamentos del sistema de división de poderes. La función de creación jurídica está encomendada a funcionarios que han sido elegidos por la comunidad a tales fines, ante la cual son responsables de sus comportamientos y decisiones; de aquí deriva Dworkin el obstáculo político-jurídico de que los jueces, al no ser representantes elegidos por el pueblo, puedan crear derecho.

La respuesta formulada por Hart destaca que el

precio de reconocer a los jueces facultades creativas puede ser estimado como necesario frente a los inconvenientes que se derivarían de métodos alternativos de regulación para los casos difíciles; tal es el caso de la referencia al Legislativo y, además, se trataría de un pequeño precio a pagar dado que los jueces se encuentran limitados en el ejercicio de sus poderes e inhibidos de modelar reformas generales. Hart agrega que la práctica de la delegación de facultades del Poder Legislativo se halla bastante extendida, y ello no parece poner en peligro la democracia y, por otra parte, conserva dicho poder un control jurídico residual.

c) Argumento de justicia

La creación judicial perfilada en el positivismo es condenada por Dworkin en virtud de que con ella se violenta el principio de irretroactividad del derecho, lo cual es considerado normalmente como injusto. La discrecionalidad supone una forma de creación jurídica retrospectiva o *ex post facto*, en cuanto se soluciona el caso según un criterio inventado por el juez, que, en consecuencia, no existía al momento en que el asunto se generó.

Entiende Hart que la crítica dworkiniana puede tener relevancia cuando las partes han supuesto confiadamente que las consecuencias jurídicas de sus actos estaban determinadas al tiempo en que ellos fueron ejecutados; sin embargo, en los casos difíciles, o sea donde el derecho claramente establecido no dicta ninguna solución, no es posible aducir aquellas expectativas por parte de los sujetos interesados.

d) Argumento positivista.

Dworkin, polemizando con Joseph Raz, reconoce que pueden existir sistemas jurídicos que contengan una regla que estipule a favor de los jueces el ejercicio de la discrecionalidad para casos difíciles. Pero no evalúa críticamente esa posibilidad, y se limita a destacar que en el sistema inglés y en el norteamericano no se da una regla del tipo de la señalada.

Precisamente Hart se encarga de poner de relieve las dificultades explicativas que provocaría la tesis de la "respuesta correcta": la presencia de una norma que consagre la discrecionalidad, e incluso, ejemplifica esa hipótesis con el derecho suizo que exige a los jueces decidir como legisladores concientes los "casos difíciles".

35. Véase Rodolfo Vigo, *op. cit.*, p. 310 s.