
DERECHO Y MORAL

David Sobrevilla Alcázar

1. INTRODUCCIÓN

Quisiera en la primera parte de este texto presentar un exordio terminológico acerca de las palabras 'derecho' y 'moral' –y en correspondencia de 'ciencia del derecho' y 'filosofía del derecho' y de 'ética'– y mostraré cómo parte de la oscuridad que rodea la relación entre ambos se debe a las ambigüedades existentes en la delimitación conceptual. En la segunda parte me he de referir al problema histórico de la relación entre derecho y moral. En la tercera parte expondré la disputa entre iusnaturalismo y positivismo jurídico en torno a la relación entre estos dos fenómenos. En la cuarta parte analizaré el problema de si existe una conexión conceptual entre derecho y moral. En la parte final me preguntaré acerca de si es moral o ética la obligación que tienen en relación a la justicia los litigantes, los abogados y los jueces.

2. EXORDIO TERMINOLÓGICO

Deseo referirme ante todo a las palabras 'ética' y 'moral'. ¿Cuál es su diferencia? Desde el punto de vista etimológico quieren decir

lo mismo. La palabra más antigua es 'ética', que viene del griego *ethos* y quiere decir el lugar habitual de la vida, el uso, el carácter, la forma de comportamiento frente al bien y al mal, como valores representativos de lo moral.¹ 'Moral' es, en cambio, una palabra latina que procede de *mores* y significa las costumbres, el carácter o el comportamiento en relación con el bien y el mal.

También desde el punto de vista cotidiano son estas palabras equivalentes: decir que alguien no tiene ética es aseverar que no tiene moral, o sostener que una persona no se ha conducido éticamente es lo mismo que afirmar que no se ha comportado moralmente.

No obstante, la filosofía ha tratado de establecer la diferencia entre ambas palabras y lo ha hecho de muchas maneras. Así, para Hegel la moralidad tiene que ver con el comportamiento meramente individual, mientras la eticidad se refiere al comportamiento humano en tanto el hombre forma parte del Estado.

Otra distinción la establece contemporáneamente Jürgen Habermas, para quien debemos distinguir entre la 'eticidad' concreta de las diferentes comunidades que tienen diversos puntos de vista sobre la vida buena, y el punto de vista moral que es un punto de vista universal referido básicamente a las cuestiones de justicia.

Una tercera distinción, que es la más aceptada el día de hoy, es la que separa la moral (o mejor: lo moral) como los comportamientos básicamente humanos frente al prójimo, la naturaleza y la sociedad en relación con valores como el bien y el mal. En cambio se suele definir la ética como la disciplina filosófica que considera dichos

comportamientos humanos frente al bien y al mal.

En la actualidad se puede distinguir entre: a) la ética descriptiva o empírica, que pretende describir y explicar los fenómenos morales; b) la ética filosófica o normativa, que trata de fundamentar los juicios morales y criticar los comportamientos morales, y c) la metaética, que busca analizar los elementos y las formas lingüísticas de las proposiciones morales.²

La ética fue desarrollada como disciplina filosófica por Aristóteles, pero ya antes existían éticas preteóricas que se habían desarrollado a partir de las tradiciones culturales y de las distintas religiones. Además, frente a la ética filosófica casi siempre ha existido una ética coloquial que ha enunciado principios muy simples, como "hay que hacer el bien y evitar el mal", "no hagas a otro lo que no quieres que te hagan a ti", "hoy por ti, mañana por mí".

En realidad, la ética filosófica solo se desarrolló cuando la primigenia ética patriarcal griega, que justificaba las costumbres e instituciones de la vieja polis, cayó en crisis. Los sofistas pasaron entonces a defender que "lo bello y lo justo" no son algo natural sino el producto de una convención, y a partir de esa época la filosofía pasó a tratar de justificar las costumbres en una permanente confrontación con el escepticismo y el relativismo.

Por razones de brevedad voy a partir de la noción de derecho que ofrece Kant. Según este destacado autor "el derecho es el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio de otro según una ley universal de la libertad".³ Esta definición tiene, a mi modo

1 No entro a discutir las diferencias que se presentan en griego cuando *ethos* se escribe con una *e* corta o larga.

2 Para lo anterior véanse los artículos "Ética" y "Moral" relectados por O. Höffe, en la obra colectiva editada por el mismo autor: *Diccionario de ética* (Barcelona: Crítica, 1994, pp. 99 y 190-191).

3 KANT, Emmanuel. *La metafísica de las costumbres*. Madrid: Tecnos, 1989, p. 39.

de ver, la gran ventaja de cubrir lo que llamamos 'derecho objetivo' y además 'derecho subjetivo'.

Podemos interpretarla, apartándonos algo de Kant, tanto en el sentido del positivismo —en cuyo caso entenderíamos las condiciones de que Kant habla tan solo como las leyes estatales existentes— como del iusnaturalismo, en el que comprenderíamos las condiciones también como los principios y costumbres. Pero, asimismo, la definición se refiere al derecho subjetivo: a la posibilidad de conciliar mi arbitrio con el de otro según una ley universal de libertad, posibilidad condicionada por el derecho objetivo: por el conjunto de las condiciones aludidas.

Así como se puede —y quizás se debe— distinguir entre la 'moral', como el comportamiento frente al bien y al mal, y la 'ética', como el estudio de dicho comportamiento, es bueno separar entre el 'derecho', el conjunto de condiciones que posibilitan la conciliación del arbitrio de una persona con la de otra según una ley universal de libertad, y la 'ciencia del derecho' y la 'filosofía del derecho', que estudian el derecho desde el punto de vista sectorializado de la ciencia y desde el punto de vista universal de la filosofía, respectivamente. Mientras el 'derecho objetivo' se expresa en proposiciones prescriptivas, la 'ciencia del derecho' lo hace en proposiciones descriptivas, tal como pensaba Kelsen; y lo mismo se puede afirmar de la 'filosofía del derecho'.

En lo que sigue queremos tratar de establecer la relación entre moral y derecho. Una de las razones de la dificultad de este tema son las ambigüedades que aquí rodean a estos términos que hemos intentado precisar.

3. EL PROBLEMA HISTÓRICO DE LA RELACIÓN ENTRE DERECHO Y MORAL

No siempre se distinguió entre moral y derecho, por lo que en rigor hubo una época en la que no existió el problema de establecer la relación entre ambos. En las sociedades primitivas, o sea en las existentes antes del surgimiento de la civilización, esto era precisamente lo que sucedía: había una indistinción entre la religión, la moral y el derecho, como se puede reconstruir actualmente en el pueblo nuer que tiene un desarrollo mínimo como el de las sociedades primitivas: aquí es la voluntad de Dios la que establece lo que es moral y jurídico a la vez (y también lo religioso), por ejemplo cuántos bueyes se debe pagar por una mujer que se tomó en matrimonio y a la que se devuelve.

Esta misma indistinción se mantuvo aun en sociedades mucho más desarrolladas como la griega y la romana. Por ejemplo, hacia el final del Imperio Romano sostenía el famoso jurista Ulpiano (muerto el 228 d.C.) que los tres grandes preceptos del derecho son: *honeste vivere, alterum non laedere y suum cuique tribuere* (vivir honestamente, no hacer daño al otro y dar a cada cual lo suyo), preceptos que en realidad son tanto jurídicos como morales. Lo mismo sucede con la definición del derecho dada por Celso que nos transmite el mismo Ulpiano: *ius est ars boni et aequi* (el derecho es el arte de lo bueno y de lo justo). Únicamente se iba a presentar un principio de diferenciación con el aforismo del jurista Paulo: *non omne quod licet honestum est*, es decir, que no todo lo que está permitido —desde el punto de vista del derecho— es honesto moralmente.

En la Edad Media la indistinción entre lo religioso, lo moral y lo jurídico se ahondó –sí cabe– en autores como Agustín de Hipona y Tomás de Aquino, que hacían derivar la ley humana de la divina. Algunos autores tardíos iban sin embargo a vislumbrar la diferencia entre derecho y moral, planteándola como la existente entre el *foro externo*, en el que se ventilan los actos jurídicos, y el *foro interno*, donde se dilucidan los actos morales.

La diferenciación entre derecho y moral solo se logró en el siglo XVIII, con Christian Thomasiaus y Emmanuel Kant. Para Thomasiaus (1655-1718) todo derecho es ‘externo’, siendo asimismo externa la obligación jurídica, en tanto que la moral es ‘interna’ y también lo es la obligación moral; mientras el derecho nace de la ‘justicia’, la acción moral procede de la ‘honestidad’; y si el derecho se impone por la ‘coacción’, en el caso de la obligación moral solo se pueden ofrecer ‘consejos’ con relación a la acción por emprenderse. De allí que este autor se refiera a la obligación jurídica como ‘perfecta’ y a la moral como ‘imperfecta’.⁴

Por su parte, Kant (1714-1804) logró separar el derecho de la moral sobre la base de estos tres criterios: primero, mientras el derecho está orientado a la obligación ‘externa’, la moral se basa en el ‘móvil o motivo’ de la acción; segundo, en tanto que el derecho es ‘heterónomo’, o sea que está formado por un conjunto de presupuestos que se le imponen al sujeto desde afuera, la moral es una obligación ‘autónoma’, esto es, adoptada por el ser humano por sí mismo; y tercero, el derecho cuenta con el

respaldo de la ‘coacción’, lo que no sucede con la moral.⁵

Conseguida así la diferenciación del derecho de la moral, Johann Gottlieb Fichte (1762-1814) sostuvo –en su *Fundamento del derecho natural según los principios de la doctrina de la ciencia* (I, 1796; II, 1797)– que se puede deducir el concepto del derecho con entera independencia de la moral, lo que tiene como consecuencia una verdadera separación entre ambos: a veces la moral ordena cosas que el derecho solo permite, y otras la moral hasta prohíbe cosas que el derecho ordena.⁶ Probablemente nunca se haya llegado a una tensión más crasa entre derecho y moral que en el caso de Fichte: es a partir de aquí que en realidad se plantea, desde uno de sus aspectos más difíciles, el problema de la relación entre derecho y moral.

No obstante, tradicionalmente se ha considerado que fue en el iusnaturalismo y el positivismo jurídico en que más claramente se formuló dos concepciones antagónicas distintas sobre la relación entre derecho y moral. Pasemos ahora a examinar cómo piensan estas dos grandes concepciones jurídicas la relación entre derecho y moral.

4. IUSNATURALISMO Y POSITIVISMO JURÍDICO: SOBRE LA RELACIÓN ENTRE DERECHO Y MORAL

4.1 *El iusnaturalismo*

La posición básica del iusnaturalismo frente al problema de la relación entre derecho

4 THOMASIAUS, Christian. *Fundamentos de derecho natural y de gentes*. Madrid: Tecnos, 1994. Véanse especialmente los capítulos IV y V del Libro I.

5 KANT, Emmanuel. *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*. Madrid: Alianza, 2002.

6 GOTTLIEB FICHTE, Johann. *Fundamento del derecho natural*. Madrid: CEC, 1994, p. 145.

y moral es 'vinculacionista': afirma que existe una conexión esencial entre derecho y moral. Esta posición se la puede ejemplificar adecuadamente con la definición del iusnaturalismo ofrecida por Carlos S. Nino. Para este autor el iusnaturalismo jurídico sostiene conjuntamente dos tesis: a) una tesis de filosofía ética según la cual hay principios morales y de justicia universalmente válidos y asequibles a la razón humana, y b) una tesis acerca de la definición del concepto de derecho según la cual un sistema o una norma no pueden ser calificados de "jurídicos" si contradicen aquellos principios morales o de justicia.⁷

Realizaré a continuación una revisión sumaria de los enfoques iusnaturalistas acerca de la relación entre derecho y moral en los casos de Agustín de Hipona y Tomás de Aquino, Giambattista Vico y Rudolf Stammler, Giorgio Del Vecchio y Gustav Radbruch.

- *Agustín de Hipona y Tomás de Aquino*

En Agustín de Hipona la ley temporal procede de la ley eterna, que es suprema e inalterable. En Tomás de Aquino el esquema es un poco más complicado, pero básicamente el mismo. Tomás de Aquino define la ley como una regla y medida de los actos humanos, que procede de la autoridad competente y que tiene por objeto el bien común. La ley puede ser de cuatro tipos: divina, eterna, natural y humana. La ley divina se refiere a la finalidad sobrenatural del hombre. La ley natural proviene de la razón divina y contiene los modelos de todas las cosas. La ley natural se refie-

re a la participación de la criatura racional en la ley eterna, dispone que "debe hacerse el bien y evitarse el mal". La ley humana se deriva de la ley natural: por 'deducción', como en el caso del derecho de gentes, donde de un precepto como "debe hacerse el bien y evitar el mal" se extrae la regla según la cual *pacta sunt servanda* (los pactos deben ser respetados); y por 'especificación' como en el derecho civil, en donde del mismo precepto se obtiene la regla de que si una persona no paga una deuda en el plazo convenido debe sufrir una penalidad civil.⁸

Tanto Agustín de Hipona como Tomás de Aquino sostenían que una ley injusta no es una ley. El primero afirmaba que: "a mí no me parece que sea una ley aquella que no es justa",⁹ en tanto que el segundo sostenía que una ley humana injusta, que no se derive de la ley natural, no es una ley sino una corrupción de la ley.¹⁰ Podríamos pues traducir su postura con el aforismo *lex iniusta non est lex*.

- *Vico y Stammler*

El esquema medieval de que la ley temporal o humana procede de la ley natural se mantuvo básicamente en la Edad Moderna, pero con esta diferencia fundamental: que en esta época la ley natural se concibe como eterna, pero que no proviene de Dios directamente sino que se encuentra en la razón humana; así se le puede hallar en los grandes juristas iusnaturalista-racio-

7 NINO, Carlos S. *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aires: Astrea, 1980, pp. 27-28.

8 AQUINO, Tomás de. *Suma Teológica*, I-II, q. 90-95.

9 HIPONA, Agustín de. *De libero arbitrio*, 1, 5, 11.

10 AQUINO, Tomás de. *Suma Teológica*, I-II, q. 95, 2.

nalistas de la modernidad como en Hugo Grocio y Samuel Pufendorf.

En contra se manifestó Giambattista Vico (1648-1744) en su *Scienza nuova* (1725, ²1730, ³1744). Vico criticaba el derecho natural de juristas como Grocio y Pufendorf, porque en su opinión el derecho natural proviene en realidad de Dios, pero no se manifiesta como un derecho eterno e inmutable, sino que va adquiriendo una forma distinta según las diversas épocas de la historia. El derecho natural cambiaría según las diferentes edades históricas, y así podemos distinguir tres grandes variedades: el derecho natural de la época de los dioses, el de la época de los héroes y, por último, el de la época de los seres humanos.¹¹ De manera semejante existiría una jurisprudencia divina, heroica y humana y asimismo gobiernos teocráticos, heroicos y humanos.¹²

Es probable que el jurista alemán Rudolf Stammler (1856-1938) haya tenido en cuenta las ideas de Vico, pues en razón de que no existe una naturaleza humana incambiable, sostiene que el derecho natural es de contenido variable, es decir, que se trata de reglas jurídicas tales que constituyen el derecho 'teóricamente justo', porque están condicionadas por circunstancias empíricas.¹³

- *Del Vecchio y Radbruch*

Para Giorgio Del Vecchio (1878-1970) la filosofía del derecho estudia los supuestos universales comunes a todos los sistemas jurídicos.

Tiene tres partes: una investigación 'lógica', que indaga lo que es el derecho en su integridad lógica; una investigación 'fenomenológica', que examina la historia jurídica de la humanidad; y una investigación 'deontológica', que analiza la justicia, contraponiendo la verdad ideal a la realidad empírica. Para el autor las acciones humanas están sometidas a principios éticos o del deber en general. Los principios éticos pueden presentarse en relación a uno mismo, en cuyo caso estamos en el campo de la moral, y en relación a los otros, situación en la que nos encontramos en el ámbito del derecho.¹⁴

Gustav Radbruch (1878-1949) sostuvo que el derecho solo puede ser comprendido a través de la idea que constituye su fin o valor. Según el autor este fin o valor es la justicia. En este sentido, aunque Radbruch concedía que hay un derecho que puede ser injusto (*summum ius, summa iniuria*), afirmaba que el derecho es la realidad que tiene el sentido de servir al valor o a la idea de la justicia.

El primer elemento del derecho es pues la justicia, con respecto a la cual hay que considerar sobre todo la justicia distributiva; y el segundo elemento del derecho es el fin del derecho que se plantea en relación a la finalidad del Estado, que es el bien. Este fin puede plantearse como un bien individual (la libertad), supraindividual (el Estado) o transpersonal (la cultura).¹⁵

Durante el régimen nacionalsocialista, Radbruch fue despojado de su cátedra

11 VICO, Giambattista. *Ciencia Nueva* [1725]. México: El Colegio de México, 1941, pp. 159 y ss.

12 VICO, Giambattista. *Ciencia Nueva* [1744]. México: Tecnos, 1995, pp. 444-445.

13 STAMMLER, Rudolf. *Economía y derecho según la concepción materialista de la historia*. Madrid: Reus, 1929, pp. 166-167.

14 DEL VECCHIO, Giorgio. *Filosofía del derecho* [1930]. Barcelona: Bosch, 1969, pp. 275 y ss., 320 y ss.

15 DEL VECCHIO, Giorgio. *Filosofía del derecho*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959, pp. 43 y ss., 70 y ss.

e impedido de publicar en Alemania. A la caída del régimen nazi acentuó su posición iusnaturalista señalando que hay un no-derecho legal y un derecho suprallegal. Sostenía que el conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica puede solucionarse si se acepta que el derecho positivo tiene habitualmente la primacía, aunque sea injusto, a no ser que la contradicción entre la ley positiva y la justicia alcance un grado tan intolerable que la ley como "derecho incorrecto" tenga que ceder ante la justicia.¹⁶ Es decir que habría que cambiar el viejo aserto iusnaturalista *lex iniusta non est lex* por la variante *lex iniustissima non est lex*, que parece ser más acorde con las situaciones que la realidad plantea.

4.2 El iuspositivismo

El iuspositivismo se nos presenta como una típica posición separatista frente al derecho y la moral: considera que, aunque muchas veces se presentan unidos en la realidad, la verdad es que hay una separación por lo menos conceptual entre ellos.

A continuación presento tres concepciones paradigmáticas de la actitud del iuspositivismo con respecto a la relación entre derecho y moral: las de Thomas Hobbes, Hans Kelsen y H. L. A. Hart.

- *Thomas Hobbes*

Thomas Hobbes (1588-1679) sostuvo en su *Leviatán* que en el estado de naturaleza el derecho es la libertad que tiene cada persona de usar su poder como

quiera y que la ley natural es el precepto o norma que permite utilizarlo (el propio poder) como se desee. De allí que el estado de naturaleza desemboque en un estado de inseguridad que lleva a los seres humanos al pacto social. Este es un pacto de unión y de sumisión al soberano con el que se logra la ansiada seguridad, pero al precio del sometimiento al gobernante. Mediante la institución del Estado los derechos naturales se concretan a través de leyes civiles, que son para el súbdito reglas en que el Estado ordena de palabra o por escrito lo que es justo hacer. Aquí, como se comprende, se rompe la relación entre el derecho natural y el derecho humano, pasando a ser la justicia lo meramente legal: justo es hacer lo que el soberano manda e injusto desobedecer sus órdenes.¹⁷

- *Hans Kelsen*

Kelsen reconoció siempre que el derecho se da empíricamente mezclado con cuestiones morales, sobre todo con cuestiones de justicia, que sostenía que eran enormemente importantes. Pero agregaba que en cuanto el derecho es una ciencia debería eliminar de su ámbito lo moral y en concreto la justicia. Las razones que ofrecía eran muchas: que incorporar la cuestión de la justicia era hacer impura la teoría o ciencia del derecho, que si la teoría del derecho quería ser en efecto una ciencia debía aspirar a ser objetiva siendo en cambio los valores morales –y en particular el de la justicia– de carácter subjetivo, que si se involucra el derecho natural,

16 RADBRUCH, Gustav. "Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht" [1946]. *Rechtsphilosophie*. Heidelberg: Müller, 1999, pp. 211-219.

17 HOBBS, Thomas. *Leviatán*. Madrid: Sarpe, 1984, pp. 269 y ss.

al que pertenece la cuestión de la justicia, en el campo de la ciencia del derecho se estaría disminuyendo la importancia del derecho positivo en favor del natural, que las respuestas que se han ofrecido a lo que sea la justicia son todas vagas e imprecisas, etcétera.¹⁸

- *H. L. A. Hart*

El famoso jurista inglés H. L. A. Hart tenía una posición compleja frente al problema de la relación entre moral y derecho. Hart sostenía que para que el derecho positivo fuera obedecido por los participantes en el mundo de un derecho determinado de un modo natural y no coaccionados por las amenazas contenidas en las sanciones de las normas, dicho derecho positivo debía tener un 'contenido mínimo' de derecho natural. Este contenido mínimo está formado por las siguientes proposiciones: a) sus reglas deben restringir la violencia debido a la vulnerabilidad humana; b) sus reglas deberán tratar de establecer una igualdad aproximada entre los individuos; c) como los seres humanos no son ni buenos ni malos por naturaleza, las reglas jurídicas deberían establecer un altruismo limitado; d) dado que los recursos son limitados, las reglas jurídicas deberían establecer un acceso a un uso discriminado de propiedad (es decir que alguna forma de propiedad debería de existir), y e) dado que la compasión y fuerza de voluntad de los seres humanos son limitados, las reglas jurídicas deben establecer sanciones para el caso de ser incumplidas.¹⁹

Por otro lado, Hart establecía las cuatro características siguientes que diferencian la moral y el derecho, características a partir de las cuales se comprende la importancia que asignaba a la moral, de la siguiente manera: a) consideraba las reglas morales como más importantes que las jurídicas (y por cierto que las del buen comportamiento); b) las normas jurídicas son creadas o cambiadas por un *fiat* deliberado, en cambio no sucede lo mismo con las reglas morales que se forman y cambian naturalmente; c) mientras la involuntariedad de un acto moral excusa de considerarlo moralmente objetable, en el caso del derecho se ha aceptado en alguna medida la "responsabilidad objetiva", y d) en tanto la forma de presión jurídica son las amenazas, la de la presión moral es apelar al respeto por las reglas, puesto que estas son muy importantes y que el respeto es compartido por los destinatarios de las reglas.²⁰

Pero, pese a estos puntos de vista —y quizás en parte debido a ellos— Hart mantenía a la vez la tesis, que creía ser esencial al positivismo jurídico, de que no existe una 'conexión conceptual' entre moral y derecho. En este sentido rechazaba la crítica de Gustav Radbruch a los positivistas jurídicos de la época nazi. Radbruch había afirmado que la ideología positivista del *Gesetz ist Gesetz* (la ley es la ley) los llevó a someterse a la dictadura nacionalsocialista y sostuvo que los principios fundamentales de la moralidad humanitaria eran parte del concepto del derecho. En cambio, Hart afirmaba que esta

18 KEISEN, Hans. *Teoría pura del derecho* [1934]. Buenos Aires: Losada, 1946, pp. 37-44; *Teoría pura del derecho* [1953]. Buenos Aires: Eudeba, 1960, pp. 55-64; y *Teoría pura del derecho* [1960]. México: Porrúa, 1993, pp. 71-82.

19 HART, H. L. A. *El concepto de derecho* [1961]. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1968, pp. 239-247.

20 *Ibidem*, pp. 215-223.

crítica se lee con simpatía, pero que es incorrecta. Que la crítica moral de las instituciones se decanta en proposiciones de una filosofía discutible.²¹

En resumen, la pregunta decisiva es la siguiente: ¿existe en efecto una vinculación conceptual necesaria entre las normas jurídicas y las normas morales?, pues de hecho se concede —por Hart— que hay una vinculación empírica, como acabamos de ver.

5. ¿EXISTE UNA VINCULACIÓN CONCEPTUAL ENTRE DERECHO Y MORAL?

Robert Alexy ha discutido la tesis positivista de la separación entre derecho y moral del positivismo jurídico, proponiendo en su lugar una 'tesis vincucionista débil' que compartimos. Para aproximarse al derecho parte de una distinción procedente de Hart: la que existe entre la 'perspectiva del observador' y la del 'participante'. La primera es la de alguien extraño al sistema jurídico que comprueba que las reglas jurídicas son obedecidas porque contienen la amenaza de una sanción. Pero además existe la perspectiva del participante en el sistema jurídico que toma en cuenta el 'aspecto interno' de las reglas, es decir, que considera que las reglas son pautas o criterios de comportamiento que imponen ciertos estándares de corrección y de obligación, y en correspondencia que permiten establecer una conducta como 'desviada' de las reglas. Alexy parte de esta

distinción proponiendo al final una 'tesis vincucionista débil', esto es, que existe una vinculación no fuerte entre derecho y moral sino que solo se da en algunos casos límite. Sus argumentos son dos: el de la corrección y el de la injusticia.

Según el argumento de la corrección las normas constitutivas de los sistemas jurídicos elevan una pretensión de corrección, por ejemplo la de la justicia. En este sentido, si una asamblea aprobara un artículo como el siguiente: *x es una república soberana, federal e injusta*, lo consideraríamos como defectuoso, y no porque se hubiera cometido una falla técnica, moral o convencional, sino sobre todo una falla conceptual por haber incurrido en lo que los lingüistas denominan una "contradicción performativa", o sea que al negar la pretensión de corrección de la norma —la pretensión de justicia— aquella (la norma) se estaría mostrando como claramente inválida.

Cometería igualmente una contradicción performativa una sentencia que dijera: *El acusado es condenado, en virtud de una falsa interpretación del derecho vigente, a prisión perpetua*. En efecto, en todos los sistemas jurídicos hay normas que obligan al juez a interpretar de manera correcta el derecho vigente y a emitir sentencias *verdaderas* —como quiera que se interprete la noción de la verdad jurídica de las sentencias.

El segundo argumento, el de la injusticia, recurre a la idea del último Radbruch que ya hemos mencionado, de que el derecho positivo puede coexistir con la injusticia, a no ser que esta (la injusticia) alcance un grado tan insoportable, que el "derecho injusto" tenga que ceder ante la justicia.²²

21 ALEXY, Robert. "El positivismo y la independencia entre el derecho y la moral". *La filosofía del derecho*. México: FCE, 1980, pp. 60-68.

22 ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1994, pp. 41-45.

El destacado jurista argentino Ernesto Garzón Valdés considera que no puede sostenerse la tesis separacionista, discutiendo un planteamiento del jurista alemán positivista Norbert Hoerster. Para este las normas jurídicas poseen tres características básicas: a) han sido creadas de acuerdo con una Constitución nacional que posee vigencia en la sociedad; b) estas normas son parte de un orden normativo que prevé la aplicación de la coacción física llevada a cabo regularmente por los funcionarios competentes, y c) que quien se niegue a obedecer las normas tendrá que contar con consecuencias amenazadoras. Pues bien, al hablar Hoerster de "funcionarios competentes" está presuponiendo, según Garzón Valdés, la pretensión de autoridad y al referirse a la "Constitución vigente" está implicando la *intentio dogmatica*. En efecto, la fuerza coactiva institucionalizada no puede considerarse como derecho (Gerold J. Postema). El profesor argentino escribe lapidariamente:

Vistas así las cosas, quien sostenga la tesis de la neutralidad lo sea de que no hay una vinculación entre derecho y moral, D. S.), se ve enfrentado con un doble problema: en primer lugar, si acepta que la validez de las normas del sistema (inclusive la Constitución) depende de su coincidencia con los criterios establecidos en última instancia por una regla de reconocimiento [la regla básica secundaria que permite reconocer los elementos integrantes del sistema jurídico, D. S.] (algo que probablemente admitiría Hoerster) tendrá que aceptar que conceptualmente ella está vinculada con el punto de vista interno de, al menos, la parte oficial del sistema, es decir, de su adhesión a esta regla por razones no prudentiales [o sea que no tienen que ver con la coacción, D. S.]; segundo, si quiere describir qué es lo que realmente hacen quienes

dictan y aplican el derecho, no puede dejar de tomar en cuenta la pretensión de corrección normativa que sustentan estas personas, que no puede basarse, en última instancia, en una especie de mandato presupuesto, moralmente neutro, que obligaría a obedecer la Constitución si es que no se quiere caer en las conocidas dificultades de una norma básica de tipo kelseniano.²³

Nosotros estamos de acuerdo con las argumentaciones de Alexy y de Garzón Valdés, en especial con la tesis de la *vinculación débil* entre derecho y moral. Antes de concluir quisieramos plantear el problema siguiente: si existe en efecto una conexión conceptual y empírica entre derecho y moral, ¿tienen los litigantes, abogados y jueces una obligación moral o ética en el sentido hegeliano ante la justicia?

6. CONCLUSIÓN: ¿ES MORAL O ÉTICA LA OBLIGACIÓN ANTE LA JUSTICIA DE LOS LITIGANTES, ABOGADOS Y JUECES?

En los procedimientos jurídicos intervienen básicamente los jueces, los litigantes y los abogados. Todos ellos tienen en principio la obligación general de velar no solo por el derecho sino también por la justicia, pero cada cual a su manera. Los jueces tienen el deber de dictar fallos justos en el sentido de que en ellos se reconozca, en la medida que corresponde, los derechos de los litigantes. Estos tienen a su vez la obligación de no reclamar por sus intereses más allá del límite que les corresponde, para lo cual hay muchos medios como la distorsión de los hechos, la *plus petitio*, los recursos inmorales, etcétera. Finalmente,

23 GARZÓN VALDÉS, Ernesto. "Algo más acerca de la relación entre derecho y moral" [1992]. *Derecho, ética y política*. Madrid: CEC, 1993, p. 325.

los abogados no debieran defender causas injustas, o sea abogar por intereses ilegales o inmorales, recurrir a medios vedados, a articulaciones inválidas, etcétera.

No obstante, existe una gran diferencia entre una mala actuación ante los valores morales en estos tres casos. Con el vocabulario de Hegel diríamos que la mala actuación de un litigante es inmoral, en tanto que la del juez es contra la ética, y agregaríamos que la del abogado va contra los deberes profesionales, pero sin llegar a tener la gravedad de la de los jueces.

Recordemos ante todo la distinción hegeliana: la moralidad es la acción meramente individual en relación con los valores del bien o del mal, y la eticidad es la actuación que compromete al Estado frente a los mismos valores. En el caso de un mal litigante que distorsiona los hechos, que exige más de lo que le corresponde o que recurre a medios inválidos, es claro que su actuación vitanda solo compromete directamente su propia responsabilidad, y contribuye indirectamente al mal de la colectividad.

Algo distinto acontece con los jueces: ellos son no solo funcionarios del sistema sino —lo que Joseph Raz ha llamado— sus *órganos primarios*: primarios por su importancia excepcional al ser órganos aplicadores del derecho que están autorizados a decidir si el uso de la fuerza está prohibido o permitido jurídicamente.

En cuanto funcionarios primarios del sistema judicial los jueces son la clave de este, escribe Raz.²⁴ Porque esto es así, la responsabilidad judicial es enormemente grande, yendo sin duda muchísimo más lejos que la de los litigantes. No es solo moral sino, además, —y sobre todo— ética, pues a los jueces les está encomendada la legalidad y a la vez la legitimidad del sistema jurídico. Un juez

que absuelve a un culpable o condena a un inocente, que no hace cumplir las reglas llamadas secundarias que regulan el funcionamiento de las primarias, contribuye con su mal comportamiento a la disfunción del Estado y a su ruina en una medida que las malas acciones de los simples ciudadanos nunca podrán alcanzar.

Por último, la responsabilidad de los abogados va sin duda mucho más allá de la de los simples litigantes, pero nunca puede llegar a la de los jueces: al defender malas causas (las de los narcotraficantes, de los violadores de los derechos humanos, de los corruptos, etcétera), contribuir a torcer la ley o a que no se haga justicia, actúan en favor de malos intereses, contribuyen al caos jurídico y al desorden estatal, pero sin que su responsabilidad llegue nunca a ser tan amplia como la de los jueces, porque los abogados no resuelven los procedimientos.

En cualquier caso, es obvio que Radbruch tenía razón cuando afirmaba que la función del derecho es servir a la justicia. La volvía a tener cuando al final de su vida precisaba que existe en efecto una vinculación entre el derecho y la justicia, por lo que el viejo positivismo no tenía razón al negarla; pero que no había que exagerar, como había hecho el antiguo iusnaturalismo: dicha vinculación no es 'fuerte', o sea que no existe en todos los casos, sino puramente 'débil': en los casos límites en que la injusticia llega a ser intolerable. No podemos, pues, afirmar *lex iniusta non est lex* sino meramente *lex iniustissima non est lex*: cuando el derecho alcanza límites insostenibles de injusticia, entonces se convierte en un no-derecho legal que debe ceder ante la justicia, a la que Radbruch denominaba por ello derecho supralegal.

24 RAZ, Joseph. *El concepto de sistema jurídico. Una introducción a la teoría del sistema jurídico*. México: UNAM, 1986, p. 231.