

Cla•De•Ma/Derecho

Colección dirigida por
Ernesto Garzón Valdés y Jorge F. Malem Sena

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.

DERECHO Y MORAL

*Ensayos sobre un debate
contemporáneo*

ROBERT MCKIM Y
JEFF MCMAHAM (*compiladores*)

Edición a cargo de

ROBERT MCKIM Y
JEFF MCMAHAM (*compiladores*)

Rodolfo Vázquez

RAÚL CALVO SOLER

*Uso de normas jurídicas
y toma de decisiones*

JORGE F. MALEM SEÑA

La corrupción

Aspectos éticos, económicos,
políticos y jurídicos

Con contribuciones de:

TOM CAMPBELL

La Justicia

PABLO E. NAVARRO
Y MARÍA CRISTINA REDONDO
(*compiladores*)

*La relevancia del derecho
Ensayos de filosofía jurídica,
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 ULTITALO (*compiladores*)

MICHAEL J. SANDEL

*El liberalismo y los límites
de la justicia*

RONALD DWORKIN

El imperio de la justicia

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

gedisa
editorial

Derecho y moral

Ernesto Garzón Valdés

No conozco ningún teórico o filósofo del derecho, cualquiera que sea su posición teórica, que no haya dedicado alguna parte de su obra al análisis de la relación entre derecho y moral. Ello no es sorprendente si se tiene en cuenta que el derecho y la moral constituyen los dos sistemas normativos más relevantes en el ámbito de la regulación de la vida social. Una exposición del problema de la relación entre derecho y moral no puede, pues, consistir en la presentación de todas y cada una de las versiones que a lo largo de la historia se han dado de esta problemática. Ello equivaldría a una fatigante y, a la vez, poco fecunda enumeración de autores y puntos de vista. Más interesante parece ser una consideración de las posibilidades básicas concebibles por lo que respecta a la relación entre derecho y moral. Estas son, por lo pronto, dos tradicionalmente conocidas como *I*) la tesis de la vinculación y *II*) la tesis de la separación. Es verdad que las dos admiten matizaciones que pueden llegar hasta a borrar la pretendida diferencia radical entre ambas; conviene, sin embargo, ver más de cerca estas dos tesis y los argumentos que suelen esgrimirse para su justificación, a fin de poder contar con un marco que facilite la comprensión de esta milenaria discusión. Pero, antes, una observación previa: la polémica entre ambas tesis no se refiere a la relación empírica entre derecho y moral; ningún partidario de la tesis de la separación niega que los sistemas jurídicos sean reflejo más o menos fiel de las convicciones morales de quienes detentan el poder en una sociedad determinada. La discusión se centra en la posibilidad o imposibilidad de establecer una relación conceptual entre derecho y moral.

I

Con respecto a la tesis de la vinculación, las versiones más significativas —con un grado decreciente de intensidad por lo que respecta a la relación entre derecho y moral— son las siguientes:

1. La equivalencia entre derecho y justicia

Partiendo de la afirmación de que la ley positiva es sólo una aplicación a las circunstancias de cada sociedad de una ley natural basada a su vez en la ley eterna, se infiere que, en la medida en que aquélla no derive de esta última, deja de ser ley. Agustín de Hipona (1947, I, V, 11, p. 263) expresó esta posición con la fórmula lapidaria: “no es ley’ la que no es justa”. Por consiguiente, no existiría obligación alguna de obedecerla.

Una versión similar se encuentra en Francisco Suárez. Como toda ley es “norma de bien obrar” (Suárez 1967, Libro II, cap. IV, 5) no puede haber conflicto entre normas morales y jurídicas. Si estas últimas contradicen aquéllas, dejan entonces de ser normas: “es contradictorio que se dé una ley y que no obligue de forma tal que desviarse de ella sea feo y moralmente malo” (Suárez, Libro III, cap. XXII, 2).

Siglos antes, Cicerón (*De legibus*, II. v. 11-13 en 1959, 385) había dicho:

“Es claro que en la misma definición del término ‘ley’ [jurídica, E. G. V] está implícita la idea y el principio de elegir lo que es justo y verdadero. [...] ¿Qué pasa con las muchas leyes pestilentes que las naciones ponen en vigencia? Ellas no merecen ser llamadas leyes más que las reglas de una banda de bandidos. [...] Por lo tanto, la ley es la distinción entre las cosas justas e injustas hecha de acuerdo con la primera y más antigua de las cosas, la Naturaleza; y en conformidad con la pauta de la Naturaleza están estructuradas aquellas leyes humanas que castigan lo malvado a la vez que defienden y protegen lo bueno.”

En época relativamente reciente, sobre todo en Alemania, la supuesta necesidad de tomar en cuenta los “dictados” de la naturaleza para la formulación de normas “auténticamente jurídicas” ha sido expuesta por los representantes de la llamada corriente iusfilosófica de la naturaleza de las cosas. Así, por ejemplo, según Herbert Schambeck (1964, 80) en la naturaleza no existe distinción entre ser, orden y valor y si el derecho no ha de ser una simple imposición del poder tiene que respetar la naturaleza de las cosas y extraer de ella las notas relevantes del orden justo (1964, 43 y 141). El respeto de la naturaleza de las cosas aseguraría no sólo la legitimidad del orden jurídico positivo sino también su eficacia (1964, 88).

2. La equivalencia entre ley injusta y ley corrupta (degenerada)

Esta es una versión más débil de la tesis anterior y fue expuesta por Tomás de Aquino:¹ una ley injusta sería una corrupción de la ley (*non lex sed legis corruptio*, *Summa Teológica* I-II q. 95 2 en 1954, 474). Las leyes injustas seguirían siendo leyes, aunque imperfectas. No son leyes *simpliciter*, en el sentido focal de la palabra, pero ello no significa que pierdan validez jurídica. La injusticia afectaría el deber moral de obediencia y podría hasta eliminarlo totalmente: “los súbditos no están obligados a obedecerla como no sea [...] a causa del disgusto o del peligro que hay que evitar” (q. 104, 1954, 431). Pero, su validez jurídica beneficiaría al gobernante injusto y, desde este punto de vista, conservaría una especie de bondad técnica:

“Si el propósito del legislador no concuerda con lo que es bueno sin más sino útil o amable para él o contradice la justicia divina, entonces la ley no hace a los hombres buenos sin más sino sólo en cierto sentido buenos, es decir, para los fines de tal gobierno. Pero, de esta manera, puede encontrarse lo bueno en aquello que es malo en sí: justamente como un buen ladrón es quien realiza su tarea consecuentemente.” (q. 92, 1954, 443)

3. La equivalencia entre “punto de vista interno” y “punto de vista moral”

Esta versión de la relación conceptual no recurre a fundaciones teológicas como en el caso de Agustín de Hipona o de Tomás de Aquino sino que la estrategia de su argumentación es la siguiente:

Se admite que la presencia de lo que H. L. A. Hart (1968, 127 ss.) ha llamado “punto de vista interno” es una condición necesaria para la existencia de un orden jurídico positivo. Este punto de vista tiene que ser distinguido, de acuerdo también con Hart, del “punto de vista externo”. Ambos se refieren a las razones que pueden tenerse para obedecer el derecho. En el caso del punto de vista externo, ellas son de tipo prudencial. Dado que las razones para obedecer el derecho sólo pueden ser prudenciales o morales, el punto de vista interno implicaría una adhesión a las normas del derecho por razones morales. El punto de vista interno podría ser traducido, pues, sin inconveniente semántico como punto de vista moral. Sin la presencia de este punto de vista moral de, por lo menos, los gobernantes, no sería posible decir que un sistema jurídico positivo existe. Dicho con otras palabras: todo enunciado de existencia de un sistema jurídico positivo presupondría la existencia de un punto de vista moral. Es decir, habría una relación necesaria entre moral y derecho. Esta posición ha sido defendida, entre otros, por Philip Soper (1989, 209) y Ernesto Garzón Valdés (1993a, 320 ss.).

4. La relevancia esencial de la pretensión normativa del derecho

Esta posición puede ser entendida como complementaria de la anterior. Sostiene que, si se quiere dar cuenta del funcionamiento de un sistema de derecho positivo, no es posible ignorar pretensiones normativas morales que van más allá de la mera positivación jurídica de una moral positiva ya que aspiran a ser correctas también desde la perspectiva de una moral crítica o ética.

Hace ya más de tres décadas, Theodor Viehweg (1960) sostuvo que ninguna sociedad puede mantener su cohesión si no

cuenta con una estructura jurídica que establezca dogmáticamente qué es lo que en ella se considera justo. Todo jurista práctico, tanto en su función interpretativa como legislativa, está sujeto a esta estructura dogmática, que es justamente la que posibilita la convivencia al permitir la coordinación de las acciones de los individuos que integran un colectivo cualquiera. La parte oficial del sistema jurídico es la que se encarga primordialmente de hacer valer la *intentio dogmatica* del derecho, cuya corrección moral no puede poner en tela de juicio.

Esta *intentio dogmatica* es lo que Garzón Valdés llama “pretensión de legitimidad”. Con la pretensión de legitimidad sucedería lo mismo que con la pretensión de verdad que suscita quien afirma creer en la verdad de una proposición descriptiva. Es obvio que quien cree en la verdad de *P* considera que *P* es verdadera. Desde el punto de vista de la persona que sustenta una creencia, creencia y verdad coinciden. Por ello, podía afirmar Ludwig Wittgenstein (1960, 500): “Si existiera un verbo con el significado ‘creer falsamente’, no tendría sentido la primera persona del indicativo [...] ‘creo ...’, y no así sería una contradicción”.

