

TEORÍAS SOBRE LA TEORÍA DEL CONTENIDO MÍNIMO DEL DERECHO NATURAL

BENJAMÍN RIVAYA *

Entre las diversas tesis que ha defendido H.L.A. Hart, destaca por su carácter llamativo la que denomina *del contenido mínimo del Derecho Natural*. Por su carácter llamativo —digo—, pues no deja de serlo que quien se reconoce positivista pergeñe una teoría que titule *del Derecho Natural*, por mínimo que diga que éste sea. Sin embargo, curiosamente, la tesis referida no ha sido estudiada en profundidad, aunque también sea cierto que ha suscitado constantes y breves comentarios, y que las referencias que se le han hecho han sido muchas. Por cierto, ¿qué es lo que hace que una doctrina sea tenida muy en cuenta en sintéticas glosas y, a la vez, no se investigue con mayor extensión?

1. LA TEORÍA DEL CONTENIDO MÍNIMO DEL DERECHO NATURAL, DE H.L.A. HART

Que yo sepa, la primera vez que Hart planteó la *teoría del contenido mínimo del Derecho Natural* (en adelante, TCMDN), aun en forma seminal, fue en «*Positivism and the Separation of Law and Morals*», en 1958. Allí reconoció que ciertas normas jurídicas eran «necesarias», esto es, que ningún concreto Derecho podría prescindir de ellas. Claro que esto sería así siempre y cuando el mundo tal como lo conocemos, y los seres humanos que lo habitan, continúen teniendo las mismas

* Profesor Titular de Filosofía del Derecho. Universidad de Oviedo.

características que en el presente, pues pudiera ser que éstas cambiaran de tal forma que, entonces, aquellas normas necesarias a las que él se refería, dejaran de serlo. Así, si los hombres se volvieran invulnerables o pudieran prescindir de los alimentos, perderían su sentido ciertas normas que hoy día consideramos imprescindibles. Pero mientras la realidad siga siendo como es, habrá algunos preceptos que tanto para la moral como para el Derecho serán necesarios, pues es inevitable que se prohíba el homicidio, la violencia indiscriminada o el robo, por ejemplo. A esa necesidad no habría ningún problema en llamarla «natural», dijo. Ahora bien, para cerrar su argumentación había que referirse a una característica humana de especial importancia, al hecho de que los hombres tengan «el humilde propósito de sobrevivir en estrecha proximidad» con sus semejantes. Ese objetivo, unido a las circunstancias del mundo, exigía que todo orden jurídico contuviera las reglas apuntadas. La constatación de lo obvio, sin embargo, no hacía que surgiera una necesidad moral de obedecer las normas jurídicas, porque si bien era cierto que si el contenido referido no se respetaba el Derecho quedaría convertido en «una retahíla de tabúes sin sentido», bastaría con que la protección que significan las normas necesarias apuntadas se dispensara sólo a unos pocos. «Evidentemente —concluía—, las personas privadas de esos beneficios no tendrían otro motivo de obediencia que el miedo, y sí, en cambio, toda clase de razones morales para rebelarse» (1985, pp. 78-82).

La segunda vez que Hart se refirió a esta tesis lo hizo más ampliamente, y fue en *The Concept of Law*, en la sección que lleva por título «*The Minimum Content of Natural Law*», y que se incardina dentro del capítulo IX, «*Law and Morals*», por lo que parecía claro que Hart, con esa apelación al Derecho Natural, trataba de seguir indagando en la controvertida cuestión de las relaciones que median entre el Derecho y la moral. Al comienzo del capítulo reiteró el postulado de su doctrina: los criterios de validez de las normas jurídicas no han de incluir, ni tácita ni explícitamente, referencia alguna a la moral o a la justicia, aunque puedan hacerlo. Ahora bien, admitido el postulado positivista, según Hart las doctrinas iusnaturalistas se mantenían porque el punto de vista teleológico, propio de los antiguos, no había podido, y tal vez no debiera, ser desarraigado. Del hecho obvio de que los hombres inevitablemente tengan necesidades que satisfacer, seguimos que es bueno satisfacerlas; del hecho obvio de que, salvo excepciones, los hombres quieren vivir y, por tanto, consideren bueno seguir viviendo, resulta que

se considera bueno, como regla general, satisfacer las necesidades tendentes a ese fin. Esta perspectiva teleológica, además, tiene que ser puesta en conexión con la naturaleza práctica del Derecho y de la sociedad. Tal como lo expresó en *The Concept of Law*, aquél es un conjunto de «medidas sociales para la existencia continuada», y ésta, la sociedad, en negativa, no es un «club de suicidas». Por lo que se refiere a la concepción normativista del Derecho que Hart mantiene, resulta clara. En cuanto a la sencilla tesis acerca de la sociedad, que no es un *club de suicidas*¹, muestra que la convivencia humana no está dirigida a la destrucción, sino a la supervivencia, que los hombres constituyen sociedades para vivir en ellas. En este sentido, todo grupo social es, en alguna medida, una *comunidad moral*, lo que exige una «estructura de derechos y de obligaciones recíprocos», estructura que proscriba «por lo menos las formas más groseras de daños». Así, al plantear la cuestión de qué normas deben regir en una sociedad, hay que suponer —dice Hart— que los hombres que la componen pretenden vivir, de donde se deduce que «hay ciertas reglas de conducta que toda organización tiene que contener para ser viable». Son esas pautas culturales, pero determinadas naturalmente, y algunas características jurídicas que traen consigo, las que Hart considera que integran el contenido mínimo del Derecho Natural.

¹ Que yo sepa, no se ha reparado en que la expresión *club de suicidas* («*suicide club*») es la que da título a un conjunto de relatos de Robert Louis Stevenson, y a un cuento en particular, que es el que ahora viene al caso, y que probablemente orientó el sentido que Hart quiso dar a esa expresión. En él se nos cuentan las andanzas del príncipe Florizel de Bohemia, quien en una ocasión, encontrándose aburrido en Londres, decidió salir por la ciudad y, en un bar, se vio envuelto en una situación *absurda*. Conoció entonces a un joven que se vanagloriaba de haber cometido los más diversos *disparates* y *locuras*, y congenió con él. Entonces éste, tras relatar *descabelladas* historias, le explicó la última *barbaridad*, que detestaba la vida, pero que le faltaba la fuerza necesaria para abrazar la muerte y terminar de una vez, y que para las gentes como él se había constituido el club de los suicidas. Llevado por la curiosidad, el príncipe accedió a visitar su sede, con lo que pudo conocer un ambiente *realmente extraño*: en aquella casa no era de recibo juicio moral de tipo alguno y, sin embargo, el club tenía sus reglas. Cada noche, los allí reunidos participaban en un juego: todos los asistentes tomaban una carta de la baraja y quien tenía la «suerte» de haber escogido el as de espadas, sería muerto esa misma noche. Asimismo, quien tuviera el as de bastos debería ejecutar el crimen. Finalmente, el príncipe Florizel eligió su carta: el as de espadas.

1. Así, las primeras reglas que todo orden jurídico o moral ha de contener son las que limitan el uso de la violencia. El hecho de que se proscriba el homicidio posibilita, más que si no estuviera prohibido, que los seres humanos puedan seguir viviendo. Un Derecho o una moral que, como regla general, no protegiera la vida y la integridad física de los individuos, sería absurdo. Claro que Hart explica que esto ocurre porque los hombres son vulnerables, y advierte que si esa característica llegara a desaparecer, entonces ya no se necesitarían esas normas. 2. Los seres humanos, por lo demás, son *más o menos* iguales, en el sentido de que no hay ninguno que sea tan poderoso como para sojuzgar a los demás. Es esta igualdad aproximada la que hace que tanto el Derecho como la moral tengan que establecer un sistema de coordinación, un sistema en el que cada uno no pueda actuar a su antojo sino, como regla general, teniendo en cuenta a los demás. Es éste el motivo de que aparezca el instituto de la *obligación*, tanto moral como jurídica. También es la explicación, por cierto, de que las sociedades hayan pasado de tener una simple reglamentación moral a otra jurídica. 3. Moralmente, además, los hombres no son demonios pero tampoco ángeles. Este equilibrio, sin embargo, es inestable, pues resulta obvio que los actos egoístas pueden ser fatales para la vida en sociedad y, por tanto, necesariamente tienen que ser controlados, lo que refuerza la idea de que las agresiones han de ser restringidas y la cooperación impuesta. 4. También resulta algo trivial decir que los recursos son limitados, pero no por eso es menos cierto, y trae consigo que algún tipo de institución de la propiedad sea necesario, aunque eso no signifique que sea necesaria la propiedad privada, sino sólo algún tipo de propiedad. Por otra parte, que se produzca cierto número de bienes y, salvo en sociedades muy pequeñas, que el trabajo se halle dividido, trae consigo que se establezcan algunas reglas relativas a la distribución de bienes y su comercio. También es ésta la razón de que las promesas generen obligaciones. 5. Por último, resulta patente que el hecho de vivir en sociedad trae consigo que sea inevitable un mínimo de cooperación. En el mejor de los casos, tanto las reglas necesarias que hemos visto, como las particulares de un concreto Derecho, serán cumplidas gustosamente por muchos, pero también es cierto que puede haber individuos que, si no tuviera consecuencias, los vulnerarían. Incluso, tampoco hay que descartar que esa tentación la sienta, en algunos casos, una gran mayoría de personas. De nada valdrían las pautas impuestas si pudieran ser violadas impunemente. Por eso hacen falta sanciones, no para que

sean el motivo habitual de obediencia, lo que convertiría el sistema en indeseable, sino para que actúen «como una garantía de que aquellos que obedecen voluntariamente no serán sacrificados a quienes no lo hacen». Así las cosas, lo racional es que el grupo social enlace la voluntariedad con cierta amenaza, para así desarrollar una estructura de «cooperación *voluntaria*» en el marco de un «sistema *coercitivo*».

