

## CAPÍTULO 29

### DERECHO Y MORAL

John GARDNER\*

SUMARIO: I. *¿Tiene el Derecho fines morales?* II. *¿El Derecho siempre hace parte de la moralidad?* III. *¿La moralidad hace parte del Derecho?* IV. *¿Tiene el Derecho una moralidad interna?* V. *¿Hay una obligación moral de obedecer al Derecho?* VI. *Bibliografía.*

#### I. ¿TIENE EL DERECHO FINES MORALES?

El Derecho, a diferencia de la moral, es creado por alguien. Así que, a diferencia de la moral, puede tener fines, los cuales son los fines de quienes lo elaboran (ya sea individual o colectivamente). Sin embargo, no todas las reglas y principios del Derecho tienen fines porque no toda creación del derecho es intencional. El Derecho consuetudinario se genera por acciones convergentes que son realizadas sin la intención de crear Derecho, y así sin ninguna intención adicional de alcanzar algo mediante la creación del derecho, es decir, sin ninguna finalidad. Hay también otras modalidades de creación accidental del derecho. No obstante, por ahora me ocuparé del Derecho que es creado intencionalmente y, que por ello es capaz de tener fines.

Algunas personas han pensado que cuando el derecho tiene fines debe, por su naturaleza, tener ciertos fines morales distintivos. Si carece de tales fines, no es Derecho. Deber tener como fin ser justo,<sup>1</sup> servir al bien común,<sup>2</sup> justificar la coerción,<sup>3</sup> o ser en alguna otra manera moralmente

\* Profesor of Jurisprudence, Oxford University. Este capítulo está basado en John Gardner, 'Ethics and Law', in John Skorupski (ed.), *The Routledge Companion to Ethics* Abingdon, Routledge, 2010, pp 420-429. (Trad. de Francisco Martínez Cruz, Revisión de Jorge Luis Fabra Zamora).

<sup>1</sup> Cfr. Postema, Gerald, "Law's autonomy and public practical reason", en George, Robert (ed.), *The autonomy of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1999, p. 80.

<sup>2</sup> Cfr. Finnis John, *Natural law and natural rights*, Oxford, Clarendon Press, 1980, p. 276.

*Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. 2, pp.1105-1119.

vinculante o moralmente exitoso. El problema de estas posturas es que al menos algunos creadores de normas jurídicas no tienen fines morales. Son personas absolutamente cínicas. Ellos usan la creación del derecho solamente como un instrumento para beneficio económico, retaliación o consolidación del poder. Por supuesto, se puede aún atribuir fines morales al Derecho creado por tales individuos si es intencionalmente desarrollado o adaptado por funcionarios posteriores que sí tengan fines morales. Jueces posteriores, por ejemplo, pueden interpretar una norma jurídica como si tuviera un fin moral, y por tanto dotarla de uno, incluso si careció de tal en su generación. Pero en ocasiones, los jueces también pueden ser totalmente cínicos. Sistemas jurídicos completos pueden, de hecho, ser puestos en marcha por carteles de funcionarios que se mueven por el interés personal, para los cuales el sistema es principalmente una elaborada red de extorsión o una gran chiste.

En tales casos, el Derecho no tendría propósitos morales. Sin embargo todos los funcionarios jurídicos, incluso en tal sistema, deben por lo menos *pretender* tener fines morales cuando ellos actúan en el ejercicio de sus funciones oficiales. O como frecuentemente se ha dicho, deben por lo menos realizar *pretensiones* morales en nombre del Derecho.<sup>4</sup> Esto no significa, por supuesto, que sin fines morales estas personas fracasarán en alcanzar a sus pretensiones no morales (es decir, perderán sus beneficios, privilegios o base de poder). Eso puede ser cierto, pero no viene al caso. El punto es que en la medida en que ellos son los voceros del Derecho, los funcionarios no pueden evitar realizar pretensiones morales para el Derecho. Estas son las pretensiones que (en combinación con otros criterios específicos) distinguen a estas personas como funcionarios jurídicos.

Para identificar las pretensiones del Derecho, hay que comenzar con el lenguaje que emplean los funcionarios jurídicos. Al establecer o describir las NORMAS JURÍDICAS, los funcionarios no pueden sino usar el lenguaje de las obligaciones, derechos, permisos, poderes, compromisos, etcétera. Lo que ellos de este modo afirman es que el Derecho impone obligaciones, crea derechos, concede permisos, confiere poderes, da lugar a responsabilidades, etcétera. Se debe pensar que la pretensión aquí no requiere ser una pretensión moral. Los funcionarios deben afirmar únicamente que existen OBLI-

---

<sup>3</sup> Cfr. Dworkin, Ronald, *Law's empire*, Cambridge-Mass., Harvard University Press, 1986, p. 93.

<sup>4</sup> Cfr. Raz, Joseph, *The authority of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1979, pp. 28-33; Alexy Robert, "On necessary relations between Law and Morality", *Ratio Juris*, vol. 2, 1989, pp. 177-82.

GACIONES *jurídicas*, DERECHOS *jurídicos*, permisos *jurídicos*, etcétera, no morales. Pero esto no puede ser todo lo que comprende la pretensión del derecho. Una obligación jurídica, un derecho jurídico o un permiso jurídico no es otra cosa más que una obligación, derecho o permiso que existe de conformidad con el Derecho, y una obligación, derecho o permiso que existe de conformidad con el Derecho no es otra cosa más que una obligación, derecho o permiso, cuya existencia el Derecho afirma. Así que afirmar la existencia de una obligación jurídica es simplemente afirmar la existencia de lo que el Derecho afirma como obligación. Esta es una pretensión de segundo orden. Los funcionarios (también abogados, comentaristas jurídicos y otros) tienen suficientes razones y ocasiones para realizar tales pretensiones de segundo orden, pero cuando ellos lo hacen están reportando las pretensiones del Derecho, no realizándolas. So pena de vacuidad o regresión infinita, necesitamos atribuir al Derecho mismo una pretensión de primer orden adecuada. Las obligaciones jurídicas son pretensiones de ser algo, pero ¿qué es lo que se pretende que sean? Aquí es donde aparece la idea de que el Derecho realiza un fin moral. “Moral”, en este contexto, es el nombre dado al tipo de obligación que el Derecho pretende que sean las obligaciones jurídicas. Las obligaciones jurídicas están llamadas a ser obligaciones que no son solamente afirmaciones, y que por tanto no son meramente jurídicas. Se pretende que estas se sitúen más allá del Derecho, o que sean ancladas (como a veces sucede) tanto en la consciencia como en el Derecho.<sup>5</sup>

## II. ¿EL DERECHO SIEMPRE HACE PARTE DE LA MORALIDAD?

Que el Derecho realice pretensiones morales por sí mismo significa que el paradigma o tipo ideal de Derecho —el modelo conforme al cual todos los otros derechos necesitan ser comparados y a través de los cuales necesita ser entendido— es moralmente justificado.<sup>6</sup> Esto es así porque el paradigma o tipo ideal de cualquier cosa que tiene propósitos es aquel en el cual se consiguen esos fines, y el paradigma o tipo ideal de cualquier cosa que realice fines es aquel en el cual se consiguen esos objetivos genuinamente. El Derecho realiza propósitos morales y, cuando los realiza genuinamente,

<sup>5</sup> Cfr. Finnis, John, “Aquinas’ Moral, Political and Legal Philosophy”, Edward N. Zalta (ed.) *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2005, <http://plato.stanford.edu/entries/aquinas-moral-political/>.

<sup>6</sup> *Ibidem*, pp. 14 y 15.

tiene propósitos morales; y cuando consigue esos propósitos, está moralmente justificado. El Derecho que incluso está a la altura de estándares morales, es aquel a causa de su naturaleza como Derecho, se mantiene por sí mismo a esa altura. Este es el caso paradigmático del Derecho.

Cuando el Derecho está moralmente justificado —en el caso paradigmático de Derecho— tiene el dominio que se propone tener sobre aquellos a quienes se dirige. Sus normas tienen fuerza moral. Esto no siempre resulta en que sean moralmente obligatorias. Algunas normas imponen obligaciones, y cuando estas lo hacen y están moralmente justificadas al hacerlo, imponen obligaciones tanto morales como jurídicas. Sin embargo, otras normas confieren poderes o conceden permisos.<sup>7</sup> Cuando una norma jurídica confiere un poder o concede un permiso, y el conferir o conceder está moralmente justificado, la norma igualmente confiere un poder moral o confiere un permiso moral, según sea el caso, *i.e.* permite cambiar la posición tanto moral como jurídica de alguien, o determina alguna línea de conducta con la garantía de que es tanto moral como jurídicamente permisible.

Cuando una norma jurídica está moralmente justificada, para generalizar, se convierte en parte de la moralidad. Ahora bien, comencé diciendo que la moralidad, a diferencia del Derecho, no está hecha por nadie. No tiene fuentes, funcionarios o acción capaz de formular sus mandatos. Pero este punto ahora necesita ser explicado. La moralidad adquiere esos rasgos en la medida en que en sí misma es constituida por el Derecho. Cuando una norma jurídica llega a ser parte de la moralidad, hay un sentido en el cual las FUENTES DEL DERECHO y los funcionarios se convierten también en fuentes y funcionarios de la moralidad. Hay, entonces, un filón de autoridad moral, aunque uno no pueda entender toda la moralidad en este modelo. No puede existir autoridad moral general. ¿Por qué? Porque hay una condición adicional que debe ser satisfecha antes que una norma jurídica (o de hecho cualquier norma que esté hecha por alguien) se vuelva parte de la moralidad, a saber, su aplicación a aquellos para los que se aplica debe estar moralmente justificada. Son necesarios estándares morales independientes por los cuales el ejercicio de la autoridad pueda ser juzgada en orden a determinar si tiene la fuerza moral que afirma tener.

