



Hart: la moral crítica y el concepto de obligación jurídica.
Hart: moralidade crítica e o conceito de obrigação legal.
Hart: critical morality and the concept of legal obligation.

Por Serrana Delgado Manteiga.*

<https://orcid.org/0000-0001-8888-8160>

Resumen: En este artículo abordo el problema de la concepción moral de Hart y sostengo la tesis de que era un cognitivista y no un escéptico en materia moral. Al mismo tiempo, presento su concepción de la obligación jurídica como diferente a la obligación moral. Señalo las críticas que, en su texto *Essays on Bentham*, presentó a las concepciones de Dworkin y Raz, en cuanto a identificar los conceptos de obligación jurídica y obligación moral. Señalo que esto impactó en que su teoría no se separe demasiado de las teorías imperativistas de Bentham y Austin porque en su nueva concepción, la obligación jurídica tiene un contenido más coercitivo. Concluyo que Hart acierta en sostener que no toda obligación jurídica es una obligación moral y que, aunque no haya podido desarrollar una teoría acerca de la *normatividad* del derecho, su teoría sigue siendo un punto de partida ineludible para la discusión contemporánea de este problema.

Palabras clave: normatividad; obligación jurídica; obligación moral; objetividad moral; agente.

Resumo: Neste artigo abordo o problema da concepção moral de Hart e defendo a tese de que ele era um cognitivista e não um cético em questões morais. Ao mesmo tempo, apresento a sua concepção de obrigação legal como diferente da obrigação moral. Aponto as críticas que, em seu texto *Ensaio sobre Bentham*, apresentou às concepções de Dworkin e Raz, no sentido de identificar os conceitos de obrigação legal e obrigação moral. Destaco que isso impactou sua teoria ao não se separar muito das teorias imperativas de Bentham e Austin porque em sua nova concepção a obrigação legal tem um conteúdo mais coercitivo. Concluo que Hart tem razão ao sustentar que nem toda obrigação legal é uma obrigação moral e que, embora não tenha conseguido desenvolver uma teoria sobre a normatividade do direito, a sua teoria continua a ser um ponto de partida inevitável para a discussão contemporânea deste problema.

Palavras-chave: normatividade; obrigação legal; obrigação moral; objetividade moral; agente.

* Serrana Delgado Manteiga es Profesora Adjunta de Filosofía y Teoría del Derecho de la Facultad de Derecho de la Udelar. Su línea de investigación se vincula con el problema de la normatividad del derecho. Las opiniones vertidas en el presente artículo no representan la posición de ninguna institución.



Summary: In this article I address the problem of Hart's moral conception and support the thesis that he was a cognitivist and not a skeptic in moral matters. At the same time, he presented his conception of legal obligation as different from moral obligation. I point out the criticisms that, in his text *Essays on Bentham*, he presented to the conceptions of Dworkin and Raz, in terms of identifying the concepts of legal obligation and moral obligation. I point out that this impacted his theory not to separate too much from the imperative theories of Bentham and Austin because in his new conception, legal obligation has a more coercive content. I conclude that Hart is right in maintaining that not every legal obligation is a moral obligation and that, although he has not been able to develop a theory about the normativity of law, his theory remains an unavoidable starting point for the contemporary discussion of this problem.

Key words: normativity; legal obligation; moral obligation; moral objectivity

I. **Introducción: el aporte de Hart a la teoría del derecho.**

Quizás el aporte fundamental de la teoría del derecho de Hart fue plantear el problema del derecho en términos de *agente*. Lo hizo al poner el foco en la cuestión del punto de vista. Siempre el punto de vista es el punto de vista de alguien. Todos los problemas que involucran la razón práctica, deberían pensarse en términos de agente. Si la razón teórica nos dice qué razones tenemos para creer algo, la razón práctica nos dice qué razones tenemos para hacer algo y las razones siempre son razones para alguien.

Está muy extendida la tesis de que el mayor aporte de Hart a la teoría jurídica contemporánea fue plantear el derecho en términos de reglas y específicamente su tesis de la existencia de distintos niveles de reglas: reglas primarias y reglas secundarias. En mi opinión, su principal contribución estuvo en sacudir las bases de la teoría positivista dominante de su época manteniendo, al mismo tiempo, el corazón de la tesis positivista.

A Hart se le planteó el desafío porque consideraba que el derecho tenía que ser repensado rescatando su aspecto normativo, por oposición a una visión puramente descriptivista o naturalista del derecho. Le preocupaba poder combatir la tesis del realismo americano que consideraba que el derecho podía ser explicado en términos meramente predictivos. Para esta visión conocer el derecho se limita a conocer cómo actuarán los tribunales.

Las teorías imperativistas dominantes de su época, las teorías de Bentham y Austin, no podían ser alternativas que pudieran combatir las tesis realistas. El corazón de las tesis de Austin y Bentham, donde el derecho se explica en términos de órdenes respaldadas



por el hábito de obediencia, o donde el soberano es una especie de “asaltante a gran escala”, no se presentaban como las más indicadas para responder al escepticismo de los realistas.

Hart emprendió su empresa de respuesta de una forma muy ambiciosa: rescatar el contenido normativo del derecho, sin dejar de hacerlo en el marco de una teoría positivista. El camino resultaba prometedor: poner el foco en las reglas secundarias y en la concepción del derecho como un sistema de autoridades, respaldada por la regla de reconocimiento donde las propias autoridades, al participar en una práctica común de reconocimiento de reglas podían, a su vez, generar nuevas reglas.

La idea de regla, contrariamente a la idea de hábito y de amenazas u órdenes, es una idea *normativa*, no es natural y no es descriptiva. Una regla, genera obligaciones y deberes. De esta forma, se constituía en una alternativa normativa al naturalismo filosófico del realismo jurídico, y a la idea de que, para conceptualizar el derecho basta con hacerlo desde un punto de vista externo extremo, que sólo ve al derecho como generando regularidades de comportamiento, o conductas reiterativas en el tiempo.

El derecho se explica mejor como compuesto por reglas y a las reglas como razones para la acción. Esas razones no son un fenómeno natural o predictivo. No se puede explicar a las reglas del derecho de la misma manera que se puede explicar un fenómeno natural como la lluvia. La constatación de que siempre que llueve hay nubes, nos puede servir para predecir que va a llover frente a la presencia de nubes; la existencia de reglas jurídicas no nos sirve para explicar al derecho en términos de predicciones sobre lo que las personas seguramente hagan por la presencia de la regla que indica que “está prohibido cruzar la calle con la luz roja”. Las personas no suelen tomar a las reglas como predicciones de lo que harán, las toman como razones para la acción, frente a la pregunta “¿por qué se detuvo?”, un conductor responderá “porque debo hacerlo”.

Hart introducía en el corazón del positivismo la tesis del derecho como proveyendo razones, al mismo tiempo que mantenía la separación conceptual del derecho y la moral y la tesis de que una cosa es el derecho y otra cosa su mérito o demérito moral. La teoría de Hart sacudió el escenario teórico de su época y replanteó la discusión de la filosofía



del derecho ya no en términos de positivismo versus iusnaturalismo, sino en términos de positivismo jurídico y antipositivismo jurídico, constituyéndose en el principal foco de crítica de teóricos posteriores que presentaron teorías alternativas y rivales a la suya, como fue el caso del célebre teórico del derecho estadounidense Ronald Dworkin.

II. La tesis de Hart de la moral crítica.

Aunque Hart no desarrolló su concepción moral de forma articulada, podemos inferir, por varios de sus escritos, que no era un escéptico en materia moral, ni sostenía que no tuviese sentido hablar de juicios morales equivocados o acertados. Por ende, para Hart, tiene sentido pensar en una suerte de moral objetiva, aunque no fuera un realista moral porque no creía en la existencia de hechos morales. Cuando presentó en Harvard su conferencia “El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral” (1957), sentaba las bases de lo que sería una de las concepciones positivistas contemporáneas con más influencia entre los teóricos del derecho. Al mismo tiempo, estaba partiendo de la tesis de que tiene sentido hablar de la moralidad en términos racionales. Partiendo de la concepción utilitarista clásica de Bentham (a quien admiraba profundamente) y Austin, remarcaba la tesis fundamental de que una cosa es lo que el derecho “es” y otra, muy diferente, lo que “debe ser”. Esta concepción de separación entre “ser” y “deber ser”, sólo remarca que tiene perfecto sentido pensar en cómo debería ser el derecho y, por ende, criticar al derecho por estúpido, malo o injusto. Como utilitaristas, tanto Bentham como Austin se tomaban a la moral muy en serio. Esto pese a la tesis de Bentham de que los derechos naturales son “disparates en zancos” (tesis que Hart consideró profundamente errada, De Páramo 1988).

Hart destacó que Austin y Bentham no fueron analistas estériles, que se entretenían con problemas de lenguaje mientras las ciudades ardían (Hart 2020:22). Por el contrario, eran personas comprometidas con sociedades mejores y con que el derecho contribuyese a la mejora en la calidad de vida de las personas. Por dicha razón, cuando Austin expresó: “Una cosa es la existencia del derecho; otra cosa su mérito o su demérito”, fue, en opinión de Hart, malinterpretado.

Hart analiza la postura de William Blackstone, quien en sus *Commentaries* afirma que las leyes de dios son superiores en fuerza obligatoria a cualquier otra ley. Hart sostiene



que, si lo que quiere señalar Blackstone es que todas las leyes humanas deberían conformarse a las leyes divinas, él está plenamente de acuerdo con esa tesis. Sin embargo, lo que quiere decir Blackstone es que ninguna ley humana que esté en contradicción con la ley divina puede ser considerada obligatoria, lo que significa que ninguna ley humana que sea contraria a la ley divina es ley. Hart recuerda que para Austin, los principios morales fundamentales son los mandamientos de dios, de los cuales la utilidad es el índice. Ya en esta conferencia destaca que, como categoría aparte, se encuentra la moral positiva. Y enfatizaba que, la labor tanto de Austin como de Bentham era concientizar a las personas que podía haber malas leyes. Destacó la célebre frase de Bentham: “*obedecer puntualmente; censurar con libertad*” (Hart 2020: 24). Dice Hart en referencia a Bentham:

“tenía presente al anarquista que razona así: ‘esto no debe ser el derecho, en consecuencia no lo es y estoy en libertad, no sólo de censurarlo sino también de desobedecerlo. Por otra parte, Bentham pensaba en el reaccionario que razona así: ‘Esto es el derecho, en consecuencia, es lo que debe ser’, y sofoca de ese modo toda crítica en su nacimiento...la insistencia en la distinción [la de ser y deber ser] por lo tanto, nos será útil para orillar estos dos peligros: el peligro de que el derecho y su autoridad puedan disolverse en la concepción que tiene el hombre del derecho que debe ser, y el peligro de que el derecho vigente pueda reemplazar a la moral como criterio final de conducta y escapar así a la crítica” (Hart 2020:25).

De la cita anterior queda claro que cuando Hart planteó la separación del derecho y la moral no lo hizo motivado por una concepción escéptica, por el contrario, lo hizo pensando en preservar la función que la moral podía ejercer para criticar el derecho. No obstante, queda pendiente la explicación de por qué no tiene razón el anarquista y qué tipo de autoridad puede reclamar el derecho, que Hart visualizaba como el otro mal a orillar. Hart, en esta conferencia, plantea su crítica a las teorías de estos autores en tanto teorías imperativistas, que explicaban el derecho en términos de orden, soberano y sanción, porque no permiten distinguir al derecho de la orden de un asaltante que dice: “*la bolsa o la vida*”. Hart sostiene, en lo que después sería uno de sus artículos más emblemáticos, que el derecho no podía ser concebido como un asaltante a gran escala y que el orden jurídico no podía ser identificado con la compulsión. La diferencia es que



el derecho está compuesto por un conjunto de reglas, y un asaltante no sigue ningún tipo de reglas.

Sostuvo también que la distinción “ser/deber ser” no es exclusiva de la moral. La expresión deber ser refleja meramente la existencia de algún patrón para la crítica, pero no necesariamente moral:

“Decimos a nuestro vecino ‘no debes mentir’ y esto puede ser, por cierto, un juicio moral, pero hay que recordar que el envenenador frustrado puede decir ‘debí darle una segunda dosis’” (Hart 2020: 43).

En el mismo artículo, analizando la conversión de Radbruch (que antes de los horrores nazis era un defensor de positivismo jurídico), recuerda que tanto Bentham como Austin sostenían que si las leyes adquirían cierto grado de iniquidad entonces existía un deber moral en desobedecerlas, resistirlas y combatirlas. Hart se preguntó ¿debo obedecer esta regla de derecho? (2020:49) y enfatizó:

“por supuesto que la respuesta verdaderamente liberal a cualquier uso siniestro del slogan ‘el derecho es el derecho’ o de la distinción entre el derecho y moral es la siguiente: ‘Muy bien, pero esto no pone fin a la cuestión. El derecho no es la moral; no permitamos que la reemplace’.

Como ha puesto de manifiesto Gardner (2012), es un mito pensar que la separación del derecho y la moral propuesta por Hart implicara que no tiene sentido la moral, o que no existe ningún tipo de vínculo entre ambos órdenes normativos. Por el contrario, Hart pretendía preservar la crítica moral del derecho. Con la expresión *“muy bien, pero esto no pone fin a la cuestión”*, Hart está planteando la esclarecedora tesis de que el derecho no nos provee razones concluyentes para la acción y que, considerando todas las circunstancias del caso, el derecho no tiene la última palabra porque, como dijo Raz (2009) *“el derecho puede ser fuente de mucho mal”* y, aún cuando sepa con claridad qué conducta me exige el derecho, puedo, válidamente, seguirme preguntando: “qué es lo que debo hacer”.

Por si alguna duda queda, en la misma conferencia afirmó:



“La conexión entre el derecho por un lado, y los estándares morales y los principios de justicia por otro, es tan poco arbitraria y tan ‘necesaria’, como la conexión entre el derecho y las sanciones. Podemos dejarle a los filósofos el inocente pasatiempo de elucidar si esta necesidad es lógica (parte del ‘significado’ de derecho) o simplemente fáctica o causal” (Hart 2020: 54).

De todas formas, puso en entredicho la existencia de ciertas propiedades naturales en el derecho, porque, en definitiva, el mundo está hecho de contingencias. Y si cambiase nuestra biología, de forma que nos tornásemos invulnerables a los demás y pudiésemos conseguir el alimento del aire, ya no se podría afirmar que un orden jurídico, para ser tal, requiera la prohibición del uso de la violencia y reglas que constituyen la forma mínima de propiedad. Sostiene que la prohibición del robo, el homicidio y el uso de la violencia coinciden con los preceptos morales (Hart 2020:55).

En esta conferencia abordó también el problema de la posición moral que sostenían los utilitaristas. Afirmó que las tesis morales que sostuvieron, contrastaba con la que habían sostenido positivistas como Kelsen. Austin y Bentham no sostenían tesis no cognoscitivistas, subjetivistas o relativistas en materia moral (a diferencia de Kelsen). De forma similar en el artículo *¿Hay derechos naturales?* (Hart 2020) reafirmó su tesis de que, si existen derechos mínimos que cualquier orden jurídico debería garantizar, entre ellos está la prohibición del uso de la violencia. Lo que ha llevado a algunos a considerar a Hart como un contractualista en materia de obligación política.

En las conferencias Standford, las que posteriormente se recopilarían en el libro *Law, Liberty and Morality* (1963), Hart aborda el vínculo entre derecho y moral y específicamente la tesis de la existencia de una moral crítica. Admite de forma clara que el derecho es pasible de crítica moral. Controvierte la posición de los jueces ingleses, a los que acusa de aplicar la moral convencional en el ámbito del derecho penal y sancionar determinadas conductas que no deberían ser sancionadas. Se detiene en el caso Shaw, donde un hombre había publicado un “Ladies Directory”, donde figuraba una especie de guía de prostitutas con sus direcciones, los códigos de los servicios que ofrecían y fotos de desnudos. Fue condenado por tres delitos: publicación de material obsceno, vivir de las ganancias de las prostitutas y corromper la moral pública. Los jueces de la Cámara de los Loes argumentaron a favor del delito de corrupción de la



moral pública y mencionaron que quizás en el futuro las prácticas homosexuales no serían un delito si se consienten entre dos adultos, pero sí su propaganda y pensaban que el derecho tenía un papel para reprimir esas conductas y lo debería seguir teniendo en el futuro. Para criticar la posición de los jueces, considera la tesis de Mill acerca de que sólo está justificado prohibir las acciones que dañan a otros, que desarrolló en su clásico libro *Sobre la libertad* (1875). Aunque no comparte la tesis de Mill en su totalidad porque, sostiene, puede haber otros casos donde se pueda punir a los individuos y no simplemente cuando hacen daños a otros, considera que en el tema sexual, Mill tiene razón. Hart ve con cierta preocupación que la Cámara de los Lores haya dictado un pronunciamiento que considera que el delito de corrupción de la moral pública sigue vigente.

Los críticos a Mill consideran que la sociedad tiene derecho a punir aquellas conductas que conspiran contra la sociedad organizada y que, aún las prácticas privadas de las personas, pueden atentar contra la moral pública. Hart va a distinguir la moral positiva, aquella que es respaldada por la sociedad, de la moral crítica, aquella que podemos utilizar para criticar la aplicación de la moral positiva en general y al ámbito del derecho en particular. La moral crítica, precisamente, se compone de aquellos principios que utilizamos para la crítica de la aplicación que, de la moral positiva, puede hacer el derecho. Hart enfatiza que estamos comprometidos con la idea de que el uso de la coerción estatal tiene que estar justificado en la existencia de algún bien compensatorio. Las leyes que imponen una moral sexual y privan a los individuos de ciertas acciones (por temor al castigo) pueden hacer a las personas muy miserables. La supresión de los impulsos sexuales lleva a comprometer las emociones y la felicidad de los individuos que tienen que reprimirlos. Al detenerse en el análisis del caso sexual, Hart desarrolla el argumento de que lo que los utilitaristas como Mill cuestionaban era la misma idea de que la moral social o convencional como tal proporcionara en sí misma un argumento definitivo.

Como tendremos ocasión de profundizar más adelante, Hart es un objetivista moral, aunque no sea un realista moral. Él no cree en la existencia de hechos morales, pero sí cree que hay juicios morales correctos o incorrectos.

III. Su concepción de la obligación jurídica.



En una entrevista concedida a la revista *Doxa* (De Páramo, 1988) Hart sostuvo que tenía que reformular toda su concepción sobre la obligación jurídica. Su teoría estaba profundamente equivocada, en su opinión. Ante la pregunta si cambiaría algo de lo que él escribió en *El concepto de Derecho*, responde que lo haría con respecto al concepto de obligación. El entrevistador también alude en la pregunta a cuál consideraría que son las críticas más afortunadas que le han hecho. Él dice que la fuente principal de su error está en el capítulo segundo, sección segunda. Reconoce que su principal error está en plantear a las obligaciones como surgiendo de reglas sociales de costumbre que se mantienen por la conformidad del grupo social en el que surgen y por la crítica a la desviación. Ve la falla principal de esto en que parece considerar sólo los casos de sistemas primitivos y no los casos donde hay reglas secundarias y dice que le faltó en su teoría de la obligación, para ser completa, cómo surge la obligación cuando estamos frente a leyes promulgadas por la autoridad, sosteniendo que en estos casos la obligación surge en virtud de la regla de reconocimiento.

Pero dice que las reglas, aun en un sistema primitivo, no se sostienen por el apoyo mayoritario “*de hecho por una presión social y exigencia social de conformidad*”, sino que “*se debería mayoritariamente aceptar que esas reglas son respuestas legítimas a las desviaciones*”. “*La mayoría de mis críticos rechaza la idea de que el concepto de obligación jurídica sea moralmente neutral o que las obligaciones morales y jurídicas sean conceptualmente distintas*”. Hart considera que un hombre puede tener una obligación jurídica cuando no existe ninguna razón moral para comportarse de ese modo. La obligación jurídica no tiene por qué tener un fundamento moral (de Páramo, 1988)

Cuando en *El concepto de derecho* Hart consideró que era necesario comenzar de nuevo (Hart 1961:101) estaba atacando las concepciones *imperativistas* del derecho, sostenidas por los positivistas Bentham y Austin, para quienes el derecho consistía en mandatos o imperativos respaldados por amenazas del uso de la fuerza y en términos de Austin el derecho era una especie de “asaltante a gran escala”. Hart consideraba que el derecho tenía una diferencia fundamental con las órdenes de los asaltantes. El derecho estaba formado por reglas y en el concepto de reglas es donde Hart va a poner énfasis para



respaldar su tesis de la existencia de una obligación. Frente la amenaza de “la billetera o la vida” y ese sentirse obligado, el derecho crea obligaciones y producto de las reglas mediante las cuales las crea, no es que nos “sentamos” o “veamos” obligados, sino que “tenemos” una obligación.

Cuando Hart plantea su concepción de las reglas, adhiere a lo que se conoce como teoría práctica de las reglas (Shapiro 2013; Delgado 2019), en virtud de las cuales las reglas son en definitiva hechos sociales, prácticas sociales, pero quienes la practican tienen hacia ellas una actitud crítica y reflexiva mediante la cual la consideran obligatorias. Aunque Hart no desarrolló demasiado este concepto de actitud crítica y reflexiva es bien claro en plantear que, a diferencia de los hábitos (que cuentan únicamente con un aspecto externo de regularidad del comportamiento), las reglas están dotadas de un aspecto interno, que refiere a que las personas las experimentan como obligatorias, porque el apartamiento de las reglas motiva la crítica, y la crítica las personas la consideran justificada (Hart 1961: 70).

Recordemos que Hart estaba combatiendo la teoría *simple* del Derecho presentada por Austin, que era la dominante en su época, quien entendió que la clave para comprender el derecho estaba en la noción de “mandato”, el que era explicado mediante la idea de la orden respaldada por amenazas.

Uno de los problemas que Hart quiso resolver en *El concepto de Derecho* fue el problema de “*en qué se diferencia la obligación jurídica de la obligación moral*” (Hart 1961:16) Entiendo que este es un punto clave para cualquier teoría que pretenda explicar el derecho. Específicamente con esta pregunta, Hart se estaba planteando el problema de lo que hoy se conoce como “normatividad del derecho”, esto es, en qué sentido el derecho puede imponernos obligaciones y qué quiere decir que el derecho me impone una obligación.

En el capítulo 2 sección 2 de su libro más recordado (que él llamaría con hastío unos años después “estúpido libro” Lacey, 2004) plantea las dificultades de concebir la obligación en términos coercitivos. Las órdenes del derecho, a diferencia de las órdenes del asaltante, son generales y están contenidas en reglas. Las órdenes jurídicas implican



órdenes permanentes, mientras que el asaltante no da al oficinista tales órdenes permanentes (Hart 1961: 29).

De forma temprana, en su obra principal planteó que hay una creencia generalizada de cumplir con las órdenes, no sólo por temor al castigo. Sostuvo que para que se mantengan tales órdenes, un grupo de personas tiene que estar dispuesto a cumplirlas con independencia del castigo. Hart no está interesado en indagar en el fundamento de esta creencia general, se dirige al fundamento empírico que implica que más personas están dispuestas a cumplirlas que no cumplirlas.

A su vez, a diferencia del asaltante, el derecho tiene supremacía y reclama independencia. El derecho posee un sistema jerárquico que hace que, el derecho inglés sea único (en el ejemplo utilizado por Hart) porque hay una serie de autoridades que están subordinadas a la *Reina en Parlamento*, que es la autoridad suprema.

Hart está preocupado en las razones para sostener por qué el sentido de normatividad del derecho es más robusto que la orden dada por el asaltante. Uno se “ve obligado” a entregar la billetera por la creencia psicológica de que experimentará alguna consecuencia desagradable y que es preferible entregarla. Pero, insiste Hart, uno tiene la obligación de hacer el servicio militar, aunque crea que si se fuga nadie lo va a sancionar. La creencia psicológica, tal como la plantea Hart en este ejemplo parece no cumplir un rol relevante.

Sin embargo, Hart destaca que hay una cuestión que la teoría jurídica tradicional ha descuidado y es lo que él va a llamar y desarrollar en *El concepto del Derecho* como el *aspecto interno* de las reglas, que es una actitud crítica y reflexiva, lo que conlleva a que el apartamiento de las reglas sea criticado y la crítica sea vista como justificada por el resto del grupo. El aspecto interno implica que haya una convergencia social que intenta y promueve que la regla siga vigente y que la conducta continúe siendo exigida. No obstante, Hart deflaciona la importancia normativa más robusta que puede tener esta afirmación cuando sostiene: “*Este aspecto interno de las reglas puede ser ilustrado simplemente con las reglas de cualquier juego*” (Hart 1961:71).



Hart concibe a la obligación jurídica como más detallada en sus excepciones que la obligación moral (Hart 1961:212). Problematiza en torno a la moral convencional, la que considera que se superpone en contenido con algunas normas jurídicas, por ejemplo: la obligación moral de todo adulto de abstenerse de la violencia, o de cumplir con las promesas o de retribuir los servicios prestados. Toda sociedad que quiera persistir y mantenerse debe contar con ciertas reglas morales mínimas que incluyen deberes y obligaciones que implican postergar el autointerés. Hart concibe que un núcleo mínimo de obligaciones morales se compone por la prohibición del uso de la violencia; la verdad y veracidad en el trato con los demás y las que prohíben la destrucción y el apoderamiento de las cosas de los demás. Si una sociedad en las que hay lazos de vecindad no respeta estas reglas morales mínimas lo más probable es que no sobreviva mucho como tal (Hart 1961:213). Lo anterior es lo que se conoce como “el contenido mínimo del derecho natural” que, al decir de Finnis debería concebirse más bien como “el contenido mínimo del derecho positivo”.

Las obligaciones morales y legales tienen notable semejanza. Ambas dirigen toda la vida del individuo y no episodios aislados; ambas están sustentadas en una fuerte presión social de conformidad y no depende del consentimiento del individuo; nadie elogia su cumplimiento, se considera una contribución mínima; el derecho y la moral formulan exigencias que son imprescindibles para la convivencia de grupos humanos. Sin embargo, Hart destaca que: *“hay ciertas características que el derecho y la moral no comparten, aunque en la historia de la teoría jurídica se ha comprobado que son muy difíciles de formular”*.

En la afirmación anterior, el autor reconoce que la tarea de distinguir al derecho de la moral no es una tarea sencilla. También sostiene que la distinción entre el carácter interno de las reglas morales y el carácter externo de las reglas jurídicas tiene un corazón de verdad, pero es equívoco.

En su lugar, Hart delinea cuatro diferencias: 1) *Importancia*: el cumplimiento de las reglas morales convencionales se considera de una importancia vital para el mantenimiento del grupo social, mientras que las reglas jurídicas tienen una relevancia menor, excepto cuando tienen el mismo contenido que las reglas morales; por el contrario, todas las reglas morales comparten el mismo status de relevancia. 2)



Inmunidad al cambio deliberado: Las reglas morales son inmunes al cambio deliberado, mientras que las reglas jurídicas admiten lo anterior. Hart está pensando en que se puede sancionar una ley que considere delito x conducta y que se la considere a partir de tal fecha, mientras que no es posible conceptualizar la introducción de un cambio a una regla moral de esa forma. En su opinión, buena parte de la ética se concibe de forma que la moral está ahí para ser descubierta y que no es algo creado por los seres humanos. Esta característica la comparten las reglas morales convencionales con las reglas sociales, que tampoco admiten un cambio abrupto y deliberado. El derecho puede contribuir a cambiar o mejorar la moral convencional, pero con frecuencia pierde esa batalla y la moral se impone. La idea de una autoridad moral que pueda introducir, cambiar y eliminar reglas morales es repugnante como tal. 3) *Carácter voluntario de las transgresiones morales*: la voluntad o la intención cumple un rol más preponderante en la moral de lo que lo hace en el derecho. El derecho regula casos de *responsabilidad objetiva*, que sería mucho más difícil de conceptualizar en el ámbito moral. 4) *La forma de presión moral*: el derecho recurre a las amenazas de sanción para motivar el cumplimiento de las normas jurídicas, mientras que la moral apela al respeto de la regla moral por el valor de la regla en sí mismo (Hart 1961: 215-223).

Como se observa de las diferencias presentadas, Hart siempre está pensando en la moral convencional o la moral social, o positiva, pero no está pensando en la moral crítica u objetiva. Es consciente de la diferencia entre una moral crítica y una moral convencional, como se expuso en el punto anterior, pero no en los distintos roles que pueden desempeñar la moral social y la moral crítica en el problema de la normatividad del derecho. El sentido de normatividad robusto sólo lo puede presentar la moral crítica, ya que al considerar las reglas de la moral convencional todavía me puedo preguntar qué es lo que *debo* hacer.

IV. El déficit en su concepción de la obligación jurídica.



Como nos alerta Lacey (2004), *Ensayos sobre Bentham* es una obra de la etapa de madurez intelectual de Hart, donde al mismo tiempo que analiza a un autor que admiraba profundamente, lo utiliza como pretexto para plantear sus propias tesis, algunas de ellas reformadas y en respuesta a sus principales críticos. En el capítulo titulado “Legal duty and obligation”, Hart sostiene que Bentham se refería a determinados enunciados de obligación como conteniendo ficciones, pero ficciones en el sentido de como puede serlo la expresión “el hombre promedio” mide x y pesa y. No en el sentido de que las obligaciones pudiesen ser producto de la imaginación de nadie. En este sentido decía que designaban a entidades ficticias.

Hart resume la teoría de la obligación y deber de Bentham en las siguientes principales tesis: 1. La idea de que tenemos una ontología que implica la existencia de cosas reales, tales como entidades físicas, percepciones sensoriales, ideas. Entonces, aunque haya nombres como “deber”, “obligación” ese tipo de nombres de cuestiones ficticias no implica que haya dos tipos de entidades, sino dos tipos de nombres. 2. Consideraba que este tipo de entidades ficticias no pertenecen a un género más alto en base al cual predicarse, como se hace de las entidades reales, entonces no tiene sentido decir cosas como “un hombre promedio es”, no hay que referirse de una manera regular a este tipo de entidad. 3. No vale la pena considerar la palabra “obligación”, sino que lo que hay es que considerar una oración completa del tipo “x tiene la obligación de...”, etc. Dice que la teoría de la obligación de Bentham es una teoría mixta. Para Bentham lo fundamental es la idea de sanción y la tesis de que esta sanción, este sufrimiento, es producido por la ley. Hart la llama mixta porque incluye elementos de tipo imperativo y elementos de tipo predictivo (Hart: 1982)

Hart (1982:143) menciona en este mismo capítulo el problema de lo que “ahora” se llama “normatividad”. Luego de analizar por qué la idea del imperativo no es satisfactoria, considera la posición de quienes afirman que el concepto de deber u obligación tiene el mismo sentido en derecho que en moral y que los enunciados normativos son una especie de juicio moral. Analiza lo que considera dos intentos sofisticados de decir que la obligación y el deber tienen el mismo significado en contextos legales y morales. Hart critica a Dworkin por su tesis fuertemente objetivista acerca de la moralidad pero lo presenta en el entendido de que, para Dworkin, la moral es una cuestión de hecho. Los juicios morales para Dworkin no se hacen verdaderos



porque sean creídos por los jueces que tienen que aplicarlos para resolver las obligaciones legales de las personas. Hart desecha la idea de Dworkin porque entiende que la forma en que plantea el caso de un derecho como el de la Alemania nazi o el sudafricano del apartheid no puede sostenerse. La tesis de Dworkin es que, en estos casos, el juez debe mentir porque el mejor de los peores principios morales llevaría a conclusiones inaceptables. Hart está preocupado por la justificación de este problema. Él dice que lo único que sobreviviría de esta teoría es la “perogrullada” de que, en un buen sistema de derechos legales, estos tendrían justificación moral y en uno malo no la tendrían. Esto parece indistinguible del positivismo jurídico. Porque para Dworkin, el juez siempre está obligado a la coherencia del sistema. Si se aplica una ley a los individuos, con independencia de su mérito o demérito moral, surge un derecho moral de coherencia con respecto al resto de los individuos. Hart ve en esta defensa de Dworkin un intento desesperado por mostrar un componente moral mínimo en un sistema perverso. ¿Cómo puede ser que exista un derecho moral, aunque sea prima facie, en materia de equidad a aplicar el derecho ya aplicado en el pasado, aunque sea perverso? Esta respuesta al positivismo está llena de paradojas, en opinión de Hart. Trata el hecho moral de que se haya hecho mal en el pasado como una razón para que se lo haga en el futuro.

Posteriormente, Hart analiza la teoría de Raz. Raz no sostiene la tesis de que haya principios morales implícitos, sino que estos principios son creídos por quienes tienen que aplicarlos. Hart hace referencia a la distinción que realiza Raz entre declaraciones normativas comprometidas y distantes. Se refiere a los enunciados no comprometidos de alguien que no acepta el derecho pero habla como si lo aceptase. Hart asimila esta concepción a su idea de punto de vista interno y externo. Dice que Raz inyectó un elemento moral que es poco realista y con el cual discrepa, pero dice que lo necesita para su explicación de la normatividad de los enunciados de deber. Raz, luego de vacilar, sostiene Hart, considera que es necesaria la creencia de los jueces en la justificación moral de la ley. Se requiere esa creencia pero, por equivocada que sea, no tiene problema con la existencia de sistemas perversos. Raz introduce un tercer punto de vista, que es un punto de vista jurídico. Dice que se necesita la creencia en la justificación de la ley o, al menos, la pretensión de creer en la justificación de la ley. Dice que Raz coincide con él en cuanto a que, para que un sistema jurídico exista como



tal, no sólo se requiere que la población cumpla con sus leyes (esta es una condición necesaria, pero no suficiente) se requiere también que los jueces respalden dichas normas. Esto significa que acepten o respalden la o las reglas de reconocimiento del sistema. Dice que primero (se refiere a *Razón práctica y normas*) Raz escribe como si los jueces no tuviesen que estar motivados moralmente en seguir la regla de reconocimiento, sino que sólo apelasen al uso regular de la regla de reconocimiento. Raz sostenía que los jueces podían seguir las reglas sólo por razones prudenciales. El reconocimiento de cualquier autoridad implica reconocerla como autoridad moral. Basta que confiesen tal creencia. Desde este punto de vista, las declaraciones de un juez sobre derechos y deberes legales expresan aprobación moral, aunque sea fingida o poco sincera. La idea de deber que tiene Raz, como la idea de razón para la acción, lo obliga a esto porque Raz cree en las razones como una cuestión de hecho u objetiva. Cuando un juez hace una declaración de deber, se refiere a lo que alguien tiene razones para hacer (en tanto razones para la acción) así sea que estas razones no favorezcan sus propios intereses, como sucede con frecuencia con los deberes legales. Esas afirmaciones morales pueden ser sinceras o no. En opinión de Hart, la teoría de Raz es fuertemente positivista, aunque sus opiniones sobre este punto ofrecen algunas ramas de olivo a los teóricos del derecho natural. Específicamente su teoría de que los conceptos de deber y obligación tienen el mismo significado en el derecho y en la moral.

Para Hart, un juez cuando asume su cargo se encuentra con muchas razones prudenciales para aplicar las normas. Él se pregunta, por qué un juez cuando afirma que alguien tiene una obligación legal estaría sosteniendo que hay una obligación moral al mismo tiempo. Si Raz admite que, confesar o fingir creer es suficiente, está aceptando que los jueces se manejan en base a otros criterios.

En opinión de Hart, aunque se sostenga un cognitivismo en materia moral, esta postura no es necesariamente trasladable al caso del derecho. La idea de obligación jurídica es conceptualmente distinta a la moral. Alguien puede tener una obligación jurídica y de ninguna manera es moral. Hart nunca aceptó la idea de Raz de que tienen el mismo significado. Ello lo llevó a, contrariamente lo que se suele sostener (más que nada sustentado en una lectura de su *Postscriptum*), un “recrudescimiento” nada *soft*, sobre la tesis de que si alguien tiene una obligación significa que otro puede forzar su cumplimiento.



En el último ensayo de *Essay on Bentham*, titulado “Command and authoritative legal reasons”, Hart considera que es posible pensar en una razón autorizada para la acción legal y al mismo tiempo sostener la separación conceptual entre derecho y moral (1982:244). Critica la concepción de Bentham de la orden y la idea de que la orden se da para cumplir un deseo de alguien. Hart utiliza el ejemplo, para reflexionar sobre el punto, de la orden dada por dios a Abraham de sacrificar a su hijo Isaac, que es un ejemplo también desarrollado y trabajado por Gardner en *El derecho como un salto de fe* (2012).

Hart critica la concepción de Bentham de una orden como una declaración de voluntad. Esto se manifiesta en que dice que la orden “mata al ladrón”, es una expresión elíptica de la afirmación “mi voluntad es que mates al ladrón”. Bentham no distinguía otra forma de discurso que no fuera asertivo. Hart, en su concepción del derecho, tomó una noción clave de Hobbes que lo diferenciaba de Bentham, pero no sería consciente del impacto que tuvo en su obra esa noción clave, si no fuera por el desarrollo de las ideas de Raz (Hart 1982:247)

Bentham coincidía con Hobbes en que las leyes son órdenes de un soberano, pero Hobbes, a diferencia de Bentham, pensaba que tales órdenes eran leyes, sólo si se daban a personas que tenían una razón previa de obedecer y esta razón era el contrato que habían suscrito y que los obligaba a obedecer al soberano. Bentham, nos dice Hart, sólo presentaba la idea de soberano en términos puramente descriptivos y no normativos, como aquel a quien habitualmente obedecen los súbditos. Hart sostiene que en el capítulo XXV del *Leviathan* Hobbes, cuando presenta a la orden del soberano como aquello que persigue que se cumpla con su voluntad, lo que quiere decir es que la voluntad del soberano opera como una razón que desplaza cualquier deliberación que haga el destinatario de la orden y que, en ese sentido, la orden se dirige en una dirección perentoria (Hart 1982:253).

Hart menciona que dichas razones son razones “independientes de contenido”, como había señalado en su recordado ensayo de 1958 “Legal and moral obligation”. La razón de la orden es independiente del contenido o sustancia de las acciones a realizar. Esto la diferencia de las razones para la acción, donde hay una valoración de medio a fin de una acción, por ejemplo, cierro la ventana porque tengo frío (Hart 1961: 254). Vuelve al



aspecto central de la práctica generalizada de reconocimiento a la autoridad como aquello que cuenta para un grupo como una razón para obedecer las órdenes de esa autoridad.

Plantea que es necesario superar la noción de Bentham de la orden, por la noción de razón para la acción imperativa, para poder explicar la condición de normatividad del derecho, pero sostiene que el hacer este cambio no implicará, al mismo tiempo, un cambio en la tesis de la conexión no conceptualmente necesaria entre derecho y moral.

Hart sostiene que, cuando alguien es una autoridad científicamente reconocida, cuenta con autoridad no porque, de hecho, se sigan sus consejos, sino porque para quien la considera tal, tiene razones para creer en sus afirmaciones, sin necesidad de recurrir a una investigación independiente. De forma similar a que alguien es una autoridad teórica sobre las personas, se sugiere, alguien es una autoridad práctica, como lo son los gobernantes en un sistema jurídico cuando su legitimidad moral le precede.

Remarca que, en la concepción de Dworkin, toda obligación jurídica es también una obligación moral, sin embargo, en una posición menos extrema como lo es la de Raz, sólo se exige la creencia de que existe tal obligación moral, con independencia, de si esa creencia es verdadera o falsa. Esta visión moderada, insiste en que alguien puede ser considerado una autoridad sólo si se cree en su legitimidad moral. Hart considera que esta tesis (basada en la consideración errada que la aceptación de una razón legal como tal no puede estar sola) descansa en la idea que una razón dada por una ley, siguiendo un procedimiento legal, sólo puede ser tal si hay una razón no artificial posterior o última para tomar las órdenes dadas por una autoridad como guía para la acción. Esa razón es la creencia, con independencia de su verdad o falsedad, en la legitimación moral de la legislatura.

Hart insiste en que este último paso de la teoría raziana está equivocado y va demasiado lejos. Dice que, por supuesto, nadie duda que, si se le pregunta a un juez, por qué razones obedece o aplica las leyes, sería muy extraño que no explicitara algún tipo de razón para hacerlo. Pero esta razón no tiene por qué ser una razón moral. El juez podría argumentar que lo hace porque está comprometido con la idea de continuar con una práctica establecida o porque se comprometió a hacerlo cuando aceptó el cargo. Pero los



jueces no tienen por qué creer en la legitimidad moral de la autoridad legislativa. Sin embargo, esta forma de aceptación débil (reprocha Hart), no es suficiente para Raz y sostiene que lo que se requiere es una forma *fuerte* de aceptación.

El argumento para sostener esta aceptación *fuerte* se basa en que los jueces, al aplicar las leyes de la legislatura, entienden que los sujetos a los que se les aplica tienen la obligación de hacer lo que manda la ley. Y dado que estas obligaciones son contrarias a los intereses, deseos, o inclinaciones de dichos sujetos, esas afirmaciones o aserciones de los jueces son un tipo de juicio moral. Tal afirmación será sincera si el juez entiende que hay un respaldo moral detrás de la autoridad legislativa y no lo será si considera que no la hay.

Hart entiende que no tiene por qué ser necesariamente así y que el concepto de deber u obligación legal no nos conduce a concebirla como vinculada de esta forma con la noción de obligación moral. Si se verificara que existen razones objetivas, externas, independientes de la motivación subjetiva del agente, como lo sostiene una tesis cognitiva del deber (para considerar que alguien tiene un deber u obligación legal), entonces sería difícil negar que el deber jurídico es una especie de deber moral. Porque esto va de la mano también con sostener una tesis cognitivista en materia moral, afirma Hart. Y por dicha razón, sostener que los deberes legales y los deberes morales son diferentes implicaría la “extravagante” tesis de que hay dos mundos de razones objetivas: las morales y las jurídicas (Hart 1961:262).

Hart dice que es consciente de que a muchos les parezca paradójico que concluya un capítulo como “Las razones legales autorizadas para la acción” con la conclusión de que, de las declaraciones sobre los deberes legales de las personas de ningún modo se sigue una razón para la acción. Él dice que es muy consciente de que esta tesis que está sosteniendo es muy distinta de la visión de la noción de las reglas como razones para la acción que presentó originalmente. Dice que la acusación de “reducción” que se le hizo a su teoría está bien formulada. En un gran acto de humildad, Hart dice que sospecha no tener el conocimiento suficiente como para entender las complejidades que rodean esta cuestión, pero que considera que cuando introdujo la noción de reglas secundarias y la idea de autoridades junto con la idea clave de *institucionalización* estaba contribuyendo en algo a aclarar esta problemática.



Al hacer esto, su teoría, si bien presenta una concepción embrionaria de normatividad, no puede constituirse en una alternativa a las teorías *imperativistas* de Bentham y Austin. La demanda del derecho a secas es, en determinadas condiciones, comparable a la del asaltante.

Un gobierno de facto, o un ejército invasor, cuando se instala en determinado territorio y cuentan con un conjunto de autoridades (por más precario que sea este sistema), no se distancia de la orden del asaltante. Y establecen reglas: toque de queda, deber de presentarse frente a las autoridades para que realicen registros, habilitar el ingreso a sus hogares, etc. (Railton, 2019). Si bien la relación que el derecho establece con las personas a las que somete a su autoridad es continuada, y eso le permite formular reglas (que no se presentan en el caso del asaltante donde no está presente esta continuidad), no hay otras razones más que el miedo para acatar tales reglas. Estas reglas no son razones para la acción en un sentido fuerte, como las presentaba Hart con su noción de punto de vista interno y son, de todas formas, reglas jurídicas. Y las obligaciones que producen son obligaciones jurídicas. Una dictadura que somete a su población y que instala una autoridad legislativa de algún tipo, también va a producir obligaciones legales. Y las razones para obedecerla son del mismo tipo que uno tiene para darle la billetera al ladrón.

VII. Conclusiones:

1. El mayor aporte de la teoría de Hart a la filosofía del derecho fue poner el foco en el concepto de punto de vista interno, porque aunque Hart no presentara un desarrollo de una teoría de la agencia o en términos de agente, fue fundamental para la discusión de la normatividad del derecho.
2. Hart no era un escéptico moral, era un objetivista moral que consideraba que el derecho puede ser criticado en base a una moral crítica y que, aun cuando, en tanto individuo, tome en cuenta lo que me exige el derecho, esta pregunta está abierta a las razones que tengo para actuar, es decir: aun considerando lo que el derecho me exige y lo que son las razones para actuar desde el punto de vista jurídico, todavía puedo seguir preguntándome qué razones tengo para actuar en este caso. Lo anterior significa que las razones normativas para la acción no se agotan en el derecho y la moral siempre es un orden normativo posterior o con más fuerza normativa que el derecho.



3. Hart comprendió que la mejor manera de poder explicar el derecho estaba en una visión normativa y el significado del concepto de obligación era clave para esto. Nunca pudo desarrollar un concepto de obligación jurídica que lo dejara conforme y que fuera suficiente para responder a la visión antipositivista, pero también a la visión positivista rival de Raz, para quien el derecho se explica también en términos de razones para la acción.

VIII. Bibliografía.

DE PÁRAMO, Juan Ramón (1988) “Entrevista a HLA HART”, Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Nº 19, p. 437-458.

DELGADO, Serrana (2019). “El punto de vista en la Teoría del Derecho” en *Rev. Derecho* [online]. 2019, n.19, pp.143-155. ISSN 1510-3714.

GARDNER John. (2012). *Law as a leap of faith*. Oxford: Oxford University Press.

HART, H.L.A. (1961). *El Concepto de Derecho*, trad. Genaro Carrió (1963), Buenos Aires: Abeledo – Perrot.

HART, H.L.A. (1963). *Law, liberty and morality*. Standford: Standford University Press.

HART, H.L.A. (1982). *Essay on Bentham. Studies in jurisprudence and Political Theory*. Oxford: Clarendon Press.

HART, H.L.A. (1983). *Essay in Jurisprudence and Philosophy*. New York: Oxford University Press.

HART, H.L.A. (2020). *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*. Santiago de Chile: Ediciones Olejnik.

LACEY, Nicola. (2004). *A life of H.L.A. Hart. The nightmare and the noble dream*. New York: Oxford University Press.

RAZ, Joseph. (1991). *Razón práctica y normas*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

RAZ, Joseph. (2022). *The roots of normativity*. New York: Oxford University Press.

SHAPIRO, Scott. (2013). *Legalidad*. Madrid: Marcial Pons.