

**UNIVERSIDAD DE CHILE**

Facultad de Derecho

Departamento de Ciencias del Derecho

Curso Filosofía (de la) Moral

Secciones PAW, MAM, ABM, MEOB, JOK, AIP, FQB

Primer semestre de 2011

**LECTURA OBLIGATORIAS III**

**Ética y Derecho**

1. LAPORTA, Francisco, “Ética y Derecho en el pensamiento contemporáneo” en Camps, Victoria (ed.), *Historia de la Ética*, vol. III. Barcelona: Crítica, 2007, pp. 221-295.

# Historia de la ética

## 3. La ética contemporánea

**Victoria Camps, ed.**

Celia Amorós  
Gabriel Bello  
Enrique Bonete  
Carlos Castilla del Pino  
Camilo J. Cela Conde  
Adela Cortina  
Salvador Giner  
Francisco Gomá  
Francisco J. Laporta ✓  
José Rubio Carracedo  
Javier Sádaba  
Carlos Thiebaut  
Fernando Vallespín  
Fernando Velasco

CRÍTICA

Barcelona

- Phillips, D. Z., *Death and Immortality*, Londres, 1970.
- Prichard, H. A., «Does Moral Philosophy Rest on a Mistake», en *Moral Obligation*, Oxford, 1949.
- Prior, A. N., *Logic and the Basis of Ethics*, Oxford, 1949.
- Rescher, N., *La primacía de la práctica*, Madrid, 1980.
- , *Logic of Commands*, Londres, 1966.
- Stevenson, Ch. L., *Ethics and Language*, New Haven, 1944. Hay trad. al castellano en Buenos Aires, 1971.
- , *Facts and Values*, New Haven, 1963.
- Toulmin, S., *El puesto de la razón en la ética*, Madrid, 1979.
- Tugendhat, E., *Problemas de la ética*, Barcelona, 1988.
- , *Vorlesungen zur Einführung in die Sprachanalytische Philosophie*, Frankfurt, 1976.
- Warnock, G. J., *La ética contemporánea*, Barcelona, 1968.
- Wittgenstein, L., *Tractatus Logico-Philosophicus*, Madrid, 1957.
- , *Investigaciones filosóficas*, Barcelona, 1988.
- , «A Lecture on Ethics», *Philosophical Review*, 74 (1965).
- , «Bemerkungen über Frazer's The Golden Bough», *Synthese*, 17 (1967).

## NOTAS

1. Una exposición simple es ésta: parece que  $A=B$  sólo es verdadero si  $A=A$ . Y si  $A=A$  no hemos dicho nada a no ser una vacía tautología.
2. Dicho de otra manera: confunde el *es* atributivo con el *es* de la identidad. Porque el placer *sea* bueno (*es* atributivo) no se sigue que lo bueno *sea* (*es* de identidad) lo placentero.
3. La versión que hemos dado de Hare se corresponde más con su época inicial. Es probable que a tenor de lo que expone en *Moral Thinking*, donde su prescriptivismo es más atenuado y la atención se desplaza a las consecuencias, habría que matizar las objeciones que hemos presentado.

FRANCISCO J. LAPORTA

## ÉTICA Y DERECHO EN EL PENSAMIENTO CONTEMPORÁNEO

Hace ya bastantes años, en 1897, Oliver Wendell Holmes (1841-1935), un juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos célebre por sus frecuentes desacuerdos con los fallos mismos del tribunal, hacía una advertencia singular que merece la pena detenerse a comentar. Decía: «El Derecho está lleno de fraseología tomada a préstamo de la Moral, y por la simple fuerza del lenguaje nos invita continuamente a pasar de un dominio al otro sin percibirlo, invitación que no sabremos resistir a menos que tengamos permanentemente en cuenta la línea fronteriza entre ambos conceptos» (Holmes, p. 19). El juez norteamericano registraba algo que es, en efecto, evidente. El derecho utiliza profusamente términos como 'deber', 'obligación', 'responsabilidad', 'culpa', 'malicia', etc., que son, sin duda, muy característicos del lenguaje moral. Y no sólo eso. El derecho tiene también la costumbre secular de apelar a nociones como 'justicia', 'libertad' o 'bienestar general' que, por su propia naturaleza, parecen pertenecer igualmente al ámbito de la ética. Todo ello acompañado además por un utillaje de emblemas y representaciones revestido de un ceremonial característicamente solemne, que casi se diría «sacro»: símbolos, ritos, togas, pelucas, estrados..., cosas todas ellas que, naturalmente, suelen provocar en el lego una sensación de perplejidad, respeto y extrañamiento.

Ese lenguaje, esas apelaciones a grandes valores, esa puesta en escena, son familiares para todos. Lo que sorprende en la adverten-

cia de Holmes es que de hecho nos inste a rechazar todo ello y a tener buen cuidado en deslindar con claridad una presunta «línea fronteriza» entre la ética y el derecho. Las coincidencias terminológicas o la liturgia judicial nos invitan en efecto a atribuir un cierto valor o una cierta importancia moral al mundo del derecho, pero ¿por qué resistir la invitación? ¿Se trata en realidad de una 'invitación'? ¿Es ese lenguaje un 'préstamo' terminológico o es, por el contrario, algo consustancial al propio derecho? ¿Está el derecho constituido por componentes morales que le sirven de fundamento y de los que ni su lenguaje ni su mismo fin pueden prescindir? Estas y otras cuestiones cercanas a ellas son las que vamos a tratar de desenmarañar a lo largo de estas páginas presentando un panorama aproximado y sencillo de algunos de los problemas más importantes que esconden inadvertidamente y en torno a los cuales el pensamiento jurídico contemporáneo debate constantemente (Lyons, 1986).

## 1. LA IDENTIDAD DEL DERECHO

Porque el caso es que durante muchos siglos el derecho ha sido entendido como un segmento importante aunque sectorial del espacio general de la ética. De hecho, hasta que Bentham (1748-1831) no estableció la diferenciación entre lo que llamó «jurisprudencia expositiva» y «jurisprudencia censoria» no se empezó a abrir paso en el pensamiento moderno la idea de que el derecho que *es* o *ha sido* no tiene por qué coincidir con el derecho que *debe ser* o *debería haber sido*. Con anterioridad a esa aportación, y en no escasa medida también con posterioridad, se ha adscrito al derecho una dimensión moral muy definitoria que ha lastrado profundamente al lenguaje jurídico con un aire emocional muy cercano al que transporta consigo la noción de 'justicia'. Sólo a lo largo del siglo XIX se va expandiendo la conciencia representada en esa distinción de Bentham y es eso lo que explica seguramente la recelosa posición del juez Holmes.

Si, haciendo caso omiso de la sugerencia benthamiana, concebimos el derecho como un conjunto de enunciados normativos cuyo contenido es moral, entonces es imposible que podamos recurrir a la distinción entre el derecho que *es* y el derecho que *debe ser*.

Es decir, que en ese caso cualquier enunciado jurídico, por el mero hecho de serlo, transporta consigo una justificación moral interna, o lo que es lo mismo, no sólo *es* derecho, sino que es el derecho que *debe ser*. Pero esto es muy difícil de aceptar. Cualquier somera ojeada a la historia nos demuestra que, muy al contrario, con las normas jurídicas se han cometido todo género de iniquidades. El derecho ha sido a veces y, con lamentable frecuencia, sigue siendo en parte, decididamente inmoral.

Pero ¿qué significa eso? Pues sencillamente que aquello que *define* al derecho, aquello que identifica como jurídica a una norma jurídica *no* es un determinado componente ético o una cualidad moral. Pues bien, esta sencilla conclusión ha supuesto para la teoría jurídica un profundo desafío en cuya solución ha estado ocupada durante todo el siglo XX: dar cuenta satisfactoriamente del fenómeno del derecho sin recurrir para ello a ingredientes morales de tipo alguno. ¿Qué es el derecho, qué son las normas jurídicas si no vehiculan ningún mensaje moral? Y siendo así, ¿dónde obtiene su presunta fuerza de obligar? ¿Cómo es posible entonces que sea «vinculante»?

Si hay algún pensador contemporáneo que puede personificar por sí y a lo largo de toda su obra una tiránica voluntad de dar una respuesta satisfactoria a esas cuestiones ése es, sin duda, Hans Kelsen (1881-1973), jurista austríaco, fundador de lo que se llamó en tiempos «Escuela de Viena», y que en 1940, amenazado por el huracán del nazismo, tuvo que fijar su residencia en Estados Unidos. Kelsen es, por derecho propio, el punto ineludible de referencia de toda la teoría jurídica del siglo XX, y lo es precisamente porque al construir la respuesta a esos interrogantes pone en pie un esqueleto argumental destinado a presentar al derecho como una estructura formal que se explica como jurídica desde sí misma, sin recurrir a ingredientes sociales empíricos ni a rasgos ideológicos o morales de tipo alguno; una teoría «pura» para dar cuenta del derecho en estado «puro».

Repitiendo en su enfoque la sugerencia de Bentham, Kelsen, desde las primeras palabras de su obra fundamental (Kelsen, 1960), afirma con toda claridad que su teoría es un intento de «... dar respuesta a la pregunta de qué es el derecho y cómo es, pero no, en cambio, a la pregunta de cómo el derecho debe ser o debe ser hecho». Y, para él, el derecho es un universo de normas *válidas*

interrelacionadas que organizan la aplicación de actos *coactivos* a determinadas conductas humanas. Esto supone que toda su teoría gira en torno a la tentativa de conferir a la noción de *validez* de las normas un significado estrictamente jurídico, es decir, un significado que no esté impregnado de consideraciones empírico-sociales ni de connotaciones ideológicas y morales. Respecto de la desvinculación de las normas jurídicas válidas de cualquier connotación moral, Kelsen es extremadamente claro:

... la validez de un orden jurídico positivo es independiente de su correspondencia, o de su falta de correspondencia, con cierto sistema moral ... la validez de las normas jurídicas positivas no depende de su correspondencia con el orden moral (Kelsen, 1960, pp. 80-81).

La posición de Kelsen a este respecto se entiende mejor si se piensa que para él los enunciados morales no son susceptibles de justificación racional ni de fundamentación científica; son irremediablemente irracionales y puramente subjetivos. Frente a ellos las normas jurídicas tienen que estar dotadas de una dimensión objetiva de validez que posibiliten su fuerza general en una determinada sociedad. Para establecer ese significado objetivo estrictamente jurídico de la noción de validez es para lo que se elabora toda la *teoría pura del derecho*. Según esa teoría una norma jurídica sólo *existe* si es *válida*, y es *válida* cuando ha sido creada de conformidad con un procedimiento previsto por otra u otras normas jurídicas válidas. Éstas serían a su vez válidas por la misma razón: una norma superior les habría conferido su validez. Y sucesivamente, ascendiendo por una estructura normativa de forma piramidal, llegaríamos así a una primera norma o Constitución que sería el depósito de validez jurídica de toda la pirámide normativa. Pero ¿por qué es válida esa Constitución? En este punto Kelsen afirma que hemos de suponer que por encima de esa norma se da una Norma Hipotética Fundamental que es presupuestamente válida y condición de posibilidad de la validez de todo el sistema jurídico: una condición lógico-trascendental sin la cual es imposible el conocimiento del derecho positivo como derecho válido y la validez misma de ese derecho.

Esa norma fundamental tiene sin embargo una expresión empírica: el acatamiento generalizado del sistema jurídico. Cuando un

orden jurídico ve a sus normas efectivamente obedecidas y aplicadas, es decir, cuando un orden jurídico es generalmente eficaz, entonces es un orden jurídico válido. Aunque Kelsen afirma que la 'eficacia' o 'efectividad' es *condición* de la 'validez' del orden jurídico, sería, en mi opinión, más riguroso con su propia teoría decir que la efectividad de un orden es la 'expresión empírica' de su validez, porque Kelsen mismo insiste siempre en sostener que la validez de las normas está más allá de su efectiva aplicación o acatamiento, es anterior a ella. Sobre todo si interpretamos la noción kelseniana de 'validez' como equivalente a 'obligatoriedad' o 'fuerza vinculante' de las normas, lo que es un tema que se ha prestado a cierta discusión (Calsamiglia, 1977, y Nino, 1985), y la noción de 'eficacia' como equivalente al *hecho* de que las normas sean tenidas por vinculantes y, en consecuencia, sean obedecidas y aplicadas. Kelsen traicionaría sus propios postulados si afirmara que del *hecho* de que unas normas sean tenidas por vinculantes se podría derivar el que sean vinculantes, es decir, válidas. Por el contrario, mantendría la coherencia de su teoría si lo que afirmara fuera que las normas son consideradas vinculantes (efectividad) *porque* son realmente vinculantes (validez).

Pero si esta versión es correcta el precio que tiene que pagar por la coherencia es el de cometer una petición de principio: Kelsen trata de decirnos que para poder considerar a las normas jurídicas como normas válidas, es decir, como normas dotadas de fuerza vinculante, debemos asumir o presuponer que son válidas, que están dotadas de fuerza vinculante, que es precisamente lo que trataba de demostrar. En efecto, la formulación que nos ofrece de la norma hipotética fundamental, es decir, de aquella norma que hemos de presuponer para entender el derecho positivo como derecho válido, reza así: «Se debe obedecer la Constitución», pero si nuestro empeño consiste precisamente en establecer el significado de *validez* y validez es equivalente a vinculatoriedad, o lo que es lo mismo, a deber de obediencia, entonces lo que estamos buscando es exactamente una respuesta a la pregunta de por qué se debe obedecer la Constitución y Kelsen nos dice simplemente que al hablar de derecho válido presuponemos que debe obedecerse y no podemos ir más allá.

Siguiendo una particular inclinación de los neokantianos, Kelsen lamentaba que Kant no hubiera aplicado en sentido riguroso

el método de la *Crítica de la razón pura* al mundo de la moral y el derecho. Consideraba esto como una clara incoherencia de Kant, y su teoría es también una propuesta de saldar esa incoherencia estableciendo el conocimiento práctico conforme a los parámetros de la razón pura kantiana. Para ello acude a la formulación de una categoría lógico-trascendental, paralela a la categoría de «causalidad», que denomina «imputación»: *si A, debe ser B*, y que cumple en la teoría de Kelsen el mismo papel que las categorías cumplen en la filosofía kantiana del conocimiento. ¿Cómo es posible el conocimiento del derecho?, se pregunta Kelsen. Y responde: porque la categoría «imputación» es un parámetro universal de conocimiento que se presupone en el empleo cotidiano de los enunciados jurídicos empíricos. Y esa categoría expresa un «deber ser», un *sollen*, pero no un «sollen» axiológico, sino un «sollen» lógico-trascendental sin el que sería imposible el conocimiento del derecho positivo empírico como derecho válido. La Norma Hipotética Fundamental no es sino la formulación de ese «deber ser» presupuesto.

El error de Kelsen se origina, en mi opinión, aquí. Porque una categoría lógico-trascendental puede ser en todo caso condición de posibilidad del *conocimiento* de las proposiciones del derecho, es decir, podría ser un instrumento apto para la *descripción* correcta de las normas jurídicas, pero en ningún caso implicaría la *aceptación* de las mismas como válidas. Kelsen mismo diferencia entre «enunciado jurídico» (*Rechtsatz*) y norma jurídica (*Rechtsnorm*). El primero sería un enunciado por medio del cual la *ciencia* jurídica *describe* su objeto: las normas; mientras que la segunda sería una proposición del lenguaje jurídico con significado y funciones claramente *prescriptivas*. Pero cuando habla de la «imputación» como un ‘sollen’ lógico no añade a su lado un ‘sollen’ axiológico paralelo, sino que pretende que en él se dé al mismo tiempo una condición de posibilidad del conocimiento y una condición de posibilidad de la vinculatoriedad. Pero ello no es coherente, y por eso mismo la construcción kelseniana, que constituye una presentación descriptiva acabada y grandiosa de lo que *es* un orden jurídico, no es capaz sin embargo de dar cuenta de la característica validez o fuerza vinculante que tienen las normas con ella descritas.

Y por lo que respecta al tema que nos ocupa, me parece que puede decirse que Kelsen no acierta a definir conceptualmente de un modo diferenciado la moral y el derecho, porque, en sentido

estricto, tanto un orden jurídico positivo como un conjunto coordinado de principios y reglas morales pueden ser descritos siguiendo su método: mediante la presuposición de una norma básica a partir de la cual y con ciertas reglas de transformación podrían obtenerse por derivación todas las demás. Si el derecho puede presentarse de un modo axiomático, seguramente también puede hacerlo la moral. Sin embargo Kelsen no acepta esto: incomprensiblemente atribuye siempre un *sentido objetivo* a las conductas jurídicas y un *sentido subjetivo* a las conductas morales. La ‘objetividad’ de las primeras se obtiene mediante su cualificación por normas jurídicas *válidas*, mientras que para las segundas no hay objetividad posible porque la moral es, como hemos dicho, irremediablemente irracional, subjetiva. Pero no está nada claro que la teoría de Kelsen permita llevar a cabo satisfactoriamente esa rotunda distinción.

Recurrir a la ‘efectividad’ del conjunto de normas tampoco nos permitiría llevar a cabo tal distinción, porque una moralidad positiva puede ser, y de hecho es con cierta frecuencia, tan eficaz como un derecho positivo. Por eso, para intentar esa diferenciación e identificar con ello autónomamente al derecho, Kelsen acaba por recurrir a un componente de las normas jurídicas que no es estrictamente hablando «lógico-formal». Su teoría había pretendido ser una «geometría» del fenómeno jurídico en el sentido de que trataba de dar cuenta del derecho al margen del contenido de las normas, pero a la hora de diferenciarlo de otros sistemas normativos se ve obligado a recurrir al componente de «fuerza», de «coacción» que identifica al derecho frente a ellos. En último término toda norma jurídica podría ser reducida al esquema siguiente: «Si se da la condición A, entonces debe producirse el acto coactivo B». El derecho aparece entonces como una técnica normativa específica de control social que se ocupa de organizar las condiciones bajo las que se aplica la fuerza. Kelsen, siguiendo la idea de Max Weber, ve el derecho y el Estado (cosas que son por cierto para él identificables) como órdenes que pretenden el uso de la fuerza en régimen de monopolio. A diferencia de la moral, el derecho es, por definición, un orden de coacción organizada, lo que quiere decir que sus normas incorporan la coacción como contenido. Pero esto suscita algunos problemas ulteriores para el concepto de «validez» como vinculatoriedad u obligatoriedad. Sabemos desde Kant que la fuerza motivacional de una exigencia moral no puede residir en la coac-

ción que se aplica a quien la defrauda, sino en la obligación moral misma. De acuerdo con ello, «validez» no puede significar, en Kelsen, obligatoriedad moral, sino otro tipo de obligatoriedad. Kelsen trata de buscar a las obligaciones jurídicas un fundamento extramoral, un fundamento jurídico en sentido estricto, pero parece que su indagación desemboca simplemente en una apelación a una «validez» presunta que no puede dar cuenta satisfactoriamente de una vinculatoriedad específica del derecho. Con su teoría de la norma fundamental articula un instrumento que tiene sobre todo funciones cognoscitivas: confiere unidad y sistematicidad al derecho, señala qué normas pertenecen y qué normas no pertenecen al sistema, etc., pero «validez» no parece significar en Kelsen simple pertenencia al sistema, sino algo más. O bien significa fuerza vinculante, o bien significa aceptación generalizada. En este segundo caso, la validez no pasa de ser sino la existencia empírica de pautas de uso organizado de la fuerza, pero ello no nos dice nada sobre la justificación de tales pautas y por tanto no nos dice nada sobre su obligatoriedad, su «validez» en el primer sentido. Pero si validez en este primer sentido denota obligatoriedad o fuerza de vincular, entonces parecemos abocados a dar una fundamentación moral a las normas jurídicas. Kelsen, por tanto, ha fracasado.

### 1.1. *La realidad y el derecho*

Si Kelsen es el punto de referencia ineludible del pensamiento jurídico contemporáneo lo es, entre otras cosas, porque su indagación fracasada muestra ante nosotros con toda claridad los dos caminos de la teoría del derecho del siglo xx: la descripción científica de la identidad del derecho en términos empíricos, y la incógnita abierta de la fuerza vinculante de las normas jurídicas. Empezaremos por recorrer el primero de ellos.

El enfoque empirista del derecho tenía, por cierto, una gran tradición en el mundo anglosajón y sus orígenes canónicos pueden retrotraerse a la teoría del derecho de Bentham y de su discípulo John Austin (1790-1859), una figura también inevitable en las discusiones actuales. Austin, que hasta 1827 había sido un abogado prácticamente desconocido, es animado por el grupo de los benthamianos a desarrollar la nueva disciplina de «Jurisprudence» en la

recién creada Universidad de Londres. Imbuido de la perspectiva de Bentham y con cierta influencia del pensamiento jurídico del incipiente conceptualismo alemán, Austin va a desarrollar una teoría del derecho que es muy sencilla pero también muy eficaz. Las normas jurídicas —dice— son «imperativos», «mandatos», emanados de un «soberano» y dirigidos a los «súbditos» en el seno de una «sociedad política independiente». Un «mandato», a su vez, es la expresión de un deseo de que alguien haga u omite algo acompañado del anuncio de un daño en el caso de que tal deseo no sea satisfecho. Para Austin el hecho de estar sometido a una amenaza tal de daño si no se realiza la acción deseada es equivalente a estar «vinculado», «obligado» por el mandato, o lo que es lo mismo, estar bajo el «deber» de obedecerlo (Austin, 1832, pp. 13-14). Este tipo de deseos imperativos y coactivos son las normas jurídicas de una comunidad, siempre y cuando emanen de un soberano en una sociedad política independiente. Y existe una sociedad política independiente cuando un grupo de individuos, llamados «súbditos», tienen el hábito de obedecer los mandatos de otro individuo, llamado «soberano», que, a su vez, no obedece a ningún otro superior. Los mandatos del soberano a los súbditos son las normas jurídicas, el derecho de esa sociedad.