Con respecto a la pretensión de legitimidad por parte de las autoridades de un sistema jurídico, la observación de Wittgenstein podría ser parafraseada de la siguiente manera:

Es contradictorio afirmar:

“Creo en la legitimidad de mi sistema, pero es ilegítimo.”

o

“Creo que mi sistema es legítimo pero no pretendo que lo sea.”

o

“La regla de reconocimiento coincide con mis valoraciones primarias pero es incorrecta moralmente.”

Desde un enfoque algo diferente, Robert Alexy (1989, 177) se ha referido a la “pretensión de corrección” como un “elemento necesario del concepto de derecho. Ella establece la conexión entre derecho y moralidad”. Para ilustrarla, recurre al siguiente ejemplo: supongamos que en un Estado *X* una asamblea constituyente resuelve incluir en el artículo primero de la Constitución la siguiente frase: “*X* es una república soberana, federal e injusta”.

Sin duda, este artículo es manifestamente defectuoso. Pero el defecto no es técnico, moral o convencional sino conceptual:

“Con el acto de dictar una constitución está necesariamente conectada una pretensión de corrección, en este caso, una pretensión de justicia. El autor de una constitución comete una contradicción performativa si el contenido de su acto constitucional niega esta pretensión, mientras que la plantea con la ejecución de su acto.” (Alexy 1989, 179)²

También Joseph Raz (1994, 199) subraya la importancia de la pretensión de legitimidad:

“Argumentaré que, a pesar de que un sistema jurídico pueda carecer de autoridad legítima o a pesar de que su autoridad legítima pueda no ser tan amplia como pretende, todo sistema jurídico pretende tener autoridad legítima. Si la pretensión de autoridad es parte de la naturaleza del derecho, entonces sin que importe lo que además puede ser el derecho, tiene que ser capaz de poseer autoridad.”

5. El argumento de la razonabilidad práctica. Pretensión de razonabilidad

Si la institucionalización del derecho, se dice, es algo razonable dada nuestra condición humana —esbozada en lo que H. L. A. Hart (1968, 239 ss.) llama “contenido mínimo de derecho natural” o Peter Strawson (1974) nuestro “*make-up* psicológico”— esta exigencia de razonabilidad requiere que el concepto mismo de derecho incluya elementos de moralidad. Para decirlo con palabras de Neil MacCormick (1994, 120):

“La tesis de que hay algo así como razón práctica y que el derecho pertenece al ejercicio (por más defectuoso que sea) de la razonabilidad práctica tiene, por consiguiente, una importancia fundamental. Es la base de la pretensión de que hay una conexión necesaria entre derecho y moralidad: ambos están vinculados por ser modos de ejercicio de la razón práctica, y al mismo tiempo difieren por ser modos diferentes de ella, teniendo diferentes criterios de validez para las normas o reglas que aplican.”

Carlos S. Nino (1990) formuló lo que llamaba “teorema fundamental de la teoría general del derecho” según el cual entre las normas jurídicas y las morales existiría una “relación de identidad de caso”:

“[H]ay casos de normas morales que son normas jurídicas puesto que la clase de las normas jurídicas justificatorias es una especie de las clases morales; no todo principio o juicio moral es una norma jurídica, pero toda norma jurídica que tiene un rol de razón operativa en el razonamiento práctico es un juicio moral especial.” (1990, 322)

Como el propio Nino subrayaba, esta tesis era todavía más amplia que la sostenida por autores como Robert Alexy (1989, 205 ss.), quien afirma que el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general, o Joseph Raz con su propuesta de las normas jurídicas como razones operativas autónomas para justificar decisiones (cfr. Nino 1985, 143).

No muy diferente parece ser la posición de Laporta (1987, 29) cuando afirma que en el derecho “no sólo pueden darse relaciones lógico-normativas, sino que aparecen también relaciones justificatorias o instrumentales que pertenecen al mundo del razonamiento práctico y son posibles de aprehender en los lazos formales del razonamiento lógico-deductivo”.

6. El argumento de la interrelación entre seguridad y un mínimo de moralidad

Este argumento ha sido defendido, entre otros, por Otto Brunsin (1990, 129) y por Ernesto Garzón Valdés (1993b, 311 ss.). Sostiene que, cualquiera que sea la concepción moral que se sustente, hay un valor que todo sistema jurídico positivo tiene que respetar: el de la seguridad jurídica (entendida en el doble sentido de la convivencia pacífica y de la previsibilidad de las decisiones jurídicas). La historia presenta una enorme variedad de sistemas en los que el respeto de la equidad (o de la dignidad humana, si se prefiere) ha tenido una variada intensidad sin que por ello la seguridad haya sido afectada. Como es sabido, para no pocos autores las llamadas leyes raciales de

Nuremberg, al establecer claramente tipos penales, contribuyeron a aumentar la seguridad en el sentido de que fue entonces claramente previsible la nulidad de los matrimonios mixtos entre arios y judíos. Por ello, Hans Buchheim (1982), ha podido afirmar:

“Las leyes de Nuremberg fueron adecuadas para poner fin a la inseguridad jurídica que favorecía todo tipo de terror hasta entonces dominante en el ámbito de la discriminación de los judíos; crearon una normativa que prometía a las víctimas ciertas posibilidades de protección. Naturalmente el contenido material de las leyes raciales era injusto pero, a diferencia de lo que hasta entonces ocurría, era una injusticia calculable y la experiencia de la vida bajo una dominación totalitaria enseña que ella es más fácil de soportar que la pura arbitrariedad incalculable.”