Hay un indicio de paradoja, como pueden pensar, acerca de la idea de que las normas jurídicas justificadas moralmente se convierten en parte de la moralidad. ¿Por qué la moralidad las necesita? Ustedes pueden pensar que en la medida en que están justificadas moralmente, estas solamente duplican

<sup>7</sup> Cfr. Hart, H.L.A., *The concept of law*, Oxford, Clarendon Press, 1961, pp. 79, p. 247.

el contenido que la moralidad ya tiene, y por tanto la condición de su conversión en parte de la moralidad es también la condición de su redundancia moral.<sup>8</sup> Pero esto es un error. Las normas jurídicas moralmente justificadas necesitan no solamente replicar el contenido que la moralidad ya tiene. Moralmente, por ejemplo, tengo una razón para no chocar mi automóvil con el suyo puesto que podría matarlo. Esto significa que tengo una razón para conducir mi automóvil en el mismo lado de la carretera —izquierda o derecha— si los demás conducen los suyos del mismo modo. Pero la moralidad es indiferente respecto de si la conducción deba ser a la izquierda o a la derecha del camino. No importa moralmente si tenemos o no que mantenernos a la izquierda o la derecha, en tanto que todos hagamos lo mismo. El Derecho puede hacer una regla según la cual debamos mantenernos a la izquierda en vez de la derecha. En la medida en que nosotros estemos eligiendo aceptar la AUTORIDAD DEL DERECHO, cumpliéndose todas las demás condiciones, la intervención del Derecho en este caso está moralmente justificada, así como nos permitirá hacer, o hacer mejor, aquello para lo que, moralmente, ya tenemos una razón para hacer. Así, el Derecho no duplica simplemente el contenido ya existente de la moralidad. La moralidad de hecho nos dice qué hacer pero el Derecho agrega, a través de su autoridad, una forma adecuada de hacerlo.<sup>9</sup>

Tal caso es conocido como un caso de coordinación y es un tipo en el cual el Derecho contribuye a la moralidad. La necesidad del Derecho de contribuir a la moralidad en tales situaciones proviene de los vacíos que esta tiene. En muchas cuestiones, la moralidad calla (¿debe tomarse la izquierda o la derecha en la carretera?). En otras, alberga conflictos internos que no puede resolver por sí misma (¿se debe matar a un inocente para detener la muerte de dos inocentes?). Y aún en otras más, la moralidad sufre de indeterminación conceptual (¿es posible ser cruel para ser justo?). De cualquier manera, la mejor solución moral puede, a veces (sólo a veces) ser cualquier solución sobre la cual la gente pueda coincidir, reduciendo, de este modo, el error y la disputa innecesaria.

Aquí la habilidad de coordinación del Derecho está llamada a, o al menos está dispuesta, a hacer que la moralidad tenga menos lagunas que de otro modo tendría. El Derecho puede también ayudarnos de otras maneras

<sup>8</sup> Cfr. Coleman, Jules y Leiter, Brian, “Legal positivism” en Patterson, Dennis (ed.), *A companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford, Blackwell Publishers, 1996, p. 244.

<sup>9</sup> Cfr. Finnis, John, “Law as Co-ordination”, *Ratio Juris*, vol. 2, 1999, pp. 97-104; Honoré, Tony, “The dependence of morality on law”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 13, 1993, pp. 1-17.

para hacer lo que moralmente nosotros tenemos razón de hacer.<sup>10</sup> Esto puede ayudarnos, de vez en cuando, con experiencia o saber adicionales. Puede también ayudar a fortalecer nuestra solución. En el último caso la norma jurídica normalmente replica el contenido de una norma moral que existe independientemente de ese contenido, pero cambia las consecuencias morales de fracasar al adecuarse a este (es decir, las normas morales adicionales que se refieren a lo que debe ser hecho en respuesta al fracaso). Esta es otra manera importante en la que el Derecho puede realizar intervenciones moralmente justificadas, contribuyendo, de este modo, a la moralidad. Algo importante de entender es, no obstante, que las intervenciones del Derecho no están automáticamente justificadas. Con frecuencia, el Derecho no se restringe a sí mismo la búsqueda entre alternativas morales elegibles sino que elige, en su lugar, una alternativa moralmente inaceptable. En principio, deberíamos tratar al Derecho, en esos casos, con el desprecio o ridículo que se merece. Esto es pues hay un gran trecho que va de pretender autoridad moral a en realidad tenerla.

### III. ¿LA MORALIDAD SIEMPRE HACE PARTE DEL DERECHO?

La moralidad tiene lagunas y a veces requiere del Derecho para subsanarlas. Pero esto también es cierto a la inversa. Frecuentemente, el Derecho tiene lagunas y necesita la ayuda de la moralidad para disminuirlas. Las normas jurídicas, al igual que las morales, a menudo entran en conflicto entre sí, y con frecuencia tales conflictos no pueden ser resueltos usando únicamente normas jurídicas. Las indeterminaciones del lenguaje y la intención por parte de los legisladores, por otra parte, pueden afectar al Derecho de tal modo que frustran su rol de completar las lagunas morales. El conflicto jurídico y la indeterminación requieren recursos extrajurídicos para superarlos.<sup>11</sup> Y la necesidad de superarlos es a menudo una necesidad apremiante para el Derecho. Muchos funcionarios jurídicos, sobre todo jueces, están obligados por sus juramentos (u otros deberes) a conocer y a decidir cualquier caso que caiga dentro de su jurisdicción. Ellos no pueden suspender su juicio (es decir, abstenerse de una decisión), como por el contrario sí lo podemos hacer el resto de nosotros y mantenerlo así, suspendido.

<sup>10</sup> Cfr. Raz, Joseph, *The morality of freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1986, p. 75.

<sup>11</sup> Cfr. Raz, Joseph, *The authority of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1979, pp. 53-77.

¿Cómo es que los jueces, quienes son los funcionarios jurídicos públicamente más afectados por las lagunas jurídicas, usan la moralidad para referirla en sus deliberaciones jurídicas? Una sencilla respuesta, bosquejada por Hart,<sup>12</sup> señala lo siguiente. Primero, un juez va tan lejos como puede con las NORMAS JURÍDICAS. Después se encuentra con una laguna, y por ello, con una consecuente posibilidad de actuar discrecionalmente. El juez ejerce su DISCRECIONALIDAD al usar razones morales y normas (o de hecho, otras razones y normas) para colmar la laguna. Al hacerlo, crea nuevas normas jurídicas. Este es el reverso del caso de coordinación discutido arriba, en el cual existe una laguna moral que la ley nos permite completar (al escoger la izquierda en lugar de la derecha, por ejemplo). Pero es bastante raro para los jueces colmar lagunas de esta manera cuasi-legislativa. En la mayoría de las culturas jurídicas, es el último recurso. En su lugar, los jueces usualmente colman las lagunas ajustándose al RAZONAMIENTO JURÍDICO. Ellos combinan las normas jurídicas existentes con otras premisas, incluyendo premisas morales no reconocidas hasta ese momento por el Derecho, para llegar a nuevas conclusiones jurídicas. Ustedes pueden decir que esto no es realmente un razonamiento jurídico dado que, hipotéticamente, incluye normas que aún no están reconocidas por el Derecho. Es cierto, esto significa que no se trata de un razonamiento *sobre* el Derecho. El juez que lleva a cabo tal razonamiento no está determinando lo que el Derecho ya dice. Pero este razonamiento es acorde *con* el Derecho. El Derecho se configura no-redundantemente en el razonamiento del juez si bien no determina por sí mismo la conclusión de este.<sup>13</sup>

Este es un típico ejemplo del razonamiento jurídico entendido como razonamiento acorde con el Derecho:

- (1) Nadie debe ser discriminado en el ámbito laboral a causa de su sexo (regla jurídica existente);
- (2) Denegar a una mujer un trabajo en razón de su embarazo es moralmente igual que denegárselo en razón de su sexo, a pesar de que no haya una comparación con el sexo masculino conforme de la mujer embarazada que permitiría que la denegación se considerase como sexualmente discriminatoria en el sentido técnico hasta entonces reconocido por la ley (proposición moral que invoca una norma moral de paridad). Entonces, (3) a nadie se le debe negar un trabajo en razón de su embarazo (nueva regla jurídica);
- (4) D le fue denegó un trabajo a P en razón de su embarazo (constatación de hecho); Por tanto, (5) D aún debe a P el trabajo que le fue negado, o algún sustituto que lo compense (decisión jurídica).

<sup>12</sup> Cfr. Hart, H.L.A., *op. cit.*, pp. 124-54.

<sup>13</sup> Cfr. Raz, Joseph, *Ethics in the public domain*, Oxford, Clarendon Press, 1994, pp. 326-40.

Incluí los pasos finales (4) y (5) para dejar claro que la decisión en el caso (5) es una norma jurídica diferente de la regla en la que está basada (3), incluso si el contenido de la decisión se sigue de la aplicación de la regla de constatación del hecho (4). Es una norma diferente porque tiene consecuencias jurídicas diferentes. En particular, usualmente permite a P el acceso a acciones jurídicas que no estarían disponibles si la decisión no estuviese en su favor. Es también preciso mencionar que la decisión en el caso (5) puede vincular a posteriores funcionarios incluso si la regla en la cual está basada (3) no lo hiciera. El que la regla (3) obligue o no a funcionarios posteriores depende de si del tribunal realizando el razonamiento está en un nivel tal dentro del sistema que permita crear precedentes vinculantes. Pero la decisión en (5) vincula a funcionarios posteriores incluso si quien participa en el razonamiento es el tribunal de menor jurisdicción, pues es parte de la naturaleza de un tribunal que sus decisiones vinculen aunque sus reglas no lo hagan.

Muchos malentendidos se centran en el estatus de (2) y el consecuente estatus de (3). Mucha gente se preocupa acerca de dónde el tribunal obtiene su licencia para invocar una norma moral en (2) y, de este modo, cambia el Derecho para incluir a (3). Una reacción común es probar y mostrar que (3) ya era realmente parte del Derecho antes que el tribunal la invoque,<sup>14</sup> o que de todas maneras está cubierta por algunas normas jurídicas generales que facultan su uso.<sup>15</sup> Algunas respuestas están incluso encaminadas a señalar que hay un cuerpo de Derecho que llega a existir sin que nadie lo haya anunciado, usado, o interactuado de ninguna forma con él. Esta maniobra es necesaria sólo a causa de una errada suposición de que los jueces, en tanto que sean jueces, deben toda su lealtad al Derecho. En esta suposición, la cuestión clave es: ¿Cómo, jurídicamente, los jueces llegan a estar facultados para invocar la moralidad? ¿Cuales recursos pueden adecuadamente invocar para fundamentar la premisa (2)? Pero esto invierte el orden propio de la interrogante. La cuestión clave acerca de los jueces es: ¿Cómo, moralmente, los jueces llegan a estar facultados para invocar el Derecho? ¿Cuales recursos pueden adecuadamente invocar para fundamentar la premisa (1)? Pues los jueces son seres humanos como el resto de nosotros. En virtud de ese hecho, la moralidad tiene un inevitable dominio sobre ellos. Mientras que, por otra parte, su relación con el Derecho, al

<sup>14</sup> Cfr. Dworkin, Ronald, "The model of rules", *University of Chicago Law Review*, vol. 35, 1967, pp. 16-40.

<sup>15</sup> Cfr. Coleman, Jules, *The practice of principle*, Oxford, Oxford University Press, 2001, pp. 103-119.



igual que la de ustedes y la mía, es evitable. Ellos necesitan una razón moral para mantenerse responsables ante el Derecho, pero no necesitan una razón legal para mantenerse a sí mismos responsables ante la moralidad.<sup>16</sup>

¿Qué razón moral tienen los jueces para mantenerse responsables ante el derecho? Por supuesto, tienen las mismas razones que ustedes y yo. Ellos deben aplicar el derecho moralmente justificado porque forma parte de la moralidad; ese derecho tiene la fuerza moral que se supone debe tener. Pero los jueces, y algunos otros funcionarios jurídicos, tienen razones extra-morales que van más allá de esto. Tienen razones extra-morales para respetar el derecho incluso en los casos donde en el derecho no está moralmente justificado. Puesto que los jueces se comprometieron a respetar el derecho desde que aceptaron hacer su trabajo, esto da a las normas jurídicas una fuerza extra que no habrían tenido si los jueces no se hubiesen comprometido a respetarlas. Los jueces deben tolerar algunas deficiencias morales en el Derecho que ellos no tendrían que tolerar si no hubiesen asumido, como parte de su trabajo, el respeto del Derecho. Sin embargo, ellos no deben, por la misma razón, tolerar ninguna deficiencia moral en este. Invariablemente, como en el ejemplo esquematizado arriba desde (1) a (5), los jueces deben esforzarse por mejorar el derecho al revertir o refrenar las inmoralidades introducidas por otros funcionarios, en la medida en que tengan el poder jurídico para hacerlo. Y sólo ocasionalmente, en casos de extrema inmoralidad, deben simplemente desobedecer el derecho (mientras quizá pretendan respetarlo).

En muchos sistemas jurídicos la obligación moral de respetar el Derecho que el juez prometió al asumir su trabajo está formalizada en un juramento. El contenido de tal juramento no tiene ningún valor. En muchos sistemas jurídicos los jueces toman un juramento para hacer “justicia de acuerdo con el Derecho”, o algo por el estilo. Esto no es un juramento para aplicar el Derecho. Por el contrario, es un juramento para hacer justicia, para decidir casos de conformidad con una justificación moral. Para hacerlo no se debe usurpar el rol de la legislatura, puesto que el juramento no autoriza la legislación judicial. Este autoriza cambios judiciales en el Derecho, para hacer al Derecho más justo, pero sólo cuando estos cambios son consecuencia del razonamiento jurídico, es decir, mediante el razonamiento de conformidad con el Derecho. Este es el “de conformidad con el Derecho” que es parte del juramento. Esto explica el sentido en cual el razonamiento jurídico es un tipo de razonamiento moral. Nótese que esto sigue siendo consistente con la idea que todo Derecho está elaborado por al-

<sup>16</sup> Cfr. Raz, Joseph, “Incorporation by Law”, *Legal Theory*, vol. 10, 2004.

guien. En este caso, el Derecho está hecho por alguien (un juez) que crea un nuevo Derecho usando una norma moral en su razonamiento, una norma moral que de este modo llega a ser legalmente reconocida. La moralidad no entra en el Derecho por su propia cuenta. A causa de la naturaleza del Derecho, siempre corresponde a un funcionario convertir una norma moral en una norma jurídica.

#### IV. ¿ TIENE EL DERECHO UNA MORALIDAD INTERNA?

Algunas personas se sienten atraídas por la idea de que nada es legal a menos que pase un examen moral. Esto es completamente diferente de la idea de que la moralidad a veces y de algún modo se infiltra a través del Derecho por su propia cuenta, sin la intervención de algún funcionario. Se puede aceptar que nada entra en el Derecho sin la intervención de algún funcionario, y aun así insistir que un inequívoco examen moral *también* necesita realizarse antes que alguna norma se califique como legal. Las versiones más difundidas de esta propuesta afirman que hay un valor moral o ideal denominado *legalidad*, el cual se refiere a que una norma se califica como legal sólo si exhibe este valor.<sup>17</sup> Muchos suscriptores de esta idea agregan que esa exhibición del valor de la legalidad es cuestión de grado, por lo que tales normas pueden ser *más o menos* legales.

Hay una confusión aquí. Es verdad que hay un ideal moral de la legalidad, y que el Derecho puede aproximarse a (o apartarse de) este ideal, y en ese sentido ser más (o menos) legal. El ideal, sin embargo, se aplica a las normas jurídicas porque son Derecho. No es que sean Derecho porque sean conformes con ese ideal moral. Para decirlo de otra manera, si las normas jurídicas no fueran Derecho, no podría sostenerse el ideal de legalidad en primer plano y por ello no podrían ser conforme con ese ideal.<sup>18</sup> Así que no podría darse el caso de que si las normas jurídicas no fueran conformes con ese ideal moral, no serían Derecho. De hecho, esta es una pequeña exageración. El ideal de la legalidad puede también ser usado para juzgar otras normas y sistemas de normas en la medida en que sean similares al Derecho. Pero, de nuevo, esto requiere que su parecido deba determinarse independientemente de si están o no conformes con el ideal.

<sup>17</sup> Cfr. Dworkin, Ronald, "Hart's postscript and the character of political philosophy", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 24, 2004, pp. 23-27.

<sup>18</sup> Cfr. Finnis, John, *Natural law and natural rights*, *op. cit.*, pp. 363-6.

El Derecho, entonces, es siempre legal en un sentido (siempre forma parte de algún sistema jurídico), pero puede ser más o menos legal en otro sentido. No es un oxímoron, por tanto, hablar de Derecho ilegal. El que sea jurídico está determinado sin argumento moral, sólo por observar al agente que lo elabora y la manera en que se hace. El que sea ilegal en el sentido fuerte es, sin embargo, un juicio moral que uno puede hacer una vez que acepta que es jurídico.

¿Qué es el ideal de la legalidad? Es el ideal también conocido como Estado de Derecho, *Rechtsstaat*<sup>19</sup> o la “moralidad interna” del Derecho.<sup>20</sup> Es un ideal de gobierno por el Derecho, en el cual la gente puede ser guiada por el Derecho mismo y mediante la expectativa de que los funcionarios serán guiados también por él. Sus principales ingredientes son las siguientes normas: reglas jurídicas que deban ser prospectivas,\* públicas, claras y estables; decisiones jurídicas que deban estar basadas en esas reglas prospectivas, públicas, claras y estables; las reglas deben ser aplicadas por un poder judicial independiente, con facultades de revisión sobre los demás funcionarios; los tribunales deben ser públicos y accesibles; y los principios de *audi alteram partem* (“ambas partes deben ser escuchadas”) y *nemo in sua causa iudex* (“nadie debe ser juez en su propia causa”) deben ser observados.<sup>21</sup>

Es fácil ver aquí por qué los abogados, quienes tienden a estar profesionalmente comprometidos con este ideal de legalidad, deben estar moralmente inquietos acerca de la legislación judicial, o de manera más genérica acerca de la creación judicial del Derecho. Se puede decir que la creación judicial del Derecho puede violar varias de las normas arriba enlistadas. El Derecho que es aplicado en tales casos no es prospectivamente creado, y no es claro en qué momento es violado, y ni tampoco es claro en qué sentido la decisión está basada en tal derecho nuevo. El Derecho es, en resumen, inasequible para la guía de aquellos quienes supuestamente deben ser guiados por él. No sorprende que algunos teóricos estén motivados a encontrar una manera de mostrar que la premisa (2), en el ejemplo del razonamiento jurídico que señalamos arriba, sea ya parte del Derecho antes que el juez lo haga.

<sup>19</sup> Cfr. MacCormick, Neil, “Der Rechtsstaat und die Rule of Law”, *Juristenzeitung*, vol. 39, 1984, pp. 65-70.

<sup>20</sup> Cfr. Fuller, Lon, *The morality of Law*, New Haven, Yale University Press, 1964.

\* *N. del T.* Es decir, elaboradas con miras a regular las conductas que sucedan con posterioridad a su entrada en vigor, lo cual de manera implícita señala, en principio, la prohibición de que sean aplicadas retroactivamente.

<sup>21</sup> Cfr. Raz, Joseph, *The authority of Law*, *op. cit.*, pp. 214-9.

A decir verdad, sin embargo, el ideal de la legalidad no se afecta con la creación judicial del Derecho tan exhaustivamente como sugiere este planteamiento. Primero, hay lagunas inevitables en el Derecho y no podemos evitar dejar que los jueces las colmen. En tanto los jueces eviten legislar y en su lugar completen esas lagunas inevitables mediante el razonamiento judicial, se estarán basando en el Derecho para desarrollar el Derecho y no anularán las expectativas de nadie al respecto. Así el ideal de la legalidad no está comprometido y no puede ser frustrado. Segundo, hay demandas conflictivas dentro del ideal de legalidad en sí mismo. Algún sacrificio de claridad prospectiva en el Derecho puede estar justificado para, por ejemplo, asegurar que todos tengan un juicio justo. Finalmente y más importante, el ideal de la legalidad no es el principio y fin del éxito moral en el ámbito del Derecho. Sus normas pueden entrar en conflicto con otras normas morales que no son parte del ideal de la legalidad. En esas ocasiones, la legalidad del Derecho debe a veces ser sacrificada en favor de lograr otras reformas morales en el Derecho. En tales ocasiones, los jueces deben justificadamente apartarse del Derecho (como cuando deciden en contra de las normas) incluso si ello rompe con las expectativas de las personas. El último punto es con frecuencia pasado por alto. El paradigma del Derecho es de aquel Derecho que exhibe todas las virtudes morales que pueden ser exhibidas por las instituciones, no solo la virtud de la legalidad. Cuando el derecho puede exhibir la legalidad únicamente a expensas de otras virtudes morales, de ninguna manera se concluye inevitablemente que la legalidad deba triunfar.

## V. ¿HAY UNA OBLIGACIÓN MORAL DE OBEDECER AL DERECHO?

Hemos hasta ahora encontrado dos importantes puntos acerca de la obligatoriedad moral del Derecho (véase, LA OBLIGACIÓN DE OBEDECER EL DERECHO). El primero es que la obligación e imposición de normas jurídicas están a veces moralmente justificadas, así como cuando estas son las que crean obligaciones morales. El “a veces” aquí debe ser entendido como referido a las diferencias entre normas jurídicas diferentes, pero también a diferencias entre diferentes aplicaciones de la misma norma jurídica única. Una norma jurídica puede estar moralmente justificada cuando se aplique a una persona y no se aplique a otra, o moralmente justificada cuando se aplique a una acción y no se aplique a otra. Una regla jurídica que prohíba

pasarse la luz roja del semáforo es más relevante, moralmente hablando, cuando la luz roja está en un cruce muy transitado que cuando está en medio de la nada. En algunos casos la ubicación del semáforo puede ser tan absurda como para hacer que el Derecho, en relación con la luz roja, se encuentre moralmente injustificado, por lo que la obligación jurídica de detenerse que se crea no produce una obligación moral similar. Todos estos problemas dependen de los detalles de la situación concreta. Es difícil imaginar algún Derecho que tenga *toda* la fuerza moral que pretende tener. Incluso en las mejores de las normas jurídicas se encuentran casos donde se excede a tal grado que su aplicación está moralmente injustificada, por lo que idealmente debería ser frenada.

El segundo punto encontrado es que las personas pueden agregar obligaciones al rango de obligaciones morales que el Derecho les da cuando toman juramento o votos de obediencia, ya sea prometiendo o comprometiéndose a obedecer, o mediante otro tipo de compromiso mediante el cual se obliguen a sí mismos a prestar obediencia. A través de estos métodos, las personas pueden obligarse a sí mismas a seguir incluso normas moralmente injustificadas: normas sumamente complicadas, inútiles o excesivas, aunque probablemente no categóricamente inmorales. Las personas ya mencionadas que típicamente se encuentran en esta situación son los jueces. Pero hay otros más. Nuevos inmigrantes, policías, jefes de Estado y otros más a menudo realizan tales compromisos. Pero la mayoría de las personas no los hacen, y no tendrían por qué hacerlos. Si cada quien debiese tratar de comprometerse a sí mismo, eso podría neutralizar el efecto moral del acto del compromiso, y por ello, podría ser una intervención contraproducente.

Una larga tradición en filosofía política ha intentado de extender el alcance de tal compromiso, y por tanto de las obligaciones extra-morales que genera, para todos a quienes el Derecho se aplica, o al menos para cada ciudadano a quien el Derecho aplica. Argumentos complejos se han elaborado para mostrar cómo las personas que nunca han hecho tales juramentos u otro tipo de promesas de obedecer al Derecho, de ninguna manera deben ser tratados como si lo hubiesen hecho. La cuestión más interesante acerca de esta amplia pero malograda tradición es: ¿por qué importa tanto mostrar que las personas tienen una obligación moral extensiva de obedecer el Derecho parecida a la que tienen jueces y policías? ¿Por qué uno tendría que asumir todo esta problema para mostrar consentimiento, convenio u otro compromiso? Esto es un misterio. Parece que hay una inquietud común acerca del desorden social, acerca de la ruptura del Estado de Derecho. Esta inquietud es razonable. Pero la existencia o no de una obligación moral de obedecer el Derecho es irrelevante para un futuro desor-

den social. A lo sumo, evitar el desorden social brinda una razón a las personas para *pretender* que tienen una obligación moral de obedecer el Derecho, es decir, afirmar del Derecho una justificación moral mayor de la que realmente posee. E incluso este pretexto es defendible sólo si las personas sostuvieran que el desorden social va a afectar (lo que ellos creen que son) sus obligaciones morales. ¿Por qué lo harían? Si ellos no se preocuparan por sus obligaciones morales para no provocar desorden social, en particular su obligación de no atentar contra el Estado de Derecho, ¿por qué tendrían que cuidar de su supuesta obligación moral de obedecer el Derecho, la cual parece que es de poca importancia? Lo mismo vale para los homicidas. Si ellos no le dan peso a su obligación moral de no matar, ¿qué nos hace pensar que ellos darán más peso a su obligación moral de obedecer la norma jurídica que indica no matar? Lo que hace que tales personas se detengan es la amenaza efectiva de sanción, y si el Derecho se impone o no sobre la base de amenazas efectivas es absolutamente independiente de si hay o no una obligación moral de obedecer por parte de una persona amenazada.

El problema moral del Derecho no es el problema de cómo o por qué el derecho le habla a los delincuentes morales. El problema moral del Derecho es el problema de cómo y por qué le habla a las personas moralmente decentes. ¿Por qué, moralmente hablando, deberían ceder ante el Derecho? ¿Por qué deberían dar crédito a ancianos en pelucas, políticos clientelistas, o sujetos fornidos con escudos antimotines? ¿No es esta una rendición moralmente irresponsable de nuestro juicio moral?<sup>22</sup> Ya vimos que a veces está justificado. Pero no hay razón para pensar que siempre, normalmente o presuntamente sea así. El Derecho debe ser visto con un ojo escéptico, para ver cuán absurdo (o peor que eso) es que trate de conseguir aceptación de nosotros al afirmar su autoridad moral por sí mismo.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert, "On necessary relations between Law and Morality", *Ratio Juris*, vol. 2, 1989.
- COLEMAN, Jules, *The practice of principle*, Oxford, Oxford University Press, 2001.

<sup>22</sup> Cfr. Wolff, Robert Paul, *In defense of Anarchism*, New York, Harper and Row, 1970.

- COLEMAN, Jules, y LEITER, Brian, "Legal positivism" en Patterson, Dennis (ed.), *A companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford, Blackwell Publishers, 1996.
- DWORKIN, Ronald, "The model of rules", *University of Chicago Law Review*, vol. 35, 1967.
- \_\_\_\_\_, *Law's empire*, Cambridge-Mass., Harvard University Press, 1986.
- \_\_\_\_\_, "Hart's postscript and the character of political philosophy", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 24.
- FINNIS, John, *Natural law and natural rights*, Oxford, Clarendon Press, 1980.
- \_\_\_\_\_, "Law as Co-ordination", *Ratio Juris*, vol. 2, 1999.
- \_\_\_\_\_, "Aquinas' Moral, Political and Legal Philosophy", Edward N. Zalta (ed.) *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2005, en <http://plato.stanford.edu/entries/aquinas-moral-political/>.
- FULLER, Lon, *The morality of Law*, New Haven, Yale University Press, 1964.
- HART, H.L.A., *The concept of law*, Oxford, Clarendon Press, 1961.
- HONORÉ, Tony, "The dependence of morality on law", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 13, 1993.
- MACCORMICK, Neil, "Der Rechtsstaat und die Rule of Law", *Juristenzeitung*, vol. 39, 1984.
- POSTEMA, Gerald, "Law's autonomy and public practical reason", en George, Robert (ed.), *The autonomy of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1999.
- RAZ, Joseph, *The authority of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1979.
- \_\_\_\_\_, *The morality of freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1986.
- \_\_\_\_\_, *Ethics in the public domain*, Oxford, Clarendon Press, 1994.
- \_\_\_\_\_, "Incorporation by Law", *Legal Theory*, vol. 10, 2004.
- WOLFF, Robert Paul, *In defense of Anarchism*, New York, Harper and Row, 1970.