Como vemos Austin no introduce en su descripción del derecho ningún ingrediente moral. Puede dar cuenta del mundo jurídico en términos puramente descriptivos. Y ello porque había heredado de Bentham la clara diferenciación entre lo que el derecho *es* y lo que el derecho *debe ser*. El derecho *es* ese conjunto de mandatos del soberano y, por tanto, no tiene ninguna conexión *necesaria* con el orden moral; ni con el orden moral histórico («moralidad positiva», lo llama Austin), ni con el orden moral ideal (justicia). Tales mandatos del soberano pueden ser perfectamente inmorales e injustos y no por ello dejan de ser normas jurídicas o derecho en sentido estricto. Y ello a pesar de que Austin fue uno de los primeros utilitaristas, es decir, alguien que a diferencia de la mayoría de los realistas posteriores pensaba que los enunciados morales eran cognoscibles y justificables. Para él, el criterio moral por excelencia era el principio de utilidad, y creía que los mandatos del soberano *debían* satisfacer las exigencias de ese principio. Pero si no lo hacían no perdían por ello su condición de normas de derecho. La idea que sostenían tanto él como Bentham era que si se cometía el error

de identificar el derecho con la moralidad, como lo hacían los partidarios de cierta idea del «derecho natural», se corría el riesgo de extender la percepción vulgar de que cualquier norma jurídica, por el mero hecho de serlo, estaba revestida de cierta dignidad ética, de forma que sólo por eso sería acreedora de una obediencia incondicional. Pero ellos eran «radicales», y su idea era que uno de los instrumentos inmediatos de crítica y perfeccionamiento del derecho positivo era precisamente someterlo a una confrontación con pautas morales externas a él. El derecho, seguramente, debería ser obedecido generalmente por razones de paz social, pero eso no significaba que no pudiera ser criticado severamente. Distinguirlo de la moralidad era una condición necesaria para poder llevar a cabo esa crítica.

La impronta de Austin ha marcado profundamente el pensamiento jurídico inglés y norteamericano hasta nuestros días, y sin embargo los movimientos teóricos que se han denominado a sí mismos como «realistas» en sentido estricto, pese a moverse en sus mismas coordenadas, han tenido una relación difícil e irregular con él. Todos ellos hacen suya la cláusula básica que separa el derecho que *es* del derecho que *debe ser*, pero unos por ser críticos con el conceptualismo de la jurisprudencia de Austin y otros por cuestionar su imperativismo, el caso es que casi todos pretenden distanciarse en algún punto de su pensamiento.

El realismo jurídico contemporáneo tiene una versión norteamericana, cuyo precedente fundamental es el mencionado juez Holmes, y una versión escandinava de mayor profundidad y alcance teórico (Hierro, 1981). Los realistas americanos se rebelan fundamentalmente contra el «formalismo» en la teoría del derecho y contra la idea decimonónica de que los jueces aplican mecánicamente normas jurídicas preestablecidas. El «formalismo», tal y como lo entendían los realistas americanos, era la pretensión, heredada de Austin, de que podía desarrollarse un conocimiento exhaustivo del derecho vigente mediante la construcción de conceptos jurídicos abstractos de carácter formal. Los realistas estimaban que esto llevaba a una ciencia jurídica logicista y axiomática que no tenía nada que ver con la *vida* real del derecho. Fuertemente influidos por la filosofía pragmatista americana mantenían una teoría de la verdad como éxito en la producción de los efectos queridos y una concepción fuertemente «predictivista» de la ciencia. La tarea de la ciencia jurí-

dica era la de predecir cómo iban a comportarse los tribunales ante los casos, porque el derecho en sentido estricto era lo que los tribunales de justicia determinaban. En el seno de ese movimiento, bastante difuso y ambiguo por cierto, cabe distinguir a los llamados «escépticos de las reglas» (*rule-skeptics*), como Karl Llewellyn, y los «escépticos de los hechos» (*fact-skeptics*), como Jerome Frank. Los primeros ponían en cuestión la idea de que los tribunales aplicaran normas jurídicas preestablecidas, porque, decían, los jueces distorsionan de tal modo el sentido de las reglas y de los precedentes que cabe decir que literalmente las reinventan para cada caso. Para ellos no existen criterios de interpretación que puedan conducirnos a obtener un significado preciso de las proposiciones jurídicas. Cada juez las utiliza a su manera, lo que es equivalente a decir que, en pura lógica, las reglas jurídicas no existen por encima de ellos. Los «escépticos de los hechos» iban aún más lejos. Afirmaban que tampoco los hechos eran susceptibles de un establecimiento y determinación rigurosos: los medios de prueba, el procedimiento contradictorio, la sugestionabilidad de los jurados, etc., se confabulaban para presentar ante el juez una versión distorsionada, esperpéntica de los hechos. La mente del juez se encargaba de todo lo demás, y el resultado esta vez era la reinención de los hechos. En definitiva, el derecho aparecía ante los realistas como la suma de las decisiones que tomaban los jueces y tribunales, y la ciencia del derecho, si quería llamarse tal, sería aquel conjunto de conocimientos que nos permitiera *predecir* cómo se iban a comportar aquellos jueces y tribunales. Esto implicaba, evidentemente, una separación conceptual entre el derecho y la moral. Lo jurídico era simplemente aquello que se contenía en el fallo judicial, independientemente de su calidad moral. Los realistas americanos aceptaban que las convicciones morales y políticas de los jueces determinaban con frecuencia el sentido del fallo, pero, insistiendo en la distinción entre el derecho que *es* y el derecho que *debe ser*, opinaban en su mayoría que no había criterios morales básicos capaces de identificar conceptualmente el derecho en cuanto tal. Incluso valores éticos que parecían estar implícitos en las normas jurídicas, tales como la seguridad o la certeza del derecho, no eran para ellos sino un puro espejismo. Las apelaciones a esa seguridad jurídica que parecía derivarse de la aplicación imparcial de normas preestablecidas se les antojaban disfraces para ocultar

a los ciudadanos el funcionamiento real del uso de la fuerza en la sociedad.

El realismo americano puso de manifiesto muchas mixtificaciones y tabúes que se escondían, y se esconden aún, en el uso cotidiano del lenguaje legal y desveló con frecuencia realidades ocultas tras la liturgia forense, pero su teoría del derecho era lamentablemente simplificadora. Los realistas escandinavos, por el contrario, desarrollaron una teoría amplia y profunda del derecho desde un punto de vista empírico. El fundador de la llamada «escuela de Uppsala», Axel Hägerström (1868-1939), es quizá la primera voz contemporánea que se alza críticamente contra la metafísica desde la perspectiva de un rígido empirismo. Para él, la realidad espacio-temporal sensible es el único test del conocimiento, y todos aquellos enunciados que no puedan ser reformulados en términos de esa realidad carecen de sentido. El lenguaje de la ética está en ese caso: los juicios de valor y, en general, las proposiciones morales son pura metafísica, no significan nada que pueda ser cognoscible. Este firme y precursor punto de vista les granjeó a Hägerström y a sus discípulos la reputación de «nihilismo moral» y un profundo prejuicio sectario contra sus aportaciones. Sin embargo su teoría del derecho y de la ciencia del derecho iba mucho más lejos de lo que conjeturaban sus críticos. Las más importantes corrientes del pensamiento jurídico europeo habían desembarcado en el siglo XX manteniendo la tesis, llamada convencionalmente «positivista», de que el derecho era simplemente un conjunto de normas emanadas de la voluntad de los órganos del Estado (el legislador, los jueces, etc.). Incluso el propio Kelsen cifraba también la aparición de una norma jurídica en la existencia previa de una voluntad. Hägerström criticó contundentemente esta teoría. Ni la idea de «voluntad del Estado» ni la de «voluntad del juez» o «voluntad de las partes» en los contratos era suficiente para explicar el funcionamiento del sistema jurídico y la vigencia de las normas. No había tales 'voluntades'; eran entidades metafísicas, y, cuando las había, ello no bastaba para dar cuenta de la realidad del derecho vigente. El sistema jurídico era una «máquina» de conformación de conductas y la ciencia del derecho tenía que describir el funcionamiento de esa máquina en términos de la realidad empírica. ¿Cómo podía reducirse a enunciados descriptivos una terminología que como la jurídica empleaba incesantemente expresiones como 'deber', 'obligación', 'derecho',

'responsabilidad', etc.? Vilhelm Lundstedt (1881-1955), catedrático de derecho civil en Uppsala y discípulo de Hägerström, asumió que todas esas presuntas 'entidades' eran, como afirmó su maestro, puro producto de la magia, «ideología de la justicia». De acuerdo con ello la tarea primordial del teórico era desahuciarlas de la terminología jurídica y reconstruir el lenguaje jurídico en términos de proposiciones empíricas, juicios técnicos y cálculos de fines-medios. Lundstedt fue precisamente quien en 1936 declaró abiertamente que el saber jurídico convencional de los juristas académicos no era científico. Fue esto quizá, junto a la mencionada acusación de «nihilismo», lo que determinó el desdén generalizado de la crítica hacia la escuela de Uppsala. De hecho, hasta que el filósofo inglés C. D. Broad no llamó la atención, en la década de los sesenta, sobre la importancia de los escritores de Uppsala, muchas de sus aportaciones eran prácticamente desconocidas fuera de sus respectivos países. Su conocimiento, por lo que respecta a la teoría del derecho, comenzó a generalizarse al mismo tiempo con las versiones inglesas de sus más importantes y maduros teóricos. Especialmente Karl Olivecrona y Alf Ross. Karl Olivecrona (1897-1980), catedrático de derecho procesal en Lund, publicó en 1939 una obra que lleva el significativo título *El derecho como hecho*. En ella se explicita ya con toda rotundidad la visión del derecho como una máquina de producción de reacciones psicológicas de obediencia en los ciudadanos. Los términos deónticos que aparecen en las leyes no hacen referencia a entidades de ningún tipo, ni transportan en sí ninguna vinculatoriedad intrínseca. Se trata simplemente de un conjunto de estímulos mentales que canalizan la actitud de acatamiento de los ciudadanos a la Constitución. El mero procedimiento ritual de aprobación y promulgación de las normas desencadena la tendencia mental a su obediencia que es administrada por la máquina del derecho. En este sentido las normas jurídicas no se diferencian de las normas morales sino en que aquéllas poseen un ceremonial muy específico para hacer su aparición y provocar sus efectos. En el fondo, ambos tipos de normas disfrutaban de la misma naturaleza: ser mecanismos de estimulación de la psicología de la conformidad, condicionamientos instrumentales para obtener la respuesta de acatamiento aprendida por los individuos a lo largo de su proceso de socialización. Si existe alguna diferencia entre ellas, aparte de la meramente ceremonial, es que las normas jurídicas tienen una misión especial que

no atañe a las normas morales: la organización de la fuerza física en la comunidad, el uso de la coacción social. Es esta una idea fecunda y de cierta eficacia heurística que se desarrollará más ampliamente en autores posteriores. En todo caso, ni de las normas morales ni tampoco de las jurídicas se desprende en la teoría de Olivecrona ninguna *validez* o *valor* en sentido fuerte, ninguna propiedad de vínculo que no sea la de una mera respuesta mental de los destinatarios que puede ser explicada en términos causales y en lenguaje descriptivo. Como en todo el movimiento del realismo jurídico, en el pensamiento de Olivecrona se da una invencible desconfianza hacia la significación específica del discurso ético, y en consecuencia, tampoco en él incorpora necesariamente el derecho ninguna señal de identidad moral.

### 1.2. *La experiencia del horror bajo un derecho inmoral*

La mayoría de las teorías jurídicas hasta ahora mencionadas tienen su nacimiento y primeros desarrollos en la primera mitad del siglo. Sin embargo, alcanzan su plenitud interna y su capacidad mayor de influencia después de la segunda guerra mundial. Esto sucede, por ejemplo, con las de Kelsen u Olivecrona. Es preciso por ello interrumpir ahora el relato secuencial de ese pensamiento para ocuparnos de lo que sucedió en torno a la guerra, porque las experiencias jurídicas y políticas que se vivieron alrededor de ella van a determinar una marcada intensificación de los perfiles básicos con que se contemplaba el problema de las relaciones entre derecho y moral.

Al margen de los claros testimonios que hemos observado, desde el siglo XIX se proyectaba sobre el pensamiento jurídico europeo una fuerte tendencia hacia la identificación del derecho por su origen estatal. A la subida de Hitler al poder la rutina mental jurídica dominante, con diversos matices, tendía a identificar el derecho con normas coactivas emanadas de la 'voluntad' del Estado. El 'soberano' de Austin reinaba en la jurisprudencia inglesa. El orden positivo del Estado constitucional en el resto de Europa. Pero el Tercer Reich alcanzó a conformar un 'Estado', un 'soberano' cuyos mandatos, cuyas normas, estaban en muchos casos impregnados de una repugnante inmoralidad. De acuerdo con esa men-

talidad jurídica dominante, aquello que emanaba de los órganos de la Alemania nazi era *Derecho*. Y ello por sí solo ponía de manifiesto con una crueldad inapelable que las leyes podían vehicular violaciones flagrantes de las exigencias éticas más elementales. Porque, en efecto, lo que se desconocía en muchas de aquellas normas jurídicas no eran opciones morales controvertibles sino convicciones profundas, casi universales, que parecían estar en la base misma de cualquier civilización humana posible. Esta experiencia de horror en la que coincidía tan estrechamente lo jurídico con lo inmoral supuso para la mentalidad de algunos juristas una conmoción indeleble. Y llevados inconscientemente por las connotaciones emocionales que suele arrastrar el término 'derecho' abandonaron sus presupuestos teóricos y se vieron irresistiblemente inclinados a rechazar como normas jurídicas aquellas cuyo contenido material tan vivamente repugnaba sus conciencias. Más aún, dieron un paso ulterior y cargaron una parte de la responsabilidad por aquellos horrores a la cuenta de la teoría del positivismo jurídico; es decir, la teoría que trataba de explicar el derecho al margen de los ingredientes morales. No sólo las normas emanadas del Reich, ni sólo los jueces que las aplicaron, también la teoría misma que las consideraba 'derecho' fue acusada a la ligera de propiciar la situación.

El positivismo —escribió Radbruch (1878-1949)— ha desarmado de hecho a los juristas alemanes frente a leyes de contenido arbitrario y delictivo ... Tenemos que armarnos contra el retorno de la arbitrariedad por medio de la superación *fundamental* del positivismo, que enervó toda capacidad de defensa contra el abuso de la legislación nacionalsocialista (Radbruch, 1946, pp. 35 y 41).

Las conclusiones del jurista alemán, que había sentido las heridas de esa conmoción intelectual, sobre las relaciones entre derecho y justicia (o, en nuestros términos, entre derecho y moral) están contundentemente expresadas en estos párrafos:

... donde ni siquiera una vez se pretende alcanzar la justicia, donde la igualdad que constituye la médula de la justicia es negada claramente por el derecho positivo, allí la ley no solamente es derecho injusto, sino que carece más bien de toda naturaleza jurídica ... no se puede definir el derecho, aun el derecho positivo, de otra manera que como un orden o una institución que por su propio sentido está determinado a servir a la justicia.

De acuerdo con ello, para Radbruch el derecho nacionalsocialista «carece totalmente de naturaleza jurídica, no es un derecho tal vez injusto, sino que no es en absoluto derecho».

No puede excluirse que algunos positivistas del siglo XIX hayan mantenido alguna vez que las leyes positivas por el mero hecho de ser tales estén dotadas de una fuerza vinculante intrínseca, pero me parece que no es ese el mensaje que trata de transmitir el positivismo del siglo XX. Radbruch inicia su alegato afirmando que el principio positivista «la ley es la ley» significa directamente que toda ley es justa por ser ley y en consecuencia debe ser obedecida. Por eso pretende que para el positivismo jurídico la idea de «arbitrariedad legal» es una contradicción en los términos (p. 21). Pues bien, esto no es necesariamente cierto. Del principio «la ley es la ley» pueden darse interpretaciones muy variadas, pero creo que el positivismo moderno cuando acude a él (que acude, por cierto, muy escasamente) expresa únicamente la idea de que, desde el punto de vista *descriptivo*, el derecho o las normas jurídicas se identifican como tales a través de ciertas fuentes formales. No trata de ir más allá para afirmar la justificación de la autoridad de tales leyes, como parece desprenderse del uso que el nacionalsocialismo hizo de tal principio. Por eso el positivismo no tiene por qué concluir que la noción de arbitrariedad legal es una contradicción. Con las leyes se han hecho, se hacen y se harán todo género de arbitrariedades, incluidas las nacionalsocialistas. Pero el hecho de que sean leyes no implica que tengan alguna calidad moral ni que deban ser obedecidas.

El error de Radbruch al analizar el sistema jurídico nazi desde la perspectiva antipositivista es doble. Es en primer lugar un error en el conocimiento de la historia, porque ya hay suficientes evidencias para afirmar que el pensamiento jurídico del nacionalsocialismo era más bien iusnaturalista que positivista (Garzón Valdés, 1985). Pero también es un error interno en la apreciación del positivismo. Este segundo error puede detectarse limpiamente en este párrafo: El positivismo —escribe— no está en condiciones de fundar con sus propias fuerzas la validez de las leyes. Tal concepción cree haber demostrado la validez de la ley sólo con señalar el poder de su vigencia. Pero en el poder se puede quizá fundar un «tener que» (*müssen*) pero nunca un «deber» (*sollen*) o un «valer» (*gelten*). «Éstos —dice Radbruch— se fundan más bien en un valor inherente

a la ley» (p. 35). Ciertamente, si por validez de las leyes se entiende 'valor' en sentido fuerte, es decir, valor moral o valor de justicia, el positivismo no puede fundar la validez de las leyes. Pero como hemos visto en las peripecias intelectuales de Kelsen o, más claramente todavía, en las teorías empiristas del derecho, el positivismo evita deliberadamente tales pretensiones. Más bien la acusación de Radbruch podría haberse dirigido con más razón hacia el explícito escepticismo moral de que hicieron gala la mayoría de los positivistas hasta los años cincuenta. Lo que ellos trataban de construir era más bien un enfoque científico riguroso para obtener con él, desde una perspectiva descriptiva, una visión satisfactoria de lo que es la ley, y no de lo que *debe ser*. Es verdad también que por «positivismo jurídico» se han entendido cosas demasiado dispares (Bobbio, 1965) y puede haber habido en la mentalidad rutinaria de los jueces europeos algunos rasgos de sacralización del derecho positivo, pero ello no autoriza a tomarlos como definatorios de una posición teórica que más bien ha tendido a desmitificar y a poner en claro las emocionales y turbias aguas del lenguaje ampuloso de los juristas.

Ciertamente, hay que reconocer que la realidad jurídica del nacionalsocialismo exasperó hasta tal punto los términos de nuestro problema que muchos jueces tuvieron que verse ante un gran dilema moral. En los primeros años de la posguerra se sometieron a la jurisdicción tanto de tribunales alemanes como de tribunales internacionales algunos casos ocurridos durante la era nazi en los cuales se ponía de manifiesto que ciudadanos que habían cumplido con escrupuloso respeto la letra de la ley nazi habían desencadenado con ello consecuencias reales moralmente abominables. El tipo de supuesto más discutido fue el de aquellos ciudadanos que habían recurrido a la obligación jurídica de denunciar actividades contrarias al Reich para desembarazarse limpiamente (es decir, jurídicamente) de sus enemigos o de algunos parientes incómodos. El caso de una mujer que trató de 'asesinar' legalmente a su marido cumpliendo su obligación jurídica de delación fue particularmente repulsivo. Si los jueces sentenciaban con arreglo a derecho participaban de la inmoralidad, si lo hacían siguiendo pautas morales extrañas a las leyes traicionaban los supuestos básicos de su propia condición de jueces. A este dilema se han dado numerosas respuestas (Finch, 1974, cap. 3), pero ninguna de ellas logra, a mi juicio, ha-

cer imposible o evitar la hipótesis que genera el problema: la eventualidad de un derecho positivo moralmente inaceptable.