De esta forma Hart responde a la *teoría de la indeterminación* pues, en términos generales, no es cierto que el Derecho pueda tener cualquier contenido. Dada la existencia de ciertas necesidades naturales de los hombres y de las sociedades, se sigue que el Derecho tiene que servir a su satisfacción, lo que hará por medio de las normas al uso: prohibición del homicidio y las lesiones, protección de algún tipo de propiedad, establecimiento de un sistema de cooperación, etc. Lo que resulta curioso es que, según Hart, estos enunciados ni son definicionales ni tampoco enunciados de hechos, sino un nuevo tipo de enunciados «cuya verdad depende de que los seres humanos y el mundo en que viven conserven las características salientes que hoy tienen». Por lo demás, el reconocimiento que Hart hace de un Derecho Natural de contenido mínimo, a su juicio nada implica en orden a la revisión de su condición de positivista. En efecto, pues reconoce que aun teniendo que darse los requisitos que apuntó si el sistema quiere ser viable, éstos no bastan para hacer justo un Derecho. El orden jurídico que establece ciertas prohibiciones que podríamos llamar *naturales* o que crea determinadas instituciones, también *naturalmente exigidas*, tanto puede ser justo y respetuoso con las personas como a todas luces mezquino, incluso aberrante, puesto que también «es obvio que no es necesario que el Derecho y la moral aceptada en las sociedades extiendan estas protecciones y beneficios mínimos a todas las personas comprendidas por sus reglas, y también lo es que con frecuencia no ha habido tal extensión». En fin, en una sociedad esclavista se respeta el contenido mínimo del Derecho Natural e, incluso, bajo el régimen nazi también el Derecho alemán lo asumió. Entonces, la afirmación central de los defensores del Derecho Natural, que existe una conexión necesaria entre el Derecho y la moral, no se mantiene, aunque sí sea cierto que puede existir esa relación, dado que el Derecho es un producto cultural que, como otros, está sometido al influjo de la cultura de la que forma parte y, también, de la moral que en ella se integra. El «humilde contenido mínimo» que apunta Hart no exige que haya

una fuerte vinculación entre el Derecho y la moral y, por tanto, de él no se sigue la existencia de una obligación moral de obedecer el Derecho (1977, pp. 229-261).

Más adelante, en 1967, Hart volvió sobre la TCMDN en un trabajo titulado «*Problems of the Philosophy of Law*», y cuyo título expresaba bien lo que el autor pretendía, apuntar los temas con los que debía ocuparse cualquier filósofo del Derecho. Ya al final, dentro del capítulo que dedicaba al problema de la crítica del Derecho, otra vez se refirió a la necesidad que tiene todo Derecho de contener ciertas normas sustantivas, aunque antes ya había advertido que esa pretensión no era equiparable a la de las clásicas teorías del Derecho Natural, sobre todo porque muchas de ellas contenían postulados metafísicos «inaceptables para el pensamiento moderno», y porque solían introducir alguna referencia ilegítima a la moralidad en la definición del Derecho. Volvió a reconocer que la suya también era una teoría del Derecho Natural, pero advirtió que se trataba de una «versión empírica» y «modesta». Desde luego, no se refería a ningún *telos* superior y sublime, sino a «ciertas condiciones básicas de la vida social» pues, por lo demás, los propósitos de los hombres podrían ser absolutamente diversos e, incluso, contradictorios, lo que sin duda tendría su reflejo en los diversos Derechos. Era el aseguramiento de la vida social, por tanto, lo que explicaba que en todos los ordenamientos jurídicos se contuvieran normas que restringían el uso de la violencia, otras que protegían algún tipo de propiedad y otras más que aseguraban ciertos contratos. Evidentemente, sin ellas no sólo otras normas serían ineficaces, sino que la vida social misma se tornaría imposible. Si en alguna ocasión llegara a ocurrir que tales preceptos resultaran prescindibles, sería porque el mundo y el hombre, tal como los conocemos, habrían cambiado sustancialmente. En cualquier caso, volvió a insistir, de su TCMDN no se seguía que hubiera razones morales para obedecer cualquier Derecho. Las habría en el caso de que igual protección se dispensara a todos, pero esto no habría de ser necesariamente así (1985, pp. 111-114) ².

² En el caso de la TCMDN, Hart nunca pretendió que hubiera determinadas normas o valores absolutos. En una ocasión, sin embargo, en *Law, Liberty and Morality*, admitió expresamente que había valores universales (1963, p. 70). Efectivamente, en alguna medida la TCMDN se funda en la existencia de valores universales, pero al juicio de Hart eso nada ha de significar en orden al reconocimiento de otros absolutos.

2. ANTECEDENTES DE LA TEORÍA DEL CONTENIDO MÍNIMO DEL DERECHO NATURAL

Cuando Hart apuntó los pensadores que le habían inspirado a la hora de elaborar la TCMDN, dijo que habían sido Hobbes y Hume, con lo que la ascendencia de éstos quedaba fuera de toda duda. En el caso de Hobbes, si bien es verdad que su teoría del Derecho difiere de la de Hart en fundamentales aspectos, también lo es que el Derecho Natural que defendió gira en torno a un valor fundamental capaz de poner en marcha el entramado jurídico, el de la vida (1996, caps. XIV y XV), y por eso se puede decir que para ambos, para Hobbes y para Hart, de alguna manera, el núcleo de sus Derechos Naturales es el mismo (Shiner, 1980, p. 212). En cuanto a Hume, también el influjo resulta fácil de observar. Aunque se suele resaltar su emotivismo moral, además Hume predicó que había algunas normas necesarias; artificiales pero necesarias: la del reconocimiento de la propiedad, la de su transmisión por el consentimiento y la del cumplimiento de las promesas. ¿Por qué? Porque así lo demandan la paz y la seguridad de la sociedad humana, dijo (1992, pp. 652, 704 y 722). Entonces, en tanto que la TCMDN señala una serie de reglas indispensables, y en este sentido naturales, en Hume ya estaba apuntada esa doctrina, aunque fuera sucintamente.

Pero la TCMDN encuentra sus antecedentes en otras muchas doctrinas: sobre todo en las del *Derecho de gentes*, pero también en cualquier pensamiento iusnaturalista que no sea excesivamente idealista. No extraña, por ejemplo, que se le hayan buscado parecidos incluso con la clásica doctrina tomista, pero también se pueden ver similitudes con el nuevo Derecho Natural que apuntó Grocio y todos los que le sucedieron. Ahora bien, creo que sobre todo sería la orientación sociologista que inició Ihering con *Der Zweck im Recht*, la que marca el antecedente de la TCMDN. Al fin y al cabo, para Ihering el Derecho se nos presenta como un instrumento de satisfacción de necesidades sociales, esto es, que su meta es la de «asegurar las condiciones de vida de la sociedad», y así resulta —dice— que el asesinato y el robo, por ejemplo, son considerados crímenes en todas partes (1961, pp. 316, 324 y 332). No extraña que quienes en alguna medida pueden considerarse sus sucesores, Heck o Geny por ejemplo, defiendan ideas parecidas a las que se hallan en la TCMDN. Pero incluso una teoría de quien habitualmente se considera un radical formalista, Georg Jellinek, la del «mínimo ético», muestra un asombroso parecido con la de Hart.

Probablemente, sin embargo, al igual que el resto de la obra de Hart, también la TCMDN estuvo más influida por el desarrollo doctrinal del ámbito anglosajón que por el del continental. Por lo que ahora interesa, sin duda conocía en profundidad las ideas que sobre el Derecho había mantenido Oliver Wendell Holmes, quien aunque pareciera despreciar el sesgo metafísico de las doctrinas iusnaturalistas, venía a reconocer en ellas ciertas verdades que provendrían de las iguales necesidades que se encuentran en los seres humanos. En un pequeño artículo que publicó en 1918 en la *Harvard Law Review*, Holmes admitió que «ciertos acuerdos y algunos rudimentos de la institución familiar», que «alguna forma de asociación permanente entre los sexos», «algunas formas simples de propiedad individual», «algún modo de obligarse» para el futuro y, «sobre todo, algún tipo de protección personal», parecían ser necesarios en cualquier sociedad. Aunque afirmaba que no era algo imprescindible («un hecho arbitrario», decía), Holmes también creía cierto que «los hombres quieren vivir», y que sólo pueden hacerlo en ciertas condiciones. Por lo que a la vida social se refiere, creía que ésta exigía algunos requisitos inevitables, entre los que se hallaban ciertos deberes (1918, pp. 41-43). En forma rudimentaria, también Holmes pergeñaba una TCMDN y, en su patria, esa dirección tendría seguidores en la Jurisprudencia sociológica de Pound y en el realismo jurídico de Llewellyn. Por cierto, precisamente un colaborador de Llewellyn dedicado a la antropología jurídica, E. Adamson Hoebel, también había dejado apuntada una TCMDN. En su libro más conocido, *The Law of Primitive Man*, señaló cuáles eran las funciones del Derecho o, mejor, del Derecho primitivo: estabilizar las relaciones entre los miembros de la sociedad, regular el uso de la fuerza, solucionar conflictos y redefinir las relaciones entre los individuos y el grupo, de tal forma que el Derecho pudiera adaptarse a las nuevas realidades. Tales funciones traían consigo ciertos principios universales relativos al contenido del Derecho, aunque realmente sólo se refiriera al Derecho primitivo, por más que fueran pocos y muy generales: la prohibición del homicidio, la justificación de la legítima defensa y de la pena de muerte, el establecimiento de la inferioridad social de la mujer, con el consiguiente derecho del marido para castigar el adulterio cometido por la esposa, la propiedad privada de ciertos bienes. En opinión de Hoebel, tal contenido del Derecho, del que el mismo antropólogo ya dijo que resultaba «mínimo», era «exigido por la existencia social» (1964, pp. 285-287).

Por lo demás, otras corrientes iusfilosóficas de diverso signo, pero todas ellas contemporáneas, mostraban planteamientos que en alguna medida recordaban a los de la TCMDN de Hart. La neoescolástica católica, no era nuevo, afirmaba que un gran número de reglas pertenecían tanto al Derecho como a la moral: las prohibiciones de matar, de robar o de injuriar, por ejemplo. Pero subsistía la diferencia de objeto formal —decían los escolásticos—, de punto de vista, que correspondía a la perspectiva jurídica y a la moral (Truyol, 1950, p. 768). Ahora que cito a Truyol, es curioso que éste ya hubiera utilizado la expresión «*contenido mínimo*» al referirse al Derecho Natural del pensamiento católico (*ibid*, p. 781). Supongo que tampoco la expresión era nueva. Al fin y al cabo, de un clásico del iusnaturalismo católico del presente siglo, el jesuita Victor Cathrein, se dijo que había reducido el Derecho Natural a su mínima expresión. En las filas neokantianas también había ideas como las que se contenían en el Derecho Natural defendido por Hart, y posibles interpretaciones de éste. El representante más conocido de esa dirección, Rudolf Stammler, ya había dicho que la teoría general del Derecho tenía el cometido de relacionar las instituciones «comunes a los diferentes pueblos», como la propiedad, el matrimonio o la familia, a la vez que avanzaba una interpretación de ese contenido común: los que eran idénticos, o muy parecidos, eran los problemas a los que habría que dar solución, mientras que las respuestas a esos problemas eran siempre diferentes. (1930, pp. 14-15). También en los círculos neohegelianos circularon ideas similares a las que se vienen exponiendo. Se podía observar —decía Larenz— que el homicidio y el robo eran actos en todas partes punibles, como era común la obligación de los hijos de obedecer a los padres, y la de los padres de atender a los hijos, así como era universal la exclusión de la pena en caso de legítima defensa. ¿Significaba eso que tenía razón el iusnaturalismo? Según Larenz, en absoluto, pues se trataba de principios y normas tan generales que se tornaban inútiles y que, en todo caso, requerían de la concreción que sólo un particular orden jurídico podría establecer (1942, pp. 179-180). Por fin, por señalar otra corriente que presagiaba la TCMDN, la *teoría de la naturaleza de la cosa* mostraba su parecido con el iusnaturalismo de Hart. Helmut Coing, por ejemplo, repitió incansable que el posible contenido del Derecho no es infinito, sino que está sometido a las restricciones que impone la realidad: «Ningún Derecho puede hacer una regla de la violación del contrato, del dolo, del engaño, del robo, de la parcialidad y del desorden» (1959, p. 13).

En la dirección que se viene apuntando, la TCMDN constituyó la culminación de la minimización que sufrió el Derecho Natural a lo largo de todo el siglo XX, con lo que el uso del término *mínimo* en el rótulo elegido por Hart fue afortunado. Frente al auge del positivismo, la estrategia defensiva de los iusnaturalistas consistió en reducir el contenido del Derecho Natural, pero a la vez que se perdía contenido se ganaba en vaguedad y, según algunos, se debilitaba o incluso desaparecía su fuerza normativa. Curiosamente, la tendencia minimizadora tuvo tanto éxito que vino a ser un positivista quien le pusiera el broche final, con un Derecho Natural tan restringido que, incluso, según quien la formuló, quedaba desprovisto de las tesis nucleares iusnaturalistas, la de la relación necesaria entre el Derecho y la moral, y la de la obligatoriedad moral de obedecer el Derecho.

Pero además de que la TCMDN se insertara en el desarrollo doctrinal de la teoría del Derecho, también tuvo otros influjos. Por una parte de la filosofía moral contemporánea anglosajona, que ya había comenzado a rebelarse contra el relativismo moral más radical. Así, no es extraño el *parecido de familia* que se observa entre la TCMDN y otras que por aquellos años formularon Morris Ginsberg, Peter Winch, Stuart Hampshire o Peter F. Strawson. Por otra, de la antropología funcionalista, también anglosajona, la que se llamó *antropología social británica*, que halló a sus más destacados representantes en Bronislaw Malinowski y en Radcliffe-Brown. Entre las teorías del Derecho de éstos, que las tenían, había diferencias evidentes, y de hecho polemizaron sobre ellas, incluso agriamente. Pero lo que importa es que ambos se reconocían funcionalistas, y en la doctrina de cualquiera de ellos podría inspirarse la TCMDN. Si el Derecho era una parte de la cultura, Malinowski definió ésta como un medio para satisfacer necesidades (1984, pp. 59, 89 y 116), con lo que no es extraño que también defendiera un Derecho Natural de contenido mínimo y de corte biológico (Rivaya, 1998, pp. 50-53) ³. Mirados desde cierto punto de vista, todos

³ Hay un dato curioso que demuestra indirectamente el influjo que Malinowski ejerció sobre Hart cuando éste formuló la TCMDN. En *The Concept of Law*, Hart citó el clásico artículo de Piddington titulado «Malinowski's Theory of Needs» (1977, p. 306, n.), pero lo citó en referencia al tema de los puntos de vista interno y externo, cuando el trabajo de Piddington no se refería a esa cuestión sino que trataba, como el propio título dice, de la teoría malinowskiana de las necesidades, esto es, de una doctrina que si algo fundamenta o

los Derechos eran distintos, pero en perspectiva antropológica, y en términos generales, Malinowski creía poder afirmar que «las reglas sociales más elementales», entre las que se incluían algunas jurídicas, eran «idénticas en todas las sociedades» (1915, p. 577). Aun cuando no influyera directamente en Hart, en cuanto a Radcliffe-Brown, y frente al individualismo que habitualmente se predica de Malinowski, confirió un sesgo societario a su funcionalismo, y así entendió que la función de los elementos sociales, «como el castigo de un crimen o una ceremonia funeraria, es la parte que desempeña en la vida social como un todo y, por tanto, la contribución que hace al mantenimiento de la continuidad estructural» (1971, pp. 178-180), con lo que tampoco en este caso extraña que Radcliffe-Brown viniera a apuntar una teoría muy parecida a la TCMDN, afirmando que si el Derecho tiene por fin garantizar la vida social, habrá normas exigidas en cualquier sociedad para mantener su existencia. Curiosamente, aunque más de uno que de otro, detrás de ambos funcionalistas surgía Durkheim ⁴. En fin, el ius-

alumbra es la TCMDN, con lo que parece que si la cita apareció en un lugar equivocado se debió a una confusión del propio Hart.

⁴ ¿En qué medida la doctrina de Durkheim influyó en la TCMDN? Realmente, entre los pensamientos de Durkheim y Hart existe más de un paralelismo. Repárese, por ejemplo, en la definición de Durkheim de norma: «no es sólo una manera de obrar habitual; es, ante todo, *una manera de obrar obligatoria*, es decir, sustraída, en cierta medida, al libre arbitrio individual» (1982, p. 5). Y recuérdense las palabras de Hart, para quien la norma «significa que ciertos tipos de conducta humana no son ya optativos sino obligatorios, en *algún* sentido» (1977, p. 7). Pero hay más, y es que para el concepto hartiano, el Derecho es un típico producto de la división de trabajo. Como advirtió Durkheim, la división del trabajo no era un fenómeno que afectase sólo a la vida económica, sino también a la política, la administrativa y la judicial. En el ámbito jurídico, esa diversificación habría traído consigo el surgimiento de las diversas ramas del Derecho: familiar, contractual comercial, etc. (1982, pp. 48 y 143). Pues también Hart tendrá en cuanto la división del trabajo jurídico, pero en otro sentido. Cuando la sociedad se vuelve más compleja, las funciones sociales se especializan, y es entonces cuando surge el Derecho como fenómeno definido, cuando aparecen órganos encargados de crear Derecho, y otros competentes para reconocerlo y aplicarlo. Así, los órganos judiciales son tan importantes para la teoría jurídica hartiana como para la de Durkheim y la de Radcliffe-Brown. Por lo que respecta a la cuestión que ahora nos ocupa, la de la TCMDN, tanto en la obra del sociólogo francés como en la del antropólogo inglés ya está dibujada esta tesis. En la medida en que ambos admiten una perspectiva funcionalista, bastará con que reconozcan que ciertas necesidades existen en toda sociedad para concluir en una teoría como la del contenido mínimo del Derecho Natural. En cuanto a Radcliffe-Brown ya se apuntó lo

naturalismo hartiano bebía de distintas tradiciones intelectuales que, eso sí, desembocaban en un horizonte común, en alguna medida iusnaturalista, por más que se pretendiera ajeno a cualquier idealismo.

3. CRÍTICAS A LA TEORÍA DEL CONTENIDO MÍNIMO DEL DERECHO NATURAL

Aunque no hayan sido muy elaboradas ni expuestas extensamente, la TCMDN ha recibido múltiples censuras, aunque también importantes elogios. Si quisiéramos sistematizar las críticas que se lanzaron contra la TCMDN, podríamos reparar en el propio rótulo por el que optó Hart, pues resulta que algunas se fijan en su pretendido carácter iusnaturalista, es decir, en la corrección de la afirmación que asegura que se trata de una teoría del Derecho Natural, mientras que otras se centran en lo que de razonable tiene su contenido, que se adjetiva como mínimo. Por supuesto que de esta forma no podemos clasificar todos los juicios adversos, pero sí los más importantes, y así incluir los demás en el apartado de *otras críticas*.

3.1. CRÍTICAS CONTRA EL DERECHO NATURAL DE LA TEORÍA DEL CONTENIDO MÍNIMO DEL DERECHO NATURAL

Aunque también haya quien no la comparta, la condena más habitual que se hace recaer sobre la TCMDN dice que realmente no

que pensaba a este respecto. En cuanto a Durkheim también lo señaló: si «el instinto de conservación es una de nuestras tendencias fundamentales» —dijo—, y resulta necesario para la vida, «¿cómo no ver que, suponiendo que el hombre quiere vivir, una operación muy sencilla transforma inmediatamente las leyes que aquella establece en reglas imperativas de conducta?» (1984, p. 42). Si bien es verdad que repudió un método que se dedicara a poner en claro qué actos habían sido considerados criminales en toda sociedad, que serían poquísimos —dijo—, también lo es que vino a apuntar el homicidio y las lesiones como delitos necesarios, pues no cabría imaginar sociedad alguna que no los tipificara como delitos; al igual que reconoció que la institución de la propiedad era universal, aunque cambiara su forma de unos pueblos a otros (1982, pp. 84, 198 y 42). Que yo sepa, Hart sólo se ocupó con Durkheim para criticarlo, cuando comparó las ideas del francés acerca de la protección penal de la moral, con las de Lord Devlin (1985, pp. 252-259), pero pudiera ser que el padre de la sociología también influyera en la construcción de la TCMDN, aun sin saberlo su autor.

se trata de una teoría del Derecho Natural. ¿Fue verdaderamente apropiado que Hart utilizara la «etiqueta del Derecho Natural»? (Harris, 1984, p. 20). Por ejemplo Michael Martin asegura que no le conviene el título, que realmente sólo se trata de «una tesis sobre la necesidad de un contenido mínimo que debe asumir cualquier Derecho» (1987, p. 178). Shadia B. Drury también descarta su pretendido iusnaturalismo, pero por otro motivo, porque las distintas versiones del Derecho Natural no se dedican a «describir lo que el hombre desea», sino a «prescribir lo que debe desear», y la TCMDN no hace eso (1981, p. 539). Roger Cotterrell (1989, p. 145) y Sebastián Urbina (1996, p. 29) sencillamente afirman que no se trata de una teoría del Derecho Natural, al menos tal como ésta se entiende habitualmente. Baste con estos ejemplos: pudiera ser que el título que Hart escogió para designar su doctrina nos desoriente más que nos ayude a comprenderla. ¿No podría ser también que fuera una teoría explicativa de las teorías del Derecho Natural y, en este sentido, *metaiusnaturalista*? En cualquier caso, el procedimiento para dar solución al problema planteado es sencillo, requiere determinar qué tesis ha de contener una doctrina para serlo de Derecho Natural, y acto seguido dilucidar si esas tesis se contienen en la TCMDN.

Otra forma más precisa de acercarse al mismo problema es la de preguntarse si de las tesis contenidas en la TCMDN se sigue la afirmación de una relación necesaria entre el Derecho y la moral, pues según muchos éste es el núcleo doctrinal del iusnaturalismo. Sabemos que Hart lo niega, pero tampoco su opinión ha de constituir la última palabra sobre el particular, toda vez que puede ser sometida a crítica. De hecho, ésta es la tarea a la que se han entregado algunos autores, entre los que destacan quienes han realizado una lectura confesional, católica, de la doctrina. Para comprenderla, Albert Broderick, por ejemplo, ha puesto en relación la TCMDN, de Hart, con la de Tomás de Aquino. «Si Hart quiere llamar *hecho contingente* a la naturaleza humana —dice—, no por excéntrica su preferencia lo separa radicalmente de Tomás de Aquino». A su juicio, lo importante es que ni para uno ni para otro puede ser entendido el Derecho sin hacer referencia a las necesidades sociales (1964, pp. 157-159). En parecido sentido, se observa aún más claramente la dependencia en Cristóbal Orrego, que alumbra la TCMDN a la luz del decálogo. Según la lectura de Orrego, la proscripción del homicidio coincide con el quinto mandamiento («No matarás») y la institución de la propiedad con el séptimo («No robarás»), mientras que el estableci-

miento de un sistema de cooperación que use de la autoridad y la coacción —dice— reenvía al cuarto («Honrarás a tu padre y a tu madre») (¡!), y el de un sistema de elaboración de acuerdos nos lleva al octavo («No levantarás falso testimonio ni mentirás»). En cuanto al noveno y al décimo, quedan excluidos por su carácter («No deseas...»), y también el sexto («No fornicarás») y los tres primeros («Amarás a Dios», «No jurarás en nombre de Dios en vano» y «Santificarás las fiestas»), es decir —según Orrego—, «aquellas materias de justicia en las que Hart no cree —relacionadas con el matrimonio y el culto a Dios—, pero que de hecho especifican tipos de reglas presentes en todos los sistemas jurídicos reales» (1997, pp.173-175). Se trata de la primera reformulación completa que vemos de la TCMDN, y lo que viene a mantener es que el Derecho Natural de Hart se identifica nada menos que con los diez mandamientos. ¿No se trataría más bien, sin embargo, de la versión judeocristiana, y por lo tanto etnocéntrica, del contenido mínimo del Derecho Natural? En cualquier caso, lo que ahora nos importa es que existen lecturas de la TCMDN que creen ver en ella, mirada desde cierta perspectiva, otra teoría del Derecho Natural, con lo que estarían respondiendo a quienes aseguran que realmente no lo es ⁵.

Pero tomando como criterio el de las relaciones entre el Derecho y la moral, hay otras interpretaciones que me resultan más plausibles, aquellas que ven en la doctrina de Hart una relación de las condiciones de la vida moral, y en este sentido sería una doctrina «pre-moral», o de las condiciones de la vida social, y entonces sería «presocial». Premoral, en tanto que la TCMDN no traería consigo ningún contenido moral específico (Sherwin, 1986, p. 401), con lo que se plantearía el problema de las complejas relaciones entre la forma y el contenido; presocial, en tanto que sin tales condiciones cualquier vida social se tornaría imposible (NOTE, 1975, p. 590).

Otra manera de plantearse si de veras la TCMDN es una teoría del Derecho Natural, consiste en preguntarse qué afirma en orden al reconocimiento de alguna obligación moral de obedecer el Derecho.

⁵ En este sentido, la tesis de la separación y la TCMDN se hallarían en un «equilibrio precario», esto es, que en este punto el pensamiento de Hart parece inconsistente, pues por una parte afirma una teoría del Derecho Natural y, por otra, insiste en que no hay una relación necesaria entre el Derecho y la moral (RAMOS PASCUA, 1989, p. 162).

Al fin y al cabo, creo que lo que básicamente afirman las teorías ius-naturalistas es que decir Derecho es decir obligatorio. A este respecto, Hart vino a afirmar que si un Derecho carece de ese contenido necesario no hay razón bastante para obedecerlo, pero también que del simple hecho de que lo posea no se sigue que exista una razón suficiente para justificar la obediencia. En otros términos, que el dato de que un ordenamiento jurídico tenga ese contenido mínimo es condición necesaria, pero no suficiente, para que genere obligaciones; opinión que ha sido aceptada por otros autores, además del que formulara la teoría. Sin embargo también ha habido quien ha creído que la TCMDN consigue fundamentar «la obediencia voluntaria de los hombres al Derecho positivo» (Passerin, 1965, p. 127) y, sobre todo, quien le ha recordado a Hart que reconocer un Derecho Natural, por mínimo que sea, implica otorgar algún tipo de legitimidad, por mínima que sea, al Derecho (Pérez Luño, 1991, p. 390). Pero en este punto conviene recordar que a) sigue siendo dudoso que la TCMDN sea una verdadera teoría del Derecho Natural y b) que también es cierto que cuanto más se restringe el contenido del Derecho Natural más se minimiza su eficacia normativa, pudiendo llegar incluso a desaparecer.