En el caso de sistemas totalitarios, no habría, pues, conflicto alguno entre seguridad e injusticia. La cuestión es saber si existe algún sistema jurídico-político en el que la violación de toda justicia vuelve imposible también la seguridad en el doble significado de la palabra. Un sistema tal tendría que utilizar un procedimiento formal y materialmente arbitrario para la aplicación de sanciones, borrar toda diferencia entre los jurídicamente culpables y los inocentes y hasta manifestar una cierta tendencia a castigar justamente a aquellas personas que, también de acuerdo con las disposiciones proclamadas, son inocentes.

El régimen nazi incluyó en la categoría de los culpables a personas inocentes ya que impuso castigos a quienes no eran autores de acciones u omisiones sino que, por razones de raza o religión, fueron considerados destinatarios de la represión estatal. Estas disposiciones —sin duda expresión de barbarie— permitirían, con todo, identificar a los “culpables” y, en este sentido, garantizaban una cierta seguridad jurídica.

El paso decisivo hacia la eliminación de la más elemental seguridad jurídica se da cuando la clase de los culpables es abierta, es decir, el régimen no provee ningún criterio de demarcación. Es el caso del terrorismo de Estado, que puede ser entendido como:

“Una forma del ejercicio del poder estatal cuya regla de reconocimiento permite y/o impone, con miras a crear el temor generalizado, la aplicación clandestina, impredecible y difusa, también a personas manifestamente inocentes, de medidas coactivas prohibidas por el ordenamiento jurídico proclamado, obstaculiza o anula la actividad judicial y convierte al gobierno en agente activo de la lucha por el poder.” (Garzón Valdés 1993c, 854)

Las medidas propias del terrorismo de Estado suponen una regla de reconocimiento que contradice el núcleo mismo no sólo de toda posible justificación del Estado sino también de toda explicación de su génesis. Se reestablecen las condiciones de la situación preestatal con una intensidad aun mayor que la concebida por Hobbes: mientras que en el estado de naturaleza hobbesiano los hombres-lobos tenían una igualdad de fuerzas aproximada, en el caso del terrorismo de Estado, el gobierno mismo es un “lobo aullante”.

En esta situación, la violación extrema de todo atisbo de justicia vuelve imposible la seguridad, es decir, los valores de justicia y seguridad se entrelazan de modo tal que la existencia misma del Estado amenaza derrumbarse. No es casual que los regímenes de terrorismo de Estado tengan siempre una existencia declaradamente transitoria como paso a una forma de Estado supuestamente definitiva o como un medio para superar una “crisis” del sistema.

En este caso límite de violación de toda pretensión de razonabilidad ni siquiera podría hablarse de deber de obediencia por parte de los ciudadanos ya que lo que justamente no se sabe es qué debe obedecerse. Por ello, puede sostener Joseph Raz (1994, 205): “La legislación puede ser arbitraria [...] pero expresa, o al menos es presentada como expresando, el juicio del legislador acerca de lo que los súbditos deben hacer en situaciones a las cuales la legislación se aplica”. Lo mismo vale para los jueces: “Ellos pueden actuar arbitrariamente. Pero una decisión judicial expresa un juicio sobre las consecuencias jurídicas del comportamiento de los litigantes. Es presentado como un juicio sobre la forma en que las partes y los demás deben comportarse en las mismas circunstancias”.

II

Quienes sostienen la tesis de la separación han argumentado en contra de cada una de las tesis expuestas en *I*). Las objeciones centrales son las siguientes:

ad 1) Se trataría aquí o bien de argumentos no racionales, que convierten a la ciencia del derecho en una rama de la teología, o de razonamientos falaces que pretenden derivar conclusiones normativas a partir de enunciados descriptivos. En el primer caso sólo se ofrecen razones de fe, inaccesibles a quienes no la comparten; en el segundo, se comete una grave violación de reglas elementales de la lógica.³ La tesis 1) no cuenta tampoco con la adhesión de teóricos modernos del derecho natural de orientación católica (cfr. Finnis 1980).

ad 2) Esta tesis introduciría criterios de validez extraños al derecho: una norma jurídica, por más injusta que pueda ser, no deja por ello de ser válida. El hecho de que sus destinatarios la obedezcan por temor o por adhesión moral puede tener relevancia para la estabilidad del sistema jurídico en cuestión pero no para su calidad como orden coactivo positivo. La validez de las normas jurídicas no es una cuestión de grado como podría ser la de su eficacia. Una norma jurídica o es válida o no lo es. Sería un sinsentido decir que es más o menos válida. Además, introducir criterios de moralidad para determinar el supuesto grado de validez del derecho significaría desconocer la naturaleza misma de la moralidad:

“Puede decirse que la moralidad ‘trasciende’ la legalidad en el sentido de que censura las leyes y las decisiones de los tribunales de justicia. Por esta razón, la moralidad no puede nunca ser totalmente incorporada en el tipo de orden coactivo que constituyen las leyes del Estado. Para poder funcionar como una pauta mediante la cual es juzgada la corrección de la ley, los principios morales no pueden convertirse en derecho positivo. Si así fuera, ello sería el fin de la moralidad.” (von Wright 1985, 279)

Quienes compartan la posición defendida, entre otros, por Ralf Dreier (1981, 201 s.) podrían quizás aducir que en las constituciones modernas occidentales, con la introducción del

capítulo sobre derechos fundamentales, se ha producido una “moralización” tal en el derecho positivo que la moral ha perdido mucho de su tradicional carácter trascendente. Sin embargo, ello no significaría que la moral tenga que perder su razón de ser ya que *i)* las normas jurídicas no son las únicas que rigen el comportamiento humano y *ii)* la moralidad seguiría jugando un papel crítico por lo que respecta a la interpretación y aplicación de las normas morales positivizadas. Tendría por ello razón Elías Díaz (1987, 353) cuando afirma que “en modo alguno esa legalidad [la constitucional, E. G. V.] y esa justicia material inserta en ella pueden pretender identificarse [...] con lo que objetivamente puede calificarse de justo”.

ad 3) El punto de vista interno no tiene nada que ver con actitudes morales de la parte oficial del sistema. Uno de los autores que con mayor vehemencia ha sostenido últimamente la tesis de la separación desde una perspectiva hartiana es Rolf Sartorius (1987). Conviene, por ello, detenerse en la consideración de su argumento central: si la parte oficial simplemente hace cumplir las reglas válidas de acuerdo con la regla de reconocimiento y los ciudadanos en su mayor parte las obedecen “puede decirse que el sistema jurídico existe”; el aspecto volitivo de adhesión a las normas básicas del sistema no sería necesario:

“Consideremos un sistema jurídico en el que la parte oficial satisface la condición de conformidad y las condiciones de creencia acerca de las preferencias, los sentimientos y las creencias de los demás pero en el cual las creencias son de hecho falsas. Cada miembro de la parte oficial puede, en el fondo de su corazón, rechazar los valores que abraza el sistema y desear su derrumbamiento pero (creyendo equivocadamente que [por ejemplo] los otros miembros de la parte oficial son buenos nazis) continuar el ‘juego’ de imponer las reglas del sistema [...] básicamente por miedo.” (Sartorius 1987, 51 s.)

Este sería el caso de un país en el que toda la parte oficial tiene una percepción equivocada de las razones que motivan el comportamiento de sus integrantes y en donde todos ellos, además, rechazan internamente el sistema.

Una versión más suave de esta posición —que también sugiere Sartorius— es aquella en la que la parte oficial no padece los efectos de la creencia errónea sino que no tiene ninguna creencia acerca del valor de las reglas básicas del sistema: simplemente las cumple por hábito, tradición o aburrimiento. En este caso, no podría hablarse en absoluto de una adhesión a las reglas del sistema en sentido fuerte como es el que requiere la adhesión moral. Hart parece haber pensado en esta posibilidad cuando afirma (1958, 92 s.):

“[T]anto la obediencia general y el uso ulterior de la ley y las actitudes frente a ésta pueden ser motivados por temor, inercia, admiración de la tradición, o por cálculo a largo plazo de intereses egoístas, así como también por el reconocimiento de una obligación moral. [...] La cuestión acerca de qué es lo que motiva la práctica, aunque importante, es una cuestión independiente.”

En defensa de su posición, Sartorius invoca al propio Hart (1968, 250 s.):

“[Una] condición necesaria para la existencia de un poder coactivo es que algunos al menos tienen que cooperar en el sistema y aceptar sus reglas [...] pero no es [...] verdad que aquellos que aceptan el sistema voluntariamente tengan que concebirse a sí mismos como moralmente obligados a hacerlo [...] En realidad, su adhesión al sistema puede estar basada en muchos cálculos diferentes: cálculos de interés a largo plazo; falta de interés en los demás; y actitudes heredadas o tradicionales no reflexionadas; o el simple deseo de actuar como los demás. En verdad, no hay razón por la cual quienes aceptan la autoridad del sistema deberían no examinar su conciencia y decidir que, moralmente, no deberían aceptarla; sin embargo, por una variedad de razones, continúan haciéndolo.”

Quienes sustentan 3) podrían quizá responder que la cita es buena pero resulta difícil de conciliar con la siguiente afirmación, también de Hart (1968, 72):

“Lo que es necesario es que haya una actitud crítica reflexiva con respecto a ciertas pautas de comportamiento como un criterio común y que esto se manifieste en crítica (incluyendo la autocrítica), en pedidos de conformidad y en el reconocimiento de que tal crítica

ca y exigencias están justificadas, todo lo cual encuentra su expresión característica en la terminología normativa de ‘debe’, ‘tiene que’ y ‘debería’, ‘correcto’, ‘falso.’”