### 1.3. Positivismo y moralidad interna del derecho

En el año 1958, Herbert L. A. Hart (n. 1907) el más importante de los filósofos del derecho ingleses contemporáneos, publicó una conferencia (Hart, 1962) que redefinía en términos precisos el ámbito de nuestro problema. Hart apelaba nuevamente a sus antecesores Bentham y Austin para reclamar la validez de la distinción entre el derecho que *es* y el derecho que *debe ser*, o, en nuestros términos, entre el derecho y la moralidad. Según él esta distinción capacitaba a los individuos para ver claramente los problemas que plantean las leyes moralmente malas y para comprender el carácter específico de la autoridad jurídica. Y precisamente recurría a ella por la misma razón que alegaba Radbruch para apelar al «derecho supralegal». Hart afirmaba que si no distinguimos el derecho de la moral corremos el riesgo de que la ley positiva pueda suplantar a la moralidad. Según él la idea que invadió la mente de los juristas alemanes, es decir, la idea de que, superado un cierto nivel de iniquidad, el derecho deja de ser derecho, implicaba claramente que las leyes, sólo por ser tales, están revestidas de una cierta dignidad moral. Ello enajenaba a los ciudadanos cualquier posibilidad de crítica. Precisamente lo que demostraba palmariamente la era nazi era que el conjunto de las leyes puestas en vigor en una comunidad era algo diferente de la moralidad, y que si no manteníamos claramente esa diferencia nos enajenaríamos cualquier posibilidad de crítica moral a las leyes. Los viejos utilitaristas nos habían transmitido un mensaje cuyas dos ideas básicas eran las siguientes: del mero hecho de que una regla viole pautas morales no puede seguirse que tal regla *no* sea jurídica; y de que una regla fuera moralmente deseable no puede seguirse que tal regla sea jurídica. Hart, basándose en ello, definía el problema con cierta claridad. No negaba que históricamente entre el derecho y la moral hubiera habido intensas influencias, ni negaba tampoco que ciertas leyes pudieran incorporar convicciones y criterios morales. Lo que él negaba es que *conceptualmente* hubiera una conexión *necesaria* entre derecho y moral. Es decir, negaba que para *definir* el derecho, para hallar un

*concepto* de derecho, tuviéramos necesidad de acudir a ingredientes de moralidad. En un determinado Estado podía haber leyes moralmente admirables y leyes moralmente controvertibles, pero su condición de *leyes*, de derecho, no dependía en absoluto de tal eventualidad.

Todavía con la presencia de los episodios nacionalsocialistas en la mente de los juristas, Hart tendría que defender sus puntos de vista en una célebre polémica mantenida con el jurista norteamericano Lon L. Fuller (Fuller, 1964). La argumentación del profesor de jurisprudencia de Harvard es aguda e ingeniosa y merece la pena detenerse un poco en ella. Fuller afirma que el derecho tiene que ver con la idea de someter a normas la conducta de los individuos, y si esto es así, entonces, el derecho tiene que tener ciertos componentes morales ineludiblemente, pues de no ser así no podría cumplir sus propósitos de regular las conductas individuales y sociales. Pero ¿qué clase de componentes morales? Fuller arriesga la distinción entre una «moralidad de la aspiración» y una «moralidad del deber». La moralidad de la aspiración sería el conjunto de máximos objetivos que una sociedad considera deseables y en la consecución de los cuales atribuye un especial reconocimiento a los individuos. La moralidad del deber trataría más bien de «mínimos» que de máximos. Sería aquel conjunto de normas básicas que hacen posible la propia convivencia y la violación de las cuales es especialmente relevante para la pervivencia de cualquier sociedad. Esa naturaleza básica es lo que exige que esta moralidad se exprese en términos fuertes de 'deber' u 'obligación' y sea especialmente reforzada. En el mundo del derecho también tiene una aplicación esa distinción. Hay una moralidad jurídica que es la expresión de los fines u objetivos que *debería* perseguir el derecho. Es la moralidad «externa», aquella que, si en un determinado caso un conjunto de leyes no reconocen o no persiguen, no por ello dejan de ser derecho. Pero hay también un conjunto de componentes morales que son de tal naturaleza que si el sistema jurídico los ignora entonces corre peligro de perder su propia identidad como sistema jurídico, es decir, corre el riesgo de dejar de ser una empresa cuyo propósito es someter la conducta humana a normas. Estos componentes, según Fuller, son: las leyes deben ser *generales*, porque sería imposible adecuar la propia conducta a ellas si fueran particulares; deben ser *públicas* porque si no se conocen difícilmente pueden obedecer-

se; no deben ser *retroactivas*, porque de lo contrario ello sería tan monstruoso como «ordenar a un hombre hoy que haga algo ayer»; deben ser *comprensibles* porque si no se entienden no se pueden aceptar; no deben ser *contradictorias* pues en ese caso el cumplimiento de una ley llevaría aparejado el incumplimiento de su contraria; no deben ordenar conductas de *cumplimiento imposible*, por razones obvias; deben ser razonablemente *estables* porque sería difícil para los ciudadanos seguir las vicisitudes normativas continuamente; y, por último, debe haber una razonable *coherencia* entre las normas y la actitud de la administración en general, de forma tal que las consecuencias que aquéllas preven sean administradas regularmente y el comportamiento de los órganos públicos se ajuste a ellas. Si un sistema jurídico no cumpliera estos ocho «desiderata» haría imposible su propia pervivencia como tal.

Lo característico del análisis de Fuller era que adscribía a sus ocho propiedades la condición de «definitorias» del derecho mismo. Es decir, que para desarrollar un «concepto» del derecho desde los puntos de vista que él lo hacía era necesario, efectivamente, que las normas de ese ordenamiento cumplieran con tales requisitos. Lo que le enfrentaba a Hart era precisamente esto. Hart había publicado en 1961 una obra, *El concepto de derecho*, que iba a transformarse en una pieza ineludible de referencia en esta materia, y en la que trataba de desarrollar precisamente una noción del derecho en base a criterios que él denominó deliberadamente «positivistas». Para él había tres tesis básicas que definían una teoría del derecho como positivista: la tesis de las fuentes sociales del derecho, que afirma que la existencia de un sistema jurídico se produce por la existencia de algún tipo de práctica social que determina lo que para una comunidad son los criterios de validez jurídica de las normas. En segundo lugar, la tesis de la separación entre derecho y moral, que afirma que las conexiones entre derecho y moral pueden ser históricas y empíricas, pero que no son lógicas ni conceptualmente *necesarias*. Y la tercera tesis, que Hart llama tesis de la discrecionalidad judicial, que sostiene que en todo derecho habrá casos no previstos en las normas; es decir, que todo derecho tiene zonas indeterminadas o incompletas dentro de las cuales los jueces emiten decisiones discrecionales. Desde estas perspectivas Hart diseñaba la idea de sistema jurídico como una unión de reglas de comportamiento y de otro tipo de reglas, que él llamaba secundarias,

y entre las más importantes de las cuales estaba la que denominaba 'regla de reconocimiento', por ser aquella que expresaba plenamente esa 'práctica social' de identificación de criterios de validez jurídica.

Frente a Fuller, que, como hemos visto, trataba de atribuir dimensiones éticas a las señas de identidad de los sistemas jurídicos, Hart buscaba mantener la separación entre derecho y moral sobre la base de encontrar para lo jurídico un «pedigree» predominantemente empírico. Continuaba, pues, con él la tradición contemporánea de dar cuenta, desde un punto de vista descriptivo, del fenómeno jurídico. Es un problema y una tradición que merece la pena detenerse a considerar en su estado actual.

#### 1.4. *Entomólogos e insectos*

Para tratar de explicar *empíricamente* la idea de 'derecho vigente' nadie estaba mejor situado que los herederos del realismo jurídico escandinavo. Tras haber declarado la falta de sentido de toda proposición ética que no pudiera ser expresada en términos empíricos, y haber huido conscientemente del uso del lenguaje moral, se habían entregado a la tarea de ofrecer una visión «científica» del mundo del derecho. La idea de «validez» del derecho habría de ser reconvertida en una trama de hechos si tenía que tener algún significado. Quien continuó con más fidelidad esta línea fue Alf Ross (1889-1979). Ross, catedrático de derecho internacional de Copenhague, heredó, quizá también de sus estudios con Kelsen, una firme posición «emotivista» en materia de ideales éticos. Igual que para sus maestros, la justicia era para él una idea irracionalizable. Para Ross hablar de justicia es una pura expresión de emociones, algo como dar un puñetazo sobre la mesa. Según Ross, cuando alguien dice que una situación no le gusta 'porque es injusta' lo que realmente quiere decir es que la situación en cuestión es injusta 'porque no le gusta'. La palabrería sobre la justicia podría asociarse incluso a una excesiva secreción de las cápsulas suprarrenales. Sin embargo, Ross no siguió a su viejo maestro vienés en el camino de construir un concepto de 'validez' de las normas jurídicas en términos puramente formales o apriorísticos. En esto fue más fiel a su raíz realista fundamental y trató siempre de desarrollar una

idea de la validez, no «criptoiusnaturalista», como decía que era la kelseniana, sino lisa y llanamente empírico-realista. Había recibido una herencia que tendía a reconvertir las proposiciones jurídicas, o bien en términos de hechos sociales, o bien en términos de hechos psicológicos, y él, en cierta medida, trató de unificar ambas soluciones en una; el derecho vigente, o la noción misma de vigencia, involucra dos puntos de vista: el acatamiento regular y externamente observable de una pauta de acción, y la experiencia de esa pauta como norma obligatoria. En toda sociedad hay un derecho que es *vivido* por alguna mayoría de ciudadanos y poderes. Se trata del derecho «en acción», un conjunto de conductas que son efectiva y regularmente seguidas por los miembros de esa sociedad. ¿Por qué? Porque hay un conjunto de normas que son *experimentadas* y *sentidas* como socialmente vinculantes por ellos. La relación que existe entre el elemento psicológico (experimentar y sentir como vinculante una norma) y el elemento sociológico (la regularidad externa de la conducta) es una relación causal-explicativa. Los ciudadanos se comportan de ese modo *porque* están condicionados por sus vivencias psicológicas de acatamiento. Por ello, las normas nos sirven como «esquema de interpretación» de los hechos sociales regulares (Ross, 1963).

Evidentemente este tipo de planteamiento dice muy poco sobre las relaciones entre derecho y moral. Como sucedía con el esquema de Kelsen, también el de Ross podría ser aplicado literalmente a la idea de normas morales «vigentes». Pero a diferencia de aquel, Ross es más consciente de ello e instrumenta dos criterios importantes para operar la diferenciación entre ambos sistemas normativos. En primer lugar, Ross afirma que, a diferencia de la moral, el derecho está integrado por dos tipos de normas entrelazadas: normas de conducta y normas de competencia. Y en segundo lugar Ross adscribe al derecho concebido como un todo un contenido diferenciado: el uso de la fuerza. El derecho vigente es un conjunto de normas de conducta y normas de competencia regularmente cumplido y experimentado como vinculante, y que tiene por objeto regular el uso de la fuerza en la vida social.

Con la teoría de Ross había llegado a su cima el realismo jurídico. En torno a él y en polémica con él merece la pena ser citado el sociólogo alemán Theodor Geiger (1891-1952) porque, a pesar de sus diferencias, el alcance interpretativo de su obra es similar

y se ocupa centralmente de nuestro tema (Geiger, 1982). Sin embargo Geiger arranca precisamente de una crítica a la escuela de Uppsala en el punto central que había inspirado a Hägerström: la argumentación contra la «teoría de la voluntad». Para el sociólogo alemán la crítica a la idea de «voluntad» detrás de las leyes sólo puede ser válida si entendemos esa idea de un modo exageradamente antropomorfista y psicologista: como una 'volición' individual. Pero esto es un error. Lo cierto es que en toda sociedad se dan grupos o sectores de intereses que *quieren* ser hegemónicos respecto de otros, sea cual sea el vehículo que utilicen para imponer o transmitir ese «querer». De ellos es de quien se dice que «detentan el poder». El poder es un fenómeno social externo que se manifiesta a través de ciertas técnicas de conformación de la conducta de los demás. El derecho no es más que una de esas formas de manifestarse: una técnica mediante la cual se adscribe una sanción a un cierto tipo de conductas con objeto de conseguir que ese tipo de conductas no se realicen. La validez de esas 'normas' jurídicas consiste en la probabilidad de su eficacia buscada con tales técnicas. Derecho y poder se hallan así íntimamente entrelazados. La Constitución es «la paráfrasis jurídica de la constelación de poder existente en el momento en que se dictó» (p. 112), «el derecho constitucional es el compromiso realizable entre las voluntades que luchan en el campo de fuerzas de las constelaciones políticas de poder» (p. 122). Desde este punto de vista el derecho no tiene, por definición, relación alguna con la moral. Es un fenómeno social puramente externo, que no demanda aquiescencia de la conciencia individual ni concordancia con patrones ajenos a la resultante de ese juego de fuerzas de poder. Basta para él el imponerse externamente mediante las técnicas sancionatorias adecuadas. Para Geiger este esquema no plantea problemas ni siquiera en el tema, tan aparentemente contradictorio con su teoría, de las limitaciones legales al poder. Cuando un poder se limita «legalmente» ello significa únicamente que aquel sector social que lo detenta no tiene el suficiente como para materializar todos sus deseos en normas y se ve obligado a ceder ante otros sectores que ejercen también y simultáneamente su cuota de poder.

Tanto la teoría de Geiger como la de Ross, con su empeño empirista puro, suponían y desarrollaban un punto de vista de «observadores» de una realidad que, dentro de su perspectiva, aparecía

como «externa» a ellos. Constatában fenómenos sociales, regularidades de conducta, inclinaciones psicológicas, condicionamientos sociales. Es decir, trataban de *explicar* el derecho como un entomólogo da cuenta de las peripecias de una colonia de insectos, con sus leyes, sus comportamientos automáticos y su diseño social. El derecho aparecía así ante ellos como un conjunto de estímulos que provocaban causalmente la respuesta de la organización social. Este es el punto de vista que va a poner en tela de juicio Hart en su libro fundamental de 1961. Si la polémica con Fuller había sido un episodio parcial de su propia teoría, la propuesta de una alternativa global a la metodología de los empiristas en general, y de los británicos muy en particular, va a ser, sin duda, su máxima aportación. Una aportación que en el lenguaje de la epistemología continental puede equivaler al enfrentamiento ya clásico entre la *explicación causal* de la realidad humana y la *comprensión interna* de la misma. Hart trata de dar cuenta del fenómeno jurídico poniendo el acento en dos aspectos: el aspecto estructural del derecho y el aspecto metodológico de los enunciados «internos» necesarios para describirlo. Desde el primero de ellos Hart hace especial énfasis en el carácter de «unión» de diversos tipos de normas que es característico del derecho. En diálogo crítico con su antecedente en la jurisprudencia inglesa, John Austin, pone en cuestión la idea de que las normas jurídicas son 'mandatos' acompañados de sanciones, es decir, reglas de conducta reforzadas por la coacción.

Para Hart es evidente que las normas que confieren poderes o atribuyen derechos no son reglas de conducta. Y sin embargo son características en el sistema jurídico. Según él, el sistema jurídico es la *unión* de ese tipo de normas con otro tipo de reglas llamadas secundarias, como ya recordábamos antes. Además de la regla de reconocimiento antes mencionada, que se usa para identificar qué normas pertenecen al sistema, existen también en el derecho reglas de cambio, que suministran los procedimientos para crear, modificar o suprimir las demás normas jurídicas, y reglas de adjudicación, que tienen previsto un procedimiento específico para los supuestos de violación de las normas o de dudas acerca del alcance de ellas. La unión o coordinación de estos tres tipos de reglas (que Hart llama, como digo, «secundarias») con las reglas de conducta es, según él, lo que caracteriza *estructuralmente* al derecho frente a otros tipos de normas sociales, y *en particular* frente a las normas

morales. La moralidad es un conjunto de normas y principios de conducta diferenciados del derecho porque carecen de esa típica estructura de coordinación de normas diferentes que es propia de éste.

En este punto, Hart no difiere básicamente de la teoría desarrollada por el danés Alf Ross. Lo que le diferencia de él es su enfoque del derecho «desde dentro», haciendo apelación a los enunciados jurídicos como algo que sólo es comprensible si se concibe desde un 'punto de vista interno'. Para Ross, como hemos visto, las normas, el derecho en general, se *explicaban* por su efecto *causal* sobre las mentes y las conductas de las personas. Hart, por el contrario, arguye que sólo se puede *comprender* el derecho cuando nos damos cuenta de que las normas no son sólo ni principalmente las 'causas' de cierto comportamiento, sino que funcionan como *razones* para la acción y como criterios de enjuiciamiento de las conductas de los demás; los individuos usan las normas jurídicas como justificación de sus comportamientos, como razones que guían y gobiernan sus conductas. Este punto de vista interno o sentido interno de los enunciados jurídicos es lo que puede dar cuenta, por ejemplo, de la diferencia que existe entre «verse obligado» (por un asaltante, por la fuerza) y «tener la obligación» (apelación a la norma como razón), y es particularmente relevante en su teoría para enfocar la actitud de los ciudadanos y de los jueces hacia las reglas de reconocimiento. La regla de reconocimiento es un procedimiento de identificación de la juridicidad de las normas. Hasta tal punto que se ha discutido si se trata realmente de una norma o de un «criterio de pertenencia», de una definición. Pero en todo caso, la idea de Hart es que el *uso* de ese criterio como práctica social para determinar las normas que han de ser consideradas jurídicamente válidas es lo característico del sistema jurídico. Y su uso no como estímulo *causal* de las mentes, sino como *razón* justificatoria de la conducta a seguir en términos jurídicos.

A lo largo de estos últimos años la discusión de las coordenadas de la teoría de Hart ha sido intensa y fecunda, pero no puedo detenerme en ella. Lo que interesa es constatar que desde esa perspectiva, y dejando a un lado el aspecto estructural del derecho, no resulta fácil establecer la distinción que el mismo Hart persigue entre el derecho y la moral, porque los enunciados internos son incluso más característicos de ésta que de aquél, y si en algún mundo funcionan las normas como razones que guían la conducta asumidas

por los destinatarios 'desde dentro', ese mundo es sin duda el de la ética. Quizá por ello Hart trata de distinguir las normas morales, o la moralidad, de las normas jurídicas, o el derecho, recurriendo a algunos rasgos ulteriores. Esos rasgos, privativos de la moralidad, son cuatro: 1) La *importancia* de las normas morales, en el sentido de que en toda sociedad la observancia de dichas normas es considerada como algo muy importante. 2) La *inmunidad al cambio deliberado*, lo que significa que las reglas morales, a diferencia de las jurídicas, no pueden ser creadas, modificadas o suprimidas a voluntad, mediante un procedimiento creado artificialmente para sancionar esos cambios. 3) El *carácter voluntario de las transgresiones morales*, que apunta a la idea de que el reproche moral queda excluido cuando no hay voluntariedad en las transgresiones, lo que no siempre ocurre en el derecho. 4) La *forma de presión moral*, que consiste, no en apelar a sanciones o a amenazas como en el derecho, sino en una apelación a las reglas morales mismas y a su respeto como algo importante en sí y por sí.

A la teoría de Hart podrían hacerse algunas críticas. A su teoría de la estructura del derecho (unión de dos tipos de normas) como rasgo diferencial frente a la moral, podría argüírsele que existen 'morales' altamente institucionalizadas (como las de las sectas y confesiones religiosas), que también podrían presentar esa misma estructura. A la idea del 'punto de vista interno' como característico de la relación de los individuos con las normas jurídicas, que ese punto de vista significa algo muy parecido a aceptar las normas jurídicas como normas justificadas moralmente, dado que son razones que gobiernan nuestra conducta. A los rasgos ulteriores que menciona como arquetipos de la moralidad, que en los sistemas jurídicos existen con frecuencia muchas normas que también son capaces de cumplir con esos cuatro requisitos o rasgos. Hart, sin embargo, se resiste a aceptar como elemento básico de diferenciación el mencionado por Ross: la organización del uso de la fuerza como *contenido* del sistema jurídico. Como consecuencia de ello debe hacer gravitar su teoría en torno a la idea del punto de vista interno, pero es difícil sustraerse a la impresión de que el punto de vista interno implica y supone una motivación moral. Y si esto es así, y supuesto que el resto de sus criterios de diferenciación no son suficientes, entonces su propósito de separar conceptualmente moral y derecho suscita serios interrogantes.

### 1.5. ¿Es obligatorio el derecho?

La ambigüedad de la solución hartiana se pone de manifiesto cuando se enfrenta con el problema de la *vinculatoriedad* del derecho, es decir, con el problema de la «obligación de obedecer al derecho». No creo que sea exagerado afirmar que uno de los problemas más debatidos en la teoría jurídica moderna es el de la llamada «fuerza vinculante» del derecho. De hecho, como antes hemos visto, la búsqueda de una identidad propia para las normas jurídicas se expresaba en la acuñación de una «validez» de las normas del derecho, y esa «validez» se identificaba casi inmediatamente con «fuerza vinculante». Las normas válidas eran las normas jurídicas vinculantes. Y 'vinculatoriedad' se asimila también inmediatamente con 'obligatoriedad' o con 'obligación de obediencia'. Pues bien, el problema consiste en definir en términos convincentes los rasgos de esa 'obligatoriedad' inherente al derecho y privativa de las normas jurídicas, y fundamentar satisfactoriamente esa obligatoriedad. Para hacerlo es preciso evitar a toda costa dos puntos de vista desde los cuales esa fuerza vinculante privativa del derecho parece esfumarse: por un lado el que afirma que la obligatoriedad jurídica descansa en la coacción, en la amenaza de sanción, y por otro lado el que pretende que la razón de obligatoriedad de las normas jurídicas es una razón de carácter moral. Mirado desde el punto de vista del destinatario de las normas, el primer punto de vista afirmaría lo que se ha llamado sumisión *propter iram* y el segundo la sumisión *propter conscientiam*. En ambos casos llegamos a un callejón sin salida. En el primero de ellos desaparece la idea misma de obligatoriedad, porque cuando media la coacción sólo puede ser afirmado, como decía Hart, que el individuo «se ve obligado» a realizar una acción, pero ello no implica que «tenga la obligación» de hacerlo. En el segundo caso, en el que nos encontramos, en efecto, en presencia de una obligación en sentido estricto, sin embargo ésta no deriva de la norma jurídica que la impone, sino de una norma moral incorporada ocultamente en ella o de una motivación moral proyectada sobre ella. Si, en este segundo caso, se comparte la tesis de la unión conceptual entre derecho y moral entonces no hay problema porque la obligación jurídica no es sino una subespecie de la obligación moral. Pero Hart rechaza la teoría de la coacción y afirma también que se da una separación

conceptual entre derecho y moral. ¿Cómo puede perfilarse entonces una obligatoriedad *jurídica* distinta de la moral? El problema se puede plantear también de otro modo. Como decía Holmes, y tanto irritaba a Lundstedt, el derecho usa con profusión el lenguaje del 'deber', la 'obligación', la 'responsabilidad', etc. Si este lenguaje, si estos términos no tienen el mismo significado cuando los usa el derecho que cuando los usa la moral, ¿cómo puede especificarse entonces el significado de uno y otro lenguaje? Hart cree poder hacerlo. Según él, esos términos tienen aspectos formales comunes en la medida en que son términos cuya función es guiar nuestra conducta, pero cuando se usan en el derecho suministran un tipo de razones para la acción diferente de cuando se usan en la moral. Son razones de otro tipo, de cálculo, de adaptación, quizá también de temor; seguramente razones muy poderosas, pero no tienen por qué ser asimiladas a las razones morales. Es decir, Hart circunscribe la obligación jurídica a la aceptación de un tipo de razones para la acción y la obligación moral a la aceptación de otro tipo de razones. Pero si recordamos los rasgos que según él caracterizaban la moralidad, uno de ellos, el que se refería a la forma característica de la presión moral, nos puede dar una idea de la inconsistencia de su solución. La forma de presión moral consiste en apelar a las normas mismas y a su respeto como algo importante en sí; es decir, la obligación moral, como decía Kant, se caracteriza por el motivo de la acción, que es la norma misma, mientras que en la obligación jurídica el motivo de la acción es un cálculo, un temor, una conveniencia adaptativa, es decir, algo externo a la norma. Luego en el caso del derecho *no* es la norma lo que impone la obligación, sino un componente distinto de ella. O lo que es lo mismo, la norma jurídica no es obligatoria. Hart sólo puede dar cuenta en sus propios términos de la idea de obligación jurídica si concibe la actitud «interna» ante las normas jurídicas como productora de una motivación de carácter moral. El «punto de vista interno» tiene una doble naturaleza. Por un lado es «intelectivo», en el sentido de que nos ayuda a comprender cómo funciona un sistema jurídico, pero por otro lado es «volitivo», en el sentido de que presupone que al menos los aceptantes de las normas jurídicas encuentran en ellas una motivación de carácter moral. Y si esto es así, entonces Hart puede afirmar que las normas jurídicas son obligatorias, pero no puede afirmar que haya una separación conceptual entre el derecho y la moral.

Porque el corolario último que se desprende de una posición definida en favor de la separación conceptual entre derecho y moral, es precisamente que las normas jurídicas, simplemente por su condición de jurídicas, *no* son obligatorias, que el derecho *en cuanto tal* no implica la obligación de obediencia. Seguramente será más cómodo, más prudente, más conveniente, etc., obedecer sus normas, pero *no* deben ser obedecidas simplemente porque sean jurídicas. La obligatoriedad del derecho se produce cuando sus normas, además de su mera condición de jurídicas, cumplen algunos otros requisitos ulteriores de carácter muy variado y complejo. Esto es lo que no han sabido ver con claridad los principales autores positivistas, empezando por el propio Kelsen que es quien ha diseñado las coordenadas de todo el pensamiento jurídico contemporáneo sobre la base de un error conceptual: identificar la «juridicidad» con la «validez» y ésta con la «fuerza vinculante», con la «obligatoriedad».

#### 1.6. *Nuevos trabajos para Hércules*

Durante la década de los setenta se va a plantear al pensamiento de Hart un desafío ulterior, de una naturaleza distinta y construido sobre bases nuevas, pero que afecta en todo caso, y entre otros temas, al problema de la separación entre moral y derecho. Un conjunto de ensayos del pensador norteamericano Ronald Dworkin, reunidos posteriormente en un libro (Dworkin, 1984), pusieron en cuestión aspectos fundamentales de aquella teoría, considerada entonces como la teoría jurídica *dominante*. El pensamiento de Dworkin es muy complejo, denso y a veces vacilante y ambiguo, pero es preciso dar de él una breve aproximación porque supone un intento de observación de los fenómenos políticos y jurídicos desde una nueva óptica. Con sólo decir que su teoría pretende ser al mismo tiempo «descriptiva» y «normativa» será suficiente para calibrar hasta qué punto estamos en presencia de un intento novedoso, aunque no haya faltado quien, por lo mismo, califique a Dworkin de «prebenthamita».

Como se recordará, uno de los rasgos con los que Hart definía el positivismo jurídico era la llamada «tesis de la discrecionalidad judicial» según la cual en toda experiencia de derecho hay supues-

tos que, o bien por no estar expresamente previstos en una norma, o bien por caer en la «zona de penumbra» (ambigüedad, vaguedad, etc.) del área de significado de alguna norma, fuerzan al juez a emitir una decisión creadora de derecho, y no meramente adjudicadora del mismo, por la sencilla razón de que puede decirse que para justificar esa decisión no dispone de norma clara alguna en el seno del sistema. Esto es la discrecionalidad judicial. Y es a esto precisamente a lo que se opone Dworkin. Si el juez *crea* una norma para resolver un caso concreto —dice— se cometen dos irregularidades: en primer lugar, un órgano o funcionario no elegido democráticamente dicta una regla nueva; en segundo lugar, esa regla es retroactiva puesto que se aplica a un supuesto anterior a su propio nacimiento como regla. En ambos casos estamos ante hipótesis no admitidas por el sistema. Esto no sólo es indeseable, sino que la teoría que lo propone como una descripción suficiente de lo que realmente sucede es una teoría incapaz de dar cuenta del funcionamiento del derecho. Dworkin pretende que su teoría es más completa como descripción de las cosas y más deseable también. Para él, el punto de partida erróneo es pretender que el derecho es sólo un sistema de *normas*. Porque en los «casos difíciles», es decir en aquellos casos que, por definición, no están previstos en normas, desemboca en las irregularidades mencionadas. Pero el derecho no es sólo un conjunto más o menos coherente de normas, sino que incorpora también un componente fundamental, que son los *principios*. Pero cuando Dworkin habla de «principios» es preciso recordar que no parece estar hablando de lo que en la jurisprudencia continental se llaman tradicionalmente «principios generales del derecho». Éstos son proposiciones abstractas de derecho que expresan el sentido básico y las directrices más generales que inspiran a una institución, a un conjunto de instituciones o al ordenamiento jurídico en su conjunto. Es decir, no son comprensibles sin esas instituciones o ese ordenamiento porque son una abstracción de sus contenidos más particulares. Los principios de Dworkin, por el contrario, tienen un origen que descansa no tanto en alguna decisión particular de algún legislador, sino «en un sentido de conveniencia (*appropriateness*) desarrollado por los profesionales y el público a lo largo del tiempo» (p. 40 orig. inglés). Son, digámoslo así, convicciones, prácticas, intuiciones profesionales y populares entendidas en sentido amplio. No están, pues, sometidas al control normativo

de un cuerpo legislador, ni obedecen a la voluntad de órgano alguno de decisión. Viven en la comunidad y en la profesión, *están* ahí. Y además los principios a que se refiere Dworkin tienen otra peculiaridad: «son proposiciones que describen derechos» (p. 90 orig.). Esta es ciertamente una particularidad curiosa que no acierta a explicarse bien salvo que pensemos que Dworkin está promocionando una definición puramente estipulativa de «principios». ¿Por qué sólo derechos? ¿Por qué quiere anticipar subliminalmente la «fuerza» que va a otorgar a esos principios? ¿Por qué sigue al pie de la letra la construcción de John Rawls? La verdad es que no se advierte por qué los principios no describen también deberes o juicios generales de valor. La única contestación que podría encontrarse a esta unilateral función de los principios en la teoría de Dworkin es que Dworkin subraya con particular vigor una teoría, especialmente fuerte, de los derechos. Para él los derechos son bazas fuertes, «triumfos», que se imponen sobre otras demandas jurídicas, políticas o éticas con las que puedan entrar en conflicto. Los derechos se imponen en particular a las «directrices políticas» (*politics*) definidas en términos utilitaristas. Un derecho es algo que debe ser respetado y satisfecho, aun cuando su respeto y satisfacción vayan contra una directriz política en favor del interés general, contra la voluntad de la mayoría, o contra la utilidad pública. Naturalmente, si los «principios» describen «derechos», en este sentido los principios son obviamente enunciados jurídicos o morales muy poderosos.

¿En qué medida afecta esto a nuestro problema? Pues en la medida en que esos «derechos» que son descritos a través de los principios pertenecen en parte, no al sistema normativo jurídico, sino a la vida y a la cultura; es decir, también a la moralidad de una determinada comunidad. Respecto a los derechos políticos, Dworkin es muy explícito: «Los derechos políticos son criaturas tanto de la historia como de la moralidad: aquello a lo que un individuo tiene título, en la sociedad civil, depende tanto de la práctica como de la justicia de sus instituciones políticas» (p. 87 orig.). Y claro, si se diseña la actividad judicial como una actividad cuyas decisiones consisten en reconocer y reforzar «derechos», y se concentra la descripción del fenómeno en torno al momento de la decisión judicial en casos controvertidos, entonces el núcleo del propio derecho aparece como algo entrecruzado por normas jurídicas insti-

tucionales, demandas morales y postulados políticos. Poner orden en esta selva de componentes para llegar a una «respuesta correcta» en un «caso difícil» es la tarea que, conforme a la descripción breve que se hará a continuación, le es encargada a *Hércules*.

¿Qué tendría que hacer un juez ante un caso difícil? Un caso difícil se define precisamente porque a la hora de resolverlo no hay posibilidad de apelar a una *norma* del sistema jurídico y, sin embargo, hay ahí dos litigantes que pretenden tener «derecho» y que su derecho obtenga satisfacción. ¿Cómo ha de actuar el juez? Dworkin es un seguidor fiel de John Rawls y lo que supongo que trata de hacer es trasladar al caso del juez el razonamiento «constructivo» de Rawls y la idea del «equilibrio reflexivo». Pero al trasladarlo al campo de la actividad judicial el modelo adquiere unas dimensiones tales de complejidad que Dworkin tiene que inventarse un juez omnisciente al que, significativamente, denomina *Hércules*. En la teorización moral, el modelo constructivo propone, en términos generales, que al punto de vista moral se puede acceder a través de la construcción de un conjunto coherente y consistente de principios que sea el que con más precisión y adecuación justifique y otorgue sentido a nuestros juicios morales intuitivos. Pero en el derecho no se trata de contrastar una construcción teórica con ciertas intuiciones, sino con todo un enorme acervo de principios vivos en la profesión y en el público, convicciones colectivas, postulados políticos aludidos por la Constitución y las leyes, precedentes e historia jurisprudencial, etc. Es decir, que *Hércules* tiene que hacer una construcción en la que encaje todo ese magma moral, político y jurídico. Tiene que elaborar una teoría coherente de la Constitución, de la moralidad colectiva y de la tradición jurisprudencial, una teoría que dé como resultado un abanico de principios no incompatibles entre sí y que expliquen, den sentido y justifiquen la propia Constitución, las tradiciones de la profesión jurídica, los antecedentes y las normas explícitas del sistema. Por fin, esos principios así obtenidos han de sustentar la decisión judicial particular que *Hércules* vaya a dictar en ese caso difícil. He aquí la «right answer». Eso explica que Dworkin pretenda estar proponiendo una teoría que, al mismo tiempo, es jurisprudencia descriptiva (da cuenta y explica el derecho) y jurisprudencia normativa (justifica las decisiones jurídicas y judiciales). Y explica también, por lo que aquí interesa, que afirme la unidad entre el derecho, la moralidad y la

política, pues si todos esos ingredientes vivenciales y comunes han de ser ensamblados para llegar a una decisión apropiada desde el punto de vista del derecho, entonces está confundiendo el derecho con el derecho justo y, en particular, está uniendo una decisión coherente con el derecho con una decisión «correcta» en sentido moral. Lo que, por cierto, explicaría que Dworkin haya terminado por admitir que cuando su *Hércules* se encuentre en un país como Sudáfrica y se tropiece con un problema de discriminación sería más adecuado que mintiera en lugar de tratar de ensamblar todo aquello para obtener una «respuesta correcta».

La teoría de Dworkin es muy compleja y está llena de destellos e incitaciones de gran agudeza, por lo que es prácticamente imposible hacerle justicia en estas breves notas. Lo que la caracteriza, no obstante, en términos generales es que sugiere con cierto vigor que la argumentación judicial, y la argumentación jurídica en general, es una forma especializada y compleja de argumentación moral, o al menos que puede diseñarse con los moldes de ésta. En este sentido la teoría de Dworkin es muy sugestiva y aceptable y ha supuesto un profundo replanteamiento de la teoría de la interpretación y aplicación del derecho. Sin embargo, inferir de la igual naturaleza de ambos tipos de argumentación que el derecho y la moral tienen una unidad característica es una conclusión un poco precipitada. Hart mantenía que la *juridicidad* de ciertas normas y decisiones se podía identificar mediante ciertos criterios empíricos de «pedigree». Dworkin trata de negar esto, pero es difícil aceptar que lo haya conseguido. Un particular, por ejemplo, puede realizar una construcción de «principios» acorde con el programa dworkiniano y llegar a una decisión correcta. Esa decisión puede ser de contenido idéntico a una decisión judicial, pero lo que diferencia a esta última de aquélla es su *juridicidad*; es decir, el que mientras que la primera es una decisión u opinión particular, la segunda es una *sentencia judicial*. Muchas personas opinan exactamente igual que el Tribunal Supremo, pero sólo éste emite sentencias. Lo que Hart trataba de decirnos es que el carácter de 'sentencia', es decir, de norma jurídica, que tenga una opinión no depende en absoluto del contenido de esa opinión ni de su moralidad, sino de sus «fuentes», de su «pedigree» como norma jurídica. Y por eso afirmaba que no hay una vinculación conceptual, definicional, entre derecho y moral. Hasta el punto en que esto es comprendido así, Hart tenía

razón, y las sentencias que produzcan los trabajos de Hércules serán sin duda más profundas, coherentes y completas que cualquier otra, pero ¡mala suerte!, serán exactamente igual de *jurídicas* que las del más pequeño, débil y carente de imaginación juececillo local.

## 2. ¿LEGALIZAR LA MORAL?

Todavía no podemos abandonar el pensamiento de Hart. Y no por un especial capricho, ni por una inclinación personal. Es que, de hecho, lo más importante de las discusiones contemporáneas en torno a nuestro tema le ha tenido a él como protagonista. En 1963 su polémica aseveración de que no existía nexo conceptual necesario entre derecho y moral había provocado ya tantas y tan acaloradas respuestas que se sintió obligado a poner orden en el problema. En las primeras páginas de una nueva obra (Hart, 1963) se hacía eco del «calor de controversia» que se generaba cuando el derecho y la moral eran mencionados juntos, y advertía a continuación que las relaciones entre ambos no configuraban una sola cuestión, sino que, muy por el contrario, debajo de ellas se escondían algunos problemas heterogéneos que convenía distinguir. En *primer* lugar había una *cuestión histórica o causal*: la de si a lo largo de la historia los criterios y convicciones morales habían influido *de facto* en el derecho, o a la inversa, de si el desarrollo del derecho había dejado sentir su influencia en las pautas morales de las comunidades. En *segundo* lugar estaba la *cuestión analítica o definicional* que hemos venido discutiendo: ¿puede definirse el derecho sin incluir en su definición un componente moral? En *tercer* lugar recordaba la cuestión en torno a *la posibilidad y las formas de crítica moral al derecho*: de acuerdo con qué criterios o segmentos de la moralidad podría ser llevada a cabo y en función de qué valores morales. Y *por último*, estaba la cuestión llamada del *reforzamiento* ('*enforcement*') de la moralidad por el derecho, que aludía al problema moral de si el hecho de que una comunidad compartiera ciertas convicciones morales autorizaba a imponer esas convicciones mediante la fuerza organizada de las normas jurídicas. ¿Era moralmente permisible reforzar jurídicamente la moralidad?

Como se puede advertir fácilmente las cuatro cuestiones son de naturaleza muy diferente. La primera de ellas es una cuestión de

hecho, de historia. La segunda es una cuestión de teoría del derecho. La tercera es una cuestión de teoría de la moral. Y la cuarta es claramente una cuestión de ética normativa. Si nos centramos en la segunda y en la última y recurrimos a la vieja distinción de Bentham-Hume, podremos formularlo claramente: la segunda responde a la pregunta: ¿qué *es* el derecho?, mientras que la cuarta trata de responder la pregunta: ¿qué *debe ser* el derecho? Vamos desde ahora a adentrarnos en esta última y apasionante cuestión.

Pues bien, la cuestión de si las normas jurídicas *deben* imponer con su aparato de fuerza algunas convicciones morales y qué convicciones pueden ser éstas es una cuestión con una historia venerable. Todo el mundo afirma que las leyes deben ser justas pero es difícil ponerse de acuerdo en qué principios y pautas morales diseñan un panorama de justicia. En todo caso este apartado no se refiere estrictamente a eso. Se refiere más bien a los límites a la intromisión legal en las conductas de los hombres y tiene su origen histórico en una mentalidad que se genera en Europa a lo largo y ancho de las guerras de religión y nos sale al paso con una formulación precisa ya en los *Fundamenta iuris naturae et gentium* (1705) de Thomasius. Se trata de la distinción entre el *iustum* y el *honestum* que desembocará posteriormente en la distinción kantiana entre el *forum internum* y el *forum externum* como criterio de división de las obligaciones por su ámbito de aplicación. En ambos casos nos vamos a encontrar frente a propuestas teóricas que no están dirigidas, como podría parecer, a «desmoralizar» el derecho sino a «deslegalizar» la moral. En efecto, cuando a lo largo del siglo XVIII se difunden esas diferenciaciones conceptuales, lo que cristaliza en sus diversas fórmulas no es más que la consecuencia de dos siglos de persecuciones religiosas mediante normas jurídicas, y tales fórmulas tratan simplemente de ser la afirmación de los límites infranqueables a la acción del Estado respecto de la conciencia individual. O lo que es lo mismo: la postulación de la libertad de la experiencia religiosa y moral individual frente a la potestad normativa del Estado político, la interdicción *moral* a la facultad política de someter la conciencia del individuo a normas jurídicas. Es decir, lo que encontramos en todo aquel movimiento emancipador del siglo XVIII es, sobre todo, una teoría de los límites del ejercicio del poder, una de cuyas consecuencias reviste la forma teórica de diferenciar dos tipos de obligaciones: el moral y el jurídico. Se dice

entonces que mientras la obligación moral vincula territorios del fuero interno y extrae su fundamento y mérito del motivo interno del obrar, la obligación jurídica somete tan sólo la exterioridad de la acción y exige sólo el cumplimiento externo del mandato sea cual sea el motivo de ese cumplimiento: cálculo, temor, prudencia, etc. Y es precisamente por esa ignorancia de los motivos del obrar por lo que puede incorporar la «coacción» sin disminuir un ápice el valor *jurídico* del cumplimiento. Algo que, sin embargo, es imperceptible en la ponderación del valor *moral* del cumplimiento de las obligaciones éticas que, si se «fuerza», pierde toda su virtud. Pero es muy importante que no perdamos de vista el sentido último de todo ese movimiento ético-político porque en realidad no tiene la vista puesta en privar al derecho y al poder de un fundamento moral, sino muy por el contrario en formular precisamente un nuevo fundamento *moral* para el Estado político: sólo es legítimo aquel sistema de gobierno que no trata de regular la conciencia individual.

Ese punto de vista que identifica profundamente a la gran tradición del liberalismo europeo tiene en el siglo XIX un epígono contundente en torno al cual va a girar en gran medida toda nuestra discusión. Se trata de aquel «muy simple principio» sobre el que monta Stuart Mill toda la estrategia argumentativa de su obra *On Liberty*:

Ese principio es que el único fin para el que el género humano está autorizado, individual o colectivamente, a interferir en la libertad de acción de cualquiera de sus miembros es la propia protección. Que el único propósito con el que el poder puede ser legítimamente (*rightfully*) ejercido sobre cualquier miembro de una comunidad civilizada contra su voluntad es para prevenir el daño a otros. No puede ser legítimamente compelido a hacer u omitir algo porque ello sea mejor para él, porque le vaya a hacer más feliz, porque, en la opinión de otros, hacerlo fuera sabio o incluso moralmente correcto (*right*).

En este texto clave de Mill, que, como se ha recordado, no es ni simple ni unitario, se estipula con cierta energía que la opinión general sobre la moralidad de una acción no es razón suficiente para que esa acción pueda ser impuesta por la fuerza. Sólo el evitar un daño a otros puede funcionar como justificación de la imposición coactiva de una conducta. Y ello como es obvio tiene un al-

cance particularmente relevante para el sistema jurídico y su funcionamiento legítimo. Convendría por ello desmenuzarlo en los términos que aquí nos interesan. Una posible reformulación pudiera ser ésta: «Cuando una acción u omisión *no dañe* a otros, las normas jurídicas no pueden prohibirla o legítimamente imponerla a nadie *contra su voluntad*, y ello aunque su realización o no realización: a) sea, en la opinión de otros, incluso en la opinión de la mayoría, moralmente adecuada, o b) sea mejor para, o vaya a hacer más feliz a, quien la lleve a cabo».

En el primer caso el principio excluye que la opinión moral de la mayoría sea fundamento suficiente para dar contenido a las normas jurídicas; en el segundo que lo sea el bienestar o la felicidad de los destinatarios. En ambos casos lo que se defiende para la esfera de acción que no daña a otros es la pura y simple desregulación, es decir, la libertad en su más inmediato sentido. En contra del primer postulado se encuentra la posición del *moralismo legal*; en contra del segundo, en términos generales, el *paternalismo*.

### 2.1. *Moralismo legal y decisión de mayorías*

La expresión «moralidad positiva» fue acuñada a principios del siglo XIX para hacer referencia al conjunto de convicciones, pautas y tradiciones morales que se vivían de hecho en una comunidad. El llamado «moralismo legal» entendido en términos generales viene a proponer que las normas jurídicas *deben* incorporar las pautas de la moralidad positiva o, expresado de otra manera, viene a sugerir que el hecho de que ciertas pautas morales sean asumidas y vividas en una comunidad constituye una razón suficiente para que las normas jurídicas les presten su mecánica de coacción y las impongan forzosamente. Con el moralismo legal se trata de que las leyes nos obliguen a realizar conductas morales simplemente porque de acuerdo con la opinión social general son morales. La teoría de Mill afirma, en cambio, que si ciertas conductas reputadas inmorales *no hacen daño a otros*, entonces no deben ser reforzadas por las normas jurídicas. A pesar de la apelación a Mill el tema no es decimonónico, y su discusión teórica responde a problemas actuales. En el año 1954 y bajo la dirección de John Wolfenden se creó en Inglaterra una comisión para investigar el estado de las

leyes penales sobre la homosexualidad y la prostitución. Por la misma época y bajo la dirección del conocido constitucionalista Herbert Wechsler se creó en EE.UU. una comisión encargada de redactar un proyecto de Código Penal que se ocupó también de determinar los límites del derecho penal respecto de las conductas privadas. En ambos casos dio ello lugar a una animada y atractiva discusión sobre nuestro tema (Wasserstrom, 1971). Un tema que, por cierto, no deja de presentarse esporádicamente y que alguna sentencia reciente del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en torno a las actividades sexuales de los matrimonios en el interior de sus domicilios no ha hecho sino poner más en vivo. Tanto el Comité Wolfenden como el grupo de Wechsler llegaron a una conclusión parecida, que, en palabras del primero, era: «A no ser que, actuando a través del instrumento de la ley, la sociedad vaya hacia un intento deliberado de equiparar la esfera del delito con la del pecado, debe mantenerse un ámbito de moralidad e inmoralidad privada que, en términos breves y crudos, no es asunto del derecho». Esta posición coincidía claramente con el principio de Mill, y se inspiraba explícitamente en él. Sin embargo no convenció a todo el mundo. Patrick Devlin, juez del Queen's Bench y posterior miembro de la Cámara de los Lores, dio su inicial asentimiento a la idea; hasta tal punto que decidió indagar en otras ramas del derecho penal por ver de qué modo afectaban a la inmoralidad privada para tratar de reconducirlas al principio general sentado por el Comité Wolfenden. «Pero el estudio —escribe— destruyó en lugar de confirmar la fe sencilla en la que había comenzado mi tarea.» En 1958 pronunció una resonante conferencia poniendo de manifiesto sus nuevos puntos de vista. No era tan sencillo diferenciar el *pecado* del *delito*. Según Devlin las convicciones morales profundas compartidas por los miembros de una comunidad no son rasgos accidentales e históricos de esa comunidad, sino que forman parte, o son elementos estructurales, de su propia *identidad* como sociedad. De forma tal que si se alteran o traicionan esas convicciones morales la sociedad cambia de identidad, se desintegra como tal. Es decir, que una amenaza a los rasgos básicos de la moralidad positiva hace peligrar a la sociedad misma. Desde este postulado, la deducción de Devlin es impecable. Si la sociedad está facultada para protegerse a sí misma, para prevenir y evitar su propia desaparición, entonces está facultada para proteger por todos los medios la vigencia de esos rasgos de

la moralidad positiva. Y si el medio o el instrumento que toda sociedad utiliza para protegerse son las leyes, entonces las leyes deben mantener, imponer, defender coactivamente la pervivencia de esa moralidad, que es la pervivencia de la sociedad misma. La homosexualidad, por ejemplo, y su prohibición legal, no es un asunto de preferencias personales privadas cuyo enjuiciamiento haya que dejar a la inteligencia individual o a la sensibilidad académica, sino que es algo tan repugnante e incompatible con las raíces de la moralidad social cristiana que ha de ser objeto de regulación e interdicción legal. Aplicar el criterio de Mill para considerarlo «más allá» de la intervención legítima del poder simplemente porque su práctica sea «privada», «consentida» y «entre adultos» no es para Devlin un argumento concluyente (Devlin, 1965).

Frente a este razonamiento, que tuvo un paralelo en la discusión del proyecto de Código Penal norteamericano y que, por otra parte, es tan familiar cuando surgen problemas y debates en torno a temas de moralidad privada, los oponentes barajaron esencialmente dos argumentos: En primer lugar, Hart puso en tela de juicio la idea de las sociedades como «entes» que pudieran definirse en función de un conjunto de rasgos morales, y, por consiguiente, pudieran «nacer» o «perecer» con esos rasgos de moralidad social. Las sociedades son colectivos muy plurales que evolucionan al ritmo de cambios de mentalidad que muchas veces son inspirados precisamente por minorías críticas. Cuando se produce uno de esos cambios no es que haya «desaparecido» una sociedad y haya «nacido» otra, sino que esa sociedad simplemente ha evolucionado. La inmoralidad privada que no daña a otros no puede ser identificada con un acto de «traición» que pone en peligro la seguridad física de una nación; es sencillamente el ejercicio de unas convicciones o sentimientos que no afectan a los demás y, por lo tanto, deben ser dejados al margen de las leyes. El segundo argumento, utilizado en este caso por Dworkin, consistía en rebatir la presunción que se escondía en el trabajo de Devlin de que cualquier cosa que forme parte de la moralidad positiva del hombre de la calle *vale* como «posición moral». Dworkin afirmaba que los prejuicios, las reacciones puramente emocionales (por ej., reacciones de asco), los errores de hecho o los argumentos de autoridad no eran ingredientes de una posición moral, sino elementos de una mentalidad tópica que no podían valer como criterios de moralidad. La moralidad,

la «posición moral», demandaba unos controles de racionalidad, universalizabilidad, etc., que no tenía la moralidad positiva del hombre del autobús de Clapham, del hombre vulgar y corriente.

Pero Devlin había sugerido en su argumentación un problema que tiene un alcance especial porque afecta de plano a la justificación de los ordenamientos jurídicos de sistemas políticos democráticos. En breves líneas puede resumirse así: si, como sociedad laica, carecemos de una autoridad moral superior que prescriba cuáles son las pautas de ética individual y social que las leyes han de defender y estimular, entonces hemos de inferir el contenido de esas leyes de la propia sociedad. En una era de legislación democrática lo más adecuado es que las leyes pugnen por identificarse con los valores morales de la mayoría social y que traten de regular las conductas de los individuos haciendo efectivas las pautas compartidas por esa mayoría. Pues bien, si una minoría de intelectuales o un grupo marginal pretende que las leyes hagan caso omiso del criterio moral de la mayoría, entonces lo que en realidad están proponiendo es que por encima de la legitimidad mayoritaria existan un conjunto de cánones éticos que se superpongan a ella. Precisamente Dworkin, al exigir a las posiciones morales una serie de controles de racionalidad, estaba implicando que hay límites morales que unas leyes no deben traspasar *aunque* sean el producto de una decisión mayoritaria. Mill, al que se apelaba constantemente en la polémica, lo afirmaba explícitamente:

La voluntad del pueblo significa, prácticamente, la voluntad de la *posición* más numerosa o más activa del pueblo; de la mayoría o de aquellos que logran hacerse aceptar como tal; el pueblo, por consiguiente, *puede* desear oprimir a una parte de sí mismo, y las precauciones son tan útiles contra esto como contra cualquier otro abuso del poder.

Las «precauciones» de Mill, es decir, su principio básico de limitación del poder a la protección frente al «daño a otros», son, pues, constitutivamente *no* democráticas. Vienen a decirnos que hay cosas que las leyes no pueden hacer *aunque* sean plenamente democráticas. El poder jurídico no sólo se legitima por su origen «consentido» sino por no violar los límites de un ámbito dibujado por líneas o criterios morales. En ese caso tales criterios son antidemo-

cráticos, o al menos son *no* democráticos. He aquí uno de los problemas más debatidos en la teoría de la justificación ética del derecho. ¿Es suficiente la decisión mayoritaria para justificar la imposición de una ley o, por el contrario, es necesario recurrir a criterios morales independientes sobre la corrección de su contenido y límites?

## 2.2. *Moralidad positiva y moralidad crítica*

Si recordamos las distinciones que había exigido Hart para abordar nuestro problema, en seguida nos damos cuenta de que Devlin había confundido dos planos. En concreto había confundido la cuestión de los criterios y formas de crítica y justificación moral del derecho con la cuestión del reforzamiento jurídico de la moralidad positiva. Es decir, Devlin había concluido apresuradamente que la moralidad *positiva* era una moralidad *justificada*, y de ahí había inferido que el derecho *debía* reforzar *esa* moralidad. La respuesta a esta argumentación no puede ser más que una: del hecho de que una moralidad sea positiva no se deduce que sea una moralidad correcta o valiosa, y por tanto su positividad no nos sirve para fundamentar el contenido y el alcance de las leyes. Devlin, como buen conservador, había incurrido en el espejismo de identificar las pautas morales vigentes con las pautas morales en sí. Era un espejismo que, en sentido contrario, también ofuscó a algunos de los adversarios de Hart, que llegaron a la errónea conclusión de que la tesis sustentada por éste suponía privar al derecho de toda moralidad, es decir, inmoralizar o amoralizar las leyes. Pero lo que se discutía no era si las leyes *debían* ser morales o inmorales o amorales. Todo el mundo tiene que estar de acuerdo en que las leyes, como cualquier acto de los hombres, deben ser morales. De otro modo carecería de sentido el propio discurso moral. El problema era qué tipo de moralidad, qué principios, qué pautas morales deberían incorporar esas leyes. Y aquí es donde encaja la distinción que hizo Hart y que ha sido recogida también entre nosotros (E. Díaz, 1971) entre *moralidad positiva* que es aquella «efectivamente aceptada y compartida por un grupo social dado», y *moralidad crítica* que son «los principios morales generales usados en la crítica de las instituciones sociales reales incluida la moralidad positiva». De acuerdo con esa distinción el problema que se nos plantea es

el de qué criterios usamos para *justificar* el contenido y alcance de una ley. Devlin supone que hemos de acudir a la moralidad positiva y Hart dice que algunos de los mandatos de esa moralidad carecen de justificación a la luz de la moralidad crítica y, por tanto, no deben ser impuestos por la ley. De hecho, el propio principio de Mill es un principio *moral* que trata precisamente de que las leyes protejan una esfera de *libertad* en aquel ámbito que sólo concierne a los individuos y no daña a otros. Por eso mismo esa tesis de Hart que se inspira en el principio de Mill no tiene por qué suponer cómo se ha argüido acertadamente la desinstitucionalización de la moral (MacCormick, 1982, cap. 2), sino pura y simplemente el control *moral* del derecho desde principios críticos y no meramente desde pautas positivas. Las leyes deben efectivamente incorporar y proteger la *moralidad*, porque sólo de esa manera pueden aspirar a ser leyes *justas* o justificadas, pero no tienen por qué incorporar la *opinión* dominante o las pautas aceptadas sobre lo que es o no es moral. Y esto se aplica igualmente a la opinión difusa que a la decisión por mayoría, porque el hecho de que una norma jurídica sea aprobada por mayoría *tampoco* justifica moralmente su contenido y alcance. Como veremos después, el procedimiento de decisión por mayoría incorpora rasgos morales que es preciso tener en cuenta, pero eso sólo lo defiende como *procedimiento* y no prejuzga en ningún caso que el *resultado* de ese procedimiento, es decir la decisión, sea moralmente justificado por definición.

### 2.3. *El Estado paternalista y el buen samaritano*

Ahora que tenemos claro que nuestro problema es de *justificación* de las normas es cuando podemos plantearnos sin espejismos la cuestión de qué es lo que moralmente pueden y no pueden hacer las leyes. Y una respuesta que tiene su origen en el siglo xvii y, pasando por Mill, acaba en ese debate que hemos visto es la que dice que las normas jurídicas, el poder coactivo del Estado, no pueden forzar la conciencia individual ni la práctica privada en aquellas materias que, como las convicciones religiosas o las prácticas sexuales consentidas entre adultos, no conciernen más que a quien las mantiene. Y el principio de moralidad crítica al que se apela

para ello es el principio de libertad individual. Y precisamente esa apelación se usa también para enfrentar el otro problema que latía en las ideas de Mill: el problema de la justificación de las intromisiones legales en la voluntad de los ciudadanos, no para imponerles una moralidad positiva como pretende el moralismo legal, sino para garantizarles un bien, una mejora, o para hacerles más felices, que es el caso que se llama en términos generales *paternalismo legal*. Una cuestión, por cierto, que más allá de Mill, tiene una respuesta contundente ya en Kant:

Nadie me puede obligar a ser feliz a su manera (tal como él se figura el bienestar de otros hombres) ... sino que cada uno tiene derecho a buscar la felicidad por el camino que le parezca bueno, con tal de que aspirar a semejante fin no perjudique la libertad de los demás que puede coexistir con la libertad de cada uno según una ley universal posible (esto es, con tal que no perjudique ese derecho del otro).

Para Kant, el gobierno paternal que trata a los súbditos como niños es el mayor despotismo pensable, y todo lo que no sea una legislación que garantice la convivencia de las libertades individuales es la expresión de una constitución despótica. El Estado que busque la felicidad de los ciudadanos por encima de su libertad es un Estado ilegítimo.

Esta toma de posición que asimila a Kant con Mill es el núcleo del moderno debate sobre el paternalismo. Porque el paternalismo es, en la definición pionera de Ronald Dworkin (R. Dworkin, en Wasserstrom, 1971, p. 108), «la interferencia con la libertad de acción de una persona justificada por razones que se refieren exclusivamente al bienestar, bien, felicidad, necesidades, intereses o valores de la persona coaccionada», es decir, la interferencia con la libertad de una persona «por su propio bien». Leyes tales como las que obligan a los motoristas a llevar casco, las que prohíben cierto tipo de trabajo a las mujeres, las que obligan a contribuir a la Seguridad Social o las que limitan los tipos de interés financiero serían en general leyes de tipo «paternalista». Nadie discute que pueda hacerse cierto paternalismo con los menores o con los «incompetentes». El problema es el paternalismo para con los adultos y, en general, la utilización del concepto de «incompetente». Se

ha recordado con razón muchas veces que so pretexto de «incompetencia» o de falta de madurez se ha tenido y se tiene a poblaciones enteras bajo regímenes autocráticos. Y sin embargo, dejando a un lado las manipulaciones, existen supuestos en que la intervención paternalista es intuitivamente necesaria. En último término está claro que estamos ante un tema de justificación, de moralidad crítica. Si para justificar las normas apelamos al principio de libertad entonces el paternalismo es difícilmente mantenible. Si apelamos en cambio al bienestar, la felicidad o el «propio bien» del destinatario de la medida entonces cabe una amplia justificación. ¿Cuándo puede limitarse la libertad individual en función del bien de la persona misma cuya libertad se limita? Esta es la cuestión. Y la respuesta más generalizada en la teoría es la apelación al «consentimiento» de esa persona. Si alguien «consiente» en la medida paternalista no se violan los límites del principio de libertad. Pero la idea de «consentir» plantea, a su vez, muchos problemas. Porque al lado del consentimiento expreso o vivo se dan consentimientos tácitos, hipotéticos, dobles, etc., y ello nos proyecta a dimensiones teóricas insospechadas, como las de la identidad del yo, la debilidad de la voluntad, la irracionalidad de los deseos, etc. Un caso arquetípico de ello se viene ejemplificando con los «consentimientos-Ulises». Es el supuesto de quien ordena que se le dé un cierto tratamiento (se le ate al mástil) y ordena que no se cumplan sus ulteriores órdenes en contra (se le desate del mástil) porque prevé que sus inclinaciones serán más poderosas que su voluntad. Otro caso típico es el de las lagunas cognitivas, es decir, el de aquellas personas que no prestan su consentimiento a una medida porque desconocen las consecuencias reales de la no aplicación de la medida, o el de las lagunas valorativas, porque no son capaces de ponderar el riesgo que conlleva la no aplicación de la medida. En ambos casos se interfiere con la libertad de acción sobre el supuesto hipotético de que «si conocieran los hechos», «si realmente valoraran bien» entonces «darían» su consentimiento. Hay casos muy claros, como cuando se evita que alguien caiga en una zanja que no ha visto deteniendo su paso, pero también hay casos límite en los que presumir que habría un consentimiento que no ha sido explicitado es una presunción dudosa. Casi sería asimilable a declarar al individuo interferido «incompetente» porque no sabe ciertas cosas o es incapaz de apreciarlas.

En todo caso la justificación del paternalismo legal apelando al consentimiento, deja fuera, por definición, aquellos casos en que explícitamente se niega ese consentimiento y, a pesar de ello, parece que se debería tomar la medida *por el bien* del afectado. En estos supuestos la justificación a la que se apela es precisamente la de la fuerza del «bien» que se consigue para el interferido. Ese bien es de tal naturaleza que se superpone a la libertad del individuo expresada en su negación del consentimiento. A primera vista, la tentación de respetar la libertad y rechazar estos supuestos es fuerte, pero hay casos en que es problemático hacerlo. Por ejemplo, ¿qué debe hacer el médico ante un testigo de Jehová que se niega a recibir una transfusión de sangre, pierde el conocimiento inmediatamente y va a desembocar en una muerte segura? ¿Qué haríamos si fuéramos ese médico? Estas son preguntas que debe responder quien adopte una posición, sea favorable o sea contraria, al círculo de cuestiones que plantea el paternalismo legal. Aquí sólo se han apuntado los primeros problemas que suscita.

Un conjunto de incógnitas parecido al anterior nos sale al paso cuando enfrentamos la cuestión del buen samaritano y el derecho (James J. Ratcliffe, ed., 1966). El asunto puede ser explicado reproduciendo la vieja sentencia judicial que seguramente ha dado nombre al propio problema. Es de 1897:

El derecho no se ocupa de obligaciones puramente morales. Por ejemplo, el sacerdote y el levita que pasaron de largo no fueron, es de suponer, responsabilizados *jurídicamente* por el continuo sufrimiento del hombre que cayó en manos de los ladrones, sufrimiento que ellos podrían y deberían *moralmente* haber prevenido o aliviado (las cursivas son más).

He aquí el problema: la moralidad diseña con frecuencia cierto tipo de deberes para con los demás que una tradición fuerte y enraizada ha considerado siempre como algo que está más allá de las normas jurídicas. De hecho en el propio seno de la teoría moral se discute a veces si esas acciones son el objeto de obligaciones o deberes, y por tanto son susceptibles de ser exigidos moralmente, o se trata por el contrario de actos «supererogatorios», es decir, actos de bondad incondicionada, de santidad, que son sólo objeto de admiración moral, pero no pueden ser exigibles. Y desde luego

hay un punto de separación entre lo que moralmente nos es exigible y la bondad heroica. Lo que queda más allá de ese punto no parece que pueda ser sometido a la disciplina de las obligaciones. Pero supongamos que el auxilio y la ayuda a los demás no son actos supererogatorios sino que, genuinamente, *debemos* moralmente prestarlos en ciertas condiciones precisas. El caso del buen samaritano, por ejemplo. Alguien necesita ayuda con urgencia y puede prestársele sin un sacrificio apreciable. ¿Debe el derecho incluir entre sus normas coactivas alguna que obligue jurídicamente a hacerlo? Todos estamos en principio de acuerdo en que está justificado legalizar el deber de *abstenerse* de dañar. De lo que se trata ahora es de justificar el deber de *actuar* para evitar un daño. Lo podremos comprender mejor si lo vemos desde el punto de vista del poder estatal. Una teoría mantiene que el poder estatal predominantemente está justificado cuando se *abstiene* de interferir con la acción individual, y sólo para evitar que otros individuos violen su deber de abstenerse puede *actuar*. Otra, en cambio, afirma que el poder estatal se legitima más cuando, además de protegernos de interferencias, *actúa* positivamente para beneficiar a los ciudadanos a través de la educación, la sanidad, las pensiones de vejez, etc. Pues bien, este mismo doble punto de vista puede aplicarse a las relaciones interindividuales. Si tenemos unos para otros un deber moral positivo de actuar en beneficio recíproco en ciertas circunstancias, ¿cómo ha de incorporarlo el derecho en sus normas? Hay quien mantiene que de ningún modo: que si alguien ayuda altruistamente a otro es simplemente un problema o una decisión moral suya que carece y debe carecer de efectos jurídicos. Otros en cambio mantienen que si al cumplir el deber moral en cuestión el buen samaritano se produce un daño económico apreciable o alguna lesión, el derecho debería disponer de algún medio para que se viera compensado. Algunos otros pudieran mantener que lo que tiene que hacer el sistema jurídico es simplemente estimular ese tipo de comportamientos mediante normas premiales que otorguen ciertas recompensas a quienes actúen de esta forma. Pero se puede ir más allá. Puede, por ejemplo, pensarse que abstenerse de actuar en ciertas circunstancias es tanto como provocar o producir el sufrimiento en otros. La «omisión» en ciertos casos lleva directamente a la muerte o a la lesión de otras personas, y el derecho a veces castiga como delito la «omisión de auxilio», es decir, impone como obligación

*jurídica* actuar en términos de buen samaritano. Sobre este mismo esquema podría sugerirse, por ejemplo, la idea de la justificación de una legislación fiscal redistributiva en el marco de un Estado de bienestar que tendría como sentido básico la articulación y organización de nuestros deberes positivos para los demás en términos de reforzamiento jurídico y sanciones legales. El llamado Estado social podría así ser reinterpretado como un aparato normativo jurídico que incorpora a sus normas la dimensión específicamente moral de los deberes positivos tanto particulares como generales, y, en ese sentido, hace una apelación particularmente intensa a la ética. Pero como puede suponerse cualquiera de estos problemas y cualquiera de esas posiciones suscita cuestiones teóricas y prácticas intrincadas.

### 3. MORALIZAR EL DERECHO

A medida que nos alejábamos del moralismo legal puro que sugiere que el orden jurídico de una sociedad debe imponer la moralidad positiva de esa sociedad nos íbamos encontrando con pequeños aunque complicados problemas de *justificación* de normas legales que trataban de incorporar segmentos tradicionalmente atribuidos a la moralidad, como el de la búsqueda del bien y el de nuestros deberes de auxilio al prójimo. Precisamente porque convencionalmente son considerados territorios de la moral y nos cuestionamos si las leyes debían o no debían incorporarlos y reforzarlos los he presentado como problemas de «legalización de la moral». Pero en realidad comienzan a ser ya problemas tocantes a la gran cuestión de la justificación de las normas jurídicas. Como decía antes, la gran corriente del liberalismo desde Kant hasta Mill insistió con fuerza en que no se debía legalizar la religión o la moralidad positiva, pero ello, por cierto, no suponía que el derecho fuera inmoral o injusto, sino al contrario: precisamente mediante la protección de esa libertad individual se *justificaba* moralmente el derecho. Bajo el rótulo general de «moralización del derecho» vamos a hablar ahora de algunos temas relacionados con el papel de la ética en la justificación del orden jurídico.

Ya vimos cómo se puede mantener que el derecho no tiene conexiones conceptuales necesarias con la moralidad. Esto quiere decir

que una ley puede tener un contenido inmoral o desencadenar una serie de consecuencias inmorales y seguir siendo una ley. Será sin duda una ley inmoral, pero es una ley. Lo que aquí vamos ahora a tratar precisamente es de un área de problemas relativos a los requisitos que han de cumplir las leyes y los demás componentes del sistema jurídico para que podamos decir que son normas jurídicas «morales», es decir, en términos usuales, normas jurídicas «justas». Estos problemas pueden ser seleccionados desde perspectivas muy diversas, pero será conveniente utilizar un criterio que logre identificar con cierta independencia aquellos problemas morales más característicamente jurídicos, es decir, aquellas cuestiones éticas que surjan como consecuencia del funcionamiento o de la simple existencia de un sistema jurídico moderno. Como antes decía, la idea de la *justicia* de las leyes ha sido la noción prototipo para hacer referencia a este conjunto de problemas, pero sin embargo me parece poco adecuada a nuestros efectos. Por un lado no es una noción privativamente jurídica contra lo que pudiera parecer. Es cierto que la justicia es un segmento de la moralidad que se ha usado desde siempre para enjuiciar las normas jurídicas y los «reinos», pero no obstante se pueden utilizar sus mismos parámetros para evaluar también cualquier situación, decisión o interacción humana ajena al derecho. Como nos sugiere John Rawls, los principios de justicia son aplicables tanto a las instituciones como a los individuos. Por otro lado la idea de justicia no es el único segmento de la moralidad que tiene que ver con el derecho, ni algunos de los problemas que nos salen al paso desde el derecho moderno pueden ser abordados convenientemente mediante una simple apelación a la justicia. En todo caso el tema general de las relaciones entre el derecho y la justicia queda aquí mencionado como el gran tópico histórico y actual que expresa y canaliza muchos de los episodios y aspectos del lugar de la ética en el territorio de lo jurídico. Nosotros, en vez de permanecer en ese plano abstracto y, en definitiva, poco prometedor, vamos a ir a buscar problemas de justificación más concretos y característicos.

### 3.1. *Apelación a la ética*

Uno de los criterios tácitos que suele ser utilizado para poner de manifiesto el sentido de la evolución histórica y del perfeccionamiento de los sistemas jurídicos es la intensidad de su apelación a la ética. Se suele asumir cotidianamente que el derecho moderno está más perfeccionado y es más preciso porque ha incorporado algunos rasgos y nociones que parecen haberle capacitado para abordar los problemas a que se enfrenta más satisfactoriamente. Pues bien, puede decirse que muchos de esos rasgos y esas nociones son lisa y llanamente los derivados de una importación cada día más creciente de material proveniente de la moral. Tal importación ha venido realizándose de dos modos diversos. En primer lugar se ha introducido en la textura de grandes sectores del sistema jurídico un *enfoque* ético que ha determinado una variación fundamental de su alcance. El caso más evidente de ello ha sido el derecho penal. En segundo lugar la importación se ha producido también mediante apelaciones directas a normas o principios de ética social o personal que recibían así una inmediata vigencia en el territorio del derecho en virtud de la remisión que éste hacía a esas normas como aplicables en dicho contexto. Tanto una como otra operación plantean a veces difíciles problemas de interpretación, y, con no escasa frecuencia, sumen a los autores en la perplejidad de no saber a ciencia cierta dónde terminan los límites de lo jurídico y empiezan los de lo moral. Quizá sea esta apelación expresa o tácita a la ética lo que ha determinado que se haya tendido a identificar y a confundir la una con el otro. Hay autores que afirman que el derecho está unido a la moral porque en los ordenamientos jurídicos en que viven o sobre los que trabajan se ha producido esta apelación. Pero ello no debe inducirnos a la confusión. Las normas morales que tienen vigencia en el seno de los sistemas jurídicos no han adquirido tal vigencia *por* su carácter moral, es decir, en virtud de su propia importancia ética, sino porque una norma específicamente *jurídica* del sistema hace a ellas esa remisión. Esa precaución permite mantener al mismo tiempo la idea de que no hay conexión *necesaria* entre el derecho y la moral, y la idea de que, a pesar de ello, las normas jurídicas de los ordenamientos modernos están con frecuencia fuertemente penetradas de contenido moral. Eso acaece, como antes decía, en el derecho penal. El derecho

penal ha sufrido una evolución profunda en los últimos dos siglos, y en particular a partir de la expansión del espíritu de la Ilustración. Beccaria en Italia y, por influjo de él, Bentham en Inglaterra hicieron una propuesta general de «humanización» de las funciones punitivas del Estado que tiene su traducción más expresiva en la entrada de principios éticos en el derecho. Las penas crueles, desproporcionadas, aquellas que no guardaban relación significativa con el delito y, en general, las que carecían de una justificación inicial o eran puro producto de la superstición o del rencor absolutista empezaron a desprenderse de los códigos penales orientándolos hacia una penalidad presidida por una mayor fundamentación moral. Análogamente, los procedimientos judiciales que las imponen comienzan a poblarse de garantías y límites en favor de los justiciables, y los desmanes de la policía gubernativa se ven constreñidos por disposiciones jurídicas de múltiples tipos: el «habeas corpus», la prohibición de la tortura como método probatorio, etc. En el mismo sentido se alzan voces en favor de una mejora de las prisiones y de una adecuación de los establecimientos penitenciarios a las funciones que tienen que cumplir. El célebre «Panóptico» de Bentham, tan arbitrariamente criticado en nuestros días, no es sino una propuesta de dignificación de la situación del condenado al que de un modo peculiar se le enfrenta con la fuerza de la moralidad como medio educativo, al hacer «públicas», en el sentido de «visibles», sus conductas cotidianas.

A partir de ese primer impulso inicial la dinámica de moralización del derecho penal se ha hecho más y más intensa hasta desembocar en una incorporación muy amplia de uno de los elementos básicos del discurso moral: la noción de responsabilidad. El derecho penal es el segmento del ordenamiento jurídico que más arquetípicamente expresa el carácter punitivo del derecho. En términos generales puede decirse que consiste en un conjunto de normas que adscriben *penas* a la realización de ciertas conductas. Pues bien, el juicio de responsabilidad que adscribe el reproche penal a la realización de una acción ha sufrido en la edad contemporánea una fuerte evolución hasta asimilarse decididamente a la imputación de responsabilidad moral. Anteriormente, la mera producción causal del resultado punible, y a veces ni siquiera esa producción causal, bastaba para recibir la sanción. En la actualidad, y del mismo modo que en la responsabilidad moral, a la producción causal es usual-

mente preciso añadirle un componente psicológico de intencionalidad y en determinadas ocasiones un elemento de consciente violación de la norma para que la consecuencia punitiva se adscriba al actor. En este sentido las normas del derecho penal tienden a aplicarse usando de un razonamiento práctico decididamente similar al razonamiento moral.

Y en el mismo sentido puede delinearse una aproximación de enfoque en otras ramas del derecho, tanto privado como público. Las llamadas «condiciones generales de los contratos» o la simetría que exigen con frecuencia los códigos patrimoniales entre la prestación y la contraprestación en los pactos no son sino muestras de esa nueva aproximación. Pero donde la apelación a la ética ha desarrollado con más intensidad su alcance y su presencia ha sido indudablemente en el contenido de las normas de superior jerarquía de los sistemas jurídicos, y, en concreto, en el contenido moderno de las normas constitucionales. Aquí puede muy bien decirse que la inspiración de esas normas es, por lo general, el conjunto de las pautas de ética política del mundo contemporáneo. Desde aportaciones puramente formales como las exigencias hechas a la estructuración misma de las normas jurídicas (piénsese, por ejemplo, en la exigencia de generalidad y abstracción de las leyes que es pariente muy próxima al principio de universalizabilidad de los enunciados morales) hasta el reconocimiento obligatorio de límites al ejercicio del poder en función de la atribución a los individuos de derechos básicos infranqueables. Y aún se va más allá en las Constituciones contemporáneas. No sólo se apela a la igualdad y a la libertad de los ciudadanos, sino que en determinadas materias se ha empezado a superponer la conciencia individual a ciertas obligaciones derivadas de normas jurídicas vigentes. Piénsese, si no, en instituciones como la «objeción de conciencia», que supone el reconocimiento de la prevalencia de pautas ajenas al ordenamiento frente a normas de ese ordenamiento, en las cláusulas de 'secreto profesional' que hacen excepción de obligaciones generales, en el diseño de los límites éticos a la llamada «obediencia debida», y, por último, en la cada vez más extendida actitud en favor de la desobediencia civil a normas jurídicas que violen, directa o indirectamente, *reglas* morales. Ello es así hasta tal punto que puede constituir una preocupación legítima para la teoría del derecho el preguntarse por la pérdida de sentido y de función de sus normas públicas y externas, cuando

empiezan a ser pospuestas a las exigencias individuales de una fuente normativa incognoscible e incoercible como lo es la conciencia individual.

### 3.2. *Los problemas éticos del derecho*

El tema de las relaciones entre moral y derecho ha sido alguna vez llamado el «cabo de las tormentas» de la filosofía jurídica. La verdad es que cuando se estudia con cierta minuciosidad cae uno en seguida en la cuenta de que la mayoría de los naufragios se han producido porque, por seguir con la metáfora, no se trata tanto de un «cabo» como de un conjunto inesperado de arrecifes y bajíos que es preciso ir sorteando con una buena carta de navegación. Los errores que se han podido cometer obedecen más bien a que los autores se concentran obsesivamente en evitar una dificultad y no tienen en cuenta las demás. Hasta ahora hemos ido diseñando esa carta en diversos planos. Empezamos por diferenciar conceptualmente el sistema jurídico de las normas morales. Después hemos discutido el problema general de la legalización de la moralidad positiva y algunos otros problemas conexos que parecían estar a medio camino entre éste y el de la justificación posible de ciertas incorporaciones de normas morales al derecho. Ya en plena esfera de la justificación moral, hemos ido describiendo cómo, a lo largo de un proceso secular del que se han visto ciertos ejemplos relevantes, el sistema jurídico ha llevado a cabo una creciente apelación a principios morales para justificar el contenido de sus normas de derecho. Esa apelación no es sino una aplicación de un esquema relativamente sencillo de «control» de las normas jurídicas mediante criterios éticos. Un control que debe extenderse a lo largo y ancho de todo el ordenamiento jurídico, minuciosamente, y que, pese a haber sido denotado con excesiva vaguedad mediante la noción de «justicia», no tiene que hacernos perder de vista que la tarea de «justificación» moral de normas jurídicas es una tarea compleja y diversificada que exige labores de coordinación, argumentación y apelación a una pluralidad de principios morales suficientemente heterogéneos. Esa «apelación» a la ética de que se ha hablado en el epígrafe anterior es una simple ejemplificación sectorial de esa tarea inmensa.

Lo que nos va a ocupar ahora es un conjunto de problemas ulteriores, que están más allá de esa «moralización» del derecho en la medida en que, a diferencia de los anteriores, no presuponen la existencia del ordenamiento jurídico y tratan de moralizarlo, sino que desde la perspectiva ética hacen algunas preguntas que ponen en cuestión la existencia misma del derecho tal y como lo conocemos hoy. Esos problemas son el de la justificación de la pena, el de la administración organizada de las consecuencias normativas y el de la obligatoriedad de las leyes. En el fondo y como punto crucial que atañe a todos ellos está el tema del *poder*.

La cuestión de las relaciones del derecho con la fuerza ha sido debatida multitud de veces. A la teoría más tradicional, que suponía que las normas jurídicas eran tales porque iban acompañadas de sanción, han venido a sustituir dos alternativas. La primera de ellas (Bobbio, 1980, cap. XV) mantiene que, aunque aisladamente existan importantes normas jurídicas sin sanción, sin embargo el ordenamiento jurídico como un *todo* tiene como contenido o función privativa la de organizar y regular el uso de la fuerza en la sociedad. La segunda, en cambio, mantiene que la conexión del derecho con la fuerza y las sanciones es circunstancial e histórica, pero que no hay ninguna necesidad lógica de que el derecho haga uso de sanciones o penas. Cualquiera que sea la actitud que se adopte en relación a esta u otra disyuntiva, el hecho es que tal y como los conocemos hoy, todos los sistemas jurídicos recurren intensamente a la fuerza. El derecho puede ser visto idealizadamente como una búsqueda normativa de cánones de justicia, pero a poco que se descende un paso a la observación de su funcionamiento cotidiano nos topamos con realidades menos ideales: castigos corporales, prisiones, confiscaciones, muerte... Basta con conocer someramente lo que es una prisión para darse cuenta en seguida de que el derecho produce sufrimientos muy graves a través de sus mecanismos institucionales de castigo. El derecho pena, condena, castiga. Todo derecho lo hace. Pero el problema que eso plantea es importante. No es, seguramente, un problema exclusivamente jurídico, pero es un problema que suscita el derecho por el mero hecho de existir: ¿se puede justificar moralmente el castigo? ¿Puede haber una justificación moral a la imposición, como castigo, de una pena tan relevante como la de privación de libertad? y la respuesta a este interrogante no está clara. De hecho ha venido diversificándose

en el pensamiento jurídico en dos posiciones no fácilmente compatibles entre sí y tampoco claramente defendibles individualmente (E. Rabossi, 1976). La primera de ellas es el llamado «retribucionismo», que trata de llevar a cabo la justificación del castigo apelando a que las víctimas de éste *merecen* ser castigadas porque son *culpables* de haber cometido un *delito*. Al relacionar el castigo con el merecimiento y la ofensa, los retribucionistas mantienen además que debe existir una relación de «proporcionalidad» entre la pena y el delito. Aunque a primera vista parece muy razonable y argumentada esta posición, no debemos, sin embargo, olvidar que la venganza y la ley del talión, por ejemplo, cumplen aseadamente con todas las exigencias retribucionistas. Kant, por ejemplo, afirmaba contundentemente algo que, siendo coherente con la idea de retribución y proporción, consideraríamos no obstante innecesariamente cruel: «... no hay igualdad entre el delito de homicidio y su retribución salvo la muerte del homicida ejecutada judicialmente ... Si ha matado debe *morir*».

Por su parte los utilitaristas mantienen que el castigo sólo puede justificarse moralmente si produce en el mundo ciertos resultados o consecuencias valiosas. Si, como hacen los retribucionistas, prescindimos de ponderar esos resultados no podremos justificarlo. Así, podemos afirmar que el castigo sirve para reformar o «reinsertar» al castigado, que sirve para disuadir a los demás o para dar ejemplo público, que sirve para enseñar las pautas o para mantener la seguridad y la coherencia de la sociedad, etc., pero en todo caso tenemos que alegar algún tipo de consecuencia buena que se derive de él para encontrar razones en su apoyo. Para los utilitaristas la idea de Kant de que incluso cuando una pequeña comunidad aislada fuera a dispersarse y desaparecer habría que ajusticiar antes al último homicida que estuviera en prisión para así satisfacer la justicia, es una pura superstición. Si eso no va a «servir para nada» no hay modo de justificarlo. Pues bien, tampoco parecen irrazonables los argumentos de los consecuencialistas, y sin embargo están sujetos a una objeción concluyente: si el castigo se justifica solamente por sus resultados, supuesto que esos resultados (pongamos por caso, el efecto disuasorio o la ejemplaridad) se consigan, entonces es irrelevante castigar a un inocente o a un culpable. La imagen de la condena al inocente para producir un efecto apaciguador en circunstancias conflictivas ha planeado siempre, hasta

desde la literatura y el cine, sobre la justificación utilitarista de la pena.

Con ser un problema de larga tradición, las incógnitas morales que sugiere el hecho del castigo no han sido aún satisfactoriamente resueltas. Y la trascendencia que pudiera tener para el derecho su solución es difícilmente minimizable. Considerar sólo lo que puede suponer para la maquinaria del derecho un progresivo abandono de la técnica de control social del castigo en beneficio de medidas recompensatorias o simplemente de programas educativos, implica considerar una estructura y función de los sistemas jurídicos completamente nueva y distinta, un perfil de los ordenamientos bastante desconocido hasta ahora. Tanto los teóricos contemporáneos de la ética como, paradójicamente en menor medida, los especialistas en derecho penal siguen atentos a este problema crucial. En tanto no se encuentre para él una respuesta o un conjunto de respuestas adecuadas una cierta sombra de sospecha se proyectará irremediablemente sobre los ordenamientos jurídicos.

Otro de los rasgos que caracterizan muy privativamente al sistema o conjunto de normas que llamamos derecho es el de la administración organizada de las consecuencias normativas. En el campo de la moral, la violación de pautas o principios va regularmente acompañada de reproche y crítica, es decir de una cierta reacción social adversa, pero tal reacción se encuentra sólo rudimentariamente prevista en las propias normas morales y suele ser difusa y, sobre todo, bastante impredecible. Ello no quiere decir que no sea importante y muchas veces muy dura: la marginación social o el linchamiento son sólo dos ejemplos de la extremada crueldad que puede revestir tal reacción. Sin embargo difícilmente podremos saber por adelantado cuál va a ser esa reacción. Por ejemplo, un exhibicionista, cogido como se dice vulgarmente *in fraganti*, puede ser objeto de risas en una situación, de marginación en otra parecida o de linchamiento en otra sustancialmente similar. El derecho, por el contrario, regimenta minuciosamente esa reacción: prescribe el cuanto de la respuesta, quién la administrará, mediante qué procedimientos y en qué lugares y circunstancias será sufrida. El derecho, en efecto, previene para los casos de dudas sobre el alcance de sus normas, de conflictos entre ellas y de violaciones abiertas un procedimiento medido de solución. El arquetipo y modelo de ese procedimiento es el proceso judicial, y el poder judicial, la ima-

gen misma del juez, ha sido desde siempre un símbolo suficiente para representar el derecho. Sin duda, en el seno de todos los sistemas jurídicos modernos se dan muchos y muy complejos *procedimientos de adjudicación* (es decir, de interpretación y aplicación) de normas que no son estrictamente judiciales, pero como arquetipo de todos ellos puede muy bien utilizarse el procedimiento judicial.

Pues bien, el procedimiento judicial plantea ante nosotros algunas cuestiones éticas. En tanto que *jurídicos* los procedimientos no tienen necesariamente que satisfacer condición ética alguna. La prueba de ello es que, como *jurídicos*, han existido a lo largo de la historia procedimientos de todo tipo: ordalías, juicios de Dios, juicios del Cadí, tribunales populares, procedimientos de equidad, etc. Si a nosotros nos dijeran que superar a un guerrero de otra tribu en una carrera por el desierto es señal inequívoca de que somos inocentes de un cierto delito nos echaríamos a reír y, sin embargo, como procedimiento de adjudicación puede ser tan *jurídico* como el más sofisticado de los imaginables. Lo que sucede es que, paralelamente a aquella dinámica de incorporación de parámetros morales que se producía, por ejemplo, en el derecho penal al utilizar la idea de responsabilidad, culpa, etc., en sentido ético, también en materia de procedimientos se ha producido una evolución semejante de apelación a la ética que ha determinado que muchos procedimientos considerados primitivos queden arrumbados. El procedimiento jurídico de adjudicación ha desembocado así lentamente en un mecanismo que reclama para sí los rasgos y pasos que en teoría ética se exigen a la llamada *justicia procedimental*. Un procedimiento, para lo que aquí interesa, es un conjunto o *secuencia de actos* gobernados por ciertos criterios que desembocan en una decisión. Pueden pues distinguirse en él los *pasos* de esa secuencia y el *resultado* final. La llamada justicia procedimental es precisamente un conjunto de criterios morales que se afirma deben cumplir los pasos de la secuencia para desembocar en un resultado considerado correcto desde el punto de vista moral. La justicia procedimental es *perfecta* cuando conocemos cuál debería ser el resultado justo y sabemos también cuáles son los pasos que llevan indefectiblemente a ese resultado. Es *imperfecta* cuando sabemos cuál *debe* ser el resultado pero no sabemos, sin embargo, mediante qué pasos puede llegarse a él con mayor seguridad. En este segundo caso se tratan de diseñar criterios de acción, requisitos, estrategias, etc., conducentes a ase-

gurar el máximo de acercamiento a la solución correcta. El procedimiento judicial puede ser una gran secuencia de actos irracionales que desemboquen en un castigo arbitrario, pero si queremos revestirle de una cierta dignidad moral, es preciso que lo diseñemos como un mecanismo de justicia procedimental, que, en ese caso, sería imperfecta. La decisión o resultado justo de ese procedimiento habría entonces de tener al menos tres rasgos: tendría que aplicar normas justas, no debería infligir castigo alguno al inocente y tendría que ser una decisión «equitativa» («fair»). El problema entonces es cómo montar la estrategia del procedimiento judicial para que la decisión o fallo se acerque al máximo a este *desideratum*. Es evidente que para hacerlo deben incorporarse profundamente directrices morales.

El primero de los rasgos (las normas jurídicas aplicables han de ser justas) hace referencia global a la idea que cruza este epígrafe: en general las normas jurídicas deben estar provistas de una justificación moral. Lo dejaremos por tanto aquí para retomarlo más tarde. El segundo de los rasgos del fallo justo (no se debe infligir castigo alguno al inocente) configura una compleja trama de cautelas y exigencias que los ordenamientos jurídicos modernos han incorporado bajo el nombre genérico de «garantías» procesales. Se trata de cosas tales como la prohibición de la tortura judicial, el «habeas corpus», los derechos a ser informado de las razones de la detención y acusación, a la asistencia técnica en el juicio, a un juicio público y sin dilaciones, a la propia defensa con máximos medios de prueba y a la presunción de inocencia. Es decir, se trata de un conjunto de mecanismos cuya razón de ser es establecer un marco lo más exhaustivo posible de condiciones que aseguren que nadie es condenado o lesionado si no es culpable conforme a pautas jurídicas objetivadas. Mediante ellos se delimita, en torno al individuo, un perímetro de protección frente a la función punitiva del derecho basado en exigencias de carácter ético. La máquina del poder jurídico no puede legítimamente afectar negativamente a la persona o los bienes de los ciudadanos sin haber cumplido satisfactoriamente con esas condiciones. Se supone que una vez cumplidas las mismas el procedimiento judicial se acerca más a lo que debe ser un esquema de justicia procedimental, aunque, como se trata de justicia procedimental imperfecta, ello no garantice siempre que el fallo vaya a ser justo con arreglo a criterios mo-

rales. Pero si el fallo no lo es, al menos sí lo es el procedimiento.

Por lo que respecta al tercer rasgo (que la decisión sea equitativa), nos sale aquí al paso un conjunto de problemas relativos a la argumentación judicial que son también de la máxima importancia y, desde luego, de una paralela complejidad. En términos generales el tema se ha formulado así: el razonamiento judicial que acaba en una decisión vinculante debe estar sometido a ciertas constricciones formales de carácter moral. Y la dificultad proviene básicamente de que en la mayoría de los sistemas jurídicos modernos se han incorporado de tal modo algunas de esas constricciones que se suele suponer que forman parte ya del razonamiento mismo del derecho, cuando en realidad son exigencias morales importadas desde fuera de él.

Una de esas constricciones es la de la «imparcialidad» en la aplicación de las normas. Supuesto que los jueces aplican normas legales esta exigencia supone que todos aquellos casos particulares que caen bajo esa o esas normas y son equivalentes en sus rasgos relevantes deban ser tratados de la misma manera, es decir, como la norma en cuestión tiene previsto. Es evidente que este rasgo es simplemente la traslación a la aplicación del derecho de la exigencia ética de universalizabilidad de los enunciados morales. Si el juez está aplicando una norma jurídica para un supuesto determinado y en un cierto sentido, la imparcialidad exige que la aplique en el mismo sentido para todos aquellos supuestos iguales a éste en los aspectos relevantes. Y la imparcialidad también entra en funcionamiento como exigencia moral cuando, por las circunstancias que sean el juez carece de norma jurídica a la que apelar. Un juez puede encontrarse sin una norma de derecho en que inspirarse por varios motivos: porque se enfrenta a un texto de gran vaguedad o ambigüedad o porque el sistema jurídico carece de normas para un supuesto. Entonces el juez en cuestión adopta una decisión particular para ese supuesto. Pero, de acuerdo con la exigencia formal de imparcialidad, no puede adoptar cualquiera. Tiene que adoptar una que se inspire en un principio general que como juez estuviera dispuesto a aplicar a todos aquellos casos equiparables al que tiene bajo su conocimiento. Naturalmente, esto no le viene exigido necesariamente por el *derecho*, sino que se le impone como una restricción formal de carácter *moral*.

Pero puede darse el caso de que para un supuesto determinado sean aplicables más de una regla o principio que satisfagan todos el requerimiento anterior. ¿Qué criterio de selección ha de emplear el juez en este caso? Naturalmente, el derecho no le suministra ese criterio. Para encontrarlo tiene que acudir a la argumentación moral y buscar en ella una justificación de segundo orden para su decisión. Algún autor (MacCormick, 1978) ha afirmado que esa justificación de segundo orden ha de conseguir que la decisión sea coherente y consistente con el sistema jurídico existente, y, además, que esté justificada «consecuencialistamente». Esto quiere decir que la decisión en cuestión ha de ser la *mejor* de conformidad con un amplio conjunto de parámetros que no sólo incluyen el puro criterio utilitario, sino también razones de justicia, sentido común, bienestar público, conveniencia, etc. Si esto es así, entonces las demandas éticas impondrían que el procedimiento de aplicación del derecho fuera un complejo tracto de argumentaciones morales entrelazadas con la inspiración puramente jurídica. Lo cual transforma el razonamiento legal en «un tipo especial altamente formalizado e institucionalizado, de razonamiento moral» (p. 272) (en general L. Gianformaggio y E. Lecaldano, eds., 1986).

Sin embargo, hay un punto oscuro en todo este planteamiento de apelación a la ética en el procedimiento judicial. Y ese punto oscuro nos va a llevar a uno de los temas más candentes de las relaciones entre derecho y moral. Aun suponiendo que el juez actúe de acuerdo con las exigencias éticas formales y materiales que he mencionado, nadie parece poner en duda que, en primer lugar, el juez debe aplicar las normas legales y disposiciones jurídicas del sistema de derecho en que vive y de acuerdo con el que ha sido designado para desarrollar el papel de juez. De hecho, salvo ciertas versiones del realismo americano y las pretensiones de la llamada «Escuela del derecho libre», todo el mundo está de acuerdo en que lo que debe gobernar la actividad del juez son las normas del sistema legal. Incluso cuando se acepta que hay una «laguna», es decir, que no hay norma aplicable, se afirma que el juez debe basarse en un criterio regulador coherente con las normas del sistema. Es decir, debe acudir a la invención de una norma que *podría* ser miembro del sistema legal en vigor. Pues bien, la cuestión tiene que ver con la relación entre las normas y el juez y parece a primera vista una cuestión de perogrullo: ¿es el hecho de que una norma jurídica

esté vigente una razón suficiente para que el juez fundamente en ella su decisión? Se trata del tema de si las normas jurídicas son razones para la decisión, y, en su caso, qué clase de razones son. Si el juez, como se suele decir, *debe* aplicar las normas legales, ¿qué clase de deber es éste? ¿Dónde encuentra su justificación? (Nino, 1985). Naturalmente no podemos afirmar que sea un deber jurídico porque incurriríamos en una clara petición de principio: debe jurídicamente aplicar las normas jurídicas porque una norma jurídica dice que debe hacerlo. Pero la pregunta es ¿por qué debe comportarse como dice una norma jurídica que «debe» comportarse? Una obligación de comportarse con arreglo al derecho implica una razón para hacer aquello que exige el derecho. La cuestión es si la mera vigencia de una norma suministra esa razón. Para aceptar lo que dice una norma jurídica puede haber muchas razones. Si se trata de una norma que incorpora valores morales puede haber razones morales para acatarla; si se trata de una norma puramente organizatoria puede haber razones prudenciales o de utilidad para acatarla. Pero nuestra cuestión es otra: nosotros nos preguntamos si el mero hecho de que una norma jurídica diga algo es razón para que aquello que dice sea aceptado por el juez. Si la respuesta es negativa, como se ha afirmado, entonces las relaciones entre el juez y las normas del sistema que aplica son más complejas de lo que cabría suponer. El juez, según esa respuesta, tiene que acudir para tomar su decisión, no sólo a las normas jurídicas, sino a otro tipo de juicios y principios que le suministren razones para alcanzar su decisión. Tiene que encontrar una razón ulterior para «adherirse» a ellas (Nino, 1985). Y a este respecto, en términos generales (y no desde un enfoque norma a norma) se ha hablado de dos criterios básicos: de acuerdo con el primero el juez *debe* aplicar las normas jurídicas vigentes porque su misma condición de juez lleva consigo un compromiso en virtud del cual se obliga a ello: Se trata simplemente de un caso de obligación que tiene su origen en la institución de la promesa y pertenece con toda claridad al mundo de la ética. De acuerdo con el segundo criterio el juez debe aplicar esas normas cuando son el producto de un proceso de producción normativa «legítimo». Si las normas jurídicas transportan una legitimidad determinada y se crean de conformidad a un conjunto de criterios de ética política, entonces deben ser utilizadas por el juez como razón de su decisión.

No cabe ocultar que ambas soluciones plantean interrogantes ulteriores, pero vamos a dejarlos abiertos. Es más ilustrador de los problemas que se han venido suscitando ocuparse de una cuestión que no es sino un corolario de lo que acabamos de ver. La cuestión general de la obligación de obedecer al derecho. Desde siempre las normas jurídicas han unido su validez a una clara pretensión de obligatoriedad, y los ciudadanos viven bajo la convicción de que están obligados a obedecerlas. Desde los primeros momentos hemos visto en estas páginas que ese era el núcleo temático de las relaciones entre moral y derecho. Tratemos de enfrentarnos con él.

Las normas jurídicas tienen con frecuencia la estructura de una proposición que adscribe una sanción a un supuesto de hecho. No todas ellas son así, pero vamos a suponer que al menos lo son las más importantes. Una norma jurídica dice: «Si se realiza la conducta A, entonces se aplicará la sanción X». ¿Puede deducirse de esta norma que la conducta A *no debe* ser realizada? Así lo han supuesto algunos autores importantes, pero no parece tan claro, porque ello significaría afirmar que una conducta es obligatoria *porque* su no realización está sancionada, cuando lo más intuitivamente correcto es precisamente lo contrario, es decir, afirmar que omitir una conducta está sancionado *porque* su realización es obligatoria. Sin embargo, tal cosa no parece deducirse de la norma en cuestión. Pero entonces nuestro problema sigue en pie. ¿Por qué es obligatorio realizar (u omitir) la conducta A? Si queremos mantener que existe una obligación de obedecer el derecho entonces sólo cabe una respuesta: es obligatorio porque así lo dispone la norma jurídica vigente; es el hecho de que la norma jurídica exija la conducta lo que la hace obligatoria. Pero esto es poco convincente. Si hemos visto que las normas jurídicas están vigentes simplemente porque en su creación se sigue un procedimiento formal aceptado generalmente por la sociedad, lo más que podemos decir de una norma así emanada es que «se cree» que es obligatoria, pero no que lo sea en absoluto. Y lo que aquí estamos tratando de hacer es justificar la obligatoriedad de una norma y no solamente explicar la creencia en esa obligatoriedad. Sólo si encontramos esa justificación podremos decir que el derecho debe ser obedecido. Ahora bien, para poder llevar a cabo tal búsqueda tendremos necesariamente que «salir» del mundo de las normas jurídicas. Lo contrario nos conduciría irremisiblemente a una aporía lógica, porque la justificación de la

obligatoriedad de normas pertenecientes a un sistema no puede estar, por definición, en una de las normas de ese sistema (esa norma justificaría su propia obligatoriedad, con lo que sería tanto como decir que es obligatoria porque ella dice que es obligatoria). Pues bien, la búsqueda de esa justificación externa ha sido una constante a lo largo de la historia (G. Vicen, 1979) y no puede afirmarse tajantemente que haya constituido un éxito (Simmons, 1979). De hecho, puede decirse que hoy se acepta cada vez más generalizadamente que no hay *a priori* una obligación de obedecer al derecho (Raz, 1982, Fernández, 1987),

En todo caso, lo que parece asentarse decididamente en el pensamiento jurídico es que no hay obligación de obediencia al derecho «injusto». Lo que supone que nuestro problema, si tiene solución, la tiene sólo en relación con el derecho «justo». Y eso significa seguramente que ese derecho, si es obligatorio, no lo es *porque* sea derecho, sino *porque* es justo. Naturalmente, esto hace desembocar toda nuestra indagación en cuestiones relativas a la justicia de los sistemas jurídicos. Más allá del derecho, la justicia. Más allá de la *legalidad*, la legitimidad. Al salir de la esfera de la legalidad a la búsqueda de una justificación, penetramos necesariamente en el territorio de la *legitimidad*.

### 3.3. *Legitimidad y derecho*

Como antes he dicho, en último término la pregunta sobre las relaciones entre moral y derecho acabaría por desembarcarnos en el problema de la justificación del poder. Porque ese aparato de normas que organizan el uso de la fuerza que es el derecho no es sino un instrumento, seguramente el instrumento más explícito y directo, para el ejercicio del poder. La «justicia» del derecho se hace así coextensiva con la «legitimidad» del poder y, para no establecer los perfiles de nuestro problema en términos excesivamente abstractos o particularmente sesgados hacia puntos de vista tradicionales, parece preferible enfrentar la cuestión bajo el rótulo general de «legitimidad de los sistemas jurídico-políticos».

¿Qué es un derecho «legítimo»? Sobre la noción de legitimidad se ha escrito abundantemente. Incluso parece hoy uno de los temas obligados tanto de la ética como de la teoría social, la filosofía

política o la teoría del derecho. Por eso mismo convendrá empezar por hacer una importante distinción (Elías Díaz, 1984). Usando la conocida dicotomía hecho/valor, llamaremos a las cuestiones de *hecho* relativas a nuestro problema cuestiones de *legitimación*, y a las cuestiones de *valor* las llamaremos cuestiones de *legitimidad*. 'Legitimación' es un término cuya referencia son hechos y tiene su más conspicuo teorizador en Max Weber. Manteniendo la tradición weberiana puede decirse de un sistema jurídico o de una institución que disfruta de legitimación cuando sus normas y principios son generalmente cumplidos y aceptados por los destinatarios en función del mundo de creencias compartido por ellos. La adecuación o conveniencia de ese sistema o institución es asumida por los sometidos a sus pautas por su sintonía con los valores compartidos o porque satisface razonablemente bien los intereses o necesidades de los mismos. Pero, como es evidente, la mera existencia de una institución «legitimada» no puede hacer obligatorias sus normas, por la misma razón que la mera existencia de una moralidad positiva no puede pretender que sus imperativos estén justificados. La cuestión que nos ocupa no es una cuestión de hecho, sino una cuestión de valor, es decir de *legitimidad*.

Legitimidad es un término que hace referencia a un conjunto de valores, procedimientos, exigencias y principios que tratan de operar como criterios de justificación de normas, instituciones, acciones, etc. Si estas normas o instituciones satisfacen esos criterios, entonces se dice que son legítimas. Por eso he usado legitimidad como un equivalente amplio de la idea de justicia o justificación ética, y sistema jurídico-político (o gobierno) legítimo como un equivalente igualmente amplio de sistema jurídico-político justo o gobierno justo.

Un sistema jurídico-político tiene legitimidad o es legítimo cuando sus normas están dotadas de una cierta justificación ética aceptable. Tradicionalmente se ha buscado esa justificación en uno o muy pocos postulados o principios singulares que se creían capaces de ofrecer un basamento coherente para todo el sistema, pero la realidad es que esa pretensión se da de bruces inmediatamente con el hecho de que los sistemas jurídicos contemporáneos son muy extensos y complejísimos, es decir, están integrados por una ingente cantidad de normas relacionadas entre sí por hilos muy tortuosos y complejos y con una disparidad tal de contenidos y alcance que

seguramente hacen ilusoria la pretensión de hallar para todas ellas una justificación unitaria. No es por tanto imposible que se den en los derechos modernos normas o grupos de normas cuyas respectivas justificaciones traten de satisfacerse apelando a principios incompatibles y que la tarea de proporcionar esa justificación constituya una delicadísima y difícil empresa de razonamiento práctico, una de cuyas manifestaciones exteriores (inmediata y poco elaborada) puede ser el debate político ordinario o la discusión moral.

Teniendo presente esa complejidad, que a mi juicio impide toda viabilidad a las tentaciones unitaristas, vamos a mencionar, para terminar, tres estrategias teóricas frecuentemente utilizadas para justificar, legitimar, las normas del sistema jurídico. En *primer lugar* se da la apelación a la «seguridad», la «paz», la «certeza» en las relaciones interpersonales que una técnica sancionatoria de control como es el derecho cumple por el mero hecho de estar vigente. Sin la posibilidad de prever mínimamente cómo va a ser el comportamiento interactivo de los demás sería imposible —se afirma— la vida en una sociedad compleja. Es, obvio es decirlo, el argumento hobbesiano que llega hoy hasta Parsons o Luhman. Para recordar las tremendas palabras de Hobbes, la vida del hombre sin normas jurídicas sería «solitaria, pobre, sórdida, bestial y breve». Se trata de una justificación que se encuentra en los aledaños de la idea de la capacidad monopolizadora de la violencia, de la fuerza física, que tiene el derecho. Si el derecho, como se ha mantenido, es un sistema de regulación del uso de la fuerza, su virtud inmediata radica precisamente en el hecho de que succiona la violencia privada de la sociedad civil e institucionaliza los criterios de uso de la fuerza en la convivencia. Sin violencia privada la convivencia es posible, con ella es imposible. Naturalmente esta vía de justificación presente evidentes puntos débiles, aunque al mismo tiempo plantea graves cuestiones éticas. Su debilidad fundamental proviene de que el «orden», en el puro sentido de no-violencia, es un valor puramente formal o, en todo caso, un valor instrumental, es decir, un valor que tiende a garantizar la pervivencia de un cierto estado de cosas, pero que no se pronuncia sobre su posible bondad. El hecho de que en una comunidad humana las relaciones interindividuales se desarrollen en términos de paz exterior no quiere decir, naturalmente, que esas relaciones sean adecuadas en términos morales o inspiradas en criterios de justicia. Una sociedad esclavista, «ordena-

da» por normas jurídicas, o una sociedad con graves desigualdades, pueden ser sociedades externamente pacíficas pero eso no autoriza a calificar a las normas jurídicas que las ordenan de normas legítimas. Pueden ser, y de hecho son con relativa frecuencia, normas inicuas que mantienen el *statu quo* precisamente mediante la utilización de la fuerza que monopolizan. Porque el núcleo de la cuestión no es que la violencia esté organizada, sino cómo está organizada para servir a exigencias de ética política y social que están más allá del puro hecho de la organización.

Sin embargo cabría preguntarse si, como se pretende a veces, la exclusión de la violencia es un prerrequisito necesario para la realización ulterior de otros valores cualesquiera. Quienes tratan de negar legitimidad al *derecho de rebelión* afirmarían que, en efecto, en un contexto en el que cada cual pudiera imponer violentamente lo que considera su propio derecho sería imposible dar el paso hacia una convivencia articulada con criterios morales básicos. Por el contrario, aquellos que deseen mantener la idea de que en una situación de flagrante injusticia general los miembros de una comunidad tienen el derecho de levantarse en armas contra el tirano no podrían afirmar que la violencia es siempre ilegítima. En este caso, naturalmente, el sistema jurídico-político no se legitimaría por el puro hecho de imponer la paz, antes al contrario, sería precisamente el recurso a la violencia lo que estaría dotado de una legitimidad inicial.

Una versión actual del argumento hobbesiano, basada en las conclusiones de la teoría de los juegos y de la economía del bienestar, es la que, sin hacer expresa apelación a la violencia y a la paz, relaciona la legitimidad del sistema jurídico con problemas sociales de organización y con problemas relativos a lo que se denominan «bienes públicos». Hay acciones colectivas, como la circulación de automóviles o el tráfico mercantil, que sólo son posibles si todos los participantes se comportan de la misma manera, es decir, si desarrollan una conducta uniforme sea ésta cual sea. Circular en automóvil por la parte derecha o circular por la izquierda es, seguramente, indiferente, pero lo que es necesario para hacer posible la circulación es que *todos* circulen de la misma manera. Y para ello un sistema que, como el derecho, sancione a aquellos que rompen la uniformidad se justifica por sí solo, se legitima en la medida en que hace posibles conductas colectivas cuya organiza-

ción es necesaria para la convivencia o la supervivencia misma. Algo parecido sucede con los llamados «bienes públicos». Se denominan bienes públicos aquellos que cualquier miembro de la colectividad disfruta aunque no haya contribuido personalmente a su producción satisfaciendo coste alguno. Son bienes necesarios, como la defensa o el cuidado del medio ambiente, pero el pícaro egoísta sufre la tentación permanente de escurrir el bulto y no contribuir a su coste, dado que si los demás aportan su contribución él va a disfrutar del bien gratuitamente. Las ventajas son tantas que se llega a afirmar que la conducta del gorrón (el «free-rider», en la jerga técnica) parece más racional e inteligente que la del resto. Pero el problema es que, si se generaliza esa inclinación, el bien público puede desaparecer. Y una técnica sancionatoria de disuasión como es el sistema jurídico se justificaría o legitimaría precisamente en la medida en que, al desalentar al pícaro gorrón, asegura la existencia del bien público.

Estos argumentos son relevantes, pero seguramente tampoco son definitivos. Funcionan solamente si la conducta social que se *organiza* mediante normas o el beneficio público que se estimula están dotados, efectivamente, de una justificación ulterior, y no sólo porque se trate de una pura coordinación de conductas. La organización, la coordinación de conductas o la dimensión pública de un cierto estado de cosas no constituyen de por sí situaciones éticamente valiosas, y por lo tanto valen para ellas los mismos argumentos que se han mencionado para conceptos como el de «seguridad» o «certidumbre». Ello quiere decir, una vez más, que el sistema jurídico no se legitima necesariamente por su capacidad organizatoria o coordinadora, sino que, en todo caso, se legitimaría como algo dotado de un valor instrumental respecto de otro u otros valores o bienes ulteriores a los que se pudiera llegar por medio de la organización, es decir, que el sistema jurídico en cuanto que jurídico no sería en sí legítimo, aunque lo podría ser como medio para la consecución de un estado de cosas éticamente justificado.

La *segunda* estrategia teórica utilizada para dar cuenta de la legitimidad de los sistemas jurídicos ha sido la apelación a la democracia, y, más en particular, la apelación al principio de decisión por mayorías. (Sobre la justificación de la democracia en general, Nelson, 1986.) Si, como antes hemos visto, es preciso salir de la pura legalidad para buscar un conjunto de valores y principios que

justifiquen esa legalidad, es decir que legitimen el sistema jurídico-político, la estrategia que vamos ahora a examinar apela para ello a un cierto procedimiento de toma de decisiones, el procedimiento mayoritario, para llevar a cabo esa tarea. En términos generales esta posición viene a decirnos que el sistema jurídico está legitimado cuando sus normas son el producto de una decisión mayoritaria. Esas normas pueden ser un producto directo de la mayoría (por ej., un referéndum sobre el divorcio) o un producto indirecto de la mayoría (por ej., la elección por mayoría de un legislador). En ambos casos, un sistema jurídico compuesto de normas que pudieran mostrar ese «pedigree» sería un sistema legítimo. Esta posición, como es notorio, es la aplicación a nuestro problema del viejo concepto político de la «legitimidad de origen» del poder político a diferencia de la llamada legitimidad de ejercicio. Pero el problema que tiene es que, si se somete a un escrutinio un poco detenido, no parece resistir demasiado. Vayamos por pasos. Una decisión individual es correcta o está justificada no, naturalmente, en cuanto que es una *decisión*, sino en cuanto que está fundada en razones de un cierto tipo (que pueden ser morales, prudenciales, técnicas, etc.). Una decisión colectiva no es más que un agregado de decisiones individuales, o, si eso resulta más claro, una decisión tomada simultáneamente por un agregado de individuos. Pero si una decisión individual no incorpora en cuanto tal justificación alguna, parece difícil ver de qué modo pueda incorporarla un agregado de decisiones individuales. Agregar arbitrariedades o errores no puede tener como resultado sino una arbitrariedad o un error colectivo. Dejando a un lado algunos problemas lógicos, la agrupación de decisiones, o, en nuestro caso, la *mayoría* de las decisiones, no comporta justificación alguna. Esto es lo que suele aludirse cuando se dice que las mayorías también se equivocan. Si se equivocan, entonces no se ve muy claro por qué hay que considerar sus decisiones como legítimas. Una decisión equivocada (es decir, injustificada o incorrecta) no puede simultáneamente ser considerada legítima (es decir, justificada o correcta). Si nos atreviéramos a decir que sólo las decisiones mayoritarias correctas o certeras eran legítimas, entonces el criterio de las mayorías sería superfluo porque la legitimidad les vendría a esas decisiones de su corrección o verdad y no de su carácter mayoritario.

Ante estas dificultades se han desarrollado ciertas argumenta-

ciones adicionales que tienden a dulcificar la contundencia de la conclusión anterior. Una de esas argumentaciones, por ejemplo, aduce que la decisión por mayorías no lo puede hacer todo. Hay cosas que las mayorías no pueden decidir sin traicionar su propia base de sustentación: en particular no pueden eliminar o amordazar a las minorías porque si llegan a hacerlo, entonces careceremos de un criterio fidedigno para saber quiénes son mayoría. Por lo tanto una «regla constitutiva» del principio mayoritario es la confrontación pública de las decisiones para saber cuáles son realmente mayoritarias, y otra regla constitutiva de ese principio, que no es sino un corolario de la anterior, es que todos los participantes (y, por tanto, también las minorías) tienen que disfrutar del máximo de libertad de discusión y expresión, porque de lo contrario difícilmente podríamos hablar ni siquiera de «decisión» individual, mayoritaria o minoritaria. Si hablamos de que alguien *decide* algo, hablamos obviamente de un alguien que *puede* elegir entre varias opciones. Si no puede hacerlo, entonces *no decide* sino que le es impuesta una decisión previa. El pluralismo, la libertad de expresión y de propuesta, la confrontación pública de alternativas serían así elementos implícitos en la idea misma de «decisión por mayorías». Un procedimiento que cumpliera con esas exigencias implícitas daría como resultado normas jurídicas legítimas.

Pues bien, a este planteamiento pueden hacerse también algunas objeciones. En primer lugar una objeción de carácter lógico. Es evidente que diseñar un procedimiento de decisión por mayoría con esas características añadidas requiere un conjunto de normas *jurídicas*: normas que se ocuparían de la garantía del pluralismo, de la defensa de las libertades de los participantes y del proceso decisorio mismo. Si estas normas jurídicas han de ser legítimas de acuerdo con este criterio, o lo serán también por ser producto de una decisión por mayoría, con lo que se produce un regreso al infinito, o bien lo serán por otra razón: porque incorporan exigencias de tolerancia, de reconocimiento de la libre personalidad, etc., en cuyo caso lo que estamos haciendo para legitimarlas es apelar a un criterio ulterior y no al criterio de las mayorías. Entonces podríamos perfectamente afirmar que los sistemas jurídicos que se fundamentan en valores como el pluralismo, la tolerancia o la libertad son legítimos, y el criterio de las mayorías sería superfluo o, en todo caso, secundario. La segunda objeción es de otra naturaleza,

y consiste en la simple y llana percepción de que cabe dentro de lo posible y no ha sido muy infrecuente a lo largo de la historia que sectores de normas de un sistema jurídico producidas de acuerdo con ese procedimiento resulten manifiestamente injustas, y, llevando las cosas a sus extremos, cabría así pensar en un sistema jurídico legítimo e injusto al mismo tiempo. Cualquiera que sea el alcance que queramos dar a la noción de legitimidad me parece que en todo caso tiene que ser incompatible con el de injusticia. Podríamos, es cierto, establecer una definición estipulativa de «legitimidad» como «lo resultante del principio mayoritario», pero si ello nos fuerza a reconocer como legítimos sistemas jurídicos discriminatorios, machistas, racistas, confesionales, etc., simplemente porque sus normas hayan sido emanadas de un cierto procedimiento, entonces tenemos que concluir que, al menos por lo que respecta a los asuntos que estamos tratando de aclarar, tal criterio de legitimidad nos sirve para muy poco.

Sin embargo, pueden desarrollarse otras vías para defender el procedimiento de decisión por mayorías, porque aunque como tal procedimiento no garantice que el sistema jurídico de él emanado es un sistema legítimo, la utilización del mismo para crear las normas del sistema jurídico parece en principio más adecuada que la de cualquier otro. La primera de esas vías, histórica y tradicional, es la apelación a la soberanía popular, cuyo vehículo más idóneo sería la decisión mayoritaria. El argumento es sencillo. Si son los ciudadanos los que deciden qué normas jurídicas quieren, entonces son ellos los que se las autoimponen, los que se obligan a sí mismos respecto de ellas, con lo que el procedimiento de elección soberana salva uno de los rasgos básicos del discurso moral: la autonomía individual. En este sentido la decisión por mayorías es, como procedimiento, una salvaguarda de un principio ético fundamental. Este argumento, sin embargo, tiene no pocas dificultades. La principal de ellas es que tiende a exigir la unanimidad en las decisiones, porque una característica de las normas jurídicas (o de los poderes políticos) es que se aplican a todos los ciudadanos, tanto a aquellos que las han votado como a aquellos que se han opuesto a ellas. Si la justificación de la decisión mayoritaria es la protección de la autonomía personal, entonces hay que concluir que los que no participan en el proceso o los que hayan votado en contra no se ven concernidos por él, simplemente porque no se han «autoobliga-

do»; pero sin embargo, las normas les son aplicables igualmente a ellos.

Hay una segunda vía de argumentación que parece más sólida para justificar la primacía del procedimiento de decisión por mayoría como sistema de producción de las normas jurídicas. Todo el universo de la ética parece descansar en el reconocimiento originario de la esencial igualdad moral de los seres humanos. Como agentes morales, como individuos dotados de una determinada dimensión moral, todos los seres humanos son considerados iguales. La regla de oro («No hagas a los demás lo que no quieras...»), el imperativo categórico, el principio de universalización de los juicios morales, etc., son versiones de esa idea básica que preside la vida moral. Pues bien, cualquier norma o institución que, en el ámbito de su especialidad, opere reconociendo esa igualdad originaria, estaría inicialmente dotada de una dimensión ética. Y cuando se trata de una institución cuya función es articular una decisión colectiva sobre qué normas jurídicas o qué poder político-jurídico son implantados en una comunidad, la única institución que considera a todos los miembros como iguales es el procedimiento de decisión colectiva por mayoría, y ello porque se trata de un procedimiento que atribuye *igual valor* a la decisión de cada uno de ellos. En la dictadura, la decisión de uno recibe todo el valor y la de los demás ninguno. En la democracia oligárquica o censitaria, el voto de cada uno de los oligarcas tiene valor mientras que el de cada uno de los demás carece de valor. En la decisión por mayorías cualificadas (mayoría de dos tercios, por ejemplo) en la que, a diferencia de las dos anteriores, participan todos, sin embargo el voto de los que «vetan» (un tercio, por ejemplo) tiene más fuerza decisoria que el voto de los que proponen (dos tercios). Y, por último, en la regla de unanimidad se produce la dictadura «al revés», puesto que un solo voto tiene el mismo poder de decisión (el derecho de veto) que la totalidad de los votos de los demás. Sólo en el procedimiento de decisión por mayoría simple cada uno de los votos tiende a poseer el mismo valor, y los votantes tienden a ser tratados como iguales. Es por tanto un procedimiento que traduce a su ámbito de aplicación aquel principio ético de la igualdad moral de todos los seres humanos como personas. Y en la medida que una institución está justificada cuando se fundamenta en un principio moral de esas características, entonces el procedimiento de decisión por

mayoría está justificado y, podría decirse, las decisiones que surgen de él encuentran una inicial legitimidad en esa justificación.

Como vemos, poco a poco parece ir imponiéndose la idea de que un sistema *democrático* es un sistema jurídico *legítimo*. El proceso jurídico-político articulado en torno al principio de decisión colectiva por mayorías supone la incorporación al derecho de algunos componentes morales básicos. En particular, el reconocimiento de cada uno como agente moral igual a los demás en materia de decisión jurídico-política y la exigencia ética de la autonomía individual reflejada en un conjunto de libertades (de expresión, elección, propuesta, etc.) como requisitos concomitantes al proceso de toma de decisiones. No es ocioso recordar a este respecto que la idea de un conjunto de individuos libres y racionales que se reconocen entre sí como agentes morales iguales gravita hoy con fuerza en las teorías que tratan de suministrar un fundamento a los enunciados morales. La «posición original» de Rawls, la «comunidad ideal de diálogo» de Habermas, la ética de procedimiento de Alexy, pueden ser importantes ejemplos de un punto de vista que sugiere con fuerza la idea de la justificación procedimental de la ética. Y en ese sentido el procedimiento democrático ha sido a veces considerado como un sucedáneo de la argumentación moral (Nino, 1984) o como una secuencia que tiende a producir normas jurídicas moralmente justificadas (Nelson, 1986), es decir, como un procedimiento que trata de organizarse a sí mismo en función de la calidad moral de las normas que emana. Ello no obstante, parece apresurado considerar esos rasgos procedimentales como suficientes por sí mismos para reputar un sistema democrático como un sistema jurídico legítimo. Como se recordará, páginas antes se llamaba la atención sobre la extremada complejidad de los ordenamientos jurídicos modernos, y se alertaba sobre la pretensión simplista de suponer que un principio unitario pudiera suministrar razones morales suficientes para legitimar todas las normas de un sistema jurídico. Esto es algo que viene al caso aquí, porque, como antes he dicho, podemos encontrarnos con el hecho de que un sistema jurídico «legítimo» de acuerdo con este criterio contenga, sin embargo, un contingente de normas injustas, y ello porque la justicia del procedimiento democrático no garantiza necesariamente la justicia de las normas que emanan de él. Para obviar este problema se ha recurrido a la distinción entre «legitimidad» de las normas y «justicia» de las

normas (Elías Díaz, 1984) pero no parece una distinción convincente. Una norma jurídica justa no pierde un ápice de su fuerza moral por haber sido dictada mediante un procedimiento no democrático; igualmente, una norma jurídica injusta no gana un ápice de fuerza moral por haber sido emanada de un órgano perfectamente representativo. Naturalmente, esto obliga a concluir que tenemos que buscar criterios éticos de justicia o justificación *externos* al proceso democrático mismo si queremos resolver de una vez todas las incógnitas. Y esto es, en mi opinión, lo que alarma a quienes hacen un especial hincapié en la justificación democrática de los sistemas jurídicos. Pero es una alarma que carece de fundamento porque, como hemos visto, el propio proceso democrático tiene que apelar, para justificarse, a principios éticos externos a él, como lo son el de igualdad y el de libertad o autonomía individual.

Todo ello nos conduce a la *tercera* estrategia teórica diseñada para establecer la legitimidad de los sistemas jurídicos. Consiste en la apelación a ciertos derechos básicos de los individuos concebidos como derechos morales anteriores al sistema de normas jurídicas. Si el sistema jurídico reconoce, protege y realiza efectivamente esos derechos morales, entonces, según este punto de vista, sería un sistema legítimo. Tales derechos no sólo son concebidos como algo anterior al sistema jurídico, sino que, en relación con el criterio anterior, son concebidos también como algo que no está sujeto al juego de las mayorías (Dworkin, 1984). Es decir, si un individuo tiene un derecho moral básico, ese derecho debe ser respetado incluso aunque la mayoría absoluta de la comunidad pretenda tomar una decisión que lo viole. Las mayorías tienen así, según este criterio, un límite infranqueable en la existencia de derechos morales individuales; o, si lo prefieren expresar de otro modo, los derechos morales básicos suponen para el individuo un *veto* automático respecto de las decisiones mayoritarias que traten de ignorar esos derechos básicos. Constituyen, pues, un núcleo de identidad personal y moral que ni el proceso político ni las normas jurídicas están éticamente autorizados para ignorar. Por el contrario, de su específico reconocimiento depende la legitimidad de tal proceso y de tales normas. De hecho, como antes hemos visto, el propio proceso democrático tenía que recurrir para legitimarse a sí mismo a la invocación y reconocimiento de exigencias morales de igualdad básica y autonomía individual. Y son estas exigencias éticas, articuladas

y expresadas como *derechos*, las que constituyen a su vez el núcleo justificatorio de esos catálogos de derechos fundamentales que se han extendido y popularizado con el nombre de *derechos humanos* o *derechos del hombre*. Lo característico de tales exigencias es que la teoría trata de dotarlas de un conjunto de rasgos formales y materiales que determinen para ellos una especial fuerza moral. Estos rasgos son los siguientes: son derechos universales, son derechos absolutos y son derechos inalienables. El primero de ellos no es más que la traslación a la noción de derecho moral de la idea de universalizabilidad de los enunciados morales, y no plantea mayores problemas: se ha dicho con frecuencia que la característica estructural del lenguaje moral es que sus enunciados han de ser universalizables, y en ello no han de distinguirse los enunciados morales en términos de 'derechos'. El segundo rasgo plantea por el contrario algún problema. Si se afirma que tales derechos son *absolutos* ello quiere decir que no pueden ser sobrepujados por ninguna otra exigencia moral. Ello parece poco plausible porque no cabe ignorar que puedan darse conflictos entre derechos básicos adscritos a individuos diferentes. En tal caso la suposición de que ambos son absolutos nos enfrentaría con un dilema moral insoluble. El tercer rasgo hace referencia a la interdicción moral de renunciar a tales derechos por parte del individuo mismo que es portador de ellos. Según este rasgo nadie puede renunciar a tales derechos, ni siquiera en el uso o ejercicio de uno de ellos: el derecho de libertad. Se trata de un requisito, como vemos, también muy fuerte.

Un problema general que se plantea en relación con esos derechos, si es que los adornamos de rasgos tan fuertes, es que no parece que pueda afirmarse fácilmente que son tan numerosos y complejos como dan a entender los catálogos internacionales y constitucionales al uso. Más bien, habría que pensar en dos o tres derechos básicos, a partir de los cuales se derivarían derechos constitucionales más específicos en función de los contextos sociales y las circunstancias históricas. Y serían esos derechos básicos los que, al ser reconocidos y respetados de una u otra forma concreta por los sistemas jurídicos, suministrarían a éstos la legitimidad deseada. Es este criterio de legitimidad, que no es, por cierto, incompatible con los dos anteriores, el que parece estar imponiéndose en la actualidad con mayor fuerza. Los problemas de fundamentación y concepto que plantea no son, sin embargo, fáciles de resolver,

pero eso es algo que no podemos detenernos a desarrollar ahora.

Sea este por tanto el punto de llegada de un largo inventario de problemas que, por su propia envergadura, deben hacernos tomar muy en serio la convicción fundamental de que la especulación jurídica y la especulación ética no pueden caminar ignorándose mutuamente, porque tienen en común asuntos de máxima trascendencia.

#### BIBLIOGRAFÍA

La mayoría de los manuales y tratados de Filosofía del Derecho incluyen un tratamiento de las relaciones entre derecho y moral, pero su mención exhaustiva haría innecesariamente larga y prolija esta bibliografía, en la que sólo se alude a los trabajos citados en el texto. Se recoge, siempre que ello es posible, la edición española de las obras.

Lyons, D., *Ética y derecho*, Barcelona, 1986 (Cambridge, 1984), es una breve visión general de muchos temas aquí citados.

Austin, J., *The Province of Jurisprudence Determined* (1832), Ed. Hart, Londres, 1955.

Bobbio, N., *El problema del positivismo jurídico*, Buenos Aires, 1965.  
—, *Contribución a la teoría del derecho*, Valencia, 1980.

Calsamiglia, A., *Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica*, Barcelona, 1977.

Devlin, P., *The Enforcement of Morals*, Oxford, 1965.

Díaz, E., *Sociología y filosofía del derecho*, Madrid, 1971.

—, *De la maldad estatal y la soberanía popular*, Madrid, 1984.

Dworkin, R., *Los derechos en serio*, Barcelona, 1984 (Londres, 1977).

Fernández, E., *La obediencia al Derecho*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1987.

Finch, J., *Introducción a la teoría del derecho*, Barcelona, 1977 (Londres, 1974).

Fuller, L., *La moralidad del derecho*, México, 1981 (Harvard, 1964).

Garzón Valdés, E., ed., *Derecho y filosofía*, Barcelona, 1985.

Geiger, T., *Derecho y moral. Polémica con Uppsala* (1946), Barcelona, 1982.

Gianformaggio, L., y E. Lecaldano, eds., *Etica e Diritto*, Bari, 1986.

González Vicén, F., «La obediencia al derecho», en *Estudios de filosofía del derecho*, La Laguna, 1979.

Hart, H. L. A., *Derecho y moral. Contribución a su análisis*, Buenos Aires, 1962.

—, *El concepto del derecho*, Buenos Aires (Oxford, 1961).

—, *Law, Liberty and Morality*, Oxford, 1963.

Hierro, L., *El realismo jurídico escandinavo*, Valencia, 1980.

Holmes, O. W., *La senda del derecho* (1897), Buenos Aires. s. f.

Kelsen, H., *Teoría pura del derecho*, México s. f. (Viena, 1960).

MacCormick, N., *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, 1978.

—, *Legal Right and Social Democracy*, Oxford, 1982.

Nelson, W., *La justificación de la democracia*, Barcelona, 1986 (Londres, 1980).

Nino, C. S., *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, 1984.

—, *La validez del derecho*. Buenos Aires, 1985.

Rabossi, E., *La justificación moral del castigo*, Buenos Aires, 1976.

Radbruch, G., *Arbitrariedad legal y derecho suprallegal* (1946). Buenos Aires, 1962.

Ratcliffe, J. M., ed., *The Good Samaritan and the Law*, Nueva York, 1966.

Raz, J., *La autoridad del derecho*, México, 1982 (Oxford, 1979).

Ross, A., *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, 1963 (Londres, 1958).

Simmons, A. J., *Moral Principles and Political Obligation*, New Jersey, 1979.

Wasserstrom, R., *Morality and the Law*, Belmont, 1971.