3.2. CRÍTICAS CONTRA EL CONTENIDO (MÍNIMO) DE LA TEORÍA DEL CONTENIDO MÍNIMO DEL DERECHO NATURAL

Las críticas que apuntan contra el *contenido mínimo* de la TCMDN, comienzan por preguntarse si verdaderamente presenta algún contenido. Esta crítica fue bastante desarrollada en España. La formuló con precisión Gregorio Peces-Barba, para quien lo que Hart demuestra con su doctrina es la necesidad del Derecho, no la necesidad de cierto contenido. Más en concreto, Hart estaría explicando/justificando la exigencia del Derecho, así como la exigencia de que ciertas cuestiones sean reguladas jurídicamente: «los temas mínimos que debe abordar» el Derecho, no cómo debe hacerlo (1983, pp. 315-316). También aquí la crítica ha sido defendida por López Calera, quien por considerar demasiado generales las «verdades obvias» que Hart expone, entiende que no aportan «casi nada a la hora de explicar o, más bien, fundamentar el Derecho» (1992, p. 109). Afuera, la misma idea defendió Roger Cotterell, cuando acusó a la TCMDN de reducirse a un conjunto de obviedades que ponían

de manifiesto que ciertas áreas de la vida necesitaban ser reguladas, nada más (1989, p. 145). Si no estoy equivocado, se trata del mismo argumento que expresó Hobbes en el *De Cive*: «El hurto, el homicidio, el adulterio y cualquier injuria están prohibidos por la ley natural, pero es la ley civil, no la natural, la que debe determinar a qué se debe llamar hurto, a qué homicidio, a qué adulterio, a qué finalmente injuria en cada caso» (1993, p. 63).

Empero, si esa censura se refiere al carácter formal de la TCMDN, la crítica parece extraña, tanto como la anterior, que se preguntaba si realmente estamos ante una teoría del Derecho Natural, dado que el mismo rótulo con que se titula la doctrina, *del contenido mínimo del Derecho Natural*, incluye ya la palabra *contenido*, al igual que la expresión *Derecho Natural*, cuestiones de las que, al parecer, nada diría. Se trataría, curiosamente, de una teoría formalista, cuando precisamente lo que Hart viene a decir es que la TCMDN pone en evidencia a los formalistas que pretenden que el Derecho puede tener cualquier contenido (1977, p. 246). A mi juicio si bien es cierto que, como afirma Peces-Barba, Hart viene a demostrar la necesidad de la existencia del orden jurídico, entendido en un sentido amplio, no lo es que su teoría presente un *contenido hueco*, al menos que lo sea completamente. Se trata del clásico problema de las relaciones entre la forma y el contenido, cuya resolución puede formularse así: una forma puede ser el contenido de otra forma o, con otras palabras, el carácter formal o material de un concepto depende de con qué otro se lo compare. En fin, que decir que *el homicidio debe ser proscrito* no es una afirmación formal, por más que haya que establecer en qué ocasiones dar muerte a otro está prohibido y en qué otras está permitido.

Más acertada me parece la otra crítica que habitualmente se lanza contra el *contenido mínimo* de la TCMDN, que es demasiado mínimo (Urbina, 1996, p. 30), esto es, que no recoge todos los datos antropológicos necesarios para comprender cuál es el contenido necesario del Derecho. Dicho a las claras, que la TCMDN ha de maximizar su contenido. Si el contenido mínimo del Derecho Natural se eleva sobre las necesidades humanas universales, necesidades a las que todos los órdenes jurídicos han de dar inevitablemente una respuesta, sin que ésta pueda ser cualquiera, tal vez el autor debiera haber sido más cuidadoso a la hora de elaborar un listado de éstas. En efecto, como apuntó MacCormick, resulta sorprendente que no

se haya tenido en cuenta el sexo, y no sólo porque constituya un dato empírico el que los seres humanos son sexuados, sino porque en toda sociedad las prácticas sexuales están sometidas a algún tipo de restricción, sin que nunca llegue a ser tan grande como para compararla con la de «un régimen de castidad monástica». También ésta sería una verdad obvia («*truism*»), como las otras que apuntó Hart, y de la mayor importancia, pues no se trata sólo de una práctica divertida cuanto de la reproducción de la especie. «El caso es parecido al de la propiedad, que requiere alguna regulación, aunque no haya garantía de que la que actualmente existe en esta u otra sociedad sea la más adecuada» (1981, pp. 98-99). En este sentido, si bien ciertas lagunas en la TCMDN pueden suplirse gracias al carácter abierto de su formulación, la omisión del sexo, la reproducción de la especie y la crianza de la prole, parece un olvido inexplicable en el sistema iusnaturalista hartiano, que sólo puede obedecer a un descuido o a una defectuosa comprensión de ciertos datos antropológicos. Sin duda es tan cierto que las sociedades no son *clubs de suicidas* como que son, entre otras cosas, *clubs sexuales y reproductores* en los que, por tanto, resulta de fundamental importancia establecer algún tipo de normativa que regule las prácticas sexuales, la reproducción y el cuidado de los hijos.

Una última crítica que se refiere al contenido de la TCMDN entiende que está lastrado por un sesgo individualista que dificulta una correcta descripción de la naturaleza de la sociedad y del Derecho. De hecho, una de las censuras más conocidas que se vertió sobre la teoría, la de Fuller, se fijaba en este aspecto. A su juicio, la TCMDN se fundamentaba en dos tipos de razones: a) que la supervivencia es el primer fin del hombre, dado que si ésta no se consigue, ningún otro fin puede lograrse, y b) que la supervivencia es el fin fundamental de la actividad humana, incluso a costa de una espantosa miseria. Así como a Fuller le parecía aceptable el primer argumento, creía insatisfactorio el segundo. Primero porque no estaba claro que fuera cierto y, caso de que lo fuera, porque sería una verdad muy poco apropiada para la teoría moral. Si hubiera que buscar el núcleo de las pretensiones humanas —dirá Fuller— éste sería «el objetivo de mantener comunicación con nuestros semejantes» (1967, pp. 202-204). A primera vista, la respuesta de Fuller parecía misteriosa: ¿a qué se refería con esa comunicación humana? Realmente, las expresiones que utiliza Fuller sólo pueden interpretarse como referencias a la sociedad. «Descubre, mantén y preserva la integri-

dad de los conductos mediante los cuales los hombres se comunican entre sí lo que perciben, sienten y desean», significa tanto como prescribir la protección y mejora de la vida social, que sería el principio mínimo del Derecho Natural. En otros términos, que la supervivencia a la que sirve/debe servir el Derecho no sería la de los individuos, aunque también, sino la de las sociedades.

Tengo para mí que el pretendido individualismo de la TCMDN se debe a la insistencia que Hart mostró en *The Concept of Law* en el deseo que los hombres sienten de sobrevivir. Aunque tenga que ver con ese conjunto de deseos individuales, la supervivencia social, sin embargo, no se identifica con ellos, como la sociedad no se identifica con el conjunto de individuos que la forman. Creo que la crítica del individualismo de la TCMDN se asienta en un espejismo, la idea de que Hart desconocía la importancia de la realidad social, entendida como algo distinto de una simple suma de individuos. Realmente, cuando afirmó que ciertas normas eran necesarias, lo eran —dijo— para que la sociedad pudiera vivir, y lo repitió al referirse a las reglas que limitan el uso de la violencia, que eran las más importantes «para la vida social» (1977, p. y 240). El mismo Hart dejó zanjada la cuestión cuando se refirió por última vez a la TCMDN, y reconoció de forma expresa que si ciertas normas son necesarias, se debía a que aseguraban las condiciones básicas de la vida social (1985, p. 112).

3.3. OTRAS CRÍTICAS

Aunque no sean ajenas a las ideas manejadas hasta aquí para clasificar las críticas que hemos visto contra la TCMDN, hay dos censuras que quizás convenga exponer por separado. En primer lugar, la que se fija en el nuevo tipo de aserciones que Hart utilizó para formular su TCMDN. Según él, se trataba de enunciados que describen los rasgos humanos, que no serían ni definicionales ni tampoco factuales, sino un nuevo tipo de enunciados que dependerían «de que los seres humanos y el mundo en el que viven conserven las características salientes que hoy tienen» (1977, p. 247). El autor de la teoría no dice nada más al respecto, con lo que poco sabemos de esos terceros enunciados, salvo que sirven para describir aquello que es o ha sido de cierta manera pero que podría ser o haber sido de otra. La cuestión de la posibilidad de estas fórmulas se la planteó rigurosamente Mario A. Cattaneo. En primer lugar habría que determinar

qué era lo que Hart había tratado de conseguir de esa manera, con esos enunciados. Dos eran sus propósitos: evitar que el contenido mínimo del Derecho Natural se colara en «las definiciones de los conceptos jurídicos y morales», y evitar que se entendiera que ese contenido había de estar «necesariamente presente de hecho en el Derecho y en la moral positiva» de una sociedad. En realidad, los enunciados que empleaba Hart eran simplemente enunciados de hechos, como cualesquiera otros, porque cuando atribuimos un carácter a un objeto prescindimos de lo que pueda ocurrir en un futuro, simplemente constatamos ese carácter. En fin, que ni la nueva categoría se encontraba bien fundada ni era necesaria (1965, pp. 682-684). Realmente, que los rasgos que de los hombres y del mundo afirma la TCMDN puedan variar se me antoja complicado, y no porque no pueda ocurrir, sino porque no tenemos ningún motivo para suponer que eso vaya a suceder. Como dijo Rodríguez Paniagua refiriéndose a la supervivencia, «tenemos razones para asignarle un carácter general y constante» (1992, p. 331). Si efectivamente cambiaran esos caracteres, ¿seguiríamos hablando de seres humanos? (Blackstone, 1977, p. 1.388). Y además, seres que no desean vivir, que son invulnerables, cuyos recursos son ilimitados, etc. ¿necesitarían el Derecho? ¿Serían jurídicas, por ejemplo, las reglas de un *club de suicidas*? En ciertos momentos, Hart parece dejar a un lado la teoría del Derecho y, como Stevenson, el novelista, adentrarse en la literatura fantástica.

La otra crítica a la que conviene referirse en este apartado, también tiene especial importancia, y se refiere a la posibilidad de conceptualizar el Derecho en términos funcionales. Realmente, la TCMDN es de raigambre funcionalista, pues lo que Hart viene a apuntar es que tanto el Derecho como la moral cumplen ciertas funciones coincidentes, funciones tan importantes que en último término posibilitan la vida social, al menos cuando supera sus fases más simples. La cuestión que se plantea es ésta: ¿se puede definir el Derecho por esas funciones que lleva a cabo o, al contrario, ha de ser comprendido por algunos otros caracteres distintivos? En otros términos, ¿es el Derecho un concepto funcional, esto es, algo que se identifica por la función que cumple? Desde luego, el propio Hart pareció negarlo, cuando expresamente afirmó que los objetivos de los ordenamientos jurídicos pueden ser de lo más diverso. Así todo, también es cierto que la TCMDN es de carácter funcionalista, y que con ella Hart está reconociendo que el Derecho se caracteriza por tener «naturalmen-

te» encomendadas ciertas funciones, aunque sean muy genéricas y, además, coincidan en parte con las de la moral. A la hora de concebir el Derecho, sin embargo, pareció desentenderse de la perspectiva funcional, optando por otra de carácter estructural. Al fin y al cabo, en Hart el Derecho se caracteriza por ser una estructura de especial complejidad (normas primarias + normas secundarias), no por dedicarse a satisfacer estas o aquellas funciones. La TCMDN, sin embargo, venía a apuntar cuáles eran los propósitos del Derecho, o al menos algunos, los más relevantes. Tras reconocerlo, ¿por qué siguió Hart empeñándose en que eso no tenía importancia? Al igual que en otras ocasiones, Hart ofrecía una opinión especialmente autorizada pero, como era de esperar, en relación con la TCMDN, la pregunta por el carácter funcional del Derecho encontró respuestas diversas, y no todas daban la razón a Hart.

Tras analizar las críticas antifuncionalistas, Michael S. Moore afirmó que el Derecho parecía caracterizarse «por algo más que por tener una estructura», y que la Jurisprudencia funcionalista había descubierto que el Derecho y la moral mantenían algún tipo de relación, la que se derivaba de que el orden jurídico sirviera a cierto objetivo deseable (1994, p. 221). Randolph Mayes, tras asegurar que la TCMDN tenía especial valor, afirmó a renglón seguido que, en efecto, el Derecho coopera en el objetivo de la consecución de la supervivencia, al igual que participan en la consecución de ese logro otras prácticas sociales (la religión, la moral, la economía o las costumbres, por ejemplo). Sería en virtud de esa funcionalidad esencial por lo que podríamos definir el Derecho como una herramienta (*tool*), porque éste es «el tipo de cosa que caracterizaríamos por referencia a su función», aunque sepamos que a veces las herramientas se pueden dedicar a cometidos que no son los suyos propios, o también sepamos que a veces, por encontrarse en mal estado o utilizarse incorrectamente, no cumplen su misión como es debido. Lo que ahora importa es que también Mayes considera que lo que sea el Derecho no es ajeno a las funciones que cumple, que lo que indica la TCMDN también ha de formar parte del concepto de Derecho (1989, pp. 247-250). Otros autores, en cambio, entendieron que semejantes afirmaciones sólo servían para distorsionarlo.

Aunque se refiriera a la teoría de Fuller, Marshall Cohen hizo profesión de fe positivista y afirmó que del hecho de «identificar el propósito de una norma jurídica no se seguía que éste fuera bueno,

ni que la regla que sea no se pueda distinguir de lo que deba ser» (1965, pp. 645-646). Lo que le importaba era resaltar que para conseguir una concepción clara de lo que fuera el Derecho no se necesitaba conocer sus fines. Tal vez fuera necesario en el caso de definir lo que es un libro, un teléfono, una pluma o un animal doméstico, pero —según Cohen— no ocurriría lo mismo con el Derecho. Por una parte porque sus objetivos podrían ser diferentes, por otra porque los medios no están lógicamente vinculados a los fines. La cuestión de los fines del Derecho no sería una cuestión de moralidad, sino de competencia, de eficacia (1965, pp. 644, n. 648 y 651).

En parecidos términos se expresará años más tarde Leslie Green: «El Derecho es un concepto modal («*modal kind*»), no funcional («*functional kind*»), esto es, se distingue por los medios que utiliza, no por los fines que persigue. El valor moral del Derecho depende sobre todo de los fines que se traten de conseguir con sus medios, y aquéllos son contingentes». Por varias razones, Green se declara antifuncionalista, al menos si con una estrategia funcionalista se pretendía resolver la cuestión de las relaciones entre el Derecho y la moral: a) porque toda actividad o institución tiene su «interna moralidad», pero eso no significa que sea moralmente valiosa, b) porque cualquier actividad o institución puede definirse funcionalmente, pero eso no significa que consiga cumplir su función, y c) porque en el caso del Derecho, no hay forma de garantizar que cada concreto ordenamiento encarne un valor positivo (1996, pp. 1.709-1.711).

Así todo, no veo cómo puede negarse que, si se consiguen identificar cuáles son las necesidades que el Derecho satisface o trata de satisfacer, esto es, qué funciones cumple o tiene que cumplir, no veo cómo puede negarse —decía— que éstas deben referirse en el concepto de Derecho. ¿O acaso creía Hart que cualesquiera reglas que se sometieran a la estructura *normas primarias + normas secundarias* se convertirían en Derecho? ¿Acaso es Derecho un juego de niños que contenga reglas de uno y otro tipo? No se entiende que reconozca que no hay ningún principio que prohíba usar el término Derecho «para referirse a sistemas donde no existen sanciones centralmente organizadas» (1977, p. 246) y, en cambio, lo único que exija es que el sistema tenga una forma determinada. Tampoco hay otro principio que prohíba referirse al Derecho como un sistema dotado de moralidad, y de hecho ésta fue la concepción predominante históricamente. Al contrario, a primera vista parece que lo

único que se debe exigir a un ordenamiento para ser jurídico es que cumpla un papel, una función, muy importante para la vida social. Por mucho que lo negara, Hart sabía que el Derecho era un *instrumento para* («medidas sociales para la existencia continuada»), y que no podía prescindirse de esa obviedad para comprenderlo. ¿Cómo no iba a incluir *The Concept of Law* una sección dedicada a lo que llamó el contenido mínimo del Derecho Natural?

4. CONCLUSIÓN: UNA LECTURA POSIBLE DE LA TEORÍA DEL CONTENIDO MÍNIMO DEL DERECHO NATURAL

Hay una crítica que hubiera encajado en la sección de las que se vertieron contra el *Derecho Natural* de la TCMDN, y que no ha sido referida. Curiosamente, no se trata de uno de aquellos argumentos que negaban que estuviéramos ante una verdadera teoría del Derecho Natural, sino de un razonamiento que habitualmente se ha esgrimido contra toda teoría iusnaturalista, con lo que parecía reconocerse que la de Hart también lo era; me refiero al de la falacia naturalista. «En pocas palabras —dijo Sherwin—, puede ser exacto decir que la gente generalmente desapueba el homicidio, pero del hecho de que la gente generalmente crea que matar es malo no se sigue que necesariamente lo sea» (1986, p. 404) ⁶. Como se ha dicho tantas veces, del *es* no se sigue sin más ni más el *debe*. Directamente aplicado a la TCMDN, puede ser exacto decir que los distintos Derechos desaprobaban el homicidio, pero del hecho de que los órdenes jurídicos establezcan que matar es malo no se sigue que necesariamente lo sea. Así todo, hay quien no está de acuerdo con esta crítica, pues la TCMDN no implicaría normatividad de tipo alguno: se movería exclusivamente en la esfera de los hechos y, por tanto, ni

