

DERECHO Y MORAL

Cla•De•Ma/Derecho

Colección dirigida por

Ernesto Garzón Valdés y Jorge F. Malem Seña

En la actualidad, la filosofía del derecho ya no es un discurso hermético y reservado a los especialistas de cada una de sus parcelas. Además, las modernas herramientas de análisis no sólo abren nuevos accesos metodológicos a los juristas mismos, sino que inciden también en cuestiones que afectan las responsabilidades acerca de nuestra civilización, como son las transgresiones de los derechos humanos o la desproporción entre el crecimiento de la riqueza y su necesaria distribución. La colección pretende contribuir al debate que se está desarrollando en la Filosofía del derecho en el ámbito de la lengua castellana con la publicación de obras y recopilaciones de ensayos de autores internacionales cuyos planteamientos merecen una mayor difusión en nuestra área cultural. La intención es ofrecer un panorama lo más amplio posible y dar preferencia a propuestas abiertas a la discusión teórica más que presentar soluciones definitivas.

ROBERT MCKIM Y *La moral del nacionalismo*
JEFF MCMAMHAM (*compiladores*) Volumen I (*próxima aparición*)

ROBERT MCKIM Y *La moral del nacionalismo*
JEFF MCMAMHAM (*compiladores*) Volumen II (*próxima aparición*)

RAÚL CALVO SOLER *Uso de normas jurídicas*
y *toma de decisiones*

JORGE F. MALEM SEÑA *La corrupción*
Aspectos éticos, económicos,
políticos y jurídicos

TOM CAMPBELL *La Justicia*

PABLO E. NAVARRO *La relevancia del derecho*
Y MARÍA CRISTINA REDONDO *Ensayos de filosofía jurídica,*
(*compiladores*) *moral y política*

JOSEPH RAZ *La ética en el ámbito público*
THOMAS NAGEL *La última palabra*
ANDREI MARMOR *Interpretación y teoría*
del derecho

REX MARTIN *Un sistema de derechos*
DANIEL MENDONÇA *Las claves del derecho*
JORGE F. MALEM SEÑA *Globalización, comercio*
internacional y corrupción

AULIS AARNIO. *La normatividad del derecho*

ERNESTO GARZÓN VALDÉS
Y JYRKY UUSITALO (*compiladores*)

MICHAEL J. SANDEL *El liberalismo y los límites*
de la justicia

Ensayos sobre un debate
contemporáneo

Edición a cargo de

Rodolfo Vázquez

Con contribuciones de:

Robert Alexy, Eugenio Bulggin, Ernesto Garzón Valdés,
Norbert Hoerster, Francisco Laporta,
Neil MacCormick, Jorge Malen, Javier Muguerza,
Fernando Salmerón y Ulises Schmill

gedisa

Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral

Robert Alexy

¿Hay relaciones necesarias entre el derecho y la moral? La respuesta a esta cuestión tiene consecuencias de largo alcance. Estas se extienden casi desde la definición del concepto de sistema jurídico hasta la teoría de la argumentación. Es, al fin y al cabo, una cuestión de la manera como se entiende el derecho y de cómo la ciencia y la práctica jurídicas se ven a sí mismas. Esto explica por qué no se ha encontrado todavía una respuesta generalmente satisfactoria pese a los grandes esfuerzos que se han dedicado a encontrarla.

Mi tesis es que hay una relación conceptual necesaria entre el derecho y la moral que supone que el positivismo jurídico falla como teoría general. Para dilucidar y justificar esta tesis tenemos que revisar primero la tesis positivista de la separación y su contraparte, la tesis no positivista de la vinculación.

I. Las tesis de la separación y de la vinculación

Todas las teorías positivistas argumentan a favor de la tesis de la separación. Esta dice que el concepto de derecho ha de definirse de manera que no incluya, en absoluto, ningún elemento de la moral. Consecuentemente, para una teoría positivista sólo quedan dos elementos definitorios: el elemento de la decisión de la autoridad y el elemento de la efectividad

social.¹ La gran cantidad de modificaciones del positivismo jurídico (cfr. Ott 1976, pp. 33-98) resultan de las diferentes interpretaciones y evaluaciones de estos dos elementos de la definición (Dreier 1986a, p. 890).

En contraste con esto, todas las teorías no positivistas argumentan en favor de la tesis de la vinculación. La tesis de la vinculación tiene por objeto definir el concepto de derecho de manera que incluya elementos de la moral. Sin embargo, ningún no positivista serio excluye del concepto de derecho los elementos de la decisión de la autoridad y la efectividad social. La diferencia entre éstos y los positivistas se establece más bien por su tesis de que el derecho ha de definirse de una manera que, además de estos rasgos que se refieren a los hechos, incluya también elementos de la moral. Una vez más, son posibles interpretaciones y evaluaciones muy divergentes.

Las tesis de la separación y de la vinculación nos dicen cómo ha de ser definido el concepto de derecho. De esta manera, formulan el resultado de una argumentación sin mostrar los argumentos en los que se sostiene. Los argumentos que pueden aducirse en favor de ellas pueden dividirse en tres categorías: los analíticos, los empíricos y los normativos. Aquí me limitaré sólo a la consideración de los argumentos analíticos y normativos. Estos son los argumentos que se encuentran legítimamente en el centro de la discusión acerca del positivismo jurídico.²

El principal argumento analítico en favor de la tesis positivista de la separación es que no hay un nexo conceptualmente necesario entre el derecho y la moral o entre cómo es el derecho y cómo debe ser. Este argumento es frecuentemente catalogado como "la tesis de la separación". Nadie objetará esto, excepto por el peligro de confundir este argumento analítico con la tesis de que el concepto de derecho tiene que definirse independientemente del de moral.³ El hecho de que los dos no deben confundirse se vuelve obvio si se piensa que el no positivista puede conceder al positivista que no hay una conexión conceptualmente necesaria. El no positivista puede formular su tesis de que el concepto de derecho tiene que definirse con elementos de la moral por medio de argumentos no analíticos.

Tanto la tesis de la separación como la tesis de la vinculación se sostienen con un argumento normativo: cuando se señala que es necesaria la exclusión o la inclusión de elementos de la

moral en el derecho, se lo hace para alcanzar cierto objetivo o para cumplir una norma. Las conexiones o separaciones que se justifican de esta manera pueden llamarse "normativamente necesarias".⁴ Hay argumentos normativos enrevesados, por ejemplo si se argumenta en favor de la tesis de la separación señalando que ésta lleva a una claridad lingüística y conceptual que garantiza la seguridad jurídica. Lo mismo ocurre si se argumenta en favor de la tesis de la vinculación señalando que ésta facilita la mejor solución a los problemas de la injusticia en el derecho.⁵

Los debates recientes acerca del concepto de derecho han sugerido que el término "derecho" es tan ambiguo y vago que los argumentos acerca del positivismo jurídico no pueden establecerse por medio del análisis conceptual. Se dice que la esencia del argumento es "una estipulación normativa, una sugerencia para una definición" (Hoerster 1986, p. 2481; Hoerster 1987, pp. 187 ss.), que sólo puede justificarse por argumentos normativos. Debe enfatizarse que no es la "apertura" del concepto de derecho en todos sus aspectos lo que se afirma aquí, esto es, que de acuerdo con consideraciones normativas es posible precisar cualquier sentido de éste. La afirmación sólo se refiere a una apertura con respecto a la conexión entre moral y derecho. Esta es equivalente a la tesis de que la vinculación entre derecho y moral no es ni conceptualmente necesaria ni conceptualmente imposible.

El positivismo tiene buenas razones para transferir el problema a un nivel normativo. La tesis positivista de la separación dice que el concepto de derecho debe definirse de tal manera que excluya elementos morales, no sólo en algunas, sino en todas sus aplicaciones. La tesis de la separación en su versión universal sólo podría basarse en argumentos analíticos si la inclusión de la moral fuese conceptualmente imposible en todas sus aplicaciones. Este no es el caso, y se vuelve obvio cuando observamos situaciones en las que un enunciado como: "La norma N ha sido correctamente establecida y es socialmente efectiva, pero no es derecho porque viola los principios fundamentales" no contiene una contradicción, y la pregunta "¿La norma N ha sido creada correctamente y es socialmente efectiva, pero, es derecho?" no carece de sentido. Lo único que puede probarse con argumentos analíticos por sí solos es el hecho de que hay algunas aplicaciones del término "derecho"

en los que la moral no puede ser incluida por razones conceptuales. Sin embargo, esto no es lo que dice la tesis de la separación.

Un positivista que quiera defender la versión universal de la tesis de la separación con alguna posibilidad de éxito tiene que sostener dos pretensiones. Primero, tiene que negar cualquier relación conceptual necesaria entre el derecho y la moral en un nivel analítico; segundo, en el nivel normativo, tiene que sostener que hay mejores razones para una definición independiente de la moral que para una definición que la incluya. El no positivista, por otra parte, tendrá éxito defendiendo la tesis de la vinculación si puede refutar cualquiera de los dos tesis. Refutaría la primera tesis mostrando que existe alguna conexión conceptual necesaria entre el derecho y la moral, cualquiera que ésta sea. Tratar de hacer esto es especialmente atractivo por la importancia de los argumentos conceptuales. Por consiguiente, en adelante consideraremos conexiones conceptualmente necesarias.

II. Un marco conceptual

La justificación de mi tesis de que hay una relación conceptual necesaria entre el derecho y la moral tendrá lugar dentro de un marco conceptual que consiste en cuatro distinciones.

1. Concepto y validez

La primera distinción es entre un concepto de derecho que incluye el concepto de validez y otro que no lo incluye (cfr. Kantorowicz 1958, pp. 16 ss.). Es fácil ver que esta distinción debe hacerse. Así, se puede decir sin caer en contradicción: "N es una norma jurídica, pero N no es válida —en este momento— todavía". Incluso es posible imaginar un sistema jurídico ideal y afirmar lo siguiente sin contradecirse: "Este sistema jurídico nunca será válido". Por otra parte, alguien que se refiere a una norma válida no tiene que referirse a la validez. Puede decir simplemente: "La ley lo exige". Así, es claro que tanto el concepto de derecho que incluye el de validez como el que no lo incluye son posibles.

Para discutir el positivismo jurídico es recomendable escoger un concepto de derecho que incluya el de validez. De esta manera puede evitarse una trivialización del problema. Lo anterior radicaría en definir el derecho como una clase de normas, por ejemplo una conducta externa sin referencia a la dimensión de validez (cfr. Dreier 1987, pp. 374 ss.), para decir entonces, que puede no haber una relación necesaria entre derecho y moral, porque podemos imaginar normas para una conducta externa con cualquier contenido posible. La inclusión de la validez en el concepto de derecho significa la inclusión del contexto institucional de promulgación, aplicación y coacción del derecho. Este contexto puede ser importante para la cuestión de la conexión conceptual necesaria.

2. Norma y procedimiento

La segunda distinción es entre el sistema jurídico como un sistema normativo y como sistema de procedimientos.⁶ Como sistema de procedimientos, el sistema jurídico es un sistema de acciones basadas en reglas y guiadas por ellas, mediante las cuales se crean, se justifican, se interpretan, se aplican y se coaccionan normas. En tanto que la tesis de la vinculación se refiere al sistema jurídico como sistema de normas, se refiere a los resultados o productos de algún proceso de creación. Se puede decir, consecuentemente, que la tesis de la vinculación, en esta versión, se refiere a las *externalidades* del sistema jurídico. Por otra parte, se envuelven aspectos *internos* si se propone que hay conexiones necesarias entre el sistema jurídico como procedimiento y la moral.

3. El observador y el participante

La tercera distinción es aquella entre la perspectiva del observador y la del participante. Esta dicotomía es ambigua (MacCormick 1978, pp. 275-92). Aquí se seguirá la siguiente interpretación: *la perspectiva del participante* la ocupa alguien que, dentro del sistema jurídico, toma parte en el debate acerca de lo que el sistema obliga, prohíbe y permite, y acerca de los poderes que éste confiere. El juez es el centro de la pers-

sariamente su carácter jurídico cuando sobrepasan ciertos límites de injusticia. Su argumento podría llamarse "el argumento de la injusticia" con referencia a Dreier (1980a, p. 890). Hay que enfatizar aquí que el argumento de la injusticia puede presentarse en formas muy variadas. En Dreier, éste se refiere a una conexión normativa necesaria que se justifica desde la perspectiva de un participante (Dreier 1986a, p. 894). Esta variación puede llamarse "interna" y "normativa". Lo único que habría que considerar aquí sería una conexión conceptual necesaria para ser juzgada desde el punto de vista de un observador. Así, aquí sólo se discutirá una versión del argumento de la injusticia que puede llamarse "externa" y "analítica".

La contraparte de la perspectiva caracterizada por los conceptos de norma, de observados y de definición, es la perspectiva caracterizada por los conceptos de procedimiento, de participante y de ideal. Quien quiera demostrar una conexión conceptual necesaria entre el derecho y la moral desde esta perspectiva puede tratar de mostrar que en los procesos de creación y aplicación del derecho los participantes tienen, necesariamente, una pretensión de corrección, la cual incluye una pretensión de corrección moral. Las razones de esta tesis se pueden englobar como "el argumento de la corrección". Aunque en ambos casos una relación conceptual necesaria está en cuestión, al argumento de la injusticia puede llamársele "fuerte", mientras que al argumento de la corrección puede llamársele "débil". Analizaremos primero la tesis fuerte.

III. El argumento de la injusticia

El argumento de la injusticia puede referirse a normas individuales de un sistema jurídico o al sistema jurídico en su totalidad.

1. Normas individuales

Posiblemente la versión más conocida del argumento de la injusticia referido a normas individuales es la que se origina en Gustav Radbruch. Su famosa fórmula es:

"El conflicto entre justicia y seguridad jurídica puede resolverse de forma que se dé prioridad al derecho positivo, asegurado por la promulgación y el poder, incluso si éste no es razonable y es injusto en sus contenidos, excepto en el caso en que la contradicción entre el derecho positivo y la justicia se vuelva tan intolerable que la condición de 'derecho incorrecto' tenga que hacer lugar a la justicia." (Radbruch 1946, p. 353)⁸

La discusión acerca de esta fórmula se ha llevado a cabo casi exclusivamente⁹ con argumentos normativos. Para Radbruch, la fórmula es el resultado de sopesar los valores de justicia y de seguridad jurídica (Radbruch 1946, pp. 352 s.), esto es, el resultado de una consideración normativa. Esta incorporación de elementos morales en el concepto de derecho era necesaria para apoyar a los juristas contra el reto de un Estado injusto (Radbruch 1946, pp. 354 s.). De acuerdo con Dreier, la fórmula de Radbruch es necesaria para remover las consecuencias jurídicas de un sistema injusto, incluso si el legislador permanece pasivo (Dreier 1986a, p. 891). Las críticas tampoco se sustentan en argumentos conceptuales. Hart menciona las ventajas de la claridad e integridad lingüístico-conceptual en favor de la tesis de la separación (Hart 1958, pp. 619 s.), y Hoerster pone en duda si una definición planteada por la filosofía del derecho puede incrementar la resistencia contra la injusticia jurídica (Hoerster 1987, pp. 187 s.).

El único punto de interés aquí es si la fórmula de Radbruch, desde el punto de vista del observador que mira al sistema jurídico como sistema de normas, expresa una conexión conceptualmente necesaria o conceptualmente imposible. Como ejemplo se puede examinar la decimoprimerá regulación al *Reichsbürgergesetz* que data del 25 de noviembre de 1941, por la que se revoca a los emigrantes judíos la ciudadanía alemana por razones raciales. Con referencia a la fórmula de Radbruch, la Corte Constitucional Federal ha considerado la regulación como nula desde su creación (BVerfGE 23, 98 (106)). ¿Cómo describiría un observador contemporáneo del sistema jurídico nacionalsocialista, por ejemplo, un jurista extranjero que quisiera escribir un artículo sobre el sistema alemán nazi para una revista de su país, el caso del judío expatriado A? Todos en su país podrían entender el enunciado:

- (1) Aes expatriado de acuerdo con el derecho alemán sin mayores explicaciones. Este no es el caso del enunciado:
(2) A no es expatriado de acuerdo con el derecho alemán.

Si no se añadiese más información al enunciado, daría información falsa o confundiría al lector. Esto muestra que en la combinación que examinamos aquí no es necesaria la incorporación de elementos morales. Además, hay que preguntarse si en esta combinación tal incorporación es conceptualmente imposible. Supongamos que el artículo de nuestro observador contiene el siguiente enunciado:

- (3) A no es expatriado de acuerdo con el derecho alemán a pesar de que todos los tribunales alemanes y la administración lo tratan como expatriado e invocan, como fundamento, el texto de una norma que ha sido promulgada correctamente de acuerdo con los criterios de validez vigentes en el sistema jurídico efectivo en Alemania.

Se puede asumir que este enunciado, en la combinación descrita, contiene una contradicción. Pues es claro que hay un uso del término "derecho" en la perspectiva del observador de acuerdo con la cual la inclusión de elementos morales, como características definitorias en el concepto de derecho, no es sólo conceptualmente innecesaria sino conceptualmente imposible.

El hecho de que nuestro observador pudiese finalizar su artículo con la siguiente pregunta abierta:

- (4) A es expatriado correctamente de acuerdo con el criterio de validez en Alemania, y su expatriación es socialmente efectiva. Pero, ¿es esto derecho?

no es ningún argumento contra esta perspectiva. Con esta pregunta, la posición del observador ha sido abandonada. Y aun más, ahora queda muy poco claro si lo que está en cuestión es una conexión definitoria o calificativa. Así que la cuestión va más allá de la combinación que aquí se examina. Es por esto que hay que afirmar que la tesis de Radbruch para la combinación que se examina aquí, es decir, la tesis del observador que atiende a normas particulares y pregunta por una conexión definitoria, no está fundamentada por una conexión

conceptualmente necesaria entre el derecho y la moral. Debe notarse, sin embargo, que del hecho de que el positivismo esté en lo correcto, en lo que a las variaciones externa y analítica del argumento de la injusticia de normas individuales se refiere, nada se sigue en lo que respecta a la corrección de la variante interna y normativa.

2. Sistemas jurídicos

Lo que es correcto para una norma individual no lo es automáticamente para el sistema jurídico en su totalidad (cfr. Hart 1958, p. 621). La cuestión es, por lo tanto, si hay una relación conceptual necesaria entre el sistema jurídico en su totalidad y la moral. De nuevo, la pregunta puede plantearse desde el punto de vista de un observador que mira al derecho sólo como un sistema de normas y pregunta por una conexión definitoria.

Dos tipos de requerimientos morales pueden distinguirse en lo que podría ser una relación necesaria con el derecho: requerimientos formales y materiales. Un ejemplo de las teorías que proponen una conexión necesaria entre criterios morales formales y el sistema jurídico es la teoría de Fuller sobre la moral interna del derecho. Entre estos criterios Fuller incluye principios de legalidad como la generalidad del derecho, la promulgación y la prohibición de la aplicación retroactiva del derecho (Fuller, 1969, pp. 46 ss.). Por otra parte, la conexión entre criterios materiales y el sistema jurídico está en juego cuando Offried Höffe rechaza sistemas de normas que no satisfacen ciertos criterios de justicia, es decir, que no satisfacen su carácter jurídico (Höffe 1987, pp. 159, 170). El determina esos criterios fundamentales de justicia por medio del principio de ventaja distributiva, que incluye el principio de seguridad colectiva que exige, entre otras cosas, la prohibición de matar, así como la de robar a todos los miembros del sistema jurídico (Höffe 1987, pp. 169 ss.).

Al analizar tales conexiones hay que distinguir claramente entre conexiones fácticas y conexiones conceptuales. Un sistema jurídico que no contiene normas generales ni para proteger la libertad ni la propiedad de sus miembros, no tiene ninguna oportunidad de validez continua y, por lo tanto, de

existencia permanente en el mundo de las personas reales. Este es un hecho simple pero empíricamente importante; sin embargo, no lo examinaré más profundamente aquí. Más bien, la pregunta es si tal sistema puede incluirse dentro del concepto de sistema jurídico.

Hay dos tipos de órdenes sociales que no pueden ser sistemas jurídicos por razones conceptuales, sin importar si tienen, o no, validez continua: el orden sin sentido y el orden predatorio. Tenemos un orden *sin sentido* cuando un grupo de individuos se rige de una manera que no revela consistentemente la intención de quien o quienes establecen las reglas, ni permite una continua prosecución de los intereses de los súbditos. Imaginemos a algunas personas regidas por un grupo de forajidos armados. Los súbditos no tienen ningún derecho. Dentro del grupo armado se permite cualquier acción armada. Con excepción de esta permisón no hay ninguna otra regla general.¹¹ Los forajidos dan a los sujetos órdenes concretas parcialmente contradictorias, siempre cambiantes y parcialmente imposibles de satisfacer. Siempre que los súbditos obedecen lo hacen únicamente por miedo a la violencia. Este sistema no es un sistema jurídico por razones conceptuales.

Un orden sin sentido se convierte en *predatorio* cuando los forajidos se transforman en bandidos organizados. Esto presupone, al menos, la prohibición de la violencia y la jerarquización entre los bandidos. Supongamos que se establece un sistema de reglas para los súbditos con la intención de continuar la explotación de éstos. Para tomar un ejemplo extremo: una de las principales fuentes de ingreso de los bandidos es el asesinato regular de algún súbdito para vender sus órganos internos. Para mantener a las víctimas lo más sanas posible, prohíben a los súbditos fumar, beber o la existencia de cualquier tipo de violencia. Las reglas no establecen, sin embargo, ningún derecho respecto a los bandidos. El propósito de la explotación es conocido por todos. Los bandidos no tratan de encubrirlo de ningún modo. Se puede argumentar acerca de si el sistema válido entre los bandidos es un sistema jurídico, pero el sistema en su totalidad no lo es, sólo por razones conceptuales. Para justificar esto tenemos que atender ahora a un tercer orden.¹²

A largo plazo, el orden predatorio no sirve para sus intenciones. Por lo tanto, los bandidos luchan por la legitimación.

Se convierten en legisladores y, con ello, el sistema de bandidos se transforma en un *sistema de reglas*. Continúan explotando a los súbditos. Pero ahora llevan a cabo la explotación por medio de actividades guiadas por reglas. Afirmar que tal práctica es correcta porque sirve a algún propósito superior como, por ejemplo, el desarrollo del pueblo. Es posible matar y robar, en cualquier momento, a cualquier súbdito para alcanzar los propósitos de la explotación de los dirigentes. Sin embargo, los gobernantes son castigados si no matan o roban de acuerdo con cierta forma, por ejemplo, mediante la decisión de tres miembros del grupo dominante, y si sus actos no están públicamente justificados por el propósito de desarrollar al pueblo. La mayoría de los súbditos aceptan esta justificación y la mayoría de los gobernantes también creen en ella.

Con este paso se ha cruzado la línea. Sin duda, el sistema es muy injusto. Pero ya no es conceptualmente imposible llamarlo "sistema jurídico". Así, se puede preguntar cuál es la diferencia entre un sistema de reglas y un sistema de forajidos bandidos. La diferencia no es la introducción de ciertas reglas generales, porque éstas ya aparecen en el sistema de los bandidos. La diferencia tampoco puede ser el hecho de que el sistema de reglas otorgue cierta ventaja a todos mediante la protección de la vida, la libertad y la propiedad, pues robar y matar sigue siendo posible en cualquier momento. El punto decisivo es que una *pretensión de corrección* está enraizada en la práctica del sistema de reglas y ésta se sostiene contra cualquiera. La pretensión de corrección es un elemento necesario del concepto de derecho. La conexión entre derecho y moral se establece mediante ella. Ahora esto debe ser justificado. Si la justificación tiene éxito, entonces el positivismo fracasa en lo que se refiere a sistemas jurídicos, incluso en la combinación más favorable para ello, esto es, aquella compuesta por los conceptos de norma, observador y definición.

IV. El argumento de la corrección

En el último ejemplo, el sistema jurídico ya era algo más que un simple sistema de normas establecidas y efectivas. Ahora se adoptará una perspectiva completamente nueva que

se caracteriza por la pregunta de cuándo hay una conexión conceptual necesaria, al menos de carácter calificativo, entre el derecho y la moral, si se asume que el sistema jurídico también es un sistema de procedimientos y si es visto desde el punto de vista de un participante, por ejemplo, desde el punto de vista del juez.

Mi respuesta a esta pregunta se basa en dos teorías: la teoría de la pretensión y la teoría del discurso, con la tesis del caso especial. Se podría añadir una tercera teoría: la teoría del principio (cfr. Dreier 1986b, pp. 27 ss.). Sin embargo, esta teoría no se discutirá aquí. Estas teorías expresan distintos aspectos de la idea de corrección jurídica. Y la idea de la corrección nos lleva a una conexión conceptual necesaria entre el derecho y la moral.

1. La teoría de la pretensión

La teoría de la pretensión sostiene que las normas jurídicas individuales y las decisiones judiciales, así como el sistema jurídico en su totalidad, tienen necesariamente una pretensión de corrección. Los sistemas de normas que no tienen esa pretensión, implícita o explícitamente, no son sistemas jurídicos. Por el momento, la teoría de la corrección es de carácter definitorio. Los sistemas jurídicos que tienen esta pretensión, pero que no la satisfacen, son sistemas defectuosos. En este sentido la teoría de la pretensión es calificativa. La teoría de la pretensión juega un papel exclusivamente calificativo en el caso de las normas individuales y de las decisiones judiciales. Estas son jurídicamente defectuosas cuando no tienen, o no satisfacen, la pretensión de corrección.¹³

La teoría de la pretensión puede ser atacada por dos vías. En una se puede negar, primeramente, que esta pretensión esté conectada conceptualmente con el derecho o, por otra parte, afirmar que si bien la pretensión está conectada conceptualmente con el derecho, su contenido es trivial y que no incluye implicaciones morales.

Para refutar la primera objeción hay que echar mano de dos ejemplos. El primer ejemplo es el primer artículo de una nueva constitución del Estado X, en el cual una minoría domina a la mayoría. La minoría desea seguir disfrutando de las venta-

jas que resultan del dominio de la mayoría, pero al mismo tiempo desean ser honestos. Su asamblea constituyente acuerda el siguiente enunciado como artículo primero de la constitución:

(1) X es una república soberana, federal e injusta.

Este artículo constitucional es, en cierto modo, defectuoso.¹⁴ La pregunta es: ¿en qué consiste este defecto?

Se podría pensar que el defecto consiste exclusivamente en el hecho de que el artículo no sirve adecuadamente para su propósito. La minoría quiere mantener una situación injusta. Las posibilidades de éxito se debilitan si no existe, por lo menos, la pretensión de que es justa. Aquí, de hecho, tenemos un *defecto técnico*. Sin embargo, esto no explica la naturaleza defectuosa del artículo. Supongamos que el nuevo artículo suprime una monarquía para crear una república. Supongamos, además, que la mayoría dominada adoraba al antiguo monarca, por lo que la situación presente se pone igualmente en riesgo por la introducción de una república que por calificar a ésta de injusta. Si introducir la cláusula de la injusticia fuese solamente un defecto técnico, se cometería el mismo error introduciendo la cláusula de la república. Este no es el caso.

Por consiguiente, debe haber otra explicación de la deficiencia del artículo. Se podría suponer un *defecto moral*. Aquí tenemos una incorrección moral, pero podemos ver fácilmente que ésta no es una explicación completa. Supongamos que la injusticia consiste en negar algunos derechos a miembros de cierta raza. En lo que concierne al defecto moral, no habría ninguna diferencia si se removiese la cláusula de la injusticia y fuese remplazada por un segundo artículo que negase dichos derechos a los miembros de esa raza. Sin embargo, quedaría alguna diferencia en el carácter "defectuoso".

Una explicación de esto podría ser el hecho de que se ha violado una convención muy extendida, pero no necesaria, acerca de la manera como deben escribirse los textos constitucionales, esto es, que tenemos un *defecto convencional*. Indudablemente, una convención ampliamente aceptada ha sido violada. Pero, por sí misma, esta explicación tampoco es suficiente. La regla violada es más que una mera convención. Esto se vuelve obvio por el hecho de que no puede ser cambiada,

aun en condiciones cambiantes o por un cambio de preferencias. Esto se confirma porque un artículo como:

(2) X es un Estado justo

es redundante.

Así que sólo queda el *defecto conceptual*. Una pretensión de corrección se relaciona necesariamente con el acto de establecer una constitución y en este caso se trata, principalmente, de una pretensión de justicia. El autor de una constitución comete una contradicción performativa si en el contenido de su acto constituyente niega esta pretensión.¹⁵

En un segundo ejemplo un juez enuncia el siguiente veredicto:

(3) El acusado es —equivocadamente— sentenciado a cadena perpetua.

El enunciado necesita interpretación. El juez puede querer decir que el veredicto contradice al derecho positivo. Puede querer decir también que el veredicto corresponde al derecho positivo, pero que es injusto. Estas y otras interpretaciones nos llevan a numerosos problemas que no quiero tratar aquí. Sólo debe interesarnos la siguiente interpretación:

(4) El acusado es —equivocadamente, porque el derecho ha sido interpretado incorrectamente— sentenciado a cadena perpetua.

Si duda, el juez abandona su papel social y viola reglas del derecho positivo que, posiblemente en todos los sistemas, lo obligan a interpretar correctamente el derecho válido. Sin embargo, también violaría reglas sociales si pronunciase el veredicto sin haberse afeitado y vistiendo una toga sucia. El veredicto también violaría reglas del derecho positivo si la interpretación fuese incorrecta, aunque el juez creyera, y pretendiera, que es correcta. Y a la inversa: también se cometería una falta, si el juez supusiese que su interpretación era incorrecta y, anunciando este error, no violase el derecho positivo. Es obvio que lo que tenemos aquí es algo más que una irregularidad social o jurídica.¹⁶ El juez comete una contradicción performativa y, en este sentido, un error conceptual. Una decisión

judicial pretende siempre aplicar correctamente el derecho, sin importar qué tan relevante sea el caso. El contenido del veredicto contradice la pretensión hecha por el acto institucional de enunciar la sentencia.

Los dos ejemplos muestran que los participantes en un sistema jurídico, en los distintos niveles, tienen necesariamente una pretensión de corrección. Pero esto todavía no prueba que esta pretensión nos lleve a una relación conceptual necesaria entre el derecho y la moral. Para explicar esto, tenemos que examinar ahora la teoría del discurso junto con la tesis del caso especial.

2. La teoría del discurso

El punto de partida es, de nuevo, la pretensión de corrección. La pretensión de corrección implica la pretensión de justificabilidad. Ahora bien, se pueden concebir muchas maneras distintas de justificar las decisiones judiciales. El espectro va desde meras referencias a tradiciones o autoridades hasta la argumentación racional que considera todos los aspectos. El punto decisivo es que la pretensión de justificabilidad permite una perspectiva crítica. El hecho de que una decisión judicial no esté justificada del todo, o que esté justificada de acuerdo con estándares irracionales, o mal justificada, no la priva de su carácter de decisión judicial. En lo que a esto respecta, la pretensión de justificabilidad no tiene un carácter definitorio sino calificativo. Sin embargo, la pretensión de justificabilidad crea la posibilidad de presentar mejoras contraargumentos que pueden cambiar la práctica de la justificación para el futuro. En este sentido, la pretensión de justificabilidad que se presenta necesariamente, significa, por sí misma, la posibilidad de establecer niveles de justificación más altos como los desarrollados en los sistemas jurídicos modernos.

Cualquiera que justifique algo acepta, como mínimo, que la otra persona es un igual, al menos en un discurso en el que no ejerce coerción, o que no es apoyado por la coerción que ejercen otros. Además, pretende no sólo que es capaz de defender su tesis contra su adversario sino contra cualquiera. Estas pretensiones de igualdad y universalidad provienen de la base

de una ética procedimental que se construye sobre la idea de generalizabilidad. Esta es la ética discursiva (cfr. Habermas 1983, pp. 55 ss.; Alexy 1988, pp. 43 ss.; Alexy 1989, pp. 177 ss.). La conexión que la teoría del discurso crea entre los conceptos de corrección, de justificación y de generalizabilidad puede transportarse al derecho con la ayuda de la tesis de que el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general (cfr. Alexy 1989, pp. 212 ss.; Habermas 1981, pp. 62 s.; MacCormick 1978, pp. 272 ss.; Kriele 1979, p. 34.). Si esta tesis es verdadera, se podría establecer una relación necesaria entre derecho y moral directamente válida para los sistemas jurídicos modernos, y probablemente justificable para los sistemas jurídicos premodernos, dentro del marco de una teoría normativa de la evolución jurídica. Si—y esto es lo único que se puede decir aquí—es verdad la tesis de que la moral universalista que ha encontrado la expresión de los derechos básicos en el derecho y en los principios de la democracia, es la—o una—moral correcta, entonces se encontraría alguna conexión entre el derecho y la—o una—moral correcta.

Se han presentado varias objeciones a la tesis del caso especial (cfr., por ejemplo, Neumann 1986, pp. 84 ss.; Kaufmann 1986, pp. 436 s.; Tuori 1989). En lo que se refieren a la comprensión de los procedimientos jurídicos institucionalizados, no serán tomadas en cuenta aquí. En este momento sólo importa si la argumentación jurídica como tal, esto es, independientemente de los procedimientos institucionalizados que tienen lugar cuando se trata de decisiones obligatorias, es una argumentación que puede interpretarse como una contribución, concreta o posible, al discurso práctico.

El problema más importante proviene del hecho de que las decisiones judiciales no pretenden estar justificadas en un sentido absoluto, sino sólo dentro del marco de un sistema jurídico particular. Este es el caso sólo si pueden justificarse tras la consideración de la ley, de los precedentes o de la dogmática (Alexy 1989, pp. 214, 220, 289). Ulfried Neumann (1986, p. 90) afirma que estos límites constitutivos de la argumentación jurídica conducen a una diferencia cualitativa entre la argumentación jurídica y la argumentación práctica general. Afirma que la argumentación jurídica puede depender de una ley no razonable. Esta separación entre la racionalidad discursiva y la racionalidad jurídica es apresurada y pasa por alto dos

aspectos. El primero es que, tomando en cuenta el carácter abierto de los resultados de un proceso racional, se pueden dar razones para la institucionalización de procedimientos de decisión como la legislación parlamentaria, de tal modo que los límites del discurso jurídico no lo priven de su carácter de procedimiento racional (Alexy 1981, pp. 185 s.). El segundo aspecto, que es más importante aquí, es que la decisión jurídica que aplica correctamente una ley no razonable o injusta, no satisface en absoluto la pretensión de corrección que ésta plantea necesariamente en todos sus aspectos. Y como esta pretensión, en lo que respecta a las decisiones individuales, no es de carácter definitorio, esto significa que si la ley no razonable o injusta es válida, entonces la decisión es jurídicamente válida. También es posible que principios formales (cfr. Alexy 1985, p. 120) como el de seguridad jurídica y el de separación de poderes exijan sumisión a leyes injustas o no razonables. Aun así, a causa del carácter calificativo de la pretensión de corrección, la decisión sufre de un defecto jurídico. No es una decisión jurídicamente perfecta.

Así, mi argumento a favor de una conexión conceptual necesaria entre el derecho y la moral está cerrado. La base está formada por la pretensión de corrección. Esta sólo tiene carácter definitorio para el sistema jurídico en su conjunto, aparte de que su carácter calificativo se vuelve obvio si el sistema jurídico se ve como un sistema de procedimientos, desde el punto de vista de un participante. La explicación de esta pretensión dentro del marco de la teoría del discurso deja claro que el derecho tiene una dimensión ideal conceptualmente necesaria que conecta al derecho con una moral procedimental universalista.

Bibliografía

- Alexy, Robert. 1981. "Die Idee einer prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation." *Rechtstheorie*. Beiheft 2, pp. 177-188.
- . 1985. *Theorie der Grundrechte*. Nomos, Baden Baden.
- . 1988. "Problems of Discourse Theory", *Critica* N° 20, pp. 43-64.
- . 1989. *A Theory of Legal Argumentation*, trad. inglesa de R. Adler y N. MacCormick, Oxford, Oxford University Press (primera edición en alemán: 1978). Existe traducción en castellano de M. Atienza e I. Espejo,

- Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- San Agustín. *De civitate Dei contra Paganos*, 6 vols., Londres, Heinemann, 1957-1968.
- Austin, John L. 1962. *How to Do Things with Words*, Oxford, Oxford University Press (trad. castellana de Genaro Carrío: *Cómo hacer cosas con palabras*, Buenos Aires).
- . "The Meaning of a Word", en J. L. Austin, *Philosophical Papers*, Oxford, Oxford University Press, pp. 55-75.
- Dreier, Ralf. 1986a. "Der Begriff des Rechts", *Neue Juristische Wochenschrift* 39, pp. 890-896.
- . 1986b. *Rechtsbegriff und Rechtsidee*, Frankfurt del Meno, Metzner.
- . 1987. "Neues Naturrecht oder Rechtspositivismus?", *Rechtstheorie* 18, pp. 368-385.
- Fuller, Lon L. 1969, *The Morality of Law*, edición revisada, New Haven, Conn, Yale University Press.
- Habermas, Jürgen. 1981. *Theorie des kommunikativen Handelns*, vol. 1, Frankfurt del Meno, Suhrkamp.
- . 1983. "Diskursethik. Notizen zu einem Begründungsprogramm", en id., *Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln*, Frankfurt d. M., Suhrkamp, pp. 53-125.
- . 1987. "Wie ist Legitimität durch Legalität möglich?", *Kritische Juristz* 20, pp. 1-16.
- Hart, H. L. A. 1958. "Positivism and the Separation of Law and Morals", *Harvard Law Review* 71, pp. 593-629 (trad. castellana en Ronald Dworkin, comp., *Filosofía del Derecho*, México, FCE pp. 35-74).
- . 1961. *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press (trad. castellana de Genaro Carrío: *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot).
- Hoerster, Norbert. 1986. "Zur Verteidigung des Rechtspositivismus", *Neue Juristische Wochenschrift* 39.
- . 1987. "Die rechtsphilosophische Lehre von Rechtsbegriff". *Juristische Schulung* 27, pp. 181-188.
- Höffe, Otfried. 1987. *Politische Gerechtigkeit*, Frankfurt d. M., Suhrkamp.
- Kantorowicz, Hermann. 1958. *The Definition of Law*, compilado por A. H. Campbell, Cambridge, Cambridge University Press.
- Kaufmann, Arthur. 1986. "Über die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft". *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 72, pp. 425-442.
- Kelsen, Hans. 1960. *Reine Rechtslehre*, 2a. edición, Viena Deuticke, (trad. castellana de R. Vernengo: *Teoría pura del derecho*, México, UNAM).
- Kriele, Martin. 1979. *Recht und praktische Vernunft*, Göttinga, Vandenhoeck und Ruprecht.
- MacCormick, Neil. 1978. *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Oxford

University Press.

- . 1986. "Law, Morality and Positivism", en Neil MacCormick y Ora Weinberger, *An Institutional Theory of Law*, Dordrecht, Reidel, pp. 127-144.
- Neumann, Ulfried. 1986. *Juristische Argumentationslehre*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft.
- Ott, Walter. 1976. *Der Rechtspositivismus*, Berlin, Duncker und Humblot.
- . 1988. "Die Radbruch'sche Formel", *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* 107, pp. 335-357.
- Radbruch, Gustav. 1946. "Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht", en Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 7a. edición, Stuttgart, Koehler, pp. 347-357.
- . 1970. *Rechtsphilosophie*, 7a. edición, Stuttgart, Koehler.
- Tuori, Kaarlo. 1989. "Discourse Ethics and Legitimacy of Law", *Ratio Juris* 2, pp. 125-143.

Notas

¹ Los dos elementos de la definición se refieren a la dimensión de validez. Existe, desde luego, la posibilidad de definir el concepto de derecho excluyendo la dimensión de validez (cfr. II.1). Una teoría positivista que quiera hacer uso de esta posibilidad tenderá, por lo tanto, que determinar un elemento ajeno a la moral que no se refiera a la dimensión de validez. Sin embargo, esto no se perseguirá aquí.

² Los argumentos empíricos pueden ser tanto aquellos que se basan en la descripción de cierto uso del lenguaje o práctica como aquellos que se refieren a necesidades fácticas. Los argumentos de este tipo sólo pueden mostrar que la relación entre derecho y moral es necesaria para cierto uso del lenguaje o para cierta práctica, pero no que es necesaria en general. Para mostrar lo anterior, el uso del lenguaje o la práctica analizada tienen que ser señalados de alguna manera. Los argumentos del segundo tipo pueden basarse en tesis empíricas como la de que el sistema jurídico que no protege la vida, la libertad o la propiedad, no tendrá una validez duradera. La protección de la vida, la libertad y la propiedad es, sin embargo, también un requerimiento moral. Por lo tanto, se puede decir que satisfacer ciertos requerimientos es fácticamente necesario para que el derecho tenga una validez duradera y, consecuentemente, que esto es necesario para la existencia de un sistema jurídico cfr. Hart 1961, pp. 188 ss.). También en esta versión, el argumento empírico queda incompleto, en lo que se refiere al problema de la conexión conceptual necesaria entre el derecho y la moral. Para decir, a partir de la tesis de que satisfacer ciertos requerimientos morales mínimos es necesario para la validez permanente del sistema jurídico, que tales requerimientos tienen que incluirse en el concepto de derecho, se necesitan más premisas.

³ Una confusión puede encontrarse, por ejemplo, en Hoerster (1986, p. 2480).

⁴ Tiene que haber una distinción estricta entre necesidad normativa y necesidad conceptual. Decir que algo es normativamente necesario no significa otra cosa que decir que es obligatorio. La validez de una obligación puede ser negada sin caer en una contradicción, pero no la existencia de una necesidad conceptual. Por ello, queda claro que la necesidad normativa es una necesidad sólo en un sentido más amplio.

⁵ Para la comparación de argumentos normativos en favor y en contra del positivismo jurídico, cfr. Ott (1988, pp. 345-56).

⁶ Para el sistema jurídico como sistema de procedimientos, cfr. Alexy (1981, pp. 185 ss.). La distinción de Fuller entre "el esfuerzo deliberado que se dirige a la elaboración del derecho y el resultado que emerge" puede ser muy similar a la distinción entre norma y procedimiento que aquí se hace (cfr. Fuller 1969, p. 193).

⁷ Para poder combinar la distinción entre una conexión definitiva y una calificativa con el concepto de conexión conceptual necesaria, se tiene que eliminar el rasgo de necesidad conceptual insertado en la distinción por motivos de simplificación. Esta es una operación poco problemática.

⁸ Para la recepción de la fórmula por las cortes de la República Federal de Alemania, cfr. BVerfGE 3, 58 (119); 3, 225 (233); 6, 389 (414 ss.); 23, 98 (106); 54, 53 (67 ss.); BGHZ 3, 94 (107); 23, 175 (181); BGH 2, 173 (177); 2, 234 (238); 3, 357 (36 ss.).

⁹ Una excepción es la tesis de Radbruch: "Porque no se puede definir el derecho, el derecho positivo, de ninguna otra manera que como un orden o estatuto que está determinado en su propio sentido para servir a la justicia" (Radbruch 1946, p. 353). Es solamente en los últimos trabajos de Radbruch donde esta tesis trata de una conexión definitiva. Que antes tenía un carácter calificativo queda revelado en el hecho de que Radbruch argumenta en favor de esta tesis junto con la tesis de la separación (Radbruch 1970, pp. 123, 178 s.).

¹⁰ En este sentido, Kelsen se refiere a un "mínimo de seguridad colectiva" como "condición para una validez relativamente permanente" pero no como un elemento moral necesario del concepto de derecho (Kelsen 1960, pp. 49 s.).

¹¹ Kelsen no hablaría aquí siquiera de una "banda de asaltantes", ya que por la falta de una prohibición de la violencia entre los forajidos, no hay una comunidad y, por lo tanto, no hay ninguna "banda" (Kelsen 1960, p. 48).

¹² El sistema de los bandidos es un caso del argumento de la banda de ladrones de San Agustín para negar la cualidad jurídica. Cfr. *De civitate*, VI, 4: "Remota itaque iustitia quid sunt regna nisi magna latrocinia? Quia et latrocinia quid sunt nisi parva regna."

¹³ Si se tuviese que mostrar que carecen de carácter jurídico o de validez jurídica, esto se podría hacer mediante argumentos normativos. Este es el momento para emplear la versión de Dreier del argumento de la injusticia. Para la fuerza del argumento normativo sería importante que esté relacionado con algo defectuoso desde el principio, por razones conceptuales. Sin embargo, este punto no será desarrollado aquí.

¹⁴ Para un argumento similar, cfr. MacCormick (1986, p. 141).

¹⁵ En cierto modo, hay alguna analogía con el famoso ejemplo de Austin: "El gato está en el felpudo, pero no lo creo" (Austin 1970, pp. 63 s.).

¹⁶ En desacuerdo. Neumann (1986, pp. 88 ss.) se refiere al siguiente ejemplo: "En nombre del pueblo, el Sr. N es sentenciado a diez años de prisión, aunque no hay buenas razones para ello".