Si quienes adoptan el punto de vista interno asumen también una actitud crítica y autocrítica, no se ve muy bien cómo podría admitirse al mismo tiempo que las autoridades del sistema jurídico en cuestión, al menos las supremas, no adhieren moralmente a sus reglas. Por otra parte, si se toman en cuenta los costos que el cumplimiento de toda norma que establezca conductas coactivas implica, no se entiende cómo seres racionales puedan cumplirla por “aburrimiento”.

Sartorius (1987, 47) reconoce, por otra parte, que “Hart no intenta asociar el aspecto interno de la existencia de las normas con aquellos que las aceptan sintiéndose obligados a seguir las”. Pero, entonces, no se entiende el caso de los jueces nazis del ejemplo de Sartorius, ya que ellos sí se sienten obligados a obedecer las normas nazis por temor a la reacción de los otros jueces supuestamente nazis. Este tipo de razones son justamente las que corresponden al punto de vista externo (cfr. Hart 1968, 112).

ad 4) Según Eugenio Bulgin, los ejemplos de contradicción performativa presentados por Alexy no son tales. En efecto, los artículos de la supuesta Constitución son prescripciones y no descripciones. Si fueran descripciones podría predicarse su verdad o falsedad. En tanto prescripciones carecen simplemente de sentido porque

“no tiene sentido ordenar que una constitución o un Estado debe ser justo o injusto como no lo tiene ordenar que un país debe ser rico o los árboles verdes. Ciertamente algunas constituciones son justas, algunos países son ricos y los árboles [...] verdes, pero se trata de estados de cosas que no pueden ser prescriptos u ordenados.” (Bulgin 1993, 22)

En caso de que estos artículos no sean entendidos como prescripciones sino como declaraciones políticas, lo más que podría decirse es que el artículo que afirma la injusticia de la Constitución es expresión de una “falla política pero no conceptual” (1993, 23). En conclusión, el argumento de la preten-

sión de corrección careería de fundamentación y la tesis de la vinculación parecería “pender en el aire” (1993, 24).

Los partidarios de 4) podrían sostener que el argumento de Bulgin no es convincente porque equiparar la justicia de un orden constitucional con el color verde de las hojas de los árboles no parece ser un recurso muy apropiado para refutar la tesis de la pretensión de corrección. Como el propio Bulgin acepta, hay constituciones justas, al igual que árboles verdes, pero la justicia o injusticia de una constitución es el resultado de acciones humanas y no de procesos naturales como el verdor de las hojas de los árboles. Por lo tanto, puede ser contenido de una norma; así lo admite también Bulgin (1993, 22): “Naturalmente se puede [...] ordenar la creación de una constitución justa [...]; una tal ordenanza tendería [...] ciertamente sentido”.

Bulgin insistiría, sin embargo, en que, aun cuando se admitiera la posibilidad de una ordenanza tal, ella no podría nunca ser dirigida a los propios constituyentes. Ello es verdad y tampoco los partidarios de 4) lo niegan.

Quizá la polémica Bulgin-Alexy podría ser entendida como una discusión que se mueve en diferentes niveles: mientras Bulgin hace recaer el acento sobre los posibles destinatarios de la supuesta prescripción, lo que le interesa subrayar a Alexy es la perspectiva de quien enuncia la frase contenida en el “artículo primero”. Palabras como “justo” o “legítimo” pueden ser usadas —y comúnmente lo son— en el sentido que R. M. Hare (1967, 166) llama “adscriptivo”. Cuando el constituyente dice “esta Constitución es justa” realiza un acto de adhesión a la Constitución: “justa” es aquí sinónimo de “legítima”. Esta frase no es una frase meramente descriptiva. Parafraseando a Hare podría afirmarse que sería “inapropiado” sostener: “No, tu enunciado de que esta Constitución es justa es falso; la Constitución carece de las notas necesarias para ser justa”. La frase es más asimilable a una decisión valorativa que, cuando es pronunciada por el constituyente, puede ser interpretada como redundante, ya que se supone que el constituyente adhiere a su propia Constitución. Si se acepta que la palabra “justa” sería redundante en el art. 1 de la Constitución del ejemplo, podría admitirse sin mayor inconveniente que la expresión “injusta” introduce una contradicción que bien puede ser llamada “performativa” o “pragmática”.

Las adscripciones de justicia o injusticia tienen un carácter normativo. En la terminología de von Wright podrían ser llamadas “manifestaciones de asentimiento”:

“Prestar asentimiento a una norma no es afirmar una verdad; el disentimiento no es una negación (de una verdad). Asentir (dissentir) es más parecido a un acto de legislación o de dación de norma. [...] Al asentir o dissentir, un sujeto evidencia su actitud moral frente a una norma, su concepción de lo que es correcto y de lo que no lo es. Cuando se trata de asuntos jurídicos, lo que es correcto se dice que satisface un ideal de justicia. Las actitudes de asentimiento de las normas se reflejan también en la legislación y en la interpretación de la ley por parte de juristas y abogados. Desde el punto de vista del legislador es *conveniente* que los ciudadanos presten su asentimiento a las leyes.” (von Wright 1985, 278 s.)