⁶ La formulación de SHERWIN, por cierto, parece excesivamente radical, y deja sin explicitar a qué tipo de teoría moral se adhiere; desde luego, a ninguna consensualista. Por supuesto, del hecho de que todos los hombres desaprobaban una acción, no se sigue que ésta sea mala, sino de las razones en virtud de las cuales la desaprobaban. Cuando todas las grandes culturas reconocen algunas *máximas elementales de humanidad* («*non-negotiable standars*») (no matar, no mentir, no robar, no cometer actos deshonestos, honrar a los padres y amar a los hijos), parece que negar cualquiera de ellas exige unas razones que probablemente serían incomprensibles para la inmensa mayoría de los hombres (KÜNG, 1994, pp. 65-66).

siquiera llegaría a incurrir en esa falacia (Drury, 1981, p. 540). Me parece que esta censura no es acertada y, si no estoy equivocado, tampoco la de la falacia naturalista. Por lo que se refiere a la que imputa un carácter meramente descriptivo a la TCMDN, es cierto que es una tesis descriptiva, pero no sólo. En efecto, Hart afirma que el objetivo básico de los hombres es el de la supervivencia, pero éste no es un dato fáctico cualquiera, pues parece que le otorga un carácter normativo: no se trata de que los hombres lo deseen y por eso se convierta en deseable, sino de que los hombres, con una unanimidad fuera de toda duda, lo consideren deseable y por eso se convierta en deseable. No se trata del simple hecho de que los hombres vivan y quieran seguir haciéndolo, sino de que afirmen que hay *razones* para vivir. Aparece así la tradicional y metafísica cuestión de *el sentido de la vida*⁷, cuestión que tiene una doble lectura, según que se entienda en su dimensión fáctica, como los *motivos* que hay para vivir, o en otra normativa, como las *razones* que se tienen para hacerlo. Hart no fue ciego al problema, y si bien es cierto que pareció optar por una lectura de hechos, y así el sentido de la vida era —vino a decir— aquello que «hace que valga la pena vivir» (1977, p. 224), también pareció tener en cuenta otra lectura normativa, cuando afirmó que «el fin propio de la actividad humana es la sobrevivencia» (*ibid*, p. 236), lo que en clave teleológica significa que se considera bueno vivir o, en otras palabras, que existen *razones* para vivir. Incluso en una ocasión habló Hart de «nuestro «deber» de conservarnos vivos o de desarrollar nuestras aptitudes naturales» (1962, p. 73). Como dijo Bayles, la TCMDN trataría con razones no con causas (1992, p. 119).

Pero la TCMDN tampoco infringe el límite lógico de la falacia naturalista, y ya es fácil saber por qué. De hecho, esta crítica se utilizó contra toda teoría del Derecho Natural, pero no siempre fue acertada. Si primero se describen hechos y después se pretenden seguir de ellos normas, entonces estamos ante un vicio lógico y no hay más que hablar. Pero si se parte de una premisa valorativa, entonces la

⁷ La cuestión de *el sentido de la vida* tiene un carácter filosófico innegable, y aunque en ella se den cita multitud de aspectos, hay uno normativo que tiene especial importancia. Se expresó bien en la película de Monty Python, *The Meaning of Life* (Gran Bretaña, 1982): el sentido es lo opuesto del absurdo. No extraña que HART enfrentara lo que fuera una sociedad a un *club de suicidas*, pues mientras aquélla tiene sentido, éste carece de él, es absurdo.

condena yerra. Con palabras de Höffe: si «el elemento de deber ser ya está contenido —aunque desde luego oculto— en las premisas, el problema desaparece» (1988, p. 114). Esto es lo que ocurre con la TCMDN, pues la vida, ya lo vimos, no es un hecho más, sino un hecho cargado de valor, esto es, que vivir se juzga como moralmente deseable, bueno, y si a esto se unen ciertos datos fácticos, de ahí se sigue que ciertas reglas son (moralmente) necesarias, esto es, que deben existir. De la afirmación de que la vida es valiosa, deseable, no hay ningún problema en seguir con lógica que se debe proteger. Si en general los iusnaturalismos dicen que se deben imponer y seguir ciertas normas porque «sería autodestructivo dejar de hacerlo», no están simplemente explicando por qué hay ciertas reglas en muchos casos, aunque también, sino justificando por qué debe haberlas («argumento justificatorio»), porque ni la destrucción ni la autodestrucción son deseables (Buckle, 1991, p. 250).

Las referencias a *el sentido de la vida* que se han hecho antes recuerdan las disquisiciones existencialistas, pero éstas no interesan ahora. Realmente el iusnaturalismo hartiano se refiere, sobre todo, a *el sentido de la vida social*, esto es, al conjunto de razones justificatorias que hacen que una sociedad deba existir. Precisamente porque (se entiende que) una sociedad debe existir es por lo que deben establecerse ciertas normas que regulen su funcionamiento, y por lo que esas normas no pueden tener un contenido cualquiera, por más que los límites de éste puedan ser más o menos amplios, según la ocasión. Queda claro —creo— por medio del razonamiento de Hume, precisamente uno de los *precursores* de la TCMDN: «Si se me pregunta por la razón de la obediencia que hemos de prestar al gobierno, me apresuraré a contestar: *Porque de otro modo no podría subsistir la sociedad*; y esta respuesta es clara e inteligible para todos» (1987, p. 110). Lo que Hume viene a decir es que las normas se establecen por la necesidad que se siente de la sociedad. Pero por mucha necesidad que se sienta de ésta, de nada vale para fundamentar sus normas. Se podría decir de otra forma: en principio, las normas deben cumplirse porque si no fuera así la sociedad se destruiría. Entiéndase bien, el peligro no es que perezca *una forma de vida*, aunque también, sino *la vida misma*. Mas como Hume estableció con claridad, de lo que es no se puede pasar injustificadamente a lo que debe ser. Si las normas deben cumplirse porque si no la sociedad se destruiría, es que la sociedad debe subsistir, y es a ese deber al que denominamos *el sentido de la vida social*, sentido que se

encuentra en la base de la teoría iusnaturalista hartiana. Curiosamente, de esta forma la TCMDN arroja una luz sobre el fenómeno jurídico que permite observarlo con mayor claridad. Lo curioso es que la comprensión que esa doctrina posibilita del Derecho es distinta de la que Hart mismo propuso.

Como sabemos, para Hart el Derecho descansaba en la práctica de algunas personas u órganos especialmente relevantes o, si se quiere, en la norma de reconocimiento que éstos aplicaban para determinar lo que era o no Derecho. Preguntar por el fundamento de esa norma era una cuestión sin sentido, que carecía de respuesta, dijo. Sin embargo, de su TCMDN se puede concluir que el Derecho sirve a la supervivencia de la vida social, supervivencia que vale como causa final y también como *causa normativa* o, en otros términos, como razón explicativa y al mismo tiempo como razón justificativa del Derecho. La radical separación entre ser y deber impide observar con claridad el fenómeno jurídico, y eso es lo que muestra la TCMDN, a la vez que afirma una relación necesaria, aunque mínima, entre el Derecho y la moral: ambos órdenes parten de una norma que prescribe el cuidado y el mantenimiento de la vida social; norma, por cierto, que aunque sea «tácita», como Hart viene a asegurar (1977, p. 236), no es sólo presupuesta, ni mucho menos ficticia, por mucho que habitualmente no se exprese. Realmente, se trata de la norma constitutiva de cualquier sociedad: debe ser la sociedad, no su destrucción, y por eso el contenido del Derecho no es infinito, es decir, que el Derecho no puede permitir matar, robar o faltar a la palabra dada, al menos como regla general, pues esas normas estarían en contradicción con la otra regla vital que, aunque sea tácita, existe realmente. Estaríamos, por tanto, ante una verdadera teoría del Derecho Natural, por más que éste se diga mínimo.

Pero queda una última cuestión por plantear, la de lo que implica la TCMDN en orden al reconocimiento de una obligación moral de obedecer el Derecho. Si el iusnaturalismo hartiano es compatible con ordenamientos injustos, incluso repugnantes, nadie afirmará (¡con razón!) que de él se sigue obligatoriedad moral alguna. Pero ¿no aseguran los iusnaturalistas que decir Derecho es decir obligatorio? Entonces, habría que concluir, la TCMDN no sería una teoría del Derecho Natural. Pero hemos de volver a reparar en el término «mínimo»: de que ese Derecho Natural sea mínimo no ha de seguirse que la obligación que implica sea mínima (incluso inexistente,

como pretende el mismo Hart), sino *prima facie*. Es cierto que la pregunta por el deber de obediencia al Derecho tiene un carácter abstracto, mientras que la cuestión de la obligación siempre es concreta: ¿qué he de hacer aquí y ahora? Así todo, pudiera ser que la respuesta a aquel interrogante fuera capaz de orientar la acción *en cierta medida*, aunque no pueda dar una solución concluyente en cada caso concreto. Esto es, de la TCMDN no se puede seguir una obligatoriedad definitiva de obedecer el Derecho, pero sí una obligatoriedad *prima facie*. En tanto que protege y hace posible la vida social, el Derecho debe ser obedecido; en tanto que inevitablemente tiene que dispensar esa protección a través de una concreta *forma de vida*, sin que pueda ser de otra manera, y ésta puede ser lamentable, pueden existir razones de enorme peso para desobedecerlo. Eso sí, que no haya razones para la desobediencia significa entonces que las hay para el acatamiento. El juez al que se le pregunte que por qué debe aplicar y aplica las normas jurídicas, muy probablemente responderá que porque es su trabajo, esto es, porque debe hacerlo para, en último término, preservar la vida social⁸. La hartiana regla de reconocimiento, por tanto, no estaría infundada sino que tomaría su valor de otra norma, anterior y tácita, que el Derecho comparte con la moral⁹.

⁸ Randolph Mayes afirma tanto que el Derecho tiene un propósito como que se constituye por un punto de vista, con lo que el fin del Derecho, la supervivencia, requiere el punto de vista interno al que se refirió Hart para distinguir las normas de los hábitos. Hay «una conexión fundamental entre el contenido mínimo del Derecho Natural y el punto de vista interno: si la supervivencia es una función esencial del Derecho, entonces referirse a la supervivencia es referirse al aspecto interno del Derecho». Al igual que es el técnico quien ve en ciertos objetos las herramientas que le sirven para lograr sus fines, será el jurista quien vea en el Derecho un instrumento para el mantenimiento de la sociedad. Claro que puede haber excepciones, «pero lo que es radical y lógicamente ofensivo es un sistema legal en el que sus funcionarios no manifiesten ningún interés por el propósito de aquél». De esta forma, la perspectiva que nos permite ver reglas de conducta y no meros hábitos siempre tendría en cuenta la función de aquéllas (1989, pp. 245-252).

⁹ Por utilizar palabras de Delgado Pinto: «siendo insuficientes las razones prudenciales y cualesquiera motivos subjetivos, sólo una razón moral puede ofrecer una fundamentación coherente de la conducta de los jueces y autoridades al aceptar y usar la práctica común como una regla vinculante a la que pueden invocar para justificar dicha conducta. Esta es, en suma, la consecuencia a que lleva la doctrina de Hart si se desarrolla coherentemente» (1991, pp. 36-37).

5. BIBLIOGRAFÍA

- BAYLES, M. D., 1992. *Hart's Legal Philosophy. An Examination*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers.
- BLACKSTONE, W. T., 1977. «The Relationship of Law and Morality». *Georgia Law Review* 11: 1.359-1.391.
- BRODERICK, A., 1964. «The Radical Middle: Natural Right of Property in Aquinas and the Popes». *Solicitor Quarterly* 3: 127-159.
- BUCKLE, S., 1991. «Natural Law». En SINGER, P. (ed.), *A Companion to Ethics*, Oxford: Blackell: 161-174.
- CATTANEO, M. A., 1965. «Il diritto naturale nel pensiero de Herbert L.A. Hart». *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* XLII: 673-694.
- COHEN, M., 1965. «Law, Morality and Purpose». *Vilanova Law Review* 10: 640-654.
- COING, H., 1959. *El sentido del Derecho*. México: UNAM (1.^a ed. en alemán 1950).
- COTERRELL, R., 1989. *The Politics of Jurisprudence. A Critical Introduction to Legal Philosophy*. UK: Butterworths.
- DELGADO PINTO, J., 1991. «El deber jurídico y la obligación moral de obedecer al Derecho». En VARIOS, 1991: 15-40.
- DRURY, S. B., 1981. «H.L.A. Hart's Minimum Content Theory of Natural Law». *Political Theory* 4/9: 533-546.
- DURKHEIM, E., 1982. *La división del trabajo social*. Madrid: Akal (1.^a ed. en francés 1893).
- 1984. *Las reglas del método sociológico*. Madrid: Morata (1.^a ed. en francés 1895).
- FULLER, L.L., 1967. *La Moral en el Derecho*. México: Trillas (1.^a ed. en inglés 1964).
- GREEN, L., 1996. «The Concept of Law revisited». *Michigan Law Review* 6/94: 1.687-1.717.
- HARRIS, J.W., 1980. *Legal Philosophies*. London: Butterworths.
- HART, H.L.A., 1962. «¿Hay derechos naturales?» En *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, Buenos Aires: Depalma: 65-91 (1.^a ed. en inglés 1955).
- 1963. *Law, Liberty and Morality*. London: Oxford University Press.
- 1977. *El concepto de Derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot (1.^a ed. en inglés 1961)
- 1985. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Clarendon Press.
- HOBBS, T., 1993. *El ciudadano*. Madrid: CSIC y Debate (1.^a ed. 1642).
- 1996. *Leviathan*. Cambridge: Cambridge University Press (1.^a ed. 1651).
- HÖEBEL, E.A., 1964. *The Law of Primitive Man. A Study in Comparative Legal Dynamics*. Cambridge (USA): Harvard University Press (1.^a ed. 1954).
- HÖFFE, O., 1988. *Estudios sobre teoría del derecho y la justicia*. Barcelona: Alba.
- HOLMES, O.W., 1918. «Natural Law». *Harvard Law Review* 32: pp. 40-44.
- HUME, D., 1987. *Ensayos políticos*. Madrid: Tecnos (1.^a ed. 1742)
- 1992. *Tratado de la naturaleza humana*. Madrid: Tecnos (1.^a ed. 1739-40).
- IHERING, R. Von, 1961. *El fin en el Derecho*. México: Cajica (1.^a ed. en alemán 1877).

- KÜNG, H., 1994: *Proyecto de una Ética Mundial*. Barcelona: Planeta-Agostini (1.^a ed. en alemán 1990).
- LARENZ, K., 1942. *La filosofía contemporánea del Derecho y del Estado*. Madrid: Revista de Derecho Privado (1.^a ed. en alemán 1935).
- LÓPEZ CALERA, N.M., 1992. *Filosofía del Derecho*. Granada: Comares.
- MACCORMICK, N., 1981. *H.L.A. Hart*. London: Edward Arnold.
- MALINOWSKI, B., 1915. «The natives of Mailu: preliminary results of the Robert Mond research work in British New Guinea». *Transactions and Proceedings of the Royal Society of South Australia* 39: 494-706.
- 1984. *Una teoría científica de la cultura*. Madrid: Sarpe (1.^a ed. en inglés 1944).
- MARTIN, M., 1987. *The Legal Philosophy of H.L.A. Hart. A Critical Appraisal*. Philadelphia: Temple University Press.
- MAYES, G.R., 1989. «The Internal Aspect of Law: Rethinking Hart's Contribution to Legal Positivism». *Social Theory and Practice* 15: pp. 231-255.
- MOORE, M. S., 1994. «Law as Functional Kind». En Robert GEORGE, R.P., (ed.), *Natural Law Theory. Contemporary Essays*. Oxford: Clarendon Press: 188-242.
- NOTE, 1975. «Hart, Austin and the Concept of Legal System: The Primacy of the Sanctions». *The Yale Law Journal* 84: pp. 584-607.
- ORREGO, C., 1997. *H.L.A. Hart, abogado del positivismo jurídico*. Pamplona: Eunsa.
- PASSERIN D'ENTREVES, A., 1965. «A Core of Good Sense. Reflections on Hart's Theory of Natural Law». *Philosophy Today* 9: 120-133.
- PECES-BARBA, G., 1983. *Introducción a la filosofía del Derecho*. Madrid: Debate.
- PÉREZ LUÑO, A.E., 1991. «¿Qué deber? Consideraciones sobre el deber de obediencia al Derecho, con especial referencia a las tesis de H.L.A. Hart». En VARIOS, 1991: 381-406.
- RADCLIFFE-BROWN, A.R., 1971. *Structure and Function in Primitive Society*. London: Cohen & West Ltd. (1.^a ed. 1952).
- RAMOS PASCUA, J.A., 1989. *La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H.L.A. Hart*. Madrid: Tecnos.
- RIVAYA, B., 1998. «Una teoría científica del Derecho. El pensamiento jurídico de Bronislaw Malinowski». *Sociologia del Diritto* XXV/1: 29-58.
- RODRÍGUEZ PANIAGUA, J.M., 1992. «Los fines del Derecho y el contenido mínimo del Derecho Natural». En VARIOS, *Funciones y fines del Derecho (Estudios en honor del profesor Mariano Hurtado Bautista)*. Murcia: Universidad de Murcia: 479-502.
- SHERWIN, R.K., 1986. «Opening Hart's Concept of Law». *Valparaiso University Law Review* 3/20 (pp. 385-411).
- SHINER, R.A., 1980. «Hart and Hobbes». *William and Mary Law Review* 22: 221-225.
- STAMMLER, R., 1930. *Tratado de filosofía del Derecho*. Madrid: Reus (1.^a ed. en alemán 1923).
- TRUYOL SERRA, A., 1950. «Derecho Natural». En *Nueva Enciclopedia Jurídica* I, Barcelona: F. Seix: 765-807.
- URBINA, S., 1996. *Reason, Democracy, Society: a Study on the Basis of Legal Thinking*. Dordrecht: Kluwer Academica Publishers.
- VARIOS, 1991. *Obligatoriedad y Derecho. XII Jornadas de filosofía jurídica y social*. Oviedo: Universidad de Oviedo.