

II. *Derecho y moral*

7. Las normas morales como normas sociales 71
8. La moral como regulación del comportamiento interno 72
9. La moral como orden positivo sin carácter coactivo 75
10. El derecho como parte de la moral 76
11. Relatividad del valor moral 76
12. Separación del derecho y la moral 79
13. Justificación del derecho por la moral 80

II. DERECHO Y MORAL

7. Las normas morales como normas sociales

Al quedar el derecho, como objeto de una ciencia jurídica específica, determinado como norma, queda también delimitado frente a la naturaleza, así como la ciencia del derecho frente a la ciencia natural. Pero junto a las normas jurídicas hay también otras que regulan el comportamiento recíproco de los hombres, es decir, que son también normas sociales. La ciencia del derecho, en consecuencia, no es la única disciplina orientada al conocimiento y descripción de las normas sociales. Cabe abarcar esas otras normas sociales bajo la denominación de "moral", y la disciplina orientada a su conocimiento y descripción puede ser designada como "ética".⁴⁶ En tanto la justicia es

⁴⁶ Schlick, al interpretar la norma como "reproducción de un hecho de la realidad" (cf. *supra*, p. 17), afirma (*op. cit.*, pp. 14 y ss.) que la ética es una ciencia fáctica, y aun cuando "fuera una ciencia normativa" no dejaría de ser "una ciencia de hechos". "Tiene que ver exclusivamente con lo real." Esta opinión la sustenta Schlick en la afirmación de que "las valoraciones supremas son también hechos que se producen en la realidad de la conciencia humana..." Es correcto que las "valoraciones", vale decir, los actos con los cuales se juzga que una conducta corresponde o no a una norma, así como los actos mediante los cuales se instauran las normas constituyentes de valores, son hechos reales. Pero las normas que esos actos producen, y que se emplean en los actos de valoración, no son hechos reales, sino contenidos significativos, a saber: el sentido de los actos que establecen las normas. Ese sentido es un deber. La ética, como la ciencia jurídica, es una ciencia normativa, por tener por objeto normas obligatorias como contenido de sentido, y no los actos fácticos, relacionados causalmente, cuyo sentido las normas constituyen. Ello no significa, en manera alguna, que las normas, como pasa en la ética de Kant (Schlick, *op. cit.*, p. 8) sean órdenes sin nadie que ordene, exigencias sin nadie que exija, esto es: normas sin actos de producción de normas. Ello significa que las normas son objeto de la ética —así como de la ciencia del derecho—, mientras que los actos productores de normas sólo lo son en la medida en que constituyan el contenido de normas; es decir, que estén regulados por normas. La confusión de la ética con una ciencia empírica; la tesis de que la ética es sólo una rama de la psicología y la sociología (cf. A. J. Ayer, *Language, Truth and Logic*, Londres, 1936, p. 168: "Pareciera, pues que la ética, como rama del conocimiento, no fuera nada más que una sección de la psicología y la sociología") reposa en la falta de distinción entre el acto productor de una norma, y la norma producida como sentido de ese acto.

La tentativa del positivismo lógico de exponer la ética como una ciencia empírica fáctica proviene claramente de la tendencia, enteramente legítima, de sacarla del territorio de la especulación metafísica. Esa tendencia queda suficientemente satisfecha cuando se reconoce en las normas, que son el objeto de la ética, los contenidos de sentido de ciertos actos ejecutados por los hombres en el mundo de la realidad, y no órdenes de entidades trascendentes. Si tanto las normas morales, como las normas del derecho positivo, son el sentido de hechos empíricos, no sólo la ética sino también la ciencia del derecho puede ser caracterizada como ciencia empírica —en oposición a la especulación metafísica—, aun cuando tenga por objeto normas y no hechos.

una exigencia de la moral, la relación entre moral y derecho queda comprendida en la relación entre justicia y derecho.⁴⁷ Hay que advertir, en ello, que los usos lingüísticos confunden frecuentemente la moral con la ética, así como ocurre con el derecho y la ciencia jurídica. De suerte que muchas veces se afirma de la ética lo que sólo corresponde a la moral: que regula conducta humana; que estatuye deberes y derechos, es decir, que impone autoritariamente normas, mientras que sólo puede conocer y describir las normas establecidas por alguna autoridad moral, o las normas morales surgidas consuetudinariamente. La pureza metódica de la ciencia jurídica es puesta en peligro, no sólo en cuanto no se respetan las vallas que la separan de la ciencia natural, sino —en mayor medida— en cuanto no es distinguida suficientemente de la ética; cuando no se distingue claramente entre derecho y moral.

El carácter social de la moral a veces es cuestionado señalando que, junto a las normas morales que estatuyen el comportamiento del hombre frente a otros hombres, también existen normas morales que prescriben la conducta del hombre con respecto de sí mismo, tal como la norma que prohíbe el suicidio, o las normas que obligan a la valentía o a la castidad. Pero también esas normas sólo aparecen en la conciencia de hombres que viven en sociedad. La conducta de los hombres, que ellas determinan, se relaciona quizás inmediatamente con ellos mismos; en forma mediata, en cambio, se refiere a los restantes miembros de la comunidad. Puesto que sólo en razón de los efectos que esos comportamientos tienen sobre la comunidad, se convierten, en la conciencia del miembro comunitario, en una norma moral. También las llamadas obligaciones del hombre consigo mismo son obligaciones sociales. Carecerían de sentido para el individuo que viviera aislado.

8. *La moral como regulación del comportamiento interno*

La distinción entre moral y derecho no puede referirse a la conducta a que obligan las normas de ambos órdenes sociales. El suicidio puede estar prohibido no sólo por la moral, sino también por el derecho; la valentía y la castidad pueden constituir no sólo obligaciones morales, sino también obligaciones jurídicas. Tampoco es correcta la tesis frecuentemente sostenida de que el derecho prescribe una conducta externa, mientras que la moral lo haría con la conducta interna. Las normas de ambos órdenes determinan ambos tipos de conducta. La virtud moral de la valentía no consiste solamente en el estado anímico de impavidez, sino también en el comportamiento externo condicionado por ese estado anímico. Y si un orden jurídico prohíbe el homicidio, no sólo prohíbe la producción de la muerte de un hombre mediante el comportamiento externo de otro, sino también una conducta interna, a saber, la inten-

⁴⁷ Una investigación sobre el problema de la verdad se encuentra en H. Kelsen, *Die Normen der Gerechtigkeit*.

ción de producir ese resultado. La conducta "interna" que la moral exigiría, a diferencia del derecho —según la opinión de algunos filósofos moralistas— consistiría en que la conducta, para ser moral, debe producirse contra las inclinaciones,⁴⁸ o lo que es lo mismo, contra un interés egoísta. En la medida en que con ello no se quiere decir otra cosa sino que la obligación estatuida por una norma moral consiste en determinada conducta; es decir, que esa norma guarda validez aun cuando las inclinaciones subjetivas, o los intereses egoístas, se contrapongan a la conducta exigida, entonces, lo mismo cabe sostener de las obligaciones estatuidas por normas de derecho. Que un orden social prescriba una conducta que posiblemente apunte contra cierta inclinación o determinado interés egoísta del individuo cuyo comportamiento el orden regula, es algo inevitable. Prescribir solamente la conducta que corresponda a todas las inclinaciones, o intereses egoístas de los sujetos de las normas, sería cosa superflua, dado que los hombres siguen sus inclinaciones, o tratan de satisfacer sus intereses egoístas, sin tener necesidad de ser obligados a hacerlo. Un orden social, esto es, una norma que prescribe una determinada conducta humana, tiene sentido si ha de lograrse una situación diferente de la que se obtendría si todos siguiesen sus inclinaciones o intentaran satisfacer sus intereses egoístas, inclinaciones e intereses que ya se dan sin requerir la validez y eficacia de un orden social; es decir, si los hombres deben también comportarse en contra de esas inclinaciones o de esos intereses egoístas. Cabe advertir que cuando los individuos sujetos al orden social de hecho se comportan de acuerdo con las normas del orden, ello sucede solamente porque esa conducta corresponde a su inclinación o interés egoísta, o a una inclinación o interés egoísta provocado por el orden social y que en lo posible —aunque no necesariamente— es contrapuesto a la inclinación o interés egoísta que se presentaría exclusivamente si no tuviera intervención el orden social. El hombre puede tener simultáneamente inclinaciones o intereses contradictorios. En ese caso, su comportamiento dependerá del hecho de cuál inclinación, de qué interés, sea más poderoso. Ningún orden social puede poner de lado las inclinaciones de los hombres, sus intereses egoístas, como motivo de sus acciones y omisiones. Sólo puede, si debe ser eficaz, crear la inclinación o el interés que los lleve a actuar de acuerdo con el orden social y a oponerse a las inclinaciones o intereses egoístas que sin él serían dominantes.

La doctrina ética de la que arriba se habla a veces es entendida, con todo, en el sentido de que sólo la conducta orientada contra la inclinación o un interés egoísta, tiene valor moral.⁴⁹ Dado que "tener valor moral" no puede

⁴⁸ Esta es, como es sabido, la doctrina ética de Kant. Cf. *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* (Edición de la K. P. Akademie der Wissenschaften, t. iv, pp. 397 y ss.).

⁴⁹ Kant, *op. cit.*, p. 398: "Pero afirmo que en esos casos, esa acción (si es efectuada por inclinación), por conforme al deber que sea, por meritoria que sea, no tiene, sin embargo, ningún verdadero valor moral..."

querer decir otra cosa sino "corresponder a una norma moral", será necesario afirmar con esta doctrina que la moral no prescribe otra cosa sino que, al actuar, deben combatirse las propias inclinaciones, no satisfacer los propios intereses egoístas, debiendo actuarse en mérito a otros motivos. Es decir, la norma moral sólo se refiere al motivo de la conducta. Haciendo abstracción de que satisfacer la exigencia de actuar sólo en mérito a motivos distintos de las propias inclinaciones, o de los intereses egoístas, es cosa psicológicamente imposible, la moral cuya norma se refiere exclusivamente a los motivos del comportamiento implanta un orden social distinto al que prescribe una conducta externa. La norma de una moral que se refiera solamente al motivo de la conducta externa es incompleta; sólo puede tener validez junto con las normas que prescriben la conducta externa y esas normas también tendrían que ser normas morales. Puesto que no cualquier comportamiento, sólo porque se produce contra una inclinación, o contra un interés egoísta, será moral. Si alguien acata la orden de otro de matar a alguien, su acción no tendrá valor moral, aun cuando la cumpla contra sus inclinaciones o sus intereses egoístas, en la medida en que el homicidio se encuentre prohibido por el orden social que es presupuesto como válido; esto es, en la medida en que el homicidio sea considerado desvalioso. Una conducta sólo puede tener valor moral cuando no sólo su motivo, sino también la conducta misma corresponde a una norma moral. No es posible, en el juicio moral, separar el motivo de la conducta motivada. También por esta razón no puede limitarse el concepto de la moral que prescriba la lucha contra las inclinaciones, la negativa a satisfacer los propios intereses egoístas. Pero sólo así, cuando se ha limitado de esa manera el concepto, es posible diferenciar la moral del derecho, como si aquélla se refiriera únicamente a una conducta interna, mientras que éste prescribe conducta externa.⁵⁰

⁵⁰ También, según Kant, una acción, para tener valor moral, es decir, para ser éticamente buena, no sólo debe producirse "por deber", sino que debe ser "en mérito a un deber", es decir, corresponder a la ley moral. La norma moral: "no actúes siguiendo tus inclinaciones, sino por deber", supone, por lo tanto, la existencia de otras normas morales que obligan a determinadas acciones. Una de las tesis más esenciales de su ética es que "el concepto del bien y del mal no debe ser determinado previamente a la ley moral, . . . sino solamente, . . . luego de ella y mediante ella" (*Kritik der praktischen Vernunft*, ed. de la Akademie, v, p. 62-3).

Según Kant, actúa por "inclinación", quien encuentra en su acción "un íntimo placer" al actuar como lo hace (*Grundlegung der Metaphysik der Sitten*, p. 398). Pero también quien actúa "por deber", es decir, "por respeto a la ley", actúa por inclinación, puesto que lo hace en cuanto encuentra un íntimo placer en acatar la ley; su conciencia le depara "un íntimo placer" al actuar conforme a la ley, conforme a lo debido; es decir: por inclinación a actuar conforme al deber. Desde un punto de vista psicológico, ello no puede negarse; y la pregunta de cuáles sean los motivos por los cuales un hombre actúa, es una pregunta psicológica.