Un legislador (constituyente o no) que dictara sistemáticamente normas con las que disiente y en cada acto legislativo expresara su disentimiento sería considerado, sin necesidad de recurrir a mayores conocimientos médicos, como alguien que bordea la demencia. Podría, por supuesto, alegarse que ello es grave pero no imposible: la historia registra innumerables casos de legisladores perversamente locos. Pero ésta no es la cuestión; lo importante es que si se admite la necesidad de un punto de vista interno por parte, al menos, de los gobernantes para la existencia de un sistema jurídico, éste no podría existir con legisladores pragmáticamente contradictorios.

Desde luego, la discusión de la posición 4) no concluye aquí. Manuel Atienza (1991) ha puesto seriamente en duda la relevancia de la pretensión de corrección y de la concepción discursiva de la racionalidad, sobre todo en el ámbito de las decisiones judiciales. Además, si el recurso a la pretensión de corrección es un argumento en favor de la relación conceptual entre derecho y moral, ello tendría consecuencias ideológicas no deseables. En efecto:

“Por un lado, en relación con el sistema jurídico en su conjunto, éste podría estar dotado de pretensión de corrección pero [...] ser considerablemente injusto. Y una norma o una decisión jurídica podría no satisfacer del todo la pretensión de corrección, sin dejar por ello de ser jurídica. Pero, entonces, ¿de qué vale decir que

existe una conexión conceptual necesaria entre el Derecho y la moral? ¿No suena a paradójico el que existiendo una conexión conceptualmente necesaria pueda, sin embargo, hablarse de Derecho injusto, de norma jurídica o de decisión jurídica injusta? (Aienza 1991, 233)

Los defensores de 4) aducirían que la tesis de la pretensión de corrección no tiene nada que ver con la afirmación de criterios seguros para determinar la validez “objetiva” de los juicios morales o para juzgar la corrección moral de estas pretensiones. Pero el observador externo que analiza el sistema jurídico en cuestión sólo podría explicar totalmente la validez de sus normas si recurre a las convicciones extrajurídicas (morales) de quienes las dictan y aplican. Y, desde luego, puede suceder aquí que el observador no acepte la concepción moral de las autoridades y funcionarios por considerar que ella viola principios éticos. Desde el punto de vista del observador externo, siempre es posible establecer una distinción entre legitimación y legitimidad, de la misma manera que es posible hacerlo con respecto a la creencia de verdad de un tercero. Es obvio que sus “proposiciones morales internas” pueden no coincidir con las de quienes aceptan e imponen el sistema objeto de su consideración. Pero de aquí no se sigue sin más que necesariamente deba negar el carácter de jurídico al sistema que considera. De la negación de la separación no se sigue que no pueda calificarse a un sistema jurídico existente como inmoral.

Dicho con otras palabras: las autoridades y funcionarios se contradirían a ellos mismos si sostuvieran que la ética no juega ningún papel en el concepto de validez de las normas frente a las que adoptan un punto de vista interno; a su vez, el observador tampoco podría dar cuenta de los prerequisites de la existencia de un sistema jurídico si negara su fundamento último en la moral positiva sustentada por la parte oficial del sistema, que para ella coincide con la ética. En cualquiera de los dos casos resultaría pues falsa la separación de derecho y moral a nivel conceptual.

ad 5) Francisco Laporta (1993) niega la existencia de una relación conceptual entre derecho y moral. Uno de sus argu-

mentos se dirige justamente en contra de la vinculación entre racionalidad y moralidad. Partiendo de una concepción del sistema jurídico o del “derecho como un todo” en tanto “la unión de reglas primarias y secundarias que organizan el uso de la fuerza con pretensión de monopolio”, sólo existiría una relación conceptual entre derecho y moral si de este estado de cosas o actividad “se pudiera siempre predicar una naturaleza moral, es decir, fueran siempre un estado de cosas o una actividad *moralmente buenos o moralmente correctos*” (1993, 94). Por ello, concluye Laporta (1993, 95),

“[...] hemos de tener buen cuidado de no identificar apresuradamente ‘racionalidad’ y ‘moralidad’. Regular el uso de la violencia privada es, seguramente, un artificio racionalizador de cara a la posibilidad misma de satisfacer ciertas preferencias, es decir, es un medio instrumentalmente adecuado para conseguir el objetivo de esa satisfacción. Pero esa *racionalización* de la vida no es lo mismo que su *moralización*. Las reglas de la violencia pueden ser inmorales e injustas sin que eso afecte en principio a su función racionalizadora.”

Los partidarios de la tesis de la vinculación responderían quizás a Laporta aduciendo lo siguiente:

i) Laporta tiene razón cuando afirma que la racionalidad instrumental no puede, sin más, ser equiparada a la moralidad. Esto es lo que ya sostenía Tomás de Aquino cuando se refería a la calidad técnica del ladrón profesional. Pero, si se toman en cuenta ciertas características de la vida humana en sociedad, habría que admitir un contenido mínimo de derecho natural que hay que tomar en cuenta si se acepta que la sociedad no es un club de suicidas. A este tipo de racionalidad se refería Hobbes cuando exponía las razones que justificaban la creación del Estado.

ii) Pero conviene distinguir entre razonabilidad y racionalidad práctica (Laporta parece utilizar ambas expresiones como sinónimas; cfr. 1993, 95). Quienes defienden 5) no niegan la existencia de regímenes injustos sino tan sólo afirman que el derecho es una forma de ejercicio de la razonabilidad práctica y que este ejercicio se realiza “de acuerdo con alguna concepción de la justicia”. Con palabras de MacCormick (1992, 120):

“Alguien que abiertamente sostuviera que gobierna sólo por la fuerza bruta y sin tener en cuenta ningún esquema valorativo racional no podría ser entendido como alguien que gobierna a través del derecho y mucho menos bajo éste.”

Además, en el plano del derecho, no basta la invocación de la racionalidad técnica para la justificación del orden jurídico positivo “como un todo” sino que es necesario recurrir a valores extrajurídicos, morales. Esta necesidad de justificación es un rasgo característico del ser humano:

“La necesidad de justificación o de racionalización es quizás una de las diferencias que existen entre el hombre y el animal. [...] Como el hombre es, en mayor o menor medida, un ser racional, intenta racionalmente, es decir, mediante una función de su entendimiento, justificar una conducta que el temor o el deseo determinan.” (Kelsen 1991, 30 s.)

Esta justificación ha de llevarse a cabo, sostendrían los partidarios de la tesis de la vinculación, recurriendo a criterios de razonabilidad.

ad 6) También Laporta (1993, 94 s.) sostiene que:

“Un estado de cosas al que se llame ‘paz’ simplemente porque las agresiones entre particulares y la violencia privada no están permitidas o no se producen empíricamente no es, necesariamente, un estado de cosas moralmente valioso. Cabe, desde luego, preguntarse si un tal estado de cosas no asegura al menos la supervivencia y, por lo tanto, es instrumentalmente conveniente respecto de esa supervivencia meramente física. Pero aun si esto fuera así, no es muy seguro que de ello se pudiera inferir su carácter moralmente valioso.”

Los defensores de 6) aducirían probablemente que los juicios de moralidad referidos a sistemas jurídicos como un todo admiten graduaciones y que tiene perfecto sentido decir que hay sistemas más morales o inmORAles que otros. Pero sostendrían que la negación de todo contenido de valor (también el de la seguridad hobbesiana) priva al sistema de todo sentido jurídico ya que no estaría en condiciones de regular la conducta humana. Se trataría aquí de una exigencia basada en lo que Peter Strawson (1974a, 30) llamaría una “interpretación

mínima de la moralidad” en el sentido de que representa “lo que literalmente podría ser llamado una especie de conveniencia pública: de importancia primaria como condición de todo lo que importa.”

III

Con esto no termina la discusión entre los partidarios de la tesis de la vinculación y quienes sostienen la tesis de la separación.

En efecto, aun cuando juristas como Bulygin, Kelsen o Laporta estuvieran dispuestos a aceptar la tesis de la vinculación, podría seguirse insistiendo en que el problema fundamental no reside en la aceptación o negación, por ejemplo, de pretensiones de legitimidad o corrección, sino que lo decisivo es que se trata tan sólo de pretensiones subjetivas (por más que ellas puedan ser compartidas en una sociedad) ya que se carece de todo criterio objetivo que permita determinar la corrección de estas pretensiones. Este es el problema de la fundamentación racional de las normas morales o de lo que a veces suele llamarse derechos morales o derechos humanos (no positivizados). Veamos más de cerca esta cuestión.

La tesis del escepticismo ético en el ámbito jurídico admite también grados de radicalidad:

1. Cuatro versiones fuertes del escepticismo ético

a) Roberto Vernengo (1990, 276) aduce que la expresión “derechos morales” no calza en “nuestra tradición lingüística y teórica” y es sólo el resultado de haber “traducido malamente del inglés” la fórmula “*moral rights*”. Pero, aun cuando se la admitiera, “[l]as propuestas contemporáneas de pensar los derechos humanos como derechos morales conllevan incurrir en los típicos dualismos de las metafísicas platonizantes” (*ibid.*, 285) y “[...] en esta utópica búsqueda de un fundamento moral último de los derechos morales, [se arriba], como siempre, a insolubles cuestiones metafísicas” (*ibid.*, 297).

Además, la pretendida universalidad de los derechos humanos no resistiría el menor examen empírico: