

JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS EN EL PENSAMIENTO JURÍDICO DE H. L. A. HART

José Antonio Ramos Pascua*

Resumen

El artículo reconstruye los elementos más característicos de la teoría de la justicia de H. L. A. Hart. Intenta demostrar que no son coherentes con su teoría positivista del Derecho, y que la ambigua distinción entre el Derecho tal como realmente es y el Derecho tal como debería ser, a la que Hart podría acogerse, no logra justificar esa incoherencia.

Palabras clave: Justicia. Derechos naturales. Contenido mínimo del Derecho natural. Utilitarismo. Positivismo jurídico. Derecho que “es” y Derecho que “debe ser”.

JUSTICE AND HUMAN RIGHTS IN H. L. A. HART’S LEGAL PHILOSOPHY

Abstract

This paper reformulates the more characteristic elements of the H. L. A. Hart’s theory of justice. It tries to prove that these elements aren’t coherent with his positivist theory of law, and that the ambiguous distinction between the law as it really is and the law as it should be, in which Hart might adhere, doesn’t justify that incoherence.

Key words: Justice. Natural rights. Minimal content of Natural Law, Utilitarianism. Legal Positivism. Law as it is and law as it should be.

Vamos a examinar algunos rasgos característicos de la teoría de la justicia esbozada en la obra de H. L. A. Hart, que parecen difícilmente conciliables con su teoría positivista del Derecho, especialmente con su tesis central de la inexistencia de toda relación necesaria entre el Derecho y la moral.

* José Antonio Ramos Pascua. Doctor en Derecho. Profesor Titular de Filosofía del Derecho en la Universidad de Salamanca. Autor de numerosos artículos iusfilosóficos y de los libros *La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H. L. A. Hart*, Madrid, Tecnos, 1989 y *La ética interna del Derecho*, Bilbao, Desclee, 2007, entre otros. Correo: ascua@usal.es

Hay que comenzar advirtiendo que, a diferencia de lo que ocurre con la teoría del Derecho, ampliamente desarrollada por nuestro autor, al menos en lo que afecta a la estructura básica, su teoría de la justicia no ha recibido un tratamiento sistemático similar. Son numerosos, sin embargo, los escritos de Hart que pueden encuadrarse en esta rama de la filosofía jurídica y que permiten reconstruir, al menos parcialmente, su pensamiento.

Además de las interesantes consideraciones que bajo el título de *Justicia y moral* ocupan el capítulo octavo de su obra principal, *El concepto de Derecho*,¹ Hart dedicó varios trabajos al estudio de los derechos naturales; por no hablar de su desconcertante, aunque minimalista, aportación a la doctrina del Derecho natural. Abordó también diversos problemas de filosofía política y moral relacionados con el Derecho, entre los que destaca el de la imposición de la moralidad por medio de las leyes penales. En este asunto defendió ardorosa y persuasivamente la libertad moral, y también la libertad sexual, frente a las pretensiones paternalistas y ultraconservadoras que abogaban por la represión de la homosexualidad y la prostitución, entre otras muchas inmoralidades, reales o supuestas.

Suele decirse con razón que la actitud adoptada por Hart en estas cuestiones se encuadra en el marco de un utilitarismo moderado o corregido no muy alejado del que desarrolló en su día J. S. Mill. Lo que puede afirmarse con cierta seguridad es que no fue Hart, como no lo fueron sus maestros o precursores utilitaristas, éticamente agnóstico.² Quien sostenga que el agnosticismo ético es la actitud más

¹ Resulta paradójico que el mismo autor que niega la existencia de toda relación conceptual entre el Derecho y la moral, sosteniendo que ninguna referencia a la moral ha de formar parte del concepto de Derecho, haya considerado necesario incluir una amplia investigación sobre la moral y la justicia en su propia exposición del concepto de Derecho, desplegada en el famoso libro que lleva ese mismo título.

² Cfr. HART, H. L. A., "Positivism and the Separation of Law and Morals", en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983, p. 58. Después de enumerar los cinco famosos significados que atribuye al positivismo jurídico e incluir entre ellos el agnosticismo ético, afirma expresamente que Bentham y Austin no suscribieron este significado. Hart tampoco lo suscribió, como prueban sus frecuentes discusiones y tomas de postura sobre algunos de los más candentes problemas morales que se le plantearon (homosexualidad, prostitución, aborto, eutanasia, pena de muerte, etc.); aunque también es cierto que en ocasiones muestra ciertas reticencias hacia lo que llama "teoría objetivista de la moral", y siempre evita pronunciarse sobre el estatuto epistemológico de las proposiciones morales.

coherente (o incluso la única coherente) con el positivismo jurídico, tendrá que llegar a la conclusión de que en el pensamiento jurídico de Hart no hay congruencia entre teoría del Derecho y teoría de la justicia.

Centraremos esta revisión o reconstrucción parcial de la teoría de la justicia de Hart en su concepción del Derecho natural y de los derechos naturales. Su más conocida aportación al iusnaturalismo es la doctrina del contenido mínimo del Derecho natural.³ Parte del hecho evidente de que los hombres, como cualquier otro ser vivo, desean conservar su existencia. La supervivencia es, pues, una meta o aspiración humana que puede considerarse indiscutible en términos generales. Ahora bien, como afirma Hume, que es el inspirador más directo, junto con Hobbes, de la doctrina que nos ocupa, “la naturaleza humana no puede en modo alguno subsistir sin la asociación de individuos; y esa asociación nunca podría tener lugar si no se respetaran las leyes de la equidad y de la justicia”.⁴ En una línea similar, se pregunta Hart si entre las medidas sociales necesarias para hacer posible la existencia continuada del ser humano hay “leyes naturales accesibles a la razón y cuál es su relación con el Derecho y con la moral de los hombres”.⁵

Si se acepta el objetivo de la supervivencia y se tienen en cuenta algunas características igualmente obvias de la naturaleza humana y del mundo en que nos ha tocado vivir, es inevitable llegar a la conclusión de que existen ciertas reglas de conducta, comunes al Derecho y a la moral social, que toda agrupación humana tiene que adoptar necesariamente para ser viable. Esas reglas o principios de conducta “pueden ser considerados como el contenido mínimo del Derecho Natural”.⁶ Si

³ Aparece desarrollada en *El concepto de Derecho*, trad. de G. R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963, pp. 236-47. Anteriormente, Hart había esbozado la misma doctrina en “Positivism and the Separation of Law and Morals”, op. cit., pp. 79-82. Volvió sobre el tema en “Problems of the Philosophy of Law”, en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, loc. cit., pp. 112-4. Vid. también al respecto, RIVAYA, B., “Teorías sobre la teoría del contenido mínimo del Derecho natural”, en *Boletín de la Fac. de Derecho de la UNED*, n. 15, 2000, pp. 39-66.

⁴ Texto citado por Hart en *El concepto de Derecho*, op. cit., p. 237 (extraído del *Tratado de la naturaleza humana*, Libro III: “De la moral”, Parte II: “De la justicia y la injusticia”, pp. 699 y ss., trad. de F. Duque, Madrid, Ed. Nacional, 1981, vol. II).

⁵ Cfr. *El concepto de Derecho*, op. cit., p. 238.

⁶ *Ibid.* p. 239.

no se dieran las condiciones que constituyen la razón de ser del Derecho natural, los hombres no tendrían razones comunes para obedecer las normas jurídicas y morales, y sin tal obediencia o cooperación voluntaria general sería imposible el mantenimiento de un orden jurídico que pudiera imponerse coactivamente a los infractores de sus preceptos.

No es necesario, para los propósitos de este trabajo, analizar en detalle las diversas “verdades obvias” sobre la naturaleza humana identificadas por Hart como razón de ser de las más básicas normas jurídicas y morales. Se clasifican en cinco apartados: 1º) La vulnerabilidad, 2º) La igualdad aproximada, 3º) El altruismo limitado, 4º) La limitación de recursos y 5º) La limitación de la comprensión y de la fuerza de voluntad. La primera de estas evidencias reclama (si se presupone el fin de la supervivencia humana) reglas que prohíban el daño a otros. Las más obvias son las que restringen el uso de la violencia, prohibiendo el homicidio, las lesiones, etc. La segunda exige reglas que hagan posible la asunción de compromisos mutuos u obligaciones morales y jurídicas. Las restantes evidencias justifican la presencia de reglas que organicen y protejan alguna forma de propiedad; reglas que hagan posible la distribución y el intercambio de bienes o el cumplimiento de promesas y contratos; reglas que prevean las sanciones aplicables a los infractores, etc.

Estas verdades que a Hart le parecen obvias y de vital importancia para la comprensión del Derecho, “desvelan el núcleo de buen sentido que hay en la doctrina del Derecho natural”.⁷ Demuestran, además, frente a una de las tesis más provocadoras del positivismo jurídico, que no es cierto que el Derecho pueda tener “cualquier contenido”. Resulta sorprendente que un autor declaradamente positivista se atreva a refutar tan eficazmente tesis positivistas que no expresan aspectos marginales o prescindibles del positivismo jurídico, como la teoría imperativista de las normas, también refutada por Hart, sino la tesis central de esa corriente de pensamiento: la tesis de la desconexión entre el Derecho y la moral. Obviamente, reconocer la falsedad de la tesis de que el Derecho puede tener cualquier contenido es tanto como reconocer la existencia de una conexión necesaria entre el Derecho y ese contenido imprescindible, que bien podría caracterizarse también como moralmente exigible.

Anticipándose a la acusación de incoherencia entre la doctrina del Derecho natural mínimo y la tesis central del positivismo jurídico, Hart viene a decir que nada garantiza que las reglas antes apuntadas como derivaciones necesarias de ciertos

⁷ *Ibid.*, pp. 245-6.

hechos evidentes no pudieran aplicarse injustamente, de tal manera que algún sector social quedara al margen de sus beneficios. El Derecho natural mínimo sería, por tanto, para Hart, algo que, como la moral interna del Derecho descubierta por L. L. Fuller, es “compatible con una enorme iniquidad”.⁸ Se puede reconocer a Hart que la existencia del Derecho natural mínimo por él admitida no torna imposible la presencia de leyes injustas en cualquier orden jurídico, pero, en la medida en que impone al Derecho la recepción de un contenido moral necesario (aunque escueto y susceptible de aplicaciones no equitativas) debilita notablemente la tesis central del positivismo jurídico.⁹

Pasemos ahora del Derecho natural a los derechos naturales. La actitud que cabría esperar en este tema de un autor como Hart, que defiende una concepción positivista del Derecho, sería la misma o similar a la adoptada por J. Bentham, su admirado precursor, negando la existencia de todo derecho que no haya sido otorgado por el Derecho positivo. Sin embargo, en su artículo “¿Hay derechos naturales?” defiende algo muy diferente. Comienza con esta valerosa afirmación: “Sostendré la tesis de que si hay derechos en el campo moral, entonces se sigue de allí que hay por lo menos un derecho natural, a saber, el derecho igual de todos los hombres a ser libres”.¹⁰

Es un derecho natural que presenta dos vertientes: la primera consiste en el derecho propio de todo ser humano adulto a que los demás se abstengan de ejercer coerción o restricción alguna que le impida obrar conforme a su elección. La segunda consiste en la libertad de realizar cualquier acción que no dañe a otras personas. Se trata de un derecho que a todos los hombres les corresponde “en igualdad”; luego, tendríamos aquí, al menos en germen, no sólo un derecho a la libertad sino también a la igualdad. Sería, sin embargo, un derecho no absoluto o incondicional, puesto que en algunos casos su limitación coactiva podría estar justificada sin que

⁸ *Ibid.*, p. 256. En “Positivism and the Separation of Law and Morals”, *op. cit.*, p. 81, Hart advierte la posibilidad de que un sistema jurídico que hubiera satisfecho los requerimientos mínimos, pudiera negar a un sector de la población esclavizado y privado de derechos los beneficios mínimos de la protección frente a la violencia y al robo.

⁹ Como señala, entre otros, ORREGO, C., *H. L. A. Hart. Abogado del positivismo jurídico*, Pamplona, EUNSA, 1997, p. 68, “cuando Hart dice que en ningún sentido es una verdad necesaria que las leyes reproducen o satisfacen ciertas exigencias de la moralidad, contradice su propio pensamiento”, puesto que también afirma que un contenido mínimo de Derecho natural existe en todo sistema jurídico necesariamente.

¹⁰ Cfr. HART, H. L. A., “¿Hay derechos naturales?” en *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, trad. de G. R. Carrió, Buenos Aires, Depalma, 1962, p. 65.

eso anulara el principio general. Pese a no ser un derecho absoluto, irrevocable ni imprescriptible es más importante de lo que puede parecer a primera vista. De hecho “es probablemente todo lo que los filósofos políticos de la tradición liberal necesitaban reivindicar para sustentar cualquier programa de acción”.¹¹

Se trata de un derecho natural, argumenta Hart invocando razones que dice compartir con los iusnaturalistas clásicos, porque lo poseen todos los hombres capaces de elección por el mero hecho de ser hombres, sin que deba su existencia a la acción voluntaria de nadie. Pero debe advertirse que la existencia de ese supuesto derecho natural a la igual libertad de todos está sometida a una condición: que existan derechos en el campo de la moral, cosa que Hart considera innegable, porque la noción de derecho en sentido subjetivo es un elemento imprescindible para la rama de la ética que determina cuándo se puede restringir justificadamente la libertad. En efecto, tener un derecho moral es tanto como tener una justificación moral para limitar la libertad de otro. Luego, es evidente que la existencia de los derechos morales presupone la existencia de la libertad como derecho previo que se reconoce a todos por igual.

Al margen de lo anterior, en este sorprendente artículo, Hart llega a decir que el término Derecho (en sentido objetivo) “delimita un área de moralidad”.¹² El área a que pertenecen conceptos tales como los de justicia, equidad, derechos y obligaciones. Unos conceptos que tienen en común la admisibilidad del empleo de la fuerza para asegurar que se realice lo justo, lo equitativo, lo que representa el derecho de alguien o lo que es debido jurídicamente.

Otra extraña concesión (para tratarse de un autor adscrito a un positivismo no ideológico sino sólo metodológico) presente en el artículo que nos ocupa es el reconocimiento de la existencia de un deber moral de obedecer el Derecho, fundado en un supuesto deber de lealtad o juego limpio que recae sobre todo aquél que se haya beneficiado del sometimiento a las restricciones jurídicas asumido por sus conciudadanos.¹³ Según argumenta Hart, los ciudadanos que cumplen las exigencias jurídicas tienen un derecho moral a idéntico cumplimiento por parte de todos los

¹¹ Ibid., p. 67.

¹² Ibid., p. 70.

¹³ El argumento ha encontrado amplio eco en otros autores. Vid., p. e., RAWLS, J., “Legal Obligation and the Duty of Fair Play”, en *Law and Philosophy*, ed. por S. Hook, New York, 1964; PEREZ BERMEJO, J. M., *Contrato social y obediencia al Derecho en el pensamiento de John Rawls*, Granada, Comares, 1997, pp. 215 y ss.

que se benefician de su sacrificio, y esos otros tienen correlativamente un deber moral de obediencia al Derecho.

Podrá objetarse que el artículo a que nos estamos refiriendo no es representativo del pensamiento maduro de Hart.¹⁴ Pero aunque lo haya repudiado expresamente, representa una pieza significativa de su trayectoria intelectual, y el mismo repudio puede interpretarse como una manifestación explícita de esa contradicción interna a su pensamiento que aquí pretendemos poner de manifiesto. Es más, en los restantes artículos que Hart dedica al problema de los derechos humanos adopta una actitud que, aun siendo menos abierta o directa y más impersonal, puesto que aparece sólo apuntada al hilo de sus comentarios a las doctrinas de otros autores, todavía se encuentra más próxima a la defendida en el artículo antes examinado que a la que cabría esperar de un positivista estricto.

Un positivista estricto o consecuente criticaría la idea de los derechos humanos en una línea no demasiado disímil de la seguida por Bentham, que los considera simples gritos en el vacío, puesto que al no ser creaciones del Derecho positivo, no hay criterio alguno para determinar cuáles son esos derechos ni cuáles son sus límites, y será finalmente el capricho interesado de ciertos individuos lo que los determine. Hart, sin embargo, aunque una y otra vez parte del examen complaciente de las críticas de Bentham a los derechos naturales, y aunque no deja de observar que la acusación de falta de criterio no ha sido refutada aún convincentemente, no parece considerar tales críticas del todo satisfactorias. Su adhesión se decanta más bien hacia la postura adoptada por J. S. Mill, discípulo un tanto heterodoxo de Bentham, que no cree posible articular una adecuada teoría de la justicia sin hacer referencia a los derechos morales de las personas, pues para él la justicia consiste básicamente en el respeto a esos derechos. En consecuencia, Mill procura conciliar derechos humanos y utilitarismo, intentando demostrar que la doctrina de la utilidad general es la base de los derechos individuales, puesto

¹⁴ En la introducción a los *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, loc. cit., p. 17, afirma Hart lo siguiente respecto a dicho artículo de 1955: "aunque logró atraer cierta atención, no lo he incluido aquí porque su principal argumento me parece erróneo". Salva, sin embargo, de la quema "el principio de fair play" como fundamento de la obligación política; y eso es tanto como decir que sigue creyendo en la existencia de un deber moral de obedecer el Derecho. Otros autores, sin embargo, como MACCORMICK, N., *H. L. A. Hart*, op. cit., p. 10, confirman la importancia del ensayo en cuestión. Un examen crítico del mismo lleva a cabo MACK, E., "Hart on Natural and Contractual Rights", en *Philosophical Studies*, vol. 29, 1976, pp. 283 y ss. También lo considera defectuoso, aunque le dedica un detallado examen y destaca el hecho de que haya sido un artículo frecuentemente citado y reproducido por los estudiosos, BAYLES, M. D., *Hart's Legal Philosophy. An Examination*, Dordrecht/London, Kluwer Ac. Pub., 1992, pp. 151 y ss.

que nada hay más útil para los seres humanos que la libertad y los otros supremos intereses protegidos por los derechos humanos. Así pues, aunque las decisiones políticas deban perseguir la maximización de la utilidad, no deberán hacerlo a costa de los derechos individuales y tendrán su límite en la necesidad de respetar esas exigencias de justicia que, como el derecho a la libertad, sólo podrán restringirse para evitar del daño a otros.¹⁵

Aunque Hart también parece considerar deseable alguna forma de conciliación entre el utilitarismo y las doctrinas de los derechos humanos, que limite la búsqueda de la máxima utilidad social mediante el respeto a la importancia moral de la dignidad de las personas, no cree que esa conciliación haya sido lograda convincentemente por Mill. Frente a las suposiciones de Mill, Hart niega que la utilidad general pueda servir como criterio para identificar los derechos humanos. La afirmación de que la gente tiene derechos humanos no puede justificarse por referencias a consideraciones de bienestar general, sino sólo por referencia al bien individual de sus titulares. Mill supone que la razón para proteger los derechos individuales es la utilidad general, pero olvida que si la utilidad general pudiera incrementarse negando dicho bien a alguna minoría, el utilitarismo, que no respeta la individualidad de las personas, recomendaría tal negación. Luego, no puede ser la utilidad general el verdadero fundamento de los derechos humanos.

Hart advierte, sin embargo, que en el pensamiento de Mill es posible encontrar fundamentos teóricos para limitar los posibles excesos del utilitarismo e impedir el sacrificio de los derechos de alguna minoría en aras del bienestar general, apelando a su famoso principio de libertad, puesto que la libertad consagrada por este principio sólo puede restringirse para evitar el daño a otros. Es cierto que la libertad puede considerarse uno de los componentes esenciales de la felicidad humana, pero el principio de libertad no busca aumentar la suma total de bienestar social. No es agregativo sino individual o distributivo. La prueba de que el principio de libertad no tiene un fundamento utilitarista es que Mill sólo admite su limitación para evitar

¹⁵ Literalmente afirma HART, H. L. A., "Utilitarismo y derechos naturales", trad. de J. R. de Páramo, en *Anuario de derechos humanos*, vol. 1, 1981, p.162, que "la doctrina de la libertad de Mill es en este punto una desviación sugestiva del principio maximizador del utilitarismo, siendo su efecto el asegurar a cada individuo un área de libertad para el campo total de sus actividades no perjudiciales. Al ofrecer esta protección de la libertad de los individuos como tales, asegura el mismo área de libertad para todos los individuos, siendo así una medida de igualdad, mientras que el utilitarismo puro no está comprometido en ningún sentido con la igualdad de trato como un valor independiente." Como es fácil advertir, esta doctrina de Mill que Hart examina, recuerda bastante al igual derecho natural de todos los hombres a ser libres que él mismo había defendido en "¿Hay derechos naturales?"

el daño a otros, mientras que si tuviera una base utilitarista tendría que admitir muchas otras limitaciones. No es verdad, en suma, que los derechos humanos puedan identificarse porque su reconocimiento venga exigido por la utilidad general.

Aparte de lo anterior, Mill acierta, en opinión de Hart, al identificar como derechos las formas del bien individual que son componentes esenciales de la felicidad humana. Se trata de una aportación vaga y discutible, pero Hart la considera valiosa, y de ella deduce que para dar sentido a la noción de los derechos morales universales o derechos humanos es necesario elaborar una teoría de las necesidades básicas de los individuos y de lo que pueden razonablemente demandar de los demás (por vía de abstención o de provisión positiva) a fin de perseguir sus propios fines.¹⁶ En otro lugar, extrae del pensamiento de Mill una conclusión similar, la de que “una teoría de los derechos individuales básicos debe apoyarse en una concepción específica de la persona y de lo que es necesario para el ejercicio y desarrollo de las facultades humanas características”.¹⁷

Es evidente que la actitud adoptada aquí por Hart hacia la idea de los derechos humanos es más positiva que positivista. En efecto, aunque suele considerársele un pensador positivista y utilitarista, bastante matizado en todo caso, él reconoce expresamente que la defensa de una doctrina de los derechos humanos es lo que requiere con mayor urgencia la realidad de nuestra época, permanentemente amenazada por la barbarie del hombre contra el hombre, y que tal requerimiento es más importante que la conveniencia de maximizar la utilidad general. Pese a todo, sigue echando en falta “una teoría suficientemente detallada o adecuadamente articulada que muestre el fundamento de tales derechos y su relación con otros valores perseguidos por el gobierno”.¹⁸ Al igual que ocurre con otros positivistas moderados, como N. Bobbio, parece que una de las mayores reticencias que mantiene Hart hacia los derechos humanos es la dificultad de hallarles un fundamento sólido.

La percepción de la dificultad apuntada está en la base de sus críticas a algunas de las últimas teorías ético-políticas que se han propuesto revitalizar la doctrina de los derechos individuales básicos. El grueso de la crítica se despliega en

¹⁶ Cfr. HART, H. L. A., “Natural Rights: Bentham and J. S. Mill”, en *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1982, p. 103. (Hay trad. al español de J. R. de Páramo, en *Anuario de derechos humanos*, vol. 3, 1984).

¹⁷ Cfr. HART, H. L. A., Introducción a sus *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, loc. cit., p. 17. No es necesario llamar la atención sobre el fuerte sabor iusnaturalista de la afirmación citada.

¹⁸ Cfr. HART, H. L. A., “Utilitarismo y derechos naturales”, op. cit., p. 166.

su artículo “Entre el principio de utilidad y los derechos humanos”.¹⁹ Parte allí de la constatación del profundo cambio acaecido en la filosofía política angloamericana actual, que ha abdicado de su vieja fe en el utilitarismo como esencia de la moral política, abrazando la nueva fe en la doctrina de los derechos humanos como elementos protectores de las libertades e intereses básicos de las personas. La crítica de Hart se concentra en dos versiones (una liberal-conservadora y la otra izquierdista o igualitarista) de esa doctrina “que deslumbra tanto como ilumina”.²⁰ La primera es la defendida por R. Nozick basándose en la importancia moral de la individualidad específica de cada ser humano, y la segunda la defendida por R. Dworkin partiendo de la importancia moral del derecho de las personas a una igual consideración y respeto.²¹

No es necesario examinar con detalle las sutiles objeciones de Hart a estas doctrinas. Baste destacar que en el transcurso de su análisis reconoce una vez más la insuficiencia del utilitarismo, incapaz de tomarse en serio la importancia de la individualidad de las personas y la necesidad de una distribución justa adecuada a esa realidad. No cree admisible, sin embargo, que se abuse de esa justa crítica al utilitarismo, como hace Nozick, utilizándola para desacreditar cualquier intento de reducir las desigualdades sociales. Una de las críticas que dirige a Nozick le acusa de no demostrar que los seres humanos tengan sólo derechos de libertad que obliguen al Estado a convertirse en un simple vigilante nocturno. Obviamente, Hart está aquí abogando por los derechos sociales y económicos. ¿Por qué no habría de incluirse, se pregunta Hart, el derecho fundamental a una acción positiva del Estado encaminada al alivio de graves necesidades o sufrimientos, o al mantenimiento de la educación y capacitación profesional básica? “Para una vida con sentido no sólo hay que proteger la libertad. También son necesarias las oportunidades y los recursos para su ejercicio”.²² Se puede llegar, por tanto, a la conclusión de que Hart no critica la doctrina de Nozick por basarse en la defensa de los derechos humanos, sino por defenderlos sólo parcialmente, excluyendo del derecho a la libertad el derecho a las condiciones materiales necesarias para que esa libertad contribuya al pleno bienestar de la persona.

¹⁹ Trad. por M. D. González, F. Laporta y L. Hierro, en la *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, vol. 58, 1980, pp. 7-28.

²⁰ *Ibid.*, p. 7.

²¹ Vid. NOZICK, R., *Anarquía, Estado y utopía*, trad. de R. Tamayo, México, F.C.E., 1988, y DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, trad. de M. Guastavino, Barcelona, Ariel, 1984.

²² *Ibid.*, pp. 15-6

En cuanto a la crítica que dedica al pensamiento de Dworkin en este artículo, también parte del reconocimiento de que los argumentos utilitaristas, aun convenientemente matizados, “pueden producir resultados antiliberales y toscamente desigualitarios”,²³ y termina con una encendida defensa de la libertad, que, en su opinión, debe organizarse sobre bases distintas a las de la igualdad, puesto que la igualdad no garantiza la libertad. Sería posible tratar a todos con idéntica consideración y respeto negándoles la libertad por igual. Para proteger algo tan valioso en la vida humana como la libertad “necesitamos derechos que son desde luego antiutilitaristas, pero también anti muchas otras cosas”,²⁴ frente a las cuales deben prevalecer como escudos protectores.

Pese a las concesiones anteriores, Hart insiste de nuevo en que “ha de hacerse mucho más para identificar los rasgos peculiares de la dimensión de moralidad que constituye la concepción de los derechos fundamentales y el modo en que esa dimensión de moralidad se relaciona con otros valores perseguidos a través del gobierno”.²⁵ En general, parece sugerir que una teoría satisfactoria de los derechos humanos no debe construirse únicamente a partir del rechazo a los defectos del utilitarismo sino también tanteando la posibilidad de lograr alguna armonización con sus aciertos. En todo caso, advierte que todavía no se ha logrado más que fragmentariamente desarrollar una teoría de los derechos individuales comparable a la teoría utilitarista en claridad y riqueza de detalles. Pero el punto de partida, el respeto a la dignidad y al valor de la persona individual, ausente en Bentham, es algo que Hart considera irrenunciable.

No hay duda, por tanto, de su aceptación de los elementos básicos de la idea de los derechos humanos, y el más básico de todos probablemente sea la aceptación de la existencia de valores morales racionales o universalmente válidos. En uno de los libros más emblemáticos de su filosofía política, *Law, liberty and Morality*, reconoció entre otras cosas, que toda moral social, sea cual sea su contenido, defiende en alguna medida “valores tan universales como la libertad individual, la

²³ Ibid., p. 26.

²⁴ Ibid., p. 27.

²⁵ Ibid., p. 28. Algo similar afirma en “1776-1976: Law in the Perspective of Philosophy”, en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, loc. cit., p. 152: “No creo que tengamos aún una teoría satisfactoria que muestre cómo se ha de combinar el respeto por los derechos humanos básicos con la persecución de otros valores. Algunas teorías parecen arrojar al bebé (que sería el conjunto de los derechos básicos compatibles entre sí y con el ejercicio del gobierno) junto con el agua del baño de una rigidez excesiva. Otras teorías (quizá entre ellas la del Prof. Nozick) hacen algo aún peor: arrojan al bebé y conservan el agua del baño”.

seguridad de la vida y la protección frente al daño deliberadamente infligido”.²⁶ Vida, libertad, seguridad, etc, forman obviamente el substrato axiológico de los principales derechos del hombre. Curiosamente, Hart afirma, frente a la suposición de Lord Devlin, que la moral no tiene valor porque asegure estos elementos necesarios para la preservación de la sociedad, sino que “la preservación de cualquier sociedad tiene valor porque, entre otras cosas, asegura para los seres humanos alguna medida de estos valores universales”.²⁷ Aquí resuena claramente el alegato del artículo segundo de la Declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, que tanto irritaba a Bentham y que representaba la negación de utilitarismo. La proclama de que el fin de toda sociedad política es la preservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre, y no al revés.

Debemos preguntarnos ahora si la teoría de la justicia y de los derechos individuales que emerge de los aspectos examinados en la obra de Hart es compatible con su teoría positivista del Derecho.²⁸ Obviamente, la respuesta tendría que ser rotundamente negativa si no fuera porque Hart asume una de las tesis centrales de sus precursores utilitaristas y positivistas, J. Bentham y J. Austin, la tesis de la separación radical entre lo que es Derecho y lo que debería ser Derecho. Una cosa es la existencia del Derecho, el Derecho tal y como realmente es, que se decide mediante los criterios, normalmente formales, previstos por la regla de reconocimiento de cada sistema jurídico, y otra cosa completamente distinta es su mérito o demérito. El filósofo del Derecho puede especular sobre lo justo, sobre los valores e ideales que el Derecho debería realizar, sobre las reformas jurídicas exigidas por la moral social o por la moral crítica, pero esas operaciones no tienen

²⁶ Cfr. HART, H. L. A., *Law, Liberty and Morality*, Oxford, OUP, 1963, p. 70.

²⁷ Ibid.

²⁸ ORREGO, C., *H. L. A. Hart. Abogado del positivismo jurídico*, op. cit., p. 415, apunta la siguiente impresión: “Hart necesitaba alguna forma de positivismo metodológico para justificar la separación entre su labor como moralista crítico y sus argumentos como filósofo especulativo; pero lógicamente, el conflicto de ideas resulta patente cuando se relacionan ambos aspectos de su pensamiento”.

nada que ver con la operación consistente en identificar el Derecho válido, el Derecho realmente existente.²⁹

Si esta tesis fuera admisible, no sería necesaria ninguna coherencia entre la teoría del Derecho y la teoría de la justicia de un mismo filósofo del Derecho. Es más, forzando un poco los términos, podríamos afirmar que si fuera irreprochable la tesis de la separación estricta entre el Derecho que es y el Derecho que debería ser, sería también perfectamente irreprochable declararse al mismo tiempo positivista y iusnaturalista. Positivista en cuanto a la determinación de lo que el Derecho es y iusnaturalista en la determinación de lo que debe ser. Quizá fuera esa en algún momento de su trayectoria académica la aspiración inconfesada de Hart, quien, no lo olvidemos, se declara positivista al mismo tiempo que defiende una teoría del contenido mínimo del Derecho natural.

En mi opinión, resulta difícilmente sostenible la tesis de la separación estricta entre el Derecho “que es” y el Derecho que “debe ser”. Hay que comenzar advirtiendo que la idea del Derecho “que debería ser” admite varios sentidos o niveles, que Hart no acierta a distinguir. Por Derecho “que debería ser” puede entenderse el proyecto idealizado de un orden jurídico más perfecto o deseable que el vigente. Ciertamente, ese ideal de Derecho, frecuentemente distinto en la mente de cada filósofo del Derecho o reformador social, podría apartarse en mayor o menor medida del Derecho realmente existente.

²⁹ Cfr., p. e., HART, H. L. A., “Positivism and the Separation of Law and Morals”, op. cit., pp. 50 y ss; “El nuevo desafío al positivismo jurídico”, trad. de H. Hierro, J. R. de Páramo y F. Laporta, en *Sistema*, vol. 36, 1980, pp. 4-5.

En opinión de MOLES, R.N., *Definition & Rule in Legal Theory. A Reassessment of H. L. A. Hart and the Positivist Tradition*, Oxford/New York, Blackwell, 1987, pp. 207 ss., Hart no interpretó correctamente el pensamiento de J. Austin cuando le atribuyó la tesis de la separación estricta entre Derecho y moral. Es cierto, reconoce Moles, que Austin sostuvo, a fin de lograr una mejor comprensión tanto del Derecho como de la moral la necesidad de examinarlos por separado, pero también advirtió expresamente que ambos órdenes normativos “son las partes inseparablemente conectadas de una gran totalidad orgánica.” Además de malinterpretar la posición de Austin, según sugiere Moles, Hart habría incurrido en una confusión epistemológica, pues dos fenómenos pueden ser distintos y sin embargo estar estrechamente relacionados.

Pero también puede entenderse por Derecho que debe ser, el orden resultante de la aplicación e interpretación de las normas jurídicas válidas a la luz de los principios y valores que les dan sentido o justificación, y marcan el rumbo que el Derecho ha de seguir, especialmente en la resolución de los casos difíciles. Parece obvio que en este último sentido, el Derecho “que debe ser”, no puede distinguirse ni separarse del Derecho “que es”.

Igualmente admite varios sentidos o niveles la idea del Derecho “que es”. Por Derecho “que es” puede entenderse el conjunto de normas jurídicas dictadas por los órganos autorizados conforme al procedimiento previsto y que, por eso mismo, pueden considerarse válidas, aunque en algún caso no sean como deberían ser. La posibilidad de una creación voluntaria de normas, que en principio pueden ser defectuosas, tanto técnica como moralmente, es una peculiaridad del Derecho como fenómeno institucionalizado que es.

Pero por Derecho “que es” puede entenderse también, en un nivel más amplio, el fenómeno social que constituye el orden jurídico en su conjunto, con su peculiar sentido, propósito o función en la vida social, que no podría desempeñar si no respetara ciertos valores morales, básicamente la justicia, o si no reconociera los derechos humanos básicos, o si no se propusiera ciertos fines u objetivos sociales que pueden resumirse en el bien común. Estos rasgos materiales, que hacen al Derecho inteligible para nosotros como conjunto de prácticas e instituciones, forman parte también del ser del Derecho, de lo que el Derecho “es” en su conjunto.³⁰ Obviamente, en este sentido, lo que el Derecho “es” no puede distinguirse de lo que “debe ser”.

En definitiva, la tesis de la separación estricta entre el Derecho “que es” y el “que debe ser” puede considerarse una generalización apresurada a partir de algunos aspectos parciales o rasgos concretos del fenómeno jurídico, cuya presencia es innegable pero que no agotan la realidad del fenómeno. Cuando se contempla el sentido global del orden jurídico en la vida social es necesario corregir o matizar esa generalización apresurada. Si lo anterior es correcto, no resulta nada extraño

³⁰ Incluso un autor positivista, y en alguna medida discípulo o continuador de Hart, como MACCORMICK, N., “Natural Law and the Separation of Law and Morals”, en *Natural Law Theory. Contemporary Essays*, ed. por R. P. George, Oxford, Clarendon Press, 1992, p. 113, reconoce que “es tan verdad en relación con el Derecho que la justicia y la promoción del bien común dentro de los límites de la justicia son los bienes particulares que lo hacen inteligible para nosotros como conjunto de prácticas e instituciones, como es verdad en relación con el arte que su finalidad es la comunicación de la experiencia estética a través de la originalidad creativa”. “La conclusión general es que las normas del Derecho, como otras instituciones sociales, sólo son completamente inteligibles por referencia a los fines o valores que deben realizar”.

que Hart se haya visto obligado a matizar tantas veces su tesis de la desconexión entre el Derecho y la moral, reconociendo entre ambos innumerables conexiones, que él minimiza calificándolas como contingentes.³¹

La cuestión que ahora debemos plantearnos es la de cuál de los dos sentidos antes distinguidos del Derecho “que debe ser” es el que corresponde a las aportaciones de Hart a la teoría de la justicia. ¿Representan esas aportaciones ideales alternativos tendentes a reformar el Derecho vigente, o forman parte de la moral subyacente a ese mismo Derecho? Creo que no son lo primero, porque la postulación de un contenido mínimo del Derecho natural común a todo orden jurídico y moral, o del valor de la libertad y la dignidad humana como derechos individuales, son presupuestos tan básicos de cualquier Derecho que no se pueden considerar ideales alternativos de justicia o proyectos idealizados de un orden jurídico más deseable que el vigente. ¿Podemos encuadrarlos entonces entre los valores o principios implícitos en las normas jurídicas existentes? Aunque sean valores últimos o muy abstractos, sin duda son imprescindibles para dar sentido, no ya al Derecho inglés, o al español, o al venezolano, sino al Derecho de cualquier sociedad civilizada. En consecuencia, se pueden considerar elementos implícitos en esos ordenamientos, y, por lo tanto, parte integrante de los mismos.

En cualquier caso, el ámbito en el que es posible probar o descartar la implicación del Derecho “que debe ser”, es decir, de la moral subyacente al orden jurídico, en la constitución del Derecho “que es”, constitución que actualizan cotidianamente los jueces cuando interpretan y aplican las normas, especialmente en los casos difíciles, es el ámbito del razonamiento jurídico. Quienes han ahondado en este campo de estudio y han constatado la profunda influencia que tienen en la resolución de los conflictos jurídicos los principios, valores y objetivos del Derecho, que inevitablemente lo enlazan con la moral social, no pueden dejar de advertir al mismo tiempo la insuficiencia de la filosofía del Derecho positivista, incapaz de ofrecer una explicación satisfactoria de esa práctica jurídica efectiva. Insatisfactoria es, por ejemplo, la teoría de Kelsen de la interpretación jurídica, que la concibe como un mero despliegue de todos los posibles significados de cada norma, y que deja al juez, en el ejercicio inescrutable de su voluntad autorizada, la posibilidad

³¹ Discutí la supuesta contingencia de tales conexiones en “Balance crítico de la filosofía jurídica de H. L. A. Hart”, en *Dikaosyne*, vol. 22, año 12 (2009), pp. 131-44.

de optar por cualquiera de ellos, que en principio tienen el mismo valor.³² No muy distinta es la concepción de Hart, según la cual allí donde las normas jurídicas no resuelven claramente un caso, lo ha de resolver la discrecionalidad judicial, que no tiene por qué ser arbitraria en el sentido de insensata, pero que, en último término, no se apoya en el Derecho vigente.

La teoría del razonamiento jurídico que emerge de la concepción hartiana de la discrecionalidad judicial creadora de Derecho es muy pobre y no da cuenta satisfactoriamente de la práctica efectiva que se produce cada día en la aplicación del Derecho por parte de los tribunales de justicia. El propio Hart era consciente de la debilidad de sus aportaciones a esta rama de la filosofía jurídica y así lo reconoció en el *Postscript* a la segunda edición de su obra principal, que se ha venido considerando una especie de testamento iusfilosófico.³³ Resulta llamativo, aunque comprensible, que aquella parte de la filosofía del Derecho, la teoría del razonamiento jurídico, que hubiera permitido a Hart poner a prueba (y seguramente abandonar o matizar drásticamente) la teoría de la separación estricta entre el Derecho que es y el que

³² Cfr. KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, trad. de R. J. Vernengo, México, UNAM, 1979, pp. 349 ss. Debe advertirse que algunos autores, aun reconociendo que el desarrollo actual de la teorías de la argumentación jurídica ofrece nuevas evidencias de la vinculación entre el Derecho y la moral, y en ese sentido es tendencialmente antipositivista, creen posible mantener en pie la doctrina positivista, al menos, de la discrecionalidad judicial; porque aun aplicando los criterios morales descubiertos por la teoría de la argumentación, siempre quedará un margen de elección o discrecionalidad para los jueces. Cfr., p. e., PRIETO SANCHIS, L., *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara, 1997, pp. 42 y ss. La duda que aquí se plantea, a mi juicio, es la de si ese residuo de discrecionalidad judicial irreductible basta para mantener las constantes vitales del positivismo jurídico, teniendo en cuenta que las teorías de la argumentación (entre otras) toman cada vez más insostenible su tesis central, la que niega la existencia de conexiones necesarias entre Derecho y moral. Sobre esta problemática, vid., p. e., ANSUATEGUI ROIG, F. J., “Positivismo y teoría de la argumentación jurídica”; GARCÍA FIGUEROA, A., “Haciendo justicia desde el lado activo del Derecho. Teoría de la argumentación y teoría del Derecho”; OLIVA EKELUND, C., “La teoría de la argumentación y el positivismo jurídico”, trabajos recogidos en *Sobre el razonamiento jurídico*, *Revista de Ciencias Sociales* (Valparaíso, Chile), nº. 45, pp. 359-82, 193-218 y 731-65, respectivamente.

³³ Cfr. HART, H. L. A., *Postscript* a la 2ª ed. de *The Concept of Law*, Oxford, OUP, 1994, p. 259: “Pero ciertamente deseo confesar ahora que dije demasiado poco en mi libro sobre el tema de la decisión judicial y del razonamiento jurídico, y en particular sobre la discusión de lo que mis críticos llaman principios jurídicos. Estoy de acuerdo en que es un defecto de este libro que los principios se toquen sólo de pasada”.

Es curioso advertir que la mayor parte de las ideas contenidas en el “Postscript”, que tanto revuelo ha provocado entre los estudiosos, coinciden (hay párrafos enteros literalmente idénticos) con las que ya estaban expuestas en “El nuevo desafío al positivismo jurídico”, op. cit., artículo que traduce el texto de una conferencia pronunciada por Hart en la Univ. Autónoma de Madrid en 1979, y que sólo se publicó en español.

debe ser (o entre teoría del Derecho y teoría de la justicia), brille por su ausencia o al menos destaque por su raquitismo en su obra, y quizá esa sea la razón por la que no encontró serios obstáculos para defender algo tan contraintuitivo. ¿No es acaso contraintuitivo que una realidad normativa como el Derecho, es decir, una realidad que establece “lo que debe ser”, no tenga nada que ver con lo que debe ser Derecho?

Terminaré con una breve referencia a una de las pocas incursiones de Hart en el campo del razonamiento jurídico, en la que discute la resolución judicial de un caso difícil. Creo que ejemplifica bien la idea que intento defender, la idea de que en el campo del razonamiento jurídico se pone en evidencia, a poco que se escarbe, la conexión entre lo que es Derecho y lo que debe ser Derecho. Me refiero a las reflexiones de nuestro autor sobre cuál sería la mejor forma de juzgar las atrocidades cometidas en la Alemania nazi por individuos que las realizaron al abrigo de las leyes inicuas entonces vigentes.³⁴

Frente a G. Radbruch, que propone condenarlas por vulnerar principios básicos de la moral o exigencias intemporales de justicia (de lo que debería ser Derecho), Hart considera preferible que la condena se base en una ley positiva, aunque tenga que ser francamente retroactiva, por mucho que esto parezca poco elegante desde el punto de vista técnico-jurídico o incluso un mal moral, aunque un mal menor que dejar impunes los desmanes. Ahora bien, Hart está presuponiendo aquí lo que quiere negar, es decir, que aquellos actos inmorales, justamente por ser gravemente inmorales, deben condenarse jurídicamente y sus autores deben ser castigados. Que la represión se apoye en una ley retroactiva es sólo una forma pretendidamente positivista de presentar una solución que, sin embargo, no se habría podido tomar si se hubiera aplicado al caso un planteamiento estrictamente positivista, pues entonces los acusados tendrían que haber sido absueltos, dado que se limitaron a cumplir las leyes vigentes (se supone que la injusticia de las leyes es algo irrelevante para el positivismo jurídico). En otras palabras, la solución propuesta por Hart a fin de resolver estos casos difíciles supone la aplicación del Derecho “que debería ser”, aunque se presente como Derecho “que es”, dictado retroactivamente para cubrir la apariencias de positividad.

En resumen, la teoría del Derecho de Hart, aun ofreciendo elementos que siguen siendo muy aprovechables aisladamente considerados, tiene en su interior rasgos contradictorios y es, a su vez, contradictoria, en lo que tiene de positivista, con su teoría de la justicia; cosa que habría podido advertir si hubiera

³⁴ Cfr. HART, H. L. A., “Positivism and the Separation of Law and Morals”, op. cit., pp. 75-8. Vid. también *El concepto de derecho*, op. cit., pp. 257-61 y 322-3.

desarrollado una adecuada teoría del razonamiento jurídico que, salvo algún apunte esquemático, brilla por su ausencia. Lo poco que de ella se vislumbra, la teoría de la discrecionalidad judicial creadora de Derecho, resulta insatisfactorio, porque no da cuenta de la práctica judicial efectiva en la aplicación del Derecho, especialmente en los casos difíciles, inmersos en lagunas o afectados por la inevitable indeterminación de que adolecen las normas. Esa práctica judicial efectiva, que pone en juego derechos, valores y principios jurídico-morales implícitos en el Derecho, dista mucho de consistir en el despliegue de una arbitrariedad más o menos ilustrada.