Kant distingue el derecho, como regulación de la conducta externa, de la moral, como regulación de la conducta interna (a saber, de los motivos de la conducta). En consecuencia, contraponen la "legalidad" a la "moralidad". Dice (*Metaphysik der Sitten*, ed. de la Akademie,

9. La moral como orden primitivo sin carácter coactivo

Tampoco cabe distinguir esencialmente el derecho y la moral en relación con la forma de producción de sus normas, o en relación con su uso. De igual manera que las jurídicas, también las normas morales son producidas por la costumbre, y por su instauración consciente (sea por un profeta, o por el fundador de una religión, como Jesús). En ese sentido, la moral, como el derecho, es positiva, y para una ética científica sólo entra en consideración una moral positiva, así como sólo es relevante, para una doctrina jurídica científica, un derecho positivo. Es verdad, por cierto, que el orden moral no prevé órganos centrales para la aplicación de sus normas. Esta aplicación consiste en la evaluación moral del comportamiento de otro, comportamiento regulado por ese orden. Pero también un orden jurídico primitivo es plenamente descentralizado y, en este respecto, no puede ser diferenciado de un orden moral. Es muy característico que algunos pretenden, a veces, que el *derecho* internacional general, plenamente descentralizado, sólo vale como una *moral* internacional.

No cabe reconocer una diferencia entre derecho y moral con respecto de *qué* sea lo que ambos órdenes sociales ordenan o prohíben, sino únicamente en *cómo* ellos obligan o prohíben una determinada conducta humana. El derecho sólo puede ser distinguido esencialmente de la moral cuando es concebido —como se mostró anteriormente— como un orden coactivo; es decir, cuando el derecho es concebido como un orden normativo que trata de producir determinada conducta humana, en cuanto enlaza a la conducta opuesta un acto coactivo socialmente organizado; mientras que la moral es un orden social que no estatuye sanciones de ese tipo; sus sanciones se reducen a la aprobación de la conducta conforme a la norma, y a la desaprobación de la conducta contraria a la norma, sin que en modo alguno entre en juego en éllo el empleo de la fuerza física.

vi, p. 124): “Las leyes de la libertad se denominan, a diferencia de las leyes de la naturaleza, *morales*. En cuanto se orientan sólo hacia meras acciones externas y su legalidad, se denominan *leyes jurídicas*; si requieren también que ellas mismas (las leyes) sean los fundamentos determinantes de las acciones, son entonces *leyes éticas*; y en consecuencia se dice que la conformidad con las primeras es la *legalidad*, mientras la conformidad con las segundas constituye la *moralidad* de la acción.” Vale decir: también las normas jurídicas son normas morales; también las normas morales están dirigidas a la acción externa; sólo *una* norma moral prescribe que no se debe actuar por inclinación, sino por respeto a la ley. Cuando Kant sostiene que sólo la acción que corresponde a esta norma posee valor moral, distingue al hacerlo un valor moral, en sentido específico estricto —es decir, correspondencia con esa norma moral especial—, y un valor moral en sentido lato, que equivale a correspondencia con las restantes normas morales. También la legalidad es un valor moral, puesto que es actuar conforme a normas “morales”.

10. *El derecho como parte de la moral*

Si se reconoce en el derecho y la moral tipos distintos de sistemas normativos, se plantea entonces el interrogante acerca de la relación entre ambos. Esta pregunta tiene un doble sentido. Con ella puede entenderse cuál *sea* la relación entre el derecho y la moral; pero también cuál *deba ser* la relación entre ambos. Se suele entremezclar ambas cuestiones, lo que lleva a confusiones. A veces se responde a la primera pregunta afirmando que el derecho, por su naturaleza, también es moral, es decir: que la conducta que las normas jurídicas exigen o prohíben, también son exigidas o prohibidas por las normas de la moral; que cuando un orden social exige una conducta, que la moral prohíbe, o prohíbe una conducta que la moral exige, ese orden no constituye derecho, por no ser justo. Pero el interrogante también es contestado afirmando que el derecho puede ser moral —en el sentido señalado, es decir, justo—, pero no es necesario que lo sea; el orden social que no es moral y, por ende, que no es justo, puede ser, sin embargo, derecho, aun cuando se acepte la exigencia de que el derecho deba ser moral, esto es: justo.

Si se entiende el interrogante por la relación entre derecho y moral como una pregunta por el contenido del derecho, y no como una pregunta por su forma; cuando se afirma que, según su naturaleza, el derecho posee un contenido moral, o constituye un valor moral, lo que se afirma es que el derecho vale dentro del dominio de la moral, que el derecho es parte integrante del orden moral, que el derecho es moral y, por ende, justo por su propia esencia. En la medida en que semejante afirmación intenta dar una justificación del derecho —y ahí radica su sentido propio—, debe presuponer que sólo hay *una* moral únicamente válida; es decir: una moral absoluta, un valor moral absoluto; y que sólo las normas que corresponden a esa moral absoluta y, por ende, que son constitutivas del valor moral absoluto, pueden ser tenidas por “derecho”. Es decir: se parte de una definición del derecho que determina a éste como una parte de la moral; que identifica al derecho con la justicia.

11. *Relatividad del valor moral*

Si, en cambio, desde el punto de vista del conocimiento científico, se rechaza la aceptación de valores absolutos, en general, y en especial, la de un valor moral absoluto —dado que el valor absoluto sólo puede admitirse a partir de una fe religiosa en la autoridad absoluta y trascendente de una divinidad—, y si, en consecuencia, se acepta que, desde ese punto de vista, no cabe encontrar una moral absoluta —es decir, una moral exclusivamente válida, que rechace la posibilidad de la validez de otra—; si se niega que lo que es bueno o justo según una moral, sea bueno o justo en todas las circunstancias, y que lo que sea malo según este orden moral, sea malo en todas las circunstancias; si se admite que

en diferentes épocas, en pueblos diferentes —y hasta en un mismo pueblo, dentro de diferentes estamentos, clases y profesiones— existen sistemas morales válidos muy distintos y entre sí contradictorios; que puede considerarse, bajo circunstancias distintas, bueno o malo, justo o injusto, a cosas diferentes, cosas que no pueden considerarse en todas las circunstancias posibles buenas o malas, justas o injustas; si se acepta que sólo hay valores morales relativos, entonces la afirmación de que las normas sociales tienen que contar con un contenido moral, de que tienen que ser justas para ser consideradas derecho, sólo significa que esas normas tienen que contener algo que sea común a todos los sistemas morales, en cuanto sistemas justos. Pero frente a la extraordinaria diferenciación en lo que, de hecho, los hombres en distintas épocas y en distintos lugares han considerado bueno y malo, justo e injusto, no cabe establecer ningún elemento común a los contenidos de los diferentes órdenes morales. Se ha sostenido que una exigencia común a todos los sistemas morales es la que requiere conservar la paz, no ejercer violencia contra nadie. Pero ya Heráclito enseñaba que la guerra no sólo es “padre” —es decir, causa originaria— de todas las cosas, sino también el “rey” de ellas, es decir, la suprema autoridad normativa, el supremo valor, siendo, por lo tanto, bueno que el derecho sea lucha y, por ende, que la lucha sea justa.⁵¹ E inclusive Jesús dice: “No he venido para traer paz a la tierra, sino división,⁵² proclamando así, por lo menos con respecto del orden moral de este mundo, que de ninguna manera la paz es el valor supremo. ¿Se podría negar que aun hoy, para las convicciones de muchos, la guerra sigue teniendo valor moral, en tanto que permite la demostración activa de virtudes, y hace posible la realización de ideales que están por encima del valor de la paz? ¿Acaso no se discute la moral del pacifismo? ¿Acaso, la filosofía de la vida del liberalismo, según la cual la competencia, la lucha en la concurrencia, garantizarían el mejor de los estados posibles de la sociedad, corresponde al ideal de paz?

⁵¹ Este es el sentido de los fragmentos 53, 80 y 112 (Diels): “La guerra (πόλεμος) es de todo el padre (πατήρ) y de todo el rey (βασιλεύς). A unos designa como dioses, a los otros como hombres; de unos hace esclavos, de otros, hombres libres.” Es justo que en la guerra los triunfadores se conviertan en dioses, u hombres libres, y los vencidos en hombres o esclavos. Puesto que “debe saberse que la guerra es un principio (ξυόν) general, y que el derecho es lucha (δίκην ἔριν), y que todo acaece en mérito de la lucha y la necesidad (κατ’ ἔριν καὶ χρεώμενα)”. La ética de Heráclito es una suerte de doctrina del derecho natural: “La sabiduría consiste en decir la verdad y actuar según la naturaleza, prestándole oídos (ποιεῖν κατὰ φύσιν ἐπακούοντας).” De que la realidad de la naturaleza muestra la lucha y la guerra como un fenómeno general, se sigue que la guerra y la lucha son justas.

⁵² Lucas xii, 5: “Desde ahora en adelante, cinco en una casa ya no serán uno; tres contra dos y dos contra tres. El padre estará contra el hijo y el hijo contra el padre; la madre contra la hija, y la hija contra la madre, el cuñado contra la nuera y la nuera contra el cuñado.” Lucas xii, 52/3. Jesús, por cierto también dijo: “Bienaventurados son los pacíficos, pues serán llamados hijos de Dios.” (Mateo v, 9); pero otras afirmaciones que se le atribuyen en los Evangelios, están entre sí en contradicción Cf. H. Kelsen, *What is Justice?*, Berkeley, 1957, pp. 25 y ss.

Este ideal no constituye el valor supremo en todos los sistemas morales, y en algunos, carece de todo valor. Y aun cuando fuera posible establecer un elemento común a todos los sistemas morales hasta ahora tenidos por válidos, no habría razón suficiente para considerar a un orden coactivo que no contenga ese elemento y que ordene una conducta —que no ha sido realizada aún en ninguna comunidad— como buena o justa; y que prohíba una conducta —que no ha sido realizada aún en ninguna comunidad— por mala o injusta; por “inmoral” o “injusta”, y en consecuencia, como si no fuera derecho. Puesto que si no se presupone ningún valor moral dado *a priori*, es decir, si no se presupone ningún valor moral absoluto, no se tiene posibilidad de determinar lo que en todas las circunstancias deba ser considerado bueno y malo, justo e injusto. Y, luego, no cabe negar que también aquello que el orden coactivo a que uno se refiere ordena, será considerado como bueno o justo, y aquello que prohíbe, como malo o injusto; y que también el orden mismo será —aunque relativamente— moral o justo. Pues lo que es común necesariamente a todos los sistemas morales posibles, no consiste en otra cosa sino en que imponen normas sociales —es decir, normas que estatuyen mediata o inmediatamente— una determinada conducta de los hombres frente a otros hombres—, que estatuyen determinadas conductas como debidas. Lo común a todos los sistemas morales posibles es su forma: el carácter normativo, lo debido. Es moralmente bueno lo que corresponde a una norma social que estatuye determinada conducta humana; moralmente malo, lo que contradice una norma tal. El valor moral relativo es constituido por la norma social que instaure como debida una determinada conducta humana. Norma y valor son conceptos correlativos.

Bajo estos presupuestos, la afirmación de que el derecho es moral por su naturaleza no significa que cuente con determinado contenido, sino que es norma, a saber: una norma social que establece como debida determinada conducta humana. En este sentido relativo, todo derecho es, entonces, moral, todo derecho constituye un valor moral relativo. Pero ello quiere decir, por lo tanto, que la pregunta por la relación entre el derecho y la moral no es un interrogante acerca del contenido del derecho, sino una pregunta por su forma. En consecuencia no cabe afirmar, como a veces se dice, que el derecho no es únicamente norma (o imperativo), sino que constituye un valor o lo incorpora —afirmación que también sólo tiene sentido pleno suponiendo un valor absoluto divino. Puesto que justamente el derecho constituye un valor en cuanto es norma: constituye el *valor jurídico* que, de consuno, es un valor moral relativo; con lo cual no se dice otra cosa sino que el derecho es norma.

Pero con ello de ninguna manera queda aceptada la teoría de que el derecho, por su naturaleza, configure un mínimo de moralidad; que un orden coactivo, para poder ser considerado derecho, tenga que satisfacer una exigencia mínima de moral. Puesto que con esa exigencia, se establece de antemano una determinada moral absoluta con contenido, o un contenido común a todos los

sistemas morales positivos; por lo común, el ideal de paz como exigencia de una moral absoluta o como contenido común de todos los sistemas morales positivos. De lo anteriormente dicho resulta que lo que aquí se denomina “valor jurídico” (*Rechtwert*) no constituye, en ese sentido, un mínimo moral y, en especial, que el valor de la paz no configura un elemento esencial del concepto de derecho.

12. Separación del derecho y la moral

Si se admite que el derecho, por su naturaleza, es moral, entonces carece de sentido exigir, presuponiendo un valor moral absoluto, que el derecho *deba* ser moral. Exigencia semejante sólo tiene sentido —y sólo entonces la moral así presupuesta configura un patrón axiológico para el derecho— si se acepta la posibilidad de un derecho inmoral, moralmente malo; si la definición del derecho, por lo tanto, no incorpora el elemento de un contenido moral. Si una teoría del derecho positivo sustenta la exigencia de distinguir, en general, el derecho de la moral, y en especial, el derecho de la justicia, de suerte de no entremezclarlos, se dirige así contra la opinión tradicional, mantenida como cosa de suyo por la mayoría de los juristas, según la cual, sólo habría *una única moral válida*; lo que implica: una única moral *absoluta*, y, por ende, una justicia absoluta. La exigencia de distinguir el derecho de la moral, el derecho de la justicia, significa que la validez de un orden jurídico positivo es independiente de la validez de esa única moral absoluta exclusivamente válida, de esa moral de las morales, de la moral por excelencia. Si sólo se presupone un valor moral relativo, la exigencia de que el derecho *deba* ser moral, lo que implica: *deba ser justo*, sólo puede significar que la configuración del derecho positivo debe corresponder a *un determinado* sistema moral, entre los muchos posibles; con lo cual, con todo, no se excluye la posibilidad de la exigencia de que la conformación del derecho positivo *deba* corresponder a otro sistema moral, con el cual posiblemente de hecho concuerda, aun contrariando alguno de esos diferentes sistemas morales. Si, bajo el presupuesto de valores puramente relativos, se formula la exigencia de que, en general, se distinga al derecho de la moral y, en especial, al derecho de la justicia, ello no quiere decir, por acaso, que el derecho nada tenga que ver con la moral o con la justicia; no quiere decir que el concepto de derecho no se subordine al concepto del bien. Puesto que el concepto del “bien” no puede ser determinado sino como “lo debido”, lo correspondiente a una norma; y si se define al derecho como norma, ello implica que lo conforme a derecho es bueno. La exigencia, formulada presuponiendo una doctrina relativista de los valores, de separar derecho y moral, y también, derecho y justicia, sólo significa que cuando se evalúa un orden jurídico como moral o inmoral, justo o injusto, expresando así la relación del orden jurídico con uno de los muchos sistemas morales posibles, y no con

“la” moral, sólo efectúa un juicio de valor relativo, no absoluto, y expresa que la validez de un orden jurídico positivo es independiente de su correspondencia, o de su falta de correspondencia, con cierto sistema moral.

Una doctrina relativista de los valores no significa —como múltiples veces ha sido mal entendido— que no haya valores y, en especial, que no exista justicia alguna, sino que no hay valores absolutos, sino sólo relativos; que no hay una justicia absoluta, sino relativa; que los valores que constituimos mediante nuestros actos productores de normas, y que son fundamentos de nuestros juicios axiológicos, no pueden darse con la pretensión de eliminar la posibilidad de valores contrapuestos.

Es evidente, que una moral puramente relativa no puede cumplir la función, consciente o inconscientemente, requerida de proveer de un patrón absoluto para la evaluación de un orden jurídico positivo. Pero patrón semejante no cabe encontrarlo en el camino del conocimiento científico. Ello no significa, empero, que no exista patrón alguno. Cada sistema moral puede servir como patrón semejante. Pero es necesario tener conciencia, cuando se juzga la conformación de un orden jurídico positivo como “moral”, como bueno o malo, justo o injusto,⁵³ que el patrón es relativo, que no está excluida otra evaluación a partir de otro sistema moral; que cuando se considera un orden jurídico como injusto, conforme al patrón de un sistema moral, el mismo orden jurídico puede ser estimado justo, ateniéndose al patrón de otro sistema moral.

13. *Justificación del derecho por la moral*

Una justificación del derecho positivo por la moral sólo es posible cuando aparece una oposición entre las normas de la moral y las del derecho, cuando puede darse un derecho moralmente bueno y un derecho moralmente malo. Cuando un orden moral, como el que Pablo proclamara en su “Epístola a los Romanos”, dispone que las normas establecidas por la autoridad jurídica deben ser observadas en todas las circunstancias, eliminando así de antemano toda contradicción entre ese orden y el derecho positivo, no puede cumplir su propósito de legitimar al derecho positivo otorgándole valor moral.⁵⁴ Si todo derecho positivo, en cuanto querido por dios, es justo; y si todo lo que existe, por ser querido por dios, es bueno, ningún derecho positivo puede ser injusto, de igual manera que nada de lo existente puede ser malo; cuando se identifica el derecho con la justicia, lo existente con lo debido, el concepto de justicia, así como el del bien, pierde sentido, puesto que si no hay algo

⁵³ Dado que lo evaluado es algo real, la evaluación moral del derecho positivo se refiere inmediatamente a los actos productores de normas, y sólo mediatamente a las normas implantadas mediante esos actos. Cf. *supra*, p. 17, y H. Kelsen, *Die Normen der Gerechtigkeit*.

⁵⁴ Cf. Kelsen, *Die Normen der Gerechtigkeit*, párrafo 27.

malo (injusto), no puede darse algo bueno (justo). La exigencia de distinguir el derecho de la moral, y la ciencia jurídica de la ética, significa que, desde el punto de vista de un conocimiento científico del derecho positivo, su legitimación a través de un orden moral diferente del orden jurídico es irrelevante, dado que la ciencia jurídica no tiene que aprobar o desaprobado su objeto, sino conocerlo y describirlo. Aun cuando las normas del derecho, como prescripciones de deber, constituyen deberes, la función de la ciencia jurídica de ninguna manera radica en valoraciones y evaluaciones, sino en una descripción axiológicamente neutral de su objeto. El jurista científico no se identifica con ningún valor jurídico, ni siquiera con el por él descrito.

Si el orden moral no prescribe que, en todas las circunstancias, haya de obedecerse al orden jurídico positivo, surge la posibilidad de una contradicción entre la moral y el orden jurídico; en ese caso, la exigencia de escindir el derecho de la moral, y la ciencia jurídica de la ética, significa que la validez de las normas jurídicas positivas no depende de su correspondencia con el orden moral; que desde el punto de vista de un conocimiento dirigido al derecho positivo, una norma puede ser tenida por válida aun cuando contradiga al orden moral.

Pero lo que sobre todo importa recalcar —como corresponde hacerlo una vez más, porque no se lo subraya nunca suficientemente— es la tesis de que no hay una única moral, “la” moral, sino muchos sistemas morales, altamente diferentes entre sí y muchas veces entre sí contradictorios; que un orden jurídico puede, a grandes rasgos, corresponder a las intuiciones morales de un grupo o clase determinados —en especial, los dominantes— dentro de la población sometida, y que, de hecho así sucede, contradiciendo simultáneamente las intuiciones morales de otro grupo o estrato social; pero, sobre todo, que las intuiciones sobre qué sea éticamente bueno y malo, qué sea éticamente justificable y no justificable, se encuentran, como el derecho mismo, en permanente cambio, y que el orden jurídico, o ciertas de sus normas, que en el tiempo en que gozaban de validez pudieron haber correspondido a las exigencias morales de entonces, pueden hoy ser consideradas como altamente inmorales. La tesis, rechazada por la *Teoría pura del derecho*, pero ampliamente corriente en la ciencia jurídica tradicional, de que el derecho tiene que ser, conforme a su naturaleza, moral; de que un orden social inmoral no constituye derecho, presupone una moral absoluta, es decir, una moral válida para todo tiempo y dondequiera. De otra manera no podría alcanzar su objetivo de establecer un patrón firme, independiente de circunstancias temporales y locales, sobre qué sea lícito o ilícito, y aplicable a los sistemas sociales.

La tesis de que el derecho, por su naturaleza, es moral; es decir, que sólo un sistema social moral es derecho, no es repudiada por la *Teoría pura del derecho* únicamente porque implique presuponer una moral absoluta, sino también porque, en sus aplicaciones de hecho, a través de la ciencia jurídica domi-

nante en una determinada comunidad jurídica, conduce a una legitimación acrítica del orden coactivo estatal constitutivo de esa comunidad. Puesto que se presupone como cosa que va de suyo que el propio orden coactivo estatal es derecho. El patrón problemático de la moral absoluta sólo es utilizado para medir los órdenes coactivos de Estados extranjeros; sólo éstos, cuando no satisfacen ciertas exigencias que el propio Estado satisface —por ejemplo, cuando reconocen, o no reconocen, la propiedad privada; cuando tienen carácter democrático o no democrático—, son descalificados como inmorales y, por ende, como no derecho. Pero como el propio orden coactivo es derecho, tendrá que ser también, conforme a esta tesis, moral. Semejante legitimación del derecho positivo podrá, pese a su insuficiencia lógica, prestar buenos servicios políticos. Desde el punto de vista de la ciencia, es inaceptable. Puesto que no corresponde a la ciencia jurídica legitimar al derecho; no tiene por qué justificar en forma alguna —sea mediante una moral absoluta, o sólo a través de una moral relativa— el orden normativo que sólo debe conocer y describir.