

DERECHO Y JUSTICIA: ANÁLISIS CRÍTICO DEL POSITIVISMO JURÍDICO DE
HERBERT LIONEL ADOLPHUS HART

SANTIAGO MARÍN LÓPEZ
(santiagomarinlopez@gmail.com)

Monografía de grado para optar por el
título de Licenciado en Filosofía

Director
Mg. Carlos Alberto Carvajal Correa

UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA DE PEREIRA
FACULTAD DE BELLAS ARTES Y HUMANIDADES
ESCUELA DE FILOSOFÍA
PEREIRA
2015

CONTENIDO

	pág.
INTRODUCCIÓN	4
1. H. L. A. HART: EL AUTOR Y SU OBRA	7
1.1 H. L. A. HART Y LA JURISPRUDENCIA ANALÍTICA	7
1.2 EL CONCEPTO DE DERECHO	9
2. LA ESCISIÓN DEL DERECHO Y LA MORAL EN EL POSITIVISMO JURÍDICO DE H. L. A. HART	18
2.1 DERECHO Y MORAL	18
2.2 TEORÍA DEL CONTENIDO MÍNIMO DEL DERECHO NATURAL	29
3. DERECHO Y PRINCIPIOS DE JUSTICIA	32
3.1 LA TEORÍA DE LA JUSTICIA DE HART	32
3.2 HACIA UNA REFORMULACIÓN DEL CONCEPTO POSITIVISTA DE JUSTICIA	35
4. CONCLUSIÓN	40
BIBLIOGRAFÍA	41

RESUMEN

La presente investigación busca determinar la naturaleza del vínculo entre la justicia y el Derecho en la perspectiva del positivismo jurídico de H. L. A. Hart. Para ello se explican los conceptos más relevantes que comporta el Derecho y cuál es la relación de cada uno de ellos con la justicia, para determinar si dicha conexión es necesaria o contingente. Lo que se intenta mostrar es que la justicia sí es inherente al concepto de Derecho y que ella consiste en el respeto a las diferencias, tanto entre sistemas normativos como entre los sujetos al interior de los mismos.

Palabras clave: Derecho, moral, justicia, positivismo jurídico.

ABSTRACT

This research seeks to determine the nature of the connection between justice and Law from the viewpoint of H. L. A. Hart's legal positivism. In order to do so, it explains the most salient concepts of Law as well as the relation of each one of them with the concept of justice so as to find out if that relationship is necessary or accidental. The purpose of this research is to show that justice is essential to the concept of Law and it consists in the respect to the differences between normative systems as well as between the subjects within them.

Key words: law, morals, justice, legal positivism.

INTRODUCCIÓN

Es menester de la filosofía del Derecho responder a la pregunta ¿qué es el Derecho? El estudio de dicha cuestión ha enfrentado históricamente dos corrientes de pensamiento: el iuspositivismo (o positivismo jurídico) y el iusnaturalismo (o Derecho Natural). Tanto el Derecho Positivo como el Derecho Natural, principales escuelas de pensamiento jurídico, exaltan la importancia del vínculo entre moral y Derecho y dedican gran parte de su desarrollo doctrinal a resolver las tensiones que aquél genera. El positivismo jurídico concibe como Derecho únicamente las leyes positivas (en términos generales, se refieren a las normas escritas, esto es, codificaciones con fuerza coercitiva); en esta concepción no hay cabida para la moral como elemento constitutivo del concepto de Derecho. El Derecho Natural, por su parte, sugiere que el Derecho, la norma legal, existe no por disposición del hombre, sino de Dios o de la misma razón humana, según la variante que se analice (teológica o racionalista); de cualquier forma, estipula esta doctrina que existen ciertas prerrogativas que le son inherentes a la persona humana, en razón de su propia naturaleza, sin estar sometidas al reconocimiento de una codificación, cualquiera que sea.

Ambas posturas intentan responder a la pregunta por la naturaleza del Derecho, y lo hacen desde tan diversos puntos de vista que incluso dan pie al surgimiento de nuevas variantes dentro de las mismas corrientes de pensamiento. No obstante, el tema recurrente que intentan resolver estas doctrinas es el de la relación entre Derecho y moral. Así, los iusnaturalistas consideran esta relación como definitoria del concepto de Derecho, mientras que los positivistas la conciben como posible en la realidad fáctica, mas no esencial al concepto. El hilo conductor de esta discusión es, pues, la posibilidad de concebir el vínculo entre Derecho y moral como algo esencial a la hora de proponer un concepto de Derecho.

La manera como los iusnaturalistas argumentan a favor del vínculo entre Derecho y moral es recurriendo a la idea de que existen ciertos principios morales universalmente válidos y necesarios, que son los que dictan las disposiciones del Derecho; es decir, la legitimidad del Derecho está supeditada a su correspondencia con dichos principios morales. Ahora bien, como se advertía antes, al interior de esta corriente se dan otros matices que ponen el énfasis en ideas diferentes: por ejemplo, el iusnaturalismo teológico sujeta la existencia de dichos principios a Dios y, por tanto, las leyes positivas deben derivarse de Él; el iusnaturalismo racionalista, en cambio, sugiere que la existencia de los principios morales está determinada por la razón humana, esto es, hacen parte de la estructura racional del hombre y, por ende, son autoevidentes y permiten derivar de ellos el resto de normas positivas. A pesar de las divisiones internas del iusnaturalismo, el tema principal sigue siendo el de la relación entre Derecho y moral.

Contrario a los iusnaturalistas, los partidarios del positivismo jurídico rechazan la posibilidad de un vínculo conceptual entre Derecho y moral. Estos últimos reconocen como un hecho real las relaciones de diversa índole entre el Derecho y la moral, pero excluyen de esta posibilidad la relación conceptual. Esto quiere decir que, para los iuspositivistas, no es necesaria una referencia a la moral para proponer un concepto de Derecho. Uno de los exponentes más destacados del positivismo jurídico es H. L. A. Hart, quien se opone a la doctrina del Derecho Natural y cuyas objeciones a éste han perdurado en el tiempo y en el pensamiento con imponente presencia.

Hart señala la existencia de varias preguntas concernientes a la relación entre Derecho y moral: una primera sería una pregunta histórica o causal, a saber, ¿ha sido el desarrollo del Derecho influenciado por la moral?, así como su inversa ¿ha sido el desarrollo de la moral influenciado por el Derecho?; la segunda pregunta que cabría hacerse sería ¿debe alguna referencia a la moralidad entrar en una satisfactoria definición de Derecho o de sistema jurídico?; una tercera pregunta es la que se preocupa por la posibilidad y las formas de una crítica moral del Derecho, esto es, ¿está el Derecho abierto a la crítica moral?; y, por último, una cuarta cuestión, interesada por descubrir si debe la moralidad imponerse jurídicamente.

El segundo interrogante es el objeto del presente estudio. Esta pregunta indaga si debe el Derecho reconocer un contenido mínimo moral al que debe supereditarse para constituir un sistema jurídico. Hart admite la existencia de ciertas disposiciones naturales en el hombre, de las cuales es posible deducir reglas mínimas de conducta, pero ello no significa que exista una conexión necesaria entre moral y Derecho. El autor demuestra el carácter necesario del que llama el 'contenido mínimo del Derecho Natural', para lo cual recurre a una 'fantasía filosófica' que se explicará brevemente: supóngase que los hombres se volvieran invulnerables al ataque de los unos sobre los otros, que estuvieran, quizás, cubiertos con impenetrables caparazones como los de un cangrejo de tierra y pudieran, por algún proceso químico interno, extraer del aire el alimento que necesitan. En tales circunstancias, derechos y deberes mínimos (como los de la prohibición del libre uso de la violencia y el establecimiento de una forma mínima de propiedad), serían inútiles y, por lo demás, arbitrarios. No obstante, y hasta que sobrevengan los cambios descritos en esta fantasía, estos derechos y deberes mínimos son algo irrenunciable. Tanto así, dice Hart, que de no existir estos contenidos mínimos no habría razón para tener ningún otro derecho o deber. Tales reglas mínimas se superponen con principios de la moral que prohíben la violencia, el robo, el asesinato, entre otros, por lo que puede llegar a pensarse que todos los sistemas jurídicos coinciden con la moralidad en dichos puntos vitales.

Sin embargo, la superposición de las reglas jurídicas con las de la moral simplemente implica que tanto el Derecho como la moral anhelan el objetivo

mínimo de sobrevivir en cercana proximidad con las demás personas. Aún así, la moral se distancia del Derecho en el momento en que intenta forzar el argumento hasta límites más extremos y asegura que los seres humanos son igualmente devotos y unidos en torno a la concepción de sus objetivos (la búsqueda del conocimiento, justicia para sus compañeros humanos) distintos al simple objetivo de la supervivencia, con lo cual el contenido mínimo necesario de un sistema jurídico se amplía por los dictámenes de la moral. Al respecto dice Hart:

Claro que debemos tener cuidado de no exagerar las diferencias entre los seres humanos, pero me parece que por encima de este mínimo [de supervivencia] los propósitos que los hombres tienen para vivir en sociedad son bastante conflictivos y variantes como para hacer posible una mayor extensión del argumento de que una más completa superposición de las reglas jurídicas y los estándares morales es “necesaria” en este sentido¹.

De modo que la moral dicta al Derecho sus contenidos cuando, erróneamente, se conciben objetivos sociales distintos al de la supervivencia humana en armonía con los demás. No obstante, para Hart son únicamente estos objetivos mínimos los que dictan las disposiciones jurídicas dentro de un sistema de leyes. Bajo esta perspectiva, la justicia no sería más que un canon de aplicación para las prerrogativas mínimas, es decir, algo meramente formal y no sustancial. No obstante, la presente investigación busca rebatir esta postura según la cual la justicia es un principio formal, para mostrar que ella es un principio sustancial según el cual es posible valorar el Derecho mismo y no sólo su aplicación.

¹ HART, Herbert Lionel Adolphus. Positivism and the separation of law and morals. En: Essays in jurisprudence and philosophy. Estados Unidos: Oxford University Press, 1983. p. 81. (La traducción es propia).

1.

H. L. A. HART: EL AUTOR Y SU OBRA

El estudio de un autor como H. L. A. Hart es obligado para aquellos que buscan esclarecer algunos de los problemas de la filosofía del Derecho, e incluso algunos asuntos de gran relevancia en la filosofía moral y política. Conocer los detalles de su formación académica y las influencias intelectuales que en él confluyen, es una tarea importante, ya que muestran el origen de su particular interés por las cuestiones de la filosofía analítica y del lenguaje, las cuales introdujo al estudio del Derecho, dando así lugar a una nueva forma de la llamada 'jurisprudencia' inglesa o 'teoría jurídica'².

El análisis que acá se presenta de la obra de Hart, concibe la estructura general de la misma como una unidad consistente y coherente con la consigna principal del positivismo jurídico que adhería el autor, a saber: no existe relación conceptual entre el Derecho y la moral. Así pues, aunque el mismo autor manifestara su inconformidad con ciertos conceptos por él aducidos en varios de sus escritos, los cuales abandonara o reformulara posteriormente, ello no afecta el espíritu general de su obra, que permaneció incólume en sus argumentos fundamentales, como la ya referida tesis de la separación del Derecho y la moral³.

1.1 H. L. A. HART Y LA JURISPRUDENCIA ANALÍTICA

Herbert Lionel Adolphus Hart (Harrogate, 1907 - Oxford, 1992), es uno de los más importantes filósofos del Derecho del siglo XX. Influenció la obra de grandes pensadores, no sólo en el ámbito del Derecho, sino también en la esfera de la filosofía política. Su pensamiento continúa siendo materia de debate y las controversias que suscitara su principal obra, *El concepto de Derecho*, tienen vigencia en el panorama académico y pragmático actual⁴.

² Para el propósito de la presente investigación, se tendrá por semejantes las expresiones 'teoría jurídica' y 'jurisprudencia'. El mismo Hart considera la distinción entre aquéllas como algo secundario. Véase, por ejemplo, *Problems of the philosophy of law*. En: *Essays in jurisprudence and philosophy*. Estados Unidos: Oxford University Press, 1983.

³ Cf. HART, Herbert Lionel Adolphus. Introduction. En: *Essays in jurisprudence and philosophy*. *Op. Cit.*

⁴ La obra de H. L. A. Hart no sólo es materia de debate por parte de los académicos, sino que encuentra asidero en las Cortes judiciales de todo el mundo. Existen, por ejemplo, módulos de preparación para los jueces que contemplan a Hart como una referencia obligada en el estudio de varias cuestiones.

Llama la atención que Hart no hubiera estudiado Derecho, sino Historia y Filosofía antigua y moderna. Pero era abogado. Se preparó para aprobar el examen que lo habilitaba como abogado conformando un grupo de estudio con otros amigos, quienes se reunían para analizar sentencias de las altas Cortes de su país, aprendiendo de ellas todo cuanto debían. Repudiaba los libros de texto que enseñaban cuestiones triviales sobre el Derecho, lo cual constituyó una de las razones que lo condujeron a cambiar el modo de abordar el estudio de esta disciplina. El propósito de Hart era llevar la jurisprudencia al estudio de cuestiones más amplias, inquirir sobre las dimensiones filosóficas del Derecho, pues, para aquel momento, la teoría jurídica era una materia cerrada, confinada al estudio de temas corrientes (como el de las fuentes del derecho o el de la propiedad), pero que nadie se había propuesto revisar⁵.

En la obra de H. L. A. Hart se encuentran influencias de renombrados filósofos, como Isaiah Berlin, con quien compartía un gran interés por el estudio de cuestiones históricas y metafísicas. Pero las principales y más notorias provienen, en primer lugar, de J. L. Austin, cuya enseñanza radica en que se deben reconocer los diversos usos del lenguaje para evitar confusiones filosóficas, así como la posibilidad de hacer cosas con palabras, y dirigió su atención, igualmente, al problema de las reglas y estándares de conducta; y, en segundo lugar, de Ludwig Wittgenstein, gracias al cual comprendió que debía mirar el uso de las palabras y no su significado. El conocimiento de estas materias filosóficas, sumado al conocimiento del Derecho en su práctica (ejerció como abogado durante ocho años) determinaron el desarrollo de su jurisprudencia. Es así que introduce al estudio del Derecho los métodos de investigación y análisis de los conceptos, con lo cual funda una nueva doctrina, conocida como 'jurisprudencia analítica'⁶.

Siendo consecuente con su propuesta de estudiar la teoría jurídica bajo la perspectiva de la filosofía del lenguaje, Hart busca elucidar el concepto de Derecho, mas no definir lo que éste es; es decir, pretende explicarlo, caracterizar lo que el término significa, aclarar su estructura⁷, pero de ninguna manera se propone ofrecer reglas para el uso de vocablos como 'Derecho' o 'jurídico'. Por ello, resulta necesario para su labor determinar las relaciones del concepto con otros que son constitutivos de su estructura, como el de 'regla' o 'sanción', pero, sobre todo, es de especial relevancia la conexión entre Derecho y moral. La

⁵ Ver: SUGARMAN, David. Hart Interviewed: H.L.A. Hart in Conversation with David Sugarman. En: Journal of Law and Society. Junio, 2005, vol. 32, no. 2, pp. 267-293.

⁶ El momento que funda esta propuesta, es la lectura inaugural con la que Hart asume la cátedra de Jurisprudencia en la Universidad de Oxford, en 1953: HART, Herbert Lionel Adolphus, Definition and theory in jurisprudence. En: Essays in jurisprudence and philosophy. *Op. Cit.*

⁷ Cf. ROBLES, Gregorio. Hart: algunos puntos críticos. En: Doxa: cuadernos de filosofía del Derecho. 1998, vol. 2, no. 21, pp. 371-402.

totalidad de su propuesta, como se advertía en un principio, está atravesada por alguna consideración al respecto de este vínculo. Los orígenes de su principal obra, *El concepto de derecho*, están en un artículo que versaba precisamente sobre este asunto, el de la separación del Derecho y la moral, así como el posterior debate que se generó en torno al mismo con el profesor de la universidad de Harvard, Lon L. Fuller⁸.

El propósito de su obra, dice el propio Hart, es “ofrecer una teoría de lo que es el Derecho desde un punto de vista general y descriptivo”. General, en el sentido de que no se refiere a un sistema o cultura jurídica particular, sino que pretende esclarecer lo que es el Derecho, “entendido como una forma compleja de una institución social de carácter normativo o gobernada por reglas”⁹. Descriptivo, en el sentido de que es moralmente neutral y no pretende justificar un sistema jurídico específico. Adicionalmente, su teoría es evaluativa, no moralmente, sino porque escoge elementos relevantes de una actividad compleja como es el Derecho, para determinar su sentido, no para justificarlos desde la moral. Hart ofrece una teoría del Derecho que es a la vez positivista y normativa. Es normativa en el sentido de que trata de dar cuenta de la autoridad y la obligación jurídicas, pero positivista en cuanto intenta explicar la normatividad del Derecho en términos de algo más, distinto a su moralidad sustantiva¹⁰.

1.2 EL CONCEPTO DE DERECHO

El propósito de Hart no es definir el Derecho, pues, señala, todas las definiciones ofrecidas hasta el momento han mostrado ser poco ilustrativas y generar pocos aportes al entendimiento de la cuestión. Esto es así porque “definición, como lo sugiere la palabra, es principalmente una cuestión de trazar líneas o distinguir entre una clase de cosas y otra, lo cual hace el lenguaje con una palabra distinta”¹¹. Esta acepción del término suele decirse que corresponde a una forma de definición meramente verbal o sobre las palabras, lo cual reduce notablemente su función, limitándola a una actividad doble, a saber: proveer simultáneamente una fórmula por la cual se traduce una palabra a otro lenguaje más allegado al individuo, a la vez que determina la clase de cosas a las que se refiere la palabra.

⁸ Para la crítica que hace Lon L. Fuller a H. L. A. Hart, véase: FULLER, Lon L. Positivism and fidelity to law. En: Harvard Law Review. Febrero, 1958, vol. 71, no. 4, pp. 630-672.

⁹ PÁRAMO, Juan Ramón de. Entrevista a H. L. A. Hart. En: Doxa. 1988, vol. 5, p. 348

¹⁰ Cf. NADLER, Jennifer. Hart, Fuller and the connection between law and justice. En: Law and philosophy. Enero, 2008, vol. 27, no. 1, pp. 1-34.

¹¹ HART, Herbert Lionel Adolphus. The concept of law. 2 ed. Estados Unidos: Oxford University Press, 1994, p. 13. (La traducción es propia).

No obstante, esta forma de definición por género y diferencia no siempre está disponible a las personas, ni resulta siempre ilustrativa. Su éxito depende de condiciones que usualmente no se satisfacen. La principal es que debe haber un género o conjunto de cosas más amplio, sobre el cual se tiene claridad de su significado y en el cual la definición ubica aquello que define. Así comprendida, la acción de definir resulta inútil si se tiene confusión o resulta vago el conocimiento sobre el género. No es, pues, apropiado emplear este tipo de definición por género y diferencia específica en el Derecho, toda vez que no se tiene claridad sobre la categoría general o género a la que éste pertenece. Podría decirse, por ejemplo, que el Derecho pertenece a la familia de las 'reglas de comportamiento', pero el concepto de 'regla' es tan desconcertante como el de Derecho, por lo que no introduce mayor conocimiento.

De manera que, como al concepto de Derecho le son correlativas muchas otras nociones, como las de 'obligación' y 'regla', no puede responderse satisfactoriamente a la pregunta ¿qué es el Derecho? en términos tan concisos que pueda decirse de dicha respuesta que constituye propiamente una definición. Los asuntos subyacentes son tan disímiles entre sí y fundamentales individualmente considerados como para ser contenidos bajo la forma de una definición. En este sentido, el propósito de Hart "no es proponer una definición de Derecho, en el sentido de una regla con referencia a la cual la corrección del uso de la palabra pueda ser evaluada; es ayudar a la teoría jurídica al proveer un análisis mejorado de la estructura característica de un sistema jurídico nacional y una mejor comprensión de las diferencias y semejanzas entre el Derecho, la coacción y la moral como tipos de fenómenos sociales"¹².

En virtud de lo anterior, su análisis inicia indicando que la característica más prominente del Derecho en todos los tiempos, es que éste implica regular ciertas conductas, las cuales ya no son opcionales sino obligatorias. No obstante, que una conducta sea obligatoria, bien puede significar que se está obligado a ella, como es el caso de las órdenes respaldadas por amenazas, o que se tiene la obligación de seguir dicha conducta, como es el caso de las reglas morales y jurídicas. Con lo anterior, se indica la existencia de dos clases de conducta diferentes: estar obligado, que relaciona un aspecto psicológico de la persona, las creencias y motivos que la conducen a actuar de determinada manera; y tener una obligación, que se refiere al 'aspecto interno' de las reglas. Este último explica el modo en que surgen las obligaciones.

Los 'hábitos' y las 'reglas' comparten un '**aspecto externo**', que se refiere a un comportamiento general, uniforme y regular, de los sujetos de una sociedad el cual es observable por cualquier persona. No obstante, los hábitos suponen conductas concurrentes, esto es, conductas independientes que convergen pero que no son

¹² Ibídem, p. 17. (La traducción es propia).

obligatorias; las reglas sociales, en cambio, remiten a conductas convencionales, es decir, obligatorias. Por ello, sólo a las reglas le es propio el '**aspecto interno**', que es el fundamento de las obligaciones. Dicho aspecto se refiere a que donde existe una regla que imponga un comportamiento determinado, las desviaciones de la misma son consideradas como faltas y, en consecuencia, están abiertas a la crítica y son susceptibles de presión para hacerlas exigibles. De allí que el profesor José Antonio Ramos Pascua, haya señalado que "para Hart, sólo existe una verdadera obligación cuando está justificada la reclamación e incluso la imposición de una determinada conducta, y lo está porque el grupo social acepta una norma como modelo de comportamiento intersubjetivamente exigible"¹³. La persona de la que se exige una determinada conducta, entonces, **no está obligada** a seguir la regla porque exista la amenaza de la crítica y la presión social, **sino que tiene la obligación** de seguir la conducta establecida, porque la considera exigible para sí y para los demás.

La afirmación de Ramos Pascua, sin embargo, es incompleta. Debe aclararse que existen dos clases de reglas distintas, aunque relacionadas entre sí: de un lado, se encuentran las **reglas primarias**, un tipo básico de reglas por las cuales se les indica a las personas que deben hacer o abstenerse de ejecutar ciertas acciones, quieranlo o no; estas reglas imponen deberes. De otro lado, están las **reglas secundarias**, las cuales prevén la posibilidad de que las personas, al hacer o decir ciertas cosas, introduzcan nuevas reglas del primer tipo, extinguiendo o modificando las antiguas, o determinando su incidencia o controlando sus operaciones; así pues, las reglas secundarias confieren poderes, sean públicos o privados.

El surgimiento de las reglas secundarias se debe a la necesidad de complementar la estructura social de las reglas primarias, la cual, por sí sola, es susceptible de defectos que se presentan, principalmente, bajo las siguientes formas: i) la **indeterminación**, que es cuando sólo existen reglas primarias de obligación que conforman un grupo de estándares separados sin una marca común, esto es, cuando no existe regla de reconocimiento en virtud de la cual se identifiquen todas las reglas como componentes de un mismo sistema; ii) el **estatismo**, que es una condición de las reglas primarias emergente cuando no hay reglas secundarias de cambio, últimas sin las cuales la mutación de las reglas de obligación sólo sería posible por el paulatino desarrollo de la sociedad; y iii) la **ineficiencia**, la cual se presenta cuando no hay presión social adecuada o suficiente, esto es, cuando falta un organismo que determine con autoridad que se violó una regla. En este orden de ideas, dice Hart, la solución a cada uno de estos defectos está en la introducción de reglas secundarias que subsanen los defectos de las primarias; de allí que el Derecho se considere como la unión de reglas primarias y secundarias.

¹³ RAMOS PASCUA, José Antonio. Balance crítico de la filosofía jurídica de H. L. A. Hart. En: Dikaiosyne. Enero-junio, 2009, no. 22, p. 135.

La introducción de la solución para cada defecto puede ser considerado un paso del mundo prejurídico al mundo jurídico, agrega Hart. Así, el remedio a la indeterminación de las reglas, está en la **regla de reconocimiento**, la cual introduce un criterio de unificación de las reglas primarias de obligación, es decir, especifica alguna(s) característica(s) que debe(n) poseer las reglas para determinar que son parte de un mismo sistema jurídico; la solución al estatismo, está en la introducción de **reglas de cambio**, las cuales autorizan a un individuo o colectividad para incluir nuevas reglas primarias o eliminar las antiguas; finalmente, el complemento que soluciona la ineficiencia de las reglas primarias, está en las **reglas de adjudicación**, que facultan individuos para hacer determinaciones autoritarias sobre sí, en una determinada ocasión, una regla primaria ha sido violada, es decir, ellas confieren poderes judiciales y otorgan un estatus especial a las declaraciones hechas por los jueces al determinar las obligaciones.

Como consecuencia de la existencia de estas clases de reglas, puede decirse que no todas las obligaciones surgen “de reglas sociales que son aceptadas por la mayoría de los miembros de un grupo social como guías de conducta y pautas de crítica, manteniéndose por exigencias generales de conformidad y presión sobre quienes se desvían o amenazan con desviarse”¹⁴. Un tipo de reglas tales, podría ajustarse únicamente a reglas consuetudinarias en un sistema de reglas primarias. No obstante, en un sistema jurídico desarrollado también existen reglas secundarias, por lo que las obligaciones también pueden deducirse de reglas jurídicas (y no únicamente sociales). Aunque tales reglas jurídicas pueden no ser aceptadas por los miembros de la sociedad ni tener el respaldo de la presión social, éstas continúan siendo reglas válidas del sistema jurídico, siempre que los tribunales las reconozcan como tales a partir de la aplicación de un criterio último de validez de las reglas, establecido por una regla secundaria de reconocimiento. Es decir, que no siempre hay presión social que respalde una regla que imponga deberes, lo cual indica que las obligaciones no se soportan únicamente en la presión social y la exigencia general de conformidad, sino en la legitimidad de dichas reglas como respuestas a las desviaciones de la conducta establecida.

Hart explica el surgimiento de obligaciones de las reglas jurídicas como sigue:

Lo que es necesario para establecer reglas que imponen obligaciones, incluso en un régimen simple de reglas de tipo consuetudinario, no consiste simplemente en que las reglas deban ser apoyadas de hecho por una presión social y exigencia general de conformidad, sino que *se debería mayoritariamente* aceptar que esas reglas son respuestas legítimas a las desviaciones, en el sentido de que son exigidas o al menos permitidas por el sistema. De este modo, la presión y las exigencias no serán simplemente consecuencias predecibles de las desviaciones, sino consecuencias

¹⁴ PÁRAMO, Juan Ramón de. *Op. Cit.*, p. 343.

normativas porque son legítimas en este sentido. Ahora considero que esta idea de una respuesta legítima a la desviación en la forma de exigencias y presión para la conformidad es el componente central de la idea de obligación.

(...)

Las reglas promulgadas que imponen obligaciones no necesitan y no están normalmente apoyadas por una presión social general, sino que están apoyadas por reglas subsidiarias que permiten y exigen a los funcionarios responder a la desviación con demandas o medidas coercitivas para asegurar la conformidad. Estas respuestas no serán simplemente consecuencias predecibles de la desviación (y en efecto, pueden no ser siempre predecibles), sino que serán respuestas legítimas a las desviaciones que se exigen o se permiten llevar a cabo a los funcionarios. Esto refleja el punto de vista interno de los funcionarios que aceptan las reglas secundarias de reconocimiento como identificadoras de las reglas que los tribunales tienen que aplicar a los casos que se les presentan¹⁵.

El sentido de **tener una obligación**, a la luz del argumento anterior, ya no significa simplemente que el individuo considere exigible para sí y para los demás la conducta reglada, sino que la concibe como exigible o permitida por el sistema, aun cuando no haya presión social que la respalde. El **aspecto interno** de las reglas, entonces, no es una apelación a la aceptación social como única fuente de las obligaciones, sino a la propia institucionalidad, esto es, al Derecho como unión de reglas primarias y secundarias. En cualquier caso, se debe tener cuidado de no malinterpretar la obligación jurídica como algo consistente esencialmente en algún sentimiento de presión o compulsión experimentado por aquellos que tienen obligaciones. No se puede confundir el sentimiento psicológico de sentirse obligado, con el aspecto interno de las reglas que impone obligaciones.

Las proposiciones de obligaciones jurídicas, entonces, tienen un componente normativo. La **'normatividad'** se refiere, no a que una ley existe para exigir de un sujeto una conducta particular, sino a la evaluación de la acción o inacción del individuo conforme a una conducta particular, desde el punto de vista aceptado por, al menos, las Cortes del sistema jurídico, quienes aceptan el Derecho como estándar para la guía y evaluación de la conducta, determinando lo que es permisible por vía de exigencias y presión para la conformidad. "Tales enunciados normativos son la manera más común de declarar el contenido del Derecho"¹⁶.

Algunos teóricos consideran que lo que explica el uso de proposiciones normativas como la forma estándar de describir el contenido del Derecho, es la

¹⁵ *Ibíd*em, pp. 344-5.

¹⁶ HART, Herbert Lionel Adolphus. *Legal duty and obligation*. *En*: *Essays on Bentham. Studies in jurisprudence and political theory*. Estados Unidos: Oxford University Press, 1982, p. 145. (La traducción es propia).

supuesta conexión íntima entre Derecho y moral. Así, por ejemplo, se dice que la aceptación del orden jurídico como reglas de conducta vinculantes, implica el reconocimiento de su valor moral. Es decir, que cualquier otra razón para aceptar las normas jurídicas está supeditada a la razón moral. Esto es así, porque “sólo las razones morales tienen capacidad para justificar últimamente las exigencias o las críticas a la conducta del otro”¹⁷. Para las posturas que sostienen esta línea de pensamiento, expresa Hart, hay una objeción generalizada, a saber: las proposiciones de Derecho en términos normativos que afirman la existencia de obligaciones jurídicas, pueden decirse y tenerse por ciertas, no sólo cuando se refieren al sistema jurídico de quien las dice, sino incluso cuando se dicen de un sistema extranjero o uno que ya no está vigente. No obstante, no debe tener la persona que enuncia esto la obligación de ver el Derecho como teniendo alguna justificación o concebir su propia proposición como una forma de juicio moral.

Una persona puede afirmar que existen obligaciones en un sistema jurídico, sea éste el suyo propio u otro ajeno a él. Esto es posible en virtud de una distinción importante respecto a la **dimensión interna o normativa del Derecho**: existen dos maneras de referirse al contenido del Derecho, una desde el ‘**punto de vista interno**’ y otra desde el ‘**punto de vista externo**’. Hart explica que bien puede estarse interesado por las reglas como un observador que no las acepta (punto de vista externo), o bien como miembro del grupo que las acepta y las usa como guías de conducta (punto de vista interno). Aseveraciones del tipo “Tengo una obligación” o “Tienes una obligación”, únicamente las puede hacer aquel que ve su propia conducta y la de los demás desde el punto de vista interno, esto es, quien conoce y acepta el aspecto interno de las reglas y la naturaleza de las obligaciones de ellas surgidas. El punto de vista externo, por su parte, solo es capaz de apreciar las regularidades en las conductas de los demás, pero es incapaz de reproducir la manera en que las reglas funcionan como tales en las vidas de aquellos sujetos; enunciados de esta clase, relacionan únicamente el aspecto externo de las reglas. Pero, agrega el autor, existe otro tipo de enunciados, que declaran la comprensión del contenido normativo de un sistema jurídico sin la aceptación del aspecto interno de sus reglas; esta es una clase de enunciados que se refiere al punto de vista interno, sin compartirlo, y constituyen un ‘**punto de vista hermenéutico**’¹⁸.

El **punto de vista interno** tiene diversas e importantes implicaciones que requieren un tratamiento más profundo. Éste se refiere al significado que la regla tiene para los miembros de un grupo social. Desde el punto de vista interno, los miembros del grupo aceptan las reglas como estándares de comportamiento para

¹⁷ RAMOS PASCUA, José Antonio. Balance crítico de la filosofía jurídica de H. L. A. Hart. *Op. Cit.*, p. 136.

¹⁸ Cf. HART, Herbert Lionel Adolphus. Introduction. *Op. Cit.*

el grupo como un todo; tratan las reglas como razones para la acción¹⁹. Para Jennifer Nadler²⁰ existen dos interpretaciones del punto de vista interno: una empírica y otra conceptual. Para comprender esta distinción, valga aclarar lo siguiente: **existen dos condiciones mínimas, necesarias y suficientes, para la existencia de un sistema jurídico**. La primera de ellas es la única que los ciudadanos privados deben satisfacer: pueden obedecer las reglas de comportamiento, reconocidas de hecho como válidas, individualmente y por cualquier motivo; aunque en una sociedad saludable los ciudadanos considerarían dichas reglas de comportamiento como estándares comunes sobre los cuales recae una obligación de obedecerlos. La segunda condición debe ser satisfecha por los oficiales del sistema, quienes deben considerar las reglas como estándares comunes de comportamiento oficial y valorar críticamente sus propias desviaciones y las de los demás como lapsus: “el uso de reglas tácitas de reconocimiento, hecho por las cortes y otros agentes sociales al identificar reglas particulares del sistema, es característico del punto de vista interno. Aquellos que las usan de esta forma manifiestan, por lo tanto, su propia aceptación de ellas como reglas orientadoras”²¹.

La **interpretación empírica del punto de vista interno**, conduce a la conclusión de que para que una regla social exista, debe ser obedecida, de hecho, por algunas personas voluntariamente. Visto desde esta perspectiva, la aceptación de una regla desde el punto de vista interno, no depende del reconocimiento de la justicia de la regla; simplemente significa que una persona tiene razones para pensar que la regla debe ser seguida, razones que no necesariamente son morales.

Dado que un sistema jurídico requiere la conformidad voluntaria de los funcionarios, pero la conformidad de los demás sujetos del sistema puede fundarse en razones distintas, como el miedo, entonces, según Nadler, bajo la perspectiva empírica del punto de vista interno, no hay razón para suponer que la pretensión de Hart de que la regla de reconocimiento debe ser aceptada desde el punto de vista interno, signifique que su autoridad debe ser capaz de justificarse para la población en general; al contrario, la regla de reconocimiento bien puede convertirse en una herramienta de dominación por las élites (si se tiene en cuenta que ella permite introducir nuevas reglas primarias de obligación y que sólo los oficiales del sistema están facultados para determinar su validez, pues los demás

¹⁹ Cf. GREEN, Leslie. Positivism and the inseparability of law and morals. Oxford Legal Studies [en línea]. Mayo, 2008, Research Paper No. 15 [citado 2015-03-25], pp. 1-25. Disponible en: <<http://ssrn.com/abstract=1136374>>

²⁰ Véase NADLER, Jennifer. *Op. Cit.*

²¹ HART, Herbert Lionel Adolphus. The concept of law. *Op. Cit.*, p. 102 (La traducción es propia).

sujetos simplemente deben aceptarlas de hecho y por cualquier motivo). La interpretación empírica del punto de vista interno, aboga coherentemente por la tesis de la separación del Derecho y la moral en Hart. Pero también tiene un lado negativo: elimina todo intento del autor por determinar la dimensión normativa del Derecho.

La **interpretación conceptual del punto de vista interno**, por el contrario, intenta dar sentido a la insistencia de Hart en que dicho punto de vista no es un mero sentimiento (de presión o compulsión) y que las reglas jurídicas tienen carácter normativo, por el cual proveen razones para la acción y generan la obligación de obedecerlas. Según la interpretación conceptual, el punto de vista interno no describe un sentimiento o actitud subjetiva del sujeto jurídico; describe, más bien, una característica del Derecho.

Explica Hart que una de las razones para abandonar el 'hábito de obediencia' y asumir la 'regla de reconocimiento' como criterio de validez del Derecho, "es que los viejos teóricos no hicieron sitio alguno para la básica noción normativa - requerida para una comprensión del Derecho- de la aceptación compartida por un grupo social de una regla de acuerdo con la cual ciertos modelos de conducta son tomados como guía para la conducta individual y como un estándar de valoración crítica de la conducta de otros"²². No puede decirse que quienes aceptan voluntariamente la autoridad del sistema lo hagan porque se sienten obligados moralmente a hacerlo. En cambio, ellos lo hacen porque consideran al sistema jurídico desde el punto de vista interno, expresando el sentido de sus exigencias en proposiciones internas, hechas en el lenguaje normativo que le es común al Derecho y a la moral; ello no implica, sin embargo, un compromiso con un juicio moral según el cual es moralmente correcto hacer lo que manda el Derecho.

Lo anterior respalda la interpretación conceptual. En primer lugar, porque Hart argumenta que el Derecho apela al respeto hacia las normas del que es capaz el sujeto jurídico y, de este modo, el Derecho mismo se compromete con lo que el sujeto jurídico puede respetar. En segundo lugar, insiste en que el punto de vista interno no es ni individual ni un sentimiento. No se trata, pues, del punto de vista de un individuo en particular. Se refiere, más bien, a la normatividad de las reglas jurídicas con referencia no sólo al punto de vista interno sino a la 'dimensión interna de las reglas'. Una perspectiva lógica o conceptual del punto de vista interno confiere a éste **autoridad y normatividad**. Una regla no puede tener autoridad por la simple confluencia de actitudes frente a ella. Antes bien, las reglas jurídicas deben expresarse como 'autoritarias' por sí mismas.

²² HART, Herbert Lionel Adolphus. El nuevo desafío del positivismo jurídico. En: Sistema: revista de ciencias sociales. Mayo, 1980, no. 36, p. 8.

Dado que Hart confunde las dos interpretaciones del punto de vista interno, se hace necesario rastrear una explicación distinta de lo que hace a una regla aceptable, que solucione la dicotomía del punto de vista interno. Debe subrayarse, antes que nada, que para este autor, uno de los principales factores para determinar si las reglas dan lugar a obligaciones, es la seriedad de la presión social que las soportan²³. Ahora bien, la **fuerza de la obligación**, debe encontrarse en la razón para la presión social, cual es la necesidad adjudicada a dichas reglas para el mantenimiento de la vida en sociedad o algún otro propósito altamente estimado.

Se colige de la interpretación empírica del punto de vista interno, que **la regla de reconocimiento es un criterio de validez jurídica** (pues por medio de ella se identifican todas las demás reglas como constitutivas de un mismo sistema), **pero ella no explica la obligación** (ya que sólo los oficiales aceptan esta regla por su autoridad). La obligación se deriva, según Jennifer Nadler, del **'servicio a valores comunes'**: el criterio de aceptabilidad de una regla es su servicio a un bien común, es decir, si la regla procura el sostenimiento de valores comunes a una sociedad, entonces, es aceptable. Sin embargo, servir a valores comunes es algo en lo que puede haber desacuerdo, por lo que cada sociedad incorpora diferentes criterios en sus reglas de reconocimiento, según los bienes o valores que considere necesarios mantener. No obstante, el servicio a valores comunes tiene un contenido mínimo incuestionable, ya que deriva del Derecho mismo, de su carácter general: es el principio formal de justicia **"tratar igual lo igual y desigual lo desigual"**.

Ahora bien, según Hart, el Derecho es insuficiente para determinar las semejanzas y diferencias que han de ser tenidas en cuenta por las reglas si éstas han de ser justas. Nadler, en cambio, cree que Hart aporta argumentos suficientes para demostrar lo contrario. Según ella, el Derecho presupone una característica esencial de los seres humanos, a saber, el **libre albedrío** (*free agency*). Que el Derecho recurra a la forma general de las directrices (esto es, que se refiera a cursos de acción, no a acciones singulares, y a multiplicidad de hombres, no a simples individuos), presupone el libre arbitrio de los sujetos, ya que confiere a ellos la libertad de obedecer espontáneamente las leyes al aplicarlas a sí mismos. En este sentido, el Derecho supone la libertad del individuo y la dignidad que se sigue de ella. Esto es, según Nadler, lo que se debe tener por semejanza esencial entre los seres humanos, que el Derecho debe reconocer no sólo para ser justo, sino para ser Derecho. En este orden de ideas, cualquier Derecho que diga servir a valores comunes debe respetar el libre arbitrio de los seres humanos.

²³ En *El concepto de derecho*, ha expuesto Hart que el primer factor para determinar si una regla da lugar a una obligación, es la importancia que la presión social tiene en ella. El segundo factor es que las reglas sean consideradas como necesarias para mantener la vida social o un rasgo importante de la misma. En tercer lugar, se debe considerar que estas reglas suponen un conflicto entre obligación e intereses.

2. LA ESCISIÓN DEL DERECHO Y LA MORAL EN EL POSITIVISMO JURÍDICO DE H. L. A. HART

2.1 DERECHO Y MORAL

Dos corrientes de pensamiento se han enfrentado al ocuparse de responder a la pregunta ¿qué es el Derecho? El punto de discordia es, principalmente, la determinación del vínculo entre Derecho y moral. Así, la doctrina del Derecho Natural se opone a la del Derecho Positivo, pues los primeros “consideran que esa relación es definitoria del concepto de Derecho, mientras que los positivistas consideran que es una relación que de hecho existe, pero que no resulta clave para comprender lo que es el Derecho”²⁴.

La distinción entre el Derecho ‘**que es**’ y el Derecho ‘**que debe ser**’, viene del utilitarismo, especialmente de Jeremy Bentham y John Austin²⁵. Una de las ideas de Bentham que más se discuten, es que “el Derecho, bueno o malo, es un artefacto creado por el hombre y agregado al mundo por el ejercicio de su voluntad: no algo que ellos descubran, a través del ejercicio de la razón, como perteneciente al mundo”²⁶. Su insistencia en que el fundamento del sistema jurídico no ha de encontrarse en una teoría justificativa moral, sino en el hábito general de obediencia, inició la tradición positivista en la jurisprudencia inglesa, enfocada en distinguir el Derecho que es del Derecho que debe ser.

La distinción entre el Derecho que es y el Derecho que debe ser, ayuda, según los utilitaristas, a advertir y prevenir dos peligros: “el peligro de que el Derecho y su autoridad pueden disolverse en las concepciones que las personas tienen sobre lo que debe ser el Derecho, y el peligro de que el Derecho existente puede suplantar la moral como examen final de conducta y, así, escapar a la crítica”²⁷. Lo que Bentham y Austin querían decir, era lo siguiente: primero, que no podía seguirse que del simple hecho de que una regla violara estándares de moralidad, ésta no

²⁴ BONORINO, Pablo Raúl y PEÑA AYAZO, Jairo Iván. *Filosofía del derecho*. 2 ed. Colombia: Consejo Superior de la Judicatura, 2006. p. 5.

²⁵ Es preciso distinguir entre John Austin (1790-1859), jurista, y John Langshaw Austin (1911-1960), filósofo. Ambos influenciaron el pensamiento de H. L. A. Hart; el primero desde el análisis de cuestiones jurídicas, el segundo desde el estudio del lenguaje.

²⁶ HART, Herbert Lionel Adolphus. 1776-1976: *Law in the perspective of philosophy*. *En: Essays in jurisprudence and philosophy*. Estados Unidos: Oxford University Press, 1983. p. 146. (La traducción es propia).

²⁷ HART, Herbert Lionel Adolphus. *Positivism and the separation of law and morals*. *Op. Cit.*, p. 54. (La traducción es propia).

fuera una regla de Derecho; y, viceversa, no podía seguirse del hecho de que una regla fuera moralmente deseable, que ella fuera una regla de Derecho.

Según la crítica, los positivistas han ocultado el hecho de que Derecho y moral están unidos, o, en otras palabras, que 'lo que es' y 'lo que debe ser' son inseparables. La crítica a los utilitaristas viene dada en dos sentidos. Primero, se considera que sí existe una conexión entre moral y Derecho si se examina la forma en que las leyes son interpretadas y aplicadas en casos concretos. En segundo lugar, el vínculo surge nuevamente si se pregunta, no si cada regla de Derecho en particular debe satisfacer un mínimo moral para ser Derecho, sino si un sistema de reglas que en conjunto falle en satisfacer un mínimo moral puede ser un sistema jurídico.

Sin embargo, aclara Hart, se debe considerar una complejidad que ha confundido a los críticos del utilitarismo. Los utilitaristas, además de la ya mencionada teoría de la separación de Derecho y moral, abogaban por el estudio analítico de los conceptos jurídicos, como también defendían la doctrina de la teoría imperativa del Derecho, según la cual el Derecho es esencialmente un mandato. Así, el error en que incurrieron los críticos, era concebir como falso todo el sistema utilitarista con solo demostrar la falsedad de una de estas doctrinas, cuando en realidad son doctrinas diferentes y separadas. Se usaba indiscriminadamente la etiqueta de 'positivismo' para designar ambiguamente cada una de ellas. A éstas se refiere Hart, mostrando sus falencias.

En primera instancia, se refiere al defecto de la **teoría imperativa del Derecho**, que consiste en concebir únicamente relaciones verticales entre mandante y mandado, entre superior e inferior. En esta relación no hay lugar para una distinción sustancial entre diversos tipos de reglas jurídicas, pues únicamente admite una relación de subordinación, en la que el mandato es, o bien obedecido, o bien desobedecido. Pero esta teoría deja de lado las reglas que confieren poderes o derechos. Uno de los primeros juristas en advertir el defecto del Derecho como mandato, fue John Salmond, quien dijo que un mandato no explica la existencia de derechos y poderes legales; no obstante, concluyó erradamente, según Hart, que las reglas de un sistema jurídico deben estar necesariamente ligadas a reglas morales o principios materiales de justicia, pues sólo así es posible explicar la existencia de derechos legales. La razón del error, radica en que

las reglas que confieren derechos, aunque distintas de los mandatos, no necesitan ser reglas morales o coincidir con ellas. Los derechos, después de todo, existen bajo las reglas de las ceremonias, los juegos y en muchas otras esferas reguladas por reglas que son ajenas al problema de la justicia o a lo que debe ser el Derecho. Ni necesitan las reglas que confieren derechos ser justas o reglas moralmente buenas (...) Su 'mérito o demérito', como Austin lo

denominó, depende de cómo están distribuidos los derechos en la sociedad y sobre quiénes o qué son ejercidos²⁸.

En segundo lugar, la crítica a los iuspositivistas recae sobre el problema del lenguaje. Al Derecho le es propio una '**textura abierta**' porque el instrumento del que se sirve para expresarse, esto es, el lenguaje, también la tiene. Así, en toda norma jurídica coexisten un núcleo de significado más o menos claro y un '**área de penumbra**', por la cual se hace difícil determinar el sentido de la norma. De modo que el sistema jurídico es abierto y está ligado, por lo tanto, a los otros subsistemas del sistema social:

Si una penumbra de incertidumbre debe rodear todas las reglas jurídicas, entonces su aplicación a casos específicos en el área de penumbra no puede ser una cuestión de deducción lógica, y, así, de razonamiento deductivo (...) [la lógica] no puede servir como modelo de lo que los jueces, o cualquiera, debe hacer al traer los casos particulares bajo reglas generales (...) De aquí se sigue que, si los argumentos jurídicos y las decisiones judiciales de cuestiones de penumbra han de ser racionales, su racionalidad debe residir en algo más que la relación lógica con premisas²⁹.

En este orden de ideas, las decisiones racionales son inteligentes y no lógicas, pues la lógica no sirve para interpretar términos. Ahora bien, según Ramos Pascua³⁰, admitir que el Derecho es un sistema abierto, lo pone en relación de complementariedad con otros sistemas, como el de la moral. Ello, sin embargo, se opone a la aclaración hecha por el mismo Hart:

No se sigue del hecho de que lo opuesto a una decisión alcanzada ciegamente en manera legalista o formalista³¹, es una decisión inteligente lograda con referencia a alguna concepción de lo que debe ser, que tengamos una unión del Derecho y la moral. Debemos, creo, tener cuidado de pensar en una forma muy simple la palabra 'deber' (...) La palabra 'deber' refleja únicamente la presencia de algún estándar de crítica; uno de estos estándares es un estándar moral, pero no todos los estándares son morales (...) El punto es que las decisiones inteligentes, que oponemos a las decisiones formales o mecánicas, no son necesariamente idénticas a decisiones defendibles sobre bases morales³².

²⁸ *Ibíd.*, p. 62. (La traducción es propia).

²⁹ *Ibíd.*, p. 64. (La traducción es propia).

³⁰ Cf. RAMOS PASCUA, José Antonio. Balance crítico de la filosofía jurídica de H. L. A. Hart. *Op. Cit.*

³¹ Esta noción se refiere a la estructura silogística de las decisiones judiciales.

³² HART, Herbert Lionel Adolphus. Positivism and the separation of law and morals. *Op. Cit.*, p. 69. (La traducción es propia).

Las decisiones inteligentes sobre cuestiones de penumbra, entonces, se hacen a la luz de propósitos y políticas, aunque no así bajo principios morales objetivos. Ello quiere decir que las decisiones judiciales deben referirse a unos medios racionales adecuados para lograr el mantenimiento de la vida en sociedad o un rasgo importante de la misma.

Hart propone la tesis de la **'discrecionalidad judicial'** para hacer frente al argumento de que existe un vínculo entre moral y Derecho en razón de la indeterminación de este último. Dicha tesis arguye que el Derecho es indeterminado o incompleto, esto es, que le es imposible prever una decisión para casos no regulados. En estos casos no previstos, el juez "simultáneamente crea nuevo derecho, y aplica el derecho establecido, que, a la vez, confiere y limita sus poderes de crear derecho"³³.

Dice Hart que "la teoría de la adjudicación es el núcleo de la tesis antipositivista, no solamente contra la teoría de la discrecionalidad, sino también contra la tesis positivista de la separación conceptual del derecho y la moral y la tesis de las fuentes sociales del derecho"³⁴. La postura antipositivista de la discrecionalidad afirma que no hay casos sin respuesta y que, en consecuencia, el juez nunca crea derecho. Según dicha postura, sostenida especialmente por Ronald Dworkin, es posible hallar una respuesta a todo caso, pues el derecho no se agota en las disposiciones jurídicas explícitas, sino que lleva implícitos una serie de principios jerarquizados, con referencia a los cuales es posible decidir los casos no regulados. Según esta crítica al positivismo, sobre todo sistema de reglas existe una omnipresencia de principios generales de equidad y justicia. En este orden de ideas, de este cuerpo de principios pueden deducirse reglas para resolver correctamente los casos difíciles. Estos son los llamados 'principios implícitos' del Derecho.

La existencia de dichos principios tiene un doble propósito: por un lado, esos principios explican el Derecho explícito, esto es, que es posible concebir el Derecho como deducción de los principios implícitos; y, por otro lado, dichos principios justifican el Derecho, en tanto constituyen la mejor justificación moral del derecho explícito. Según la teoría de Dworkin, los conflictos entre principios se resuelven no eligiendo uno entre ellos, sino elaborando una teoría omnicompreensiva del Derecho. Por supuesto que, dice Hart, sólo un súper humano podría tener la capacidad de ver el sistema jurídico en su totalidad y, con ella, la certeza de haber elegido el conjunto adecuado de principios que mejor explican y justifican el Derecho. En efecto, Dworkin llama a este súper humano el 'juez Hércules', capaz de elegir la regla correcta para decidir un caso difícil. El juez

³³ HART, Herbert Lionel Adolphus. El nuevo desafío del positivismo jurídico. *Op. Cit.*, p. 6.

³⁴ *Ibídem*, p. 11.

debe, pues, remitirse a una teoría de la Constitución, referirse a principios de la filosofía política, y contrastar unas teorías con otras, en lo que el mismo Dworkin califica como una labor hercúlea. El 'juez Hércules', entonces, debe, entre otras cosas, identificar los valores fundamentales protegidos por el sistema y desarrollar una teoría sobre la relevancia de ellos para determinar su jerarquía. Pero, como bien señala Hart, esta teoría no explica la posibilidad de oposición entre teorías hercúleas, cada una de las cuales tendría su propio valor en cuanto explicación y justificación del derecho explícito.

La teoría antipositivista de Dworkin considera la existencia de principios morales objetivos, con referencia a los cuales un juez decide en los casos difíciles sin crear Derecho. En este sentido, los principios que ofrecen la mejor justificación moral no son relativos ni convencionales, sino que son objetivos. Esto es así, porque para dicho autor los juicios morales son 'juicios de hecho', que describen 'hechos morales'. Así, el juez decide la importancia de los principios morales, es decir, no tiene discrecionalidad, sino que se refiere a una moral preexistente. No obstante, el 'juez Hércules' no se aparta por completo del Derecho existente; en lugar de fallar desde su intuición moral, el juez debe reconocer la guía que presta el Derecho positivo existente "que impone restricciones sobre sus decisiones y ejerce lo que, en una llamativa frase, el Profesor Dworkin bien llama 'una fuerza gravitacional' (...) sobre él"³⁵.

En respuesta a estas críticas que se plantean a la **regla de la adjudicación** de Hart, éste dice que los jueces, cuando resuelven casos difíciles, crean nuevo Derecho, por más que existan principios generales que sean aplicables al caso, pues la sola elección de uno de esos principios ya implica la discrecionalidad judicial. Las injusticias a que pueda haber lugar en aplicación de la discrecionalidad judicial creadora de Derecho, aclara Hart, son aparentes en los casos difíciles, pues éstos son tales en razón de los vacíos legales que dejan conductas sin regular; de modo que crear Derecho específico para uno de estos casos, no es una injusticia por creación ulterior de reglas retrospectivas.

Suele decirse que la distinción entre un buen sistema jurídico, que atiende a los principios de la moral y la justicia, y uno que no, es falaz, pues siempre existe un mínimo de justicia necesariamente cuando se controla la conducta humana; esto en virtud de los denominados **principios de justicia material**. De modo que en la aplicación de una regla de Derecho está siempre, por lo menos, el germen de la justicia. Este germen de justicia, que bien podría llamarse natural, supone que las reglas de control social deben cumplir ciertas condiciones, a saber: deben ser inteligibles y estar dentro de las capacidades de la mayoría para obedecerlas y, en general, no deben ser retrospectivas; esto significa que, aquellos que son

³⁵ HART, Herbert Lionel Adolphus. 1776-1976: Law in the perspective of philosophy. *Op. Cit.*, p. 156. (La traducción es propia).

castigados por romper las reglas, tuvieron la oportunidad y la habilidad de obedecer. No obstante, esto que se concibe como las exigencias de la justicia, constituye lo que los abogados denominan **principios de legalidad**, intrínsecos a todo método de control social, consistente en estándares generales de conducta comunicados a clases de personas, de quienes luego se espera los entiendan y adecuen a ellos sin posterior direccionamiento oficial. A esto le han denominado los críticos la moral interna del Derecho.

El centro de la crítica antipositivista es el argumento de que sí existe conexión conceptual necesaria entre moral y Derecho: en respaldo de ello, se propone Dworkin “demostrar la existencia de un componente moral en todos los derechos y deberes jurídicos, apelando a consideraciones de equidad y lo que denomina la doctrina de la responsabilidad política”³⁶. Esta propuesta sugiere que el juez está moralmente obligado a la consistencia en sus decisiones como cuestión de equidad y a tratar igual lo igual, de manera que todos los sujetos tienen derecho a la aplicación del Derecho en los mismos términos, en razón de la equidad y la consistencia. En los casos difíciles, se requeriría la aplicación directa de los principios implícitos que mejor explican y justifican el Derecho explícito. Sin embargo, si los principios morales objetivos han de justificar y explicar el derecho explícito, podría darse que un sistema sea malvado y, en consecuencia, los principios que lo justifican y explican sean también moralmente malos. ¿Cómo puede existir un derecho moral, sustentado en la equidad, a que haya consistencia en la aplicación de leyes malvadas? se pregunta Hart. “En su réplica a varios críticos, Dworkin aceptó que el derecho claramente establecido y los principios a él subyacentes identificados por el método Hércules (o la mayor aproximación a él) pueden ser demasiado perversos para justificar su aplicación”³⁷. En este orden de ideas, el deber moral de los jueces sería el de mentir y ocultar lo que el derecho es realmente, esto es, injusto o malvado, para no extender las injusticias a los casos no regulados.

Según la teoría de Dworkin, el Derecho, correctamente entendido, tiene una conexión conceptual con principios de moral objetiva. No obstante, como se vio, puede ocurrir que la dimensión moral del derecho implique principios inicuos, siendo función del juez mentir e inaplicarlos para preservar un orden jurídico no malvado. “De esta forma, todo lo que queda de su teoría original es que los principios identificados por Hércules como subyacentes al Derecho, deben ser, según Dworkin, los menos odiosos (de acuerdo con la moralidad objetiva) de los varios inaceptables que pudiera incorporar el derecho inicuo. Esto, simplemente,

³⁶ HART, Herbert Lionel Adolphus. Legal duty and obligation. *Op. Cit.*, p. 151. (La traducción es propia).

³⁷ HART, Herbert Lionel Adolphus. El nuevo desafío del positivismo jurídico. *Op. Cit.*, p. 17.

excluye la idea de que esos principios justifican el Derecho”³⁸. Igualmente, se desvanece el argumento de que la teoría de la adjudicación hercúlea no es contingente sino fundamental a un sistema jurídico; si fuera necesaria y no meramente accidental, debería, como afirma el propio Dworkin, reconocer el derecho moral de los sujetos a la aplicación consistente de los principios subyacentes al Derecho. Empero, esto no es así cuando los principios son malvados y el Derecho inicuo, lo que hace a la teoría hercúlea de la adjudicación algo meramente contingente.

Aunque los argumentos y los juicios morales pueden mostrarse relevantes y, en este sentido, incorporarse en la decisión judicial, dice Hart, tal relevancia para la incorporación de principios morales es contingente en un sistema jurídico. No puede decirse, entonces, que dada la textura abierta del Derecho, por la cual los jueces están facultados para ‘crear’ nuevo Derecho conforme a sus juicios morales, quiera ello decir que la moral se convierte, al ser aplicada por aquellos, en Derecho preexistente. La teoría de Dworkin, dice Hart, no escapa a la siguiente crítica: una teoría tal es una ficción que permitiría al juez, bajo la falsa promesa de encontrar tras el Derecho positivo lo que es verdaderamente el Derecho, introducir su propio punto de vista personal, moral o político, aduciendo, con espuria objetividad, que ello ya era Derecho³⁹.

Así las cosas, la tesis de la separación conceptual del Derecho y la moral continúa siendo válida. Esta tesis es compatible aun en los sistemas jurídicos donde el legislativo conscientemente incorpora principios morales como criterios básicos de validez jurídica, como, por ejemplo, un catálogo de derechos y libertades individuales, que son reconocidos por los tribunales, esto es, el poder judicial en aplicación de una regla de reconocimiento. Esta última permite identificar las normas válidas del sistema jurídico y apartarlas de aquellas pertenecientes a otros sistemas normativos. No obstante, objeta Dworkin, dicha regla “resulta incapaz de identificar la validez o relevancia jurídica de ciertos elementos del Derecho que, como principios o valores, no pueden identificarse mediante criterios puramente formales o ‘de pedigrí’, sino que requieren procedimientos más complejos, que incluyen valoraciones morales”⁴⁰.

Hart replica a esta crítica sobre el contenido o criterios materiales de la regla de reconocimiento, según los cuales es posible extender los criterios de validez de dicha regla para acoger valores y principios complejos, diciendo que, donde no

³⁸ *Ibidem*, p. 18.

³⁹ Cf. HART, Herbert Lionel Adolphus. 1776-1976: Law in the perspective of philosophy. *Op. Cit.*

⁴⁰ RAMOS PASCUA, José Antonio. Balance crítico de la filosofía jurídica de H. L. A. Hart. *Op. Cit.*, p. 140.

son incorporados los principios morales como criterios de validez jurídicos, ellos no tienen más que una fuerza moral: “Pero en todos los casos la relevancia jurídica de los principios morales será algo contingente, que depende de si, de hecho, han sido incorporados a un sistema jurídico particular (...) Tales principios o argumentos morales no son jurídicamente relevantes *proprio vigore*, es decir, solamente porque sean moralmente correctos o aceptables”⁴¹. Ello no revive el vínculo entre moral y Derecho, pues éste permanece contingente y no necesario.

Existe, ciertamente, una conexión necesaria entre Derecho y moral (aunque no conceptual), cual es la que deriva de la influencia tanto de la moral social aceptada, como de ideales morales objetivos. Estas influencias son incorporadas en el Derecho, bien abiertamente en el proceso legislativo o tácitamente en el ejercicio judicial. Pueden existir, como de hecho existen, ordenamientos jurídicos cuyos criterios de validez jurídica incorporen explícitamente principios de justicia o valores morales sustantivos. Ningún positivista podría negar estos hechos, ni que la estabilidad de un sistema jurídico se debe, en parte, a su correspondencia con la moral. Pero ante la pretensión de que ciertos principios deben ser acogidos por el Derecho porque son moralmente correctos o deseables, Hart opone el argumento de que los derechos y deberes no requieren un sustrato moral para afirmar su existencia. Éstos pueden existir así el derecho sea moralmente bueno o malo, justo o injusto.

El problema aquí es la oposición entre **validez jurídica y resistencia al derecho**: los positivistas admiten la existencia de leyes particulares moralmente inicuas pero promulgadas adecuadamente, claras en significado y que satisfacen todos los criterios de validez reconocidos en un sistema. El punto de vista opuesto, el del Derecho Natural, considera que promulgaciones que permitan la iniquidad no deben ser reconocidas como válidas, o siquiera tener la calidad de Derecho, aun cuando el sistema en el que sean promulgadas no reconozca restricción alguna sobre la competencia legislativa de su legislatura. Tal es el caso de la argumentación que siguió al régimen Nazi, para resolver los problemas de iniquidad generados por éste. El punto de vista de los iuspositivistas reconoce un concepto más amplio de Derecho, que comprende el más estrecho sostenido por los iusnaturalistas. Para Hart, si se adopta el concepto más amplio, esto conduce teóricamente a agrupar y considerar como Derecho todas las reglas que son válidas por el test formal de un sistema de reglas primarias y secundarias, aun cuando atenten contra la moralidad social o la moral objetiva. Si se acepta el concepto más estrecho, deberá excluirse del Derecho tales reglas moralmente ofensivas. Adoptar este último concepto nada aportaría al estudio científico o teórico del Derecho como fenómeno social, pues excluiría reglas que tienen todas las demás características complejas del Derecho. Mientras que si se adhiere el concepto más amplio, podría acomodarse en él el estudio de las características

⁴¹ HART, Herbert Lionel Adolphus. El nuevo desafío del positivismo jurídico. *Op. Cit.*, p. 7.

especiales que tienen las leyes moralmente inicuas. El concepto más amplio implica el reconocimiento de que el Derecho es una herramienta de dominación y que, para oponerse al abuso del poder, debe tenerse en cuenta que algo que se considere legalmente válido no implica que se lo deba obedecer y que, por más grande que sea el aura de autoridad del sistema jurídico, sus exigencias deben, al final, ser sometidas a un escrutinio moral. Quienes piensan que pueden existir leyes inicuas, sienten que existe algo fuera del sistema oficial con referencia a lo cual, en última instancia, debe el individuo solucionar sus problemas de obediencia. Las cortes alemanas en la posguerra se enfrentaron a un problema: ¿debe castigarse a aquellos que hicieron cosas malas amparados por normas malvadas vigentes en su momento? Esta pregunta suscita problemas de justicia y moral que no pueden resolverse si se niega de tajo que las leyes inmorales son inválidas, esto es, desde el concepto estrecho de derecho. En cambio, un concepto amplio que permita distinguir la invalidez del Derecho de su inmoralidad, permite ver mayor complejidad y variedad en las cuestiones de la moral y la justicia suscitadas por esa pregunta:

Si (...) protestamos en contra del Derecho malvado afirmando que ciertas reglas no pueden ser Derecho porque son moralmente inicuas, confundimos una de las más poderosas, pues es la más simple, formas de crítica moral. Si, junto con los utilitaristas, hablamos claramente, decimos que las leyes pueden ser leyes, aunque demasiado malvadas para ser obedecidas. Esta es una condena moral que todos pueden entender y que reclama atención moral inmediata. Si, por el contrario, formulamos nuestra objeción como una afirmación de que estas cosas malvadas no son Derecho, estamos frente a una afirmación que muchos no creen⁴².

El concepto amplio de Derecho “asume la legitimidad de un punto de vista que permite la crítica a las instituciones de cualquier sociedad, a la luz de principios generales y el conocimiento de los hechos”⁴³. Esto supone, también, la aceptación de la distinción hecha por los utilitaristas entre ‘moral positiva’, que es la moral aceptada y compartida de hecho por un determinado grupo social, y la ‘moral crítica’, que son los principios de moral general empleados para criticar las instituciones sociales, incluyendo la moral positiva. En este orden de ideas, la crítica moral recae tanto sobre el Derecho como sobre la moral positiva. Empero, aunque se dice comúnmente que un buen sistema jurídico debe coincidir con ciertos principios morales y exigencias de justicia, esto no es una tautología. No existe acuerdo en cuanto a los estándares morales ni los puntos de conformidad a los cuales debe atender la crítica del Derecho. Y aun cuando exista “prueba de que los principios por los cuales evaluamos o condenamos las leyes son

⁴² HART, Herbert Lionel Adolphus. Positivism and the separation of law and morals. *Op. Cit.*, pp. 77-8. (La traducción es propia).

⁴³ HART, Herbert Lionel Adolphus. Law, liberty and morality. Estados Unidos: Stanford University Press, 1963. p. 20. (La traducción es propia).

racionalmente descubribles y no simples 'mandatos de la voluntad', [ello] deja intacto el hecho de que existen leyes que pueden tener algún grado de iniquidad o estupidez y seguir siendo leyes. E, inversamente, existen reglas que tienen toda la cualificación moral para ser leyes y, sin embargo, no lo son"⁴⁴.

La doctrina del Derecho Natural, dice Hart, comporta la tesis de que "los criterios que distinguen el buen Derecho del malo, no simplemente reflejan las preferencias humanas, los gustos o convenciones, las cuales pueden variar de sociedad a sociedad o de una época a otra; por el contrario, ellos están determinados por ciertas características constantes de la naturaleza humana y el ambiente natural con el que los hombres se enfrentan"⁴⁵. No obstante, el uso que la doctrina iusnaturalista hace de las nociones de razón y naturaleza, está plagado de oscuridades y suposiciones metafísicas que hacen inaceptables sus formulaciones. Y usualmente confunden los teóricos naturalistas sus argumentos sobre los principios con referencia a los cuales el Derecho y las instituciones sociales deben ser juzgados, con argumentos diseñados para mostrar que debe hacerse referencia a la moral o la justicia en la definición de Derecho o de validez jurídica. El propósito de Hart, es mostrar que existen otros argumentos filosóficos para sustentar la existencia de ciertos criterios objetivos y racionales para la evaluación y crítica del Derecho.

Que existan ciertas provisiones necesarias en un sistema jurídico, quiere decir que éstas son fundamentales para la existencia de las demás reglas, y esto según un objetivo mínimo que se debe procurar. Así, para el objetivo de la supervivencia en cercana proximidad con los congéneres, el contenido necesario del sistema jurídico comporta reglas que prohíben el libre uso de la violencia, reglas que establecen un mínimo de cooperación y reglas que procuren una forma mínima de propiedad. Dichas reglas se pueden superponer con principios morales básicos que prohíben el asesinato, el robo o la violencia, ello en un plano fáctico y no conceptual; de modo que los sistemas jurídicos coinciden necesariamente con la moral en estos puntos fundamentales. Pero la congruencia necesaria así presentada, no puede extenderse más allá del objetivo mínimo de supervivencia, como pretende la teoría del derecho natural. Sostiene esta teoría, que el argumento de la necesidad de coincidencia de principios morales con el contenido de un sistema jurídico, puede ampliarse hasta abarcar otros objetivos adicionales al de la supervivencia, como, por ejemplo, la búsqueda del conocimiento. No obstante, Hart objeta que las diferencias entre los hombres, aunque no se deben exagerar, tampoco puede desconocerse que son muchas y muy conflictivas como

⁴⁴ HART, Herbert Lionel Adolphus. Positivism and the separation of law and morals. *Op. Cit.*, p. 84. (La traducción es propia).

⁴⁵ HART, Herbert Lionel Adolphus. Problems of the philosophy of law. *Op. Cit.*, p. 111. (La traducción es propia).

para admitir la superposición necesaria de otras reglas de Derecho con estándares morales distintas a las mencionadas.

Adicionalmente, aclara Hart,

si adherimos a un sistema jurídico el significado mínimo de que debe consistir de reglas generales -generales en un doble sentido, que se refieran a cursos de acción, no a acciones singulares, y a multiplicidad de hombres, no simples individuos- este significado connota el principio tratar igual lo igual, aunque los criterios de cuándo los casos son iguales serían, hasta el momento, únicamente los elementos generales especificados en las reglas. Es, no obstante, cierto que un elemento esencial del concepto de justicia es el principio de tratar igual lo igual. Esto es justicia en la administración del Derecho, no la justicia del Derecho. De manera que existe algo, en la misma noción del Derecho consistente en reglas generales, que nos previene de tratarlo como si moralmente fuera absolutamente neutral, sin ningún contacto necesario con principios morales. Justicia procesal natural consiste, por ende, en esos principios de objetividad e imparcialidad en la administración del Derecho que implementa justo este aspecto del Derecho y que están diseñados para asegurar que las reglas sean aplicadas sólo a los que son verdaderamente casos de la regla o, al menos, para minimizar los riesgos de iniquidad en este sentido⁴⁶.

Sin embargo, estas razones que se aducen para hablar de cierta superposición entre estándares morales y jurídicos como necesaria y natural, no pretenden mostrar que siempre será razonable o moralmente obligatorio para un hombre obedecer el Derecho cuando el sistema jurídico provea los beneficios mínimos de imparcialidad y objetividad. Esto es así, porque cualquier sistema jurídico puede dar aplicación a la denominada **justicia procesal natural**, siendo justo en la aplicación de normas opresivas o negando a un segmento de la población dichos beneficios: de allí la salvedad de que “sólo si las reglas fallaran en proveer estos beneficios esenciales y protección para todos (...) sería insatisfecho el mínimo [de justicia procesal] y el sistema se hundiría al estatus de un grupo de tabúes insignificantes”⁴⁷. El sistema jurídico justo debe asegurar la extensión equitativa de todas las protecciones jurídicas fundamentales a las personas y la propiedad. Así comprendido, **el principio de justicia es independiente del sistema moral y se refiere a la distribución equitativa de las protecciones legales.**

⁴⁶ HART, Herbert Lionel Adolphus. Positivism and the separation of law and morals. *Op. Cit.*, p. 81. (La traducción es propia).

⁴⁷ *Ibidem*, pp. 81-2. (La traducción es propia).

2.2 TEORÍA DEL CONTENIDO MÍNIMO DEL DERECHO NATURAL

Hart propone un **contenido mínimo del Derecho Natural**, ligado a ciertos **truismos de la naturaleza humana**. Éstos son: i) la vulnerabilidad humana, que demanda del Derecho y la moral un sistema de restricciones para los sujetos, para que ninguno quede en estado de indefensión e inferioridad frente a los otros; ii) la equidad aproximada, según la cual no existe un solo individuo superior a todos los demás, todos tienen aproximadamente el mismo poder, por lo que se hace necesario establecer un sistema de prohibiciones mutuas que impidan la dominación de un solo sujeto sobre los demás; iii) el altruismo limitado, del cual es posible deducir que el hombre no necesariamente busca exterminar a sus congéneres, pero tampoco puede decirse que desee siempre lo mejor para todos ellos, lo que hace necesario y posible la instauración de un sistema de restricciones mutuas; iv) los recursos limitados, de lo cual se infiere la necesidad de una forma mínima de propiedad (aunque no necesariamente privada), que asegure los elementos básicos para la supervivencia humana; y v) entendimiento y fuerza de voluntad limitados, por motivo de los cuales es imposible asegurar la obediencia a las leyes siempre por todos los hombres y, en consecuencia, se requieren sanciones, no para compeler a la obediencia, sino como garantía para quienes obedecen voluntariamente de que se castigue a quienes no lo hacen. En cada uno de esos casos, dice Hart,

los hechos mencionados constituyen una razón para que, dada la supervivencia como objetivo, el Derecho y la moral deban incluir un contenido específico. La forma general del argumento es simplemente que, sin tal contenido, las leyes y la moral no podrían promover el propósito mínimo de la supervivencia que los hombres tienen al asociarse entre sí. En ausencia de este contenido, los hombres, dada su naturaleza, no tendrían razón para obedecer voluntariamente ninguna regla; y sin un mínimo de cooperación proporcionado voluntariamente por aquellos para quienes es de su interés someterse y mantener las reglas, la coerción de otros que no se conformen voluntariamente sería imposible⁴⁸.

Hart reconoce que los propósitos que los seres humanos persiguen en una sociedad son infinitamente variables, diversos y difieren en importancia según la sociedad. “Pero -aclara- la forma más simple del argumento según el cual existen ciertos criterios constantes para la evaluación de un sistema jurídico, consiste en la elaboración de la verdad de que, si el Derecho ha de tener algún valor como instrumento para la realización de los propósitos humanos, debe contener ciertas

⁴⁸ HART, Herbert Lionel Adolphus. The concept of law. *Op. Cit.*, p. 193. (La traducción es propia).

reglas relacionadas con las condiciones básicas de la vida social”⁴⁹. Entre estas reglas se cuentan aquellas que **restringen el uso de la violencia**, las que **protegen ciertas formas de propiedad y aplican formas de contrato** (cooperación); estas reglas aseguran que la persecución de los objetivos sociales no sea vana. Dichas reglas, entonces, son esenciales en el sentido que constituyen la condición de posibilidad para la existencia de otras reglas, o por lo menos, confieren sentido a las demás. La necesidad de estas reglas básicas deriva, como ya se mencionó, de hechos naturales tales como la vulnerabilidad y propensión al uso de la violencia; la inexistencia de comida, ropa y refugio en estado natural y la consecuente necesidad de fabricarlos y proteger legalmente el proceso.

Según Ramos Pascua, las verdades obvias que plantea Hart demuestran “que no es cierto que el Derecho pueda tener ‘cualquier contenido’” y que reconocer esto “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”⁵⁰. No obstante, esta suposición que hace Ramos Pascua se funda en una tergiversación de las palabras de Hart. Lo que este último ha dicho es que cualquier definición del Derecho y la moral en términos formales, sin referencia a un contenido específico, es insuficiente. Esto quiere decir que, en tanto que tienen por objeto la conducta humana, el Derecho y la moral no pueden definirse sin referencia a la misma, es decir, no pueden reducirse a meras abstracciones.

Ahora bien, Hart ha propuesto como contenido específico de la moral y el Derecho unas verdades obvias sobre la naturaleza humana. Es decir, tanto Derecho como moral comparten el mismo fundamento sustantivo, a saber, el hombre y sus propósitos naturales. De lo anterior, empero, no se sigue que estos sistemas normativos compartan un vínculo necesario, sino que, partiendo de la misma base, establecen normas y sanciones diferentes; evidentemente, regulan la misma conducta, la del hombre, pero la manera en que lo hacen es formalmente distinta. Derecho y moral comparten la misma realidad sustantiva, cual es la naturaleza humana, pero difieren en sus objetivos mínimos y la manera de lograrlos.

La existencia de ciertos valores universales, entre los que se encuentran la libertad individual, la garantía a la vida y la protección del daño deliberado, no es necesaria, pues un sistema normativo legal puede no aplicar o conceder realidad jurídica a esos contenidos mínimos o excluir de su rango de acción a cierto grupo social. De manera que no se trata de que deban existir necesariamente derechos

⁴⁹ HART, Herbert Lionel Adolphus. Problems of the philosophy of law. *Op. Cit.*, p. 112. (La traducción es propia).

⁵⁰ RAMOS PASCUA, José Antonio. Justicia y Derechos humanos en el pensamiento jurídico de H. L. A. Hart. En: *Dikaosyne*. Julio-diciembre, 2010, no. 25, p. 108.

naturales en todo sistema jurídico, sino que, como se dijo, si el Derecho ha de tener algún valor como instrumento para la realización de los propósitos humanos, debe contener ciertas reglas relacionadas con las condiciones básicas de la vida social: “probablemente sea errado decir con Lord Devlin que la moral social, en tanto que asegura estos valores, tiene valor porque ellos son requeridos para la preservación de la sociedad; por el contrario, la preservación de cualquier sociedad en particular es de valor porque, entre otras cosas, asegura a los seres humanos alguna medida de estos valores universales”⁵¹.

Por todo lo anterior, no resulta contradictorio con la doctrina positivista la afirmación 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”⁵². Una teoría tal hace parte de la exigencia del Derecho por referirse a un contenido específico.

⁵¹ HART, Herbert Lionel Adolphus. *Law, liberty and morality*. *Op. Cit.*, p. 70. (La traducción es propia).

⁵² HART, H. L. A., citado por RAMOS PASCUA, José Antonio. *Justicia y Derechos humanos en el pensamiento jurídico de H. L. A. Hart*. *Op. Cit.*, p. 113.

3.

DERECHO Y PRINCIPIOS DE JUSTICIA

3.1 LA TEORÍA DE LA JUSTICIA DE HART

La justicia parece ser el concepto que une el Derecho y la moral. Esto se hace evidente en la manera en que se habla del Derecho, pues en ocasiones se habla de “justicia conforme al Derecho” y en otros momentos se dice que las leyes son justas o injustas.

La justicia, al parecer de Hart, debe tener un lugar más prominente en la crítica a las instituciones jurídicas; esto no obsta para que se haga una distinción entre moral y justicia, siendo esta última una idea específica de la esfera general de la moral; esto quiere decir que la justicia es un “segmento distinto de la moral”. Esto se debe a que “la crítica moral en términos de justicia o injusticia es, usualmente, diferente y más específica que otros tipos de crítica moral general”; evidentemente, ‘justo’ e ‘injusto’ son formas de crítica moral más específicas que ‘bueno’ o ‘malo’, pues inteligiblemente podemos decir que una ley es buena porque justa, o mala porque injusta, mas no es posible predicar de una ley que es justa porque buena o injusta porque mala. Ahora bien, para Hart, “las características distintivas de la justicia y su conexión especial con el Derecho, empiezan a emerger si se observa que la mayoría de críticas hechas en términos de justo e injusto, bien podrían sustituirse casi igualmente por las palabras ‘equitativo’ e ‘injusto’. La equidad, evidentemente, no es coextensiva con la moral en general”⁵³.

El principio de justicia, entonces, es independiente del sistema moral y se refiere a la distribución equitativa de las protecciones legales. Recuérdese lo expuesto en la sección 2.1, con relación al principio de justicia procesal natural. Se dice que éste consiste en la objetividad e imparcialidad en la administración del Derecho, pero que él solo no da lugar a obligación alguna (toda vez que un sistema jurídico puede ser objetivo e imparcial en la aplicación de leyes malvadas); existe una demanda de conformidad de dicha justicia procesal con un principio de justicia material, que es precisamente el de la distribución en equidad de las prerrogativas jurídicas.

Así pues, la aplicación primaria de la justicia es a cuestiones de distribución y compensación. El principio general latente en las diversas aplicaciones de la idea de justicia es, según Hart, “que los individuos están investidos de respeto mutuo

⁵³ HART, Herbert Lionel Adolphus. The concept of law. *Op. Cit.*, p. 158. (La traducción es propia).

en relación con cierta posición relativa de equidad o iniquidad”⁵⁴. De allí que la justicia se haya considerado tradicionalmente como preservadora de un balance o proporción⁵⁵, y cuyo precepto fundamental es “tratar igual lo igual y desigual lo desigual”. Empero, advierte Hart que, “aunque ‘tratar igual lo igual y desigual lo desigual’ es un elemento central en la idea de justicia, es, por sí mismo, incompleto y, hasta que se lo complemente, no puede permitirse guiar ninguna conducta determinada”⁵⁶. De modo que, hasta que no se establezca qué semejanzas y qué diferencias son relevantes, dicha fórmula permanecerá vacía. Para llenarla, entonces, se debe conocer cuándo los casos deben ser considerados semejantes y cuándo desemejantes. Sin este complemento, no es posible criticar las leyes o instituciones jurídicas como justas o injustas. Es claro, subraya Hart, que los criterios de semejanzas y diferencias pueden variar según la perspectiva moral de una persona o sociedad.

La estructura de la idea de justicia tiene dos partes: una constante o característica uniforme, resumida en la premisa “tratar igual lo igual y desigual lo desigual”; y un criterio variable empleado para determinar cuándo en los casos específicos una cosa es igual o desigual. Pero la justicia es mucho más compleja que esto, pues el estándar de semejanza puede variar no sólo con respecto al tipo de sujeto al que se aplica, sino que puede también estar abierto a consideración incluso en relación con un mismo tipo de sujeto. Sin embargo, la crítica en términos de justicia no sólo se ocupa de la aplicación del Derecho en casos particulares (en los que el Derecho mismo determina las semejanzas y diferencias entre individuos); además de la justicia de la administración del Derecho, la crítica se extiende también al Derecho mismo (donde ya no existe un canon preestablecido o estándar de semejanza, a no ser que se considere un estado natural de cosas que dicte dicho estándar).

Es cierto que existe la justicia distributiva, la cual se ocupa de las leyes que reparten cargas y beneficios entre los individuos. Pero también existe la justicia compensativa, que se refiere a las leyes que buscan reparar el daño hecho por una persona a otra:

La conexión entre la justicia y la injusticia de la compensación por daño y el principio ‘tratar igual lo igual y desigual lo desigual’, radica en el hecho de que, por fuera del Derecho, existe una convicción moral de que aquellos de quienes el Derecho se ocupa, tienen derecho a prohibiciones mutuas contra

⁵⁴ *Ibídem*, p. 159. (La traducción es propia).

⁵⁵ Como dijera Aristóteles, a las diversas aplicaciones de la justicia subyace la noción de que existe un equilibrio que mantener o que, si perturbado, debe restaurarse. A esta idea se acoge Hart. Cf. HART, H. L. A. *Justice*. *En*: *Philosophy*. Octubre, 1953, vol. 28, no. 107, pp. 348-352.

⁵⁶ *Ibídem*. (La traducción es propia).

ciertos tipos de conductas dañinas. Tal estructura de derechos y obligaciones recíprocas que prohíben por lo menos las clases más grandes de daños, constituye la base, aunque no la totalidad, de la moralidad de todo grupo social. Su efecto es crear entre los individuos una equidad moral y, en cierta medida, artificial para compensar las iniquidades de la naturaleza.

(...)

De manera que, cuando las leyes proveen compensación donde la justicia la demanda, ellas reconocen indirectamente el principio 'tratar igual lo igual' al propender por la restauración, luego de perturbado el status quo moral en el que víctima y victimario están en un mismo pie de igualdad y, en este sentido, son semejantes. Nuevamente, es concebible que exista una perspectiva moral que no considere a los individuos bajo un mismo pie de igualdad en estas cuestiones [de compensación] (...) Para tal perspectiva, repudiable como puede ser para nosotros, el Derecho sería justo sólo si reflejara esa diferencia y tratara desigual lo desigual.⁵⁷.

Existe una coyuntura entre las ideas de justicia y bienestar social, pues pocas leyes pueden decirse que beneficien a todos los individuos por igual. La justicia debe ser una condición necesaria que debe cumplir cualquier decisión legislativa que propenda por el bien común. Esto amplía la concepción de la justicia distributiva, pues "aquí lo que es justamente 'distribuido' no es algún beneficio específico entre una clase de reclamantes, sino atención y consideración imparcial de reclamaciones contrarias por diferentes beneficios"⁵⁸.

Con todo, la validez jurídica de leyes particulares usadas en un sistema jurídico no está supeditada a su conformidad con la moral o la justicia. Pero, como se señaló en la sección 1.2, la validez es un asunto distinto de la obligación. La primera deriva de la regla de reconocimiento (que es el criterio último por el cual se evalúa la pertenencia de una regla a un determinado sistema jurídico); la segunda, en cambio, no tiene asidero en dicha regla. Para Jennifer Nadler, la obligación está sujeta al servicio que las reglas presten a valores comunes, es decir, el criterio de aceptabilidad de una regla es su servicio a un bien común. Así, dado que cada sociedad determina sus propios valores y que, consecuentemente, no puede establecerse un acuerdo en cuanto a lo que es el bien común para todas ellas, cada una incorpora diferentes criterios en sus reglas de reconocimiento, según los bienes o valores que considere necesarios mantener. Aún así, el principio formal de "tratar igual lo igual y desigual lo desigual" se constituye como el contenido mínimo del servicio a valores comunes, puesto que se funda en la naturaleza del Derecho como directriz general.

⁵⁷ *Ibíd*em, pp. 164-5. (La traducción es propia).

⁵⁸ *Ibíd*em, p. 167. (La traducción es propia).

Aunque es cierto que para Hart existe necesariamente un principio formal que llama de 'justicia procesal natural', que es el mismo que reconoce Nadler, aquél es consciente de que el principio de justicia material al que está ligado, puede variar de una sociedad a otra, según lo que cada una establezca como estándares de semejanza y desemejanza. Por eso, para Hart la justicia no es inherente al concepto de Derecho. Si así fuera, debería existir un estado natural de cosas que dictara un canon de semejanza común a todas las sociedades. Esto explicaría que el Derecho mismo fuera objeto de crítica en términos de justicia y no que esta última se redujera a criticar la aplicación del Derecho en casos particulares (en los que el Derecho mismo determina las semejanzas y diferencias entre individuos).

Nadler presenta la solución a la relatividad del principio sustantivo de justicia con argumentos extraídos del mismo Hart. Según ella, el Derecho presupone una característica esencial de los seres humanos, a saber, el libre albedrío: ciertamente, Hart ha reconocido que el Derecho está conformado por estándares generales de conducta comunicados a clases de personas, de quienes luego se espera los entiendan y adecuen a ellos sin posterior orientación oficial. Como se explicó en la sección 1.2, la autora sugiere que es esta libertad, y la correlativa dignidad, lo que se debe tener por semejanza esencial entre los seres humanos, que el Derecho debe reconocer no sólo para ser justo, sino para ser Derecho. En tal sentido, el Derecho sí está supeditado a un estándar de semejanza natural y, en consecuencia, es en sí mismo objeto de crítica en términos de justicia.

3.2 HACIA UNA REFORMULACIÓN DEL CONCEPTO POSITIVISTA DE JUSTICIA

¿Es intrínseca la justicia al concepto de Derecho o su vínculo es contingente? Es necesario determinar la naturaleza de esta relación para hablar claramente cuando se critique al Derecho en términos de justicia. Si la conexión es fáctica, esto es, accidental, entonces la crítica tendrá por objeto únicamente la administración del Derecho; si es lógica, es decir, necesaria, deberá admitirse que la crítica puede recaer también sobre el Derecho mismo.

Pero es necesario volver sobre ciertas cuestiones para despejar las dudas que han generado. En primer lugar, se ha dicho que para Hart el Derecho puede alcanzar su propósito de guiar la conducta humana siendo o no sustantivamente justo; aunque confundió la validez del Derecho con la obligación. Como acertó en decir Jennifer Nadler, la validez está ligada a la regla de reconocimiento, pero ésta no explica la obligación. En este sentido, la justicia no es algo que se predique de la regla de reconocimiento, por lo que afirmar, como lo hace Hart, que la validez del Derecho no depende de la justicia sustantiva, es una tautología. Lo cual resulta claro si se recuerda que, visto desde la interpretación empírica del punto de vista interno, la aceptación de una regla no depende del reconocimiento de la justicia de

la regla; simplemente significa que una persona tiene razones para pensar que la regla debe ser seguida, razones que no necesariamente son morales ni de justicia.

Un corolario de lo anterior es que se debe buscar la razón de la obligación en algo más, distinto a la regla de reconocimiento. Nadler la infiere del servicio a valores comunes, cuyo contenido mínimo es el principio de justicia procesal “tratar igual lo igual y desigual lo desigual”. Esta perspectiva tiene una limitación: el servicio a valores comunes es una razón para la obediencia voluntaria, pero aún quedan otros motivos para aceptar el Derecho, como el miedo o incluso criterios morales. No puede decirse que el hombre obedezca necesariamente porque ejerce su libre albedrío o porque el ejercicio de éste implique el conocimiento de que las reglas sirven a valores comunes. Ahora bien, para que una sociedad sea viable, ha dicho Hart, debe ofrecer a algunos de sus miembros un sistema de prohibiciones mutuas, aunque no necesita ofrecerlo a todos ellos:

si un sistema de normas ha de ser impuesto a alguien por la fuerza, debe existir un número suficiente de personas que lo acepte voluntariamente. Sin su cooperación voluntaria, que crea autoridad, el poder coercitivo del Derecho y el Gobierno no puede ser establecido. (...) Así, una sociedad con Derecho contiene, por un lado, aquellos que consideran sus reglas desde el punto de vista interno como estándares de comportamiento aceptados (...) [Y, por otro lado], comprende aquellos sobre quienes, bien sea porque son malefactores o simples víctimas indefensas del sistema, dichos estándares legales tienen que ser impuestos por la fuerza o por amenaza de ella⁵⁹.

Queda desacreditado, entonces, el libre albedrío como canon de semejanza esencial entre los seres humanos, pues ello implicaría reconocer que todos los sujetos obedecen por las mismas razones o siquiera que obedecen. La libertad también supone y legitima la posibilidad de la desobediencia; de allí que la obligación también se pueda sustentar en la facultad de los demás miembros de la sociedad para coaccionar a quienes no aceptan las reglas. En este sentido, se hace manifiesto que la obligación no tiene relación alguna con la justicia, sino con la autoridad del Derecho. Éste deja de ser exigible cuando deja de perseguir los valores sociales y, en consecuencia, las personas dejan de tener razones para obligarse voluntariamente.

Para Hart, la razón de la obediencia voluntaria radica en que el Derecho procure el propósito mínimo de la supervivencia, esto es, la coexistencia pacífica en cercana proximidad entre los hombres. Dicha supervivencia da lugar a unas reglas esenciales, a las que, como se dijo anteriormente, Hart denomina el contenido mínimo del Derecho Natural. No obstante, estas reglas esenciales no son tales, pues no derivan de la naturaleza humana sino de la creación de un orden social.

⁵⁹ *Ibídem*, p. 201. (La traducción es propia).

Las reglas que Hart denominara como el contenido mínimo del Derecho Natural, no se coligen de la naturaleza humana. No existen los derechos naturales. La doctrina iusnaturalista no tiene sustento alguno, ni siquiera las prescripciones esenciales mencionadas. Esto es así porque todos los animales, incluido el hombre, buscan perseverar en su ser, sobrevivir⁶⁰, y esta supervivencia no requiere que se satisfagan otras condiciones materiales que la hagan posible; ella es deseable y posible por el solo instinto. Ahora bien, de la simple supervivencia no se deducen reglas naturales, pues el instituto no comporta conciencia o racionalidad alguna. Perseverar en su ser es común a hombres y animales, aunque sólo se dice que es un instinto cuando permanecen en lo que se podría llamar un 'estado de naturaleza'. Cuando la supervivencia es trasladada al mundo de la ficción del Derecho, no puede permanecer como instinto, esto es, como instante de irracionalidad, pues un orden social comporta conductas exigibles racionalmente y no simplemente discrecionales. Una vez el individuo aislado pasa a ser parte de una sociedad, debe cambiar la categorización de la supervivencia, elevándola a valor supremo de toda sociedad, pues dicho sujeto debe coexistir con la voluntad y discrecionalidad de otros que, si asumieran sus propios cursos de acción, terminarían en conflicto y sería insostenible una coexistencia pacífica. Este cambio de categoría, que la identifica como un valor social, sí permite deducir unas reglas de conducta necesarias, que no son otra cosa que medios para un fin. En este orden de ideas, las reglas que Hart asume como el contenido mínimo del Derecho Natural son, más bien, como dice Kelsen⁶¹, los medios racionales más apropiados para la consecución de un fin o valor supremo, que en este caso es el de la supervivencia.

Pero suponer que el único propósito de una sociedad es la supervivencia, es una visión muy reducida y tímida. Por lo general, las sociedades avanzadas asumen valores supremos que, aunque se apartan de los truismos de la naturaleza humana, permiten extender el ámbito de sus instituciones normativas a otros propósitos más amplios. Claro está, Derecho y moral sólo coinciden en el

⁶⁰ Los animales, por lo general, acaban con su propia vida porque se ven en peligro, y lo hacen porque es lo que su instinto les dicta, no porque conciben un bien ulterior por el cual deban regir su existencia. En una sociedad, en cambio, las desviaciones voluntarias del propósito de la supervivencia por lo general comportan la idea de que es preferible la muerte a seguir viviendo bajo unas condiciones determinadas, lo cual se aparta completamente de cualquier actitud instintiva y y asume valores artificiales deseables por encima de la propia naturaleza. Una persona, por ejemplo, puede decir que prefiere morir antes que vivir en un Estado comunista; esta persona deja de buscar la supervivencia porque considera que la vida sólo tiene valor si se satisfacen otras condiciones materiales. Nadie podría decir, empero, que existe algún otro fin natural al que aspiren los hombres, distinto al de su propia conservación.

⁶¹ Cf. KELSEN, Hans. ¿Qué es la justicia? Traducido por Ernesto Garzón Valdés. México: Distribuciones Fontarama, 1991. 83 pp.

contenido mínimo que se refiere a los truismos, lo cual no quiere decir que exista un vínculo necesario entre estos. Ello simplemente quiere decir que

sin tal contenido, las leyes y la moral no podrían promover el propósito mínimo de la supervivencia que los hombres tienen al asociarse entre sí. En ausencia de este contenido, los hombres, dada su naturaleza, no tendrían razón para obedecer voluntariamente ninguna regla; y sin un mínimo de cooperación proporcionado voluntariamente por aquellos para quienes es de su interés someterse y mantener las reglas, la coerción de otros que no se conformen voluntariamente sería imposible⁶².

A lo anterior cabe añadir que el contenido mínimo no se reduce a la supervivencia, sino que, como se mencionó anteriormente, la obediencia voluntaria nace de un servicio a valores comunes. Pero este último, aunque contiene la fórmula de la justicia “tratar igual lo igual y desigual lo desigual”, no puede descansar sobre la base del libre albedrío como semejanza esencial para determinar la aplicación del criterio formal de justicia.

Entonces, ¿cuál es el lugar de la justicia y en qué se funda ella? Es claro que Derecho y moral pueden cambiar en virtud de la justicia. Lo cual no quiere decir que la justicia se refiera a unos valores objetivos a partir de los cuales sea dable criticar las instituciones normativas; por el contrario, cada sociedad escoge los valores que desea perseguir. Ellos, como se dijo, no siempre se reducen a la supervivencia sino que incluyen otros de índole moral, todos los cuales conllevan unas reglas de conducta que buscan procurar su realización. **La justicia, entonces, está en relación con los medios racionales para alcanzar los valores supremos que cada sociedad se propone.** Esto no hace necesario el vínculo entre Derecho y moral, sino que anuncia la relación entre éstos y la justicia. Pero, aún así, no existen valores objetivos a partir de los cuales sea permitido juzgar todos los sistemas normativos posibles, pues ello querría decir que todas las sociedades deben asumir siempre los mismos propósitos, como si ellos fueren deseables por todos los hombres en todas las épocas y lugares. En su lugar, la justicia debe permitir la valoración del Derecho y la moral individualmente considerados.

De modo que, al igual que el concepto de Derecho de Hart, que es general y descriptivo, esa misma naturaleza debe tener cualquier idea de justicia, es decir, no debe referirse a un sistema normativo particular, ni debe justificarlo. Así sería posible juzgar cualquier Derecho y cualquier moral bajo un mismo criterio de justicia. Esto valida el precepto fundamental de la justicia: “tratar igual lo igual y desigual lo desigual”. Pero éste ya no se refiere a semejanzas y desemejanzas entre los hombres, sino entre las sociedades. Consiste en juzgar los sistemas

⁶² HART, Herbert Lionel Adolphus. The concept of law. *Op. Cit.*, p. 193. (La traducción es propia).

normativos de cada sociedad independientemente, así como separadamente la moral y el Derecho en tanto son fenómenos sociales esencialmente distintos. **La justicia está en relación con los valores supremos que cada sociedad se propone y los correlativos medios racionales para alcanzarlos.** El canon de semejanza natural aplica a sociedades y consiste en que todo sistema normativo es una ficción creada por un orden social, que procura regular determinadas conductas de sus miembros por medio de reglas subordinadas al cumplimiento de unos propósitos particulares. La desemejanza, obviamente, se refiere a la existencia de sistemas normativos disímiles, cada uno de los cuales es independiente y autónomo.

En consecuencia, la afirmación de que la justicia no es inherente al concepto de Derecho, es falsa. **La justicia sólo existe donde hay sistemas normativos.** Por fuera de una sociedad que haga cierto tipo de conductas obligatorias, es imposible predicar aquélla, pues la misma recae necesariamente sobre normas, sean morales o jurídicas. Es imposible creer que un hombre, que se encuentre en estado de naturaleza, haga demandas de justicia a la misma naturaleza. Así, la justicia es el reconocimiento de los diferentes valores supremos a que se somete cada sociedad y de los medios racionales de que se valen para alcanzar su respectivo fin, valores y medios que constituyen el contenido y propósito del Derecho. La justicia material no consiste, pues, en el efectivo cumplimiento de los objetivos sociales y la adecuada aplicación de las reglas que a ellos conducen (asunto que le compete a la justicia procesal, la cual es inmanente a todo sistema normativo bajo la forma de principios de legalidad), sino en reconocer que cada sociedad que instaura un sistema normativo asume unos valores específicos que lo dirigen; **cada sociedad y cada sistema están investidos de respeto hacia las diferencias.**

Algunos autores dicen que Hart defendió subrepticamente el Derecho Natural y que parte de su obra puede ser considerada como un testamento naturalista. Ello a causa de una suerte de 'optimismo metafísico' en relación con los derechos naturales, que él mismo no logró explicar. Buscaba defender la idea de que el Derecho debe referirse a unos contenidos mínimos para hacer viable la coexistencia pacífica entre los hombres, por lo cual dedujo una serie de reglas naturales, sin el reconocimiento de las cuales ningún sistema jurídico tendría autoridad. Esto, aunque resulta ser una falacia, no es razón para desestimar el resto de su argumentación, la cual ayuda a comprender mejor el Derecho como un fenómeno social complejo, que se explica de mejor manera como la unión de reglas primarias y secundarias.

La base de la crítica antipositivista radica, precisamente, en la concepción de reglas secundarias de adjudicación y reconocimiento, pues, según los opositores, ellas suponen el reconocimiento de un vínculo necesario entre moral y Derecho, que es, precisamente, la consigna a la que se opone toda forma de iuspositivismo. No obstante, este supuesto vínculo queda desacreditado cuando se entiende con claridad la propuesta de Hart. Pero al tratar de esclarecer la escisión conceptual entre aquellos sistemas normativos, incurre el autor en un error, pues deja fuera del concepto de Derecho la relación necesaria con la justicia. Para él, ésta es simplemente una contingencia, lo cual implica que el Derecho sólo es objeto de crítica en términos de la justicia en lo que se refiere a la aplicación de sus reglas. Pero es claro que esta crítica se extiende también al Derecho mismo, aunque no según unos valores objetivos que antecedan la existencia de todo orden social y su respectivo sistema jurídico. La crítica a los sistemas normativos en términos de justicia es posible porque cada uno de ellos lleva consigo el establecimiento de valores supremos y medios racionales para alcanzarlos, los cuales difieren de una sociedad a otra y, en consecuencia, debe respetarse esta diferencia. En este orden de ideas, la justicia no sólo se refiere a la aplicación de las reglas de Derecho, sino al respeto de las diferencias entre los posibles sistemas jurídicos: su precepto fundamental continúa siendo "tratar igual lo igual y desigual lo desigual".

BIBLIOGRAFÍA

BONORINO, Pablo Raúl y PEÑA AYAZO, Jairo Iván. Filosofía del derecho. 2 ed. Colombia: Consejo Superior de la Judicatura, 2006. 105 pp.

GREEN, Leslie. Positivism and the inseparability of law and morals. Oxford Legal Studies [en línea]. Mayo, 2008, Research Paper No. 15 [citado 2015-03-25], pp. 1-25. Disponible en: <<http://ssrn.com/abstract=1136374>>

HART, Herbert Lionel Adolphus. Justice. En: Philosophy. Octubre, 1953, vol. 28, no. 107, pp. 348-352.

——— Law, liberty and morality. Estados Unidos: Stanford University Press, 1963. 88 pp.

——— El nuevo desafío del positivismo jurídico. En: Sistema: revista de ciencias sociales. Mayo, 1980, no. 36, pp. 3-18.

——— Legal duty and obligation. En: Essays on Bentham. Studies in jurisprudence and political theory. Estados Unidos: Oxford University Press, 1982. pp. 127-161.

——— Introduction. En: Essays in jurisprudence and philosophy. Estados Unidos: Oxford University Press, 1983. pp. 1-18.

——— Definition and theory in jurisprudence. En: Essays in jurisprudence and philosophy. Estados Unidos: Oxford University Press, 1983. pp. 21-49

——— Positivism and the separation of law and morals. En: Essays in jurisprudence and philosophy. Estados Unidos: Oxford University Press, 1983. pp. 49-87.

——— Problems of the philosophy of law. En: Essays in jurisprudence and philosophy. Estados Unidos: Oxford University Press, 1983. pp. 88-120.

——— 1776-1976: Law in the perspective of philosophy. En: Essays in jurisprudence and philosophy. Estados Unidos: Oxford University Press, 1983. pp. 145-158.

——— The concept of law. 2 ed. Estados Unidos: Oxford University Press, 1994. 315 pp.

KELSEN, Hans. ¿Qué es la justicia? Traducido por Ernesto Garzón Valdés. México: Distribuciones Fontarama, 1991. 83 pp.

NADLER, Jennifer. Hart, Fuller and the connection between law and justice. En: Law and philosophy. Enero, 2008, vol. 27, no. 1, pp. 1-34.

PÁRAMO, Juan Ramón de. Entrevista a H. L. A. Hart. En: Doxa. 1988, vol. 5, pp. 339-361.

RAMOS PASCUA, José Antonio. Balance crítico de la filosofía jurídica de H. L. A. Hart. En: Dikaiosyne. Enero-junio, 2009, no. 22, pp. 131-144.

————— Justicia y Derechos humanos en el pensamiento jurídico de H. L. A. Hart. En: Dikaiosyne. Julio-diciembre, 2010, no. 25, pp. 105-122.

ROBLES, Gregorio. Hart: algunos puntos críticos. En: Doxa: cuadernos de filosofía del Derecho. 1998, vol. 2, no. 21, pp. 371-402.

SUGARMAN, David. Hart Interviewed: H.L.A. Hart in Conversation with David Sugarman. En: Journal of Law and Society. Junio, 2005, vol. 32, no. 2, pp. 267-293.