

La relevancia de la filosofía moral para el derecho

Por SILVINA ÁLVAREZ
Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN

Este trabajo realiza una esquemática presentación de algunos de los itinerarios teóricos que ponen de relieve que para comprender el alcance del derecho debemos recurrir a la filosofía moral. En primer lugar se hace referencia a las relaciones entre el derecho y la moral que se ponen de manifiesto ya al abordar el concepto de derecho. En segundo lugar, se alude al tema central del debate filosófico jurídico de los últimos años, la reformulación del positivismo jurídico, resaltando cómo dicho debate vuelve a poner de manifiesto la relevancia para el derecho de la reflexión en torno a cuestiones de filosofía moral. El giro hacia el positivismo incluyente o incorporacionista, que indaga en las instancias en las que el derecho hace remisiones a la moral, ha contribuido a que algunos autores se hayan ocupado de manera renovada de las relaciones entre el derecho y la moral. Este nuevo interés del derecho por la moral ha hecho que temas que son centrales en el debate filosófico-moral hayan pasado a serlo también en el debate filosófico-jurídico. Tal es el caso de la objetividad, a la que se dedica la última parte del trabajo.

Palabras clave: filosofía moral; teoría del derecho; normas jurídicas; positivismo jurídico; objetivismo moral; realismo moral.

ABSTRACT

The author presents main theoretical issues which reveal moral philosophy is of the most importance for understanding the strength and the scope of law. In the first place, she refers to relations between law and morality through the very concept of law. Second, she introduces legal positivism –one

of the most important themes of contemporary debate on legal philosophy—and its further considerations on moral philosophy. Inclusive positivism lead many legal philosophers to focus on moral issues as referred by law. This way, main subjects of moral philosophy have become of utmost relevance for legal philosophy as well. Such is the case with objectivism, as explained in the last section of the paper.

Key words: moral philosophy; legal theory; legal norms; legal positivism; moral objectivism; moral realism.

SUMARIO: 1. PRESENTACIÓN.—2. LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO Y LA MORAL.—3. POSITIVISMO JURÍDICO Y FILOSOFÍA MORAL.—4. LA OBJETIVIDAD MORAL Y EL DERECHO.—BIBLIOGRAFÍA.

1. PRESENTACIÓN

Un rápido recorrido por los temas que en los últimos años han ocupado a los filósofos del derecho revela como eje del debate actual la puesta en cuestión y reformulación del positivismo jurídico y, como consecuencia de esto, un ámbito renovado y ampliado de reflexión moral en torno al derecho. El lugar de los principios en el derecho, la validez de la tesis de las fuentes sociales, el convencionalismo, los criterios formales y materiales de validez, el papel de los jueces y la argumentación jurídica, son algunos de los temas que han aparecido en el debate o se han vuelto a presentar ahora con una perspectiva nueva. Y han puesto además en primer plano algo que el positivismo jurídico parecía haber relegado a un lugar secundario al momento de explicar el derecho. Me refiero a la moral, las relaciones entre el derecho y la moral, y por ende la filosofía moral.

Las relaciones entre derecho y moral llaman la atención sobre diversos aspectos. En primer lugar las similitudes entre la moral y el derecho como sistemas normativos. Pensemos por ejemplo en el análisis deontológico, las prescripciones y los juicios de deber, en la noción y tipos de conflictos normativos, las razones para la acción, o conceptos como el de autoridad, deber, coacción, autonomía, consentimiento, responsabilidad. Estos son solo algunos de los problemas comunes sobre los que la filosofía moral y la filosofía del derecho se han ocupado —cada una, claro está, teniendo en cuenta la especificidad propia de las cuestiones con las que se enfrenta—. Existen además importantes ámbitos prácticos en los que se superponen el análisis jurídico y el moral. Se entiende entonces que las cuestiones propias de la filosofía moral, la teoría de la justicia, la formulación de los enunciados éticos, el contenido obligatorio de los preceptos morales, su vinculación con las costumbres y tradiciones sociales, etc., hayan sido y deban ser materia de estudio por parte de los filósofos del derecho.

En lo que sigue voy a exponer de manera muy sintética algunos de los itinerarios teóricos que creo ponen de relieve importantes ámbitos en los que, para comprender el alcance del derecho, debemos recurrir a la filosofía moral. En primer lugar, me voy a referir a las relaciones entre el derecho y la moral que se ponen de manifiesto al abordar el concepto de derecho¹. En segundo lugar, y centrándome en el ámbito

¹ Existen otros ámbitos, además del conceptual, en los que las relaciones entre derecho y moral están presentes. Aunque no me puedo referir aquí a todos ellos, cabe mencionar al menos otros dos ámbitos importantes en que la comprensión del derecho remite a consideraciones morales; uno es el ámbito político en el que se realiza la valoración de la producción normativa, y otro es el ámbito constitucional en el que tiene lugar la incorporación de principios morales a través de la Constitución. Con respecto al primero, conviene comenzar por citar la conocida distinción entre legitimación y legitimidad. Mientras la legitimación hace referencia al hecho de que determinadas normas o los sistemas jurídico-políticos que las avalan sean reconocidos y aceptados por quienes participan en ellos, la legitimidad no tiene que ver con una constatación empírica, con los hechos o descripción de un estado de cosas jurídico, político o social, sino con la valoración y justificación de esos mismos fenómenos (DÍAZ, 1984; LAPORTA 1993). En este sentido, para poder decir que un sistema jurídico o político es legítimo no basta con señalar que goza de aceptación o que sus normas son obedecidas –en cuyo caso diríamos que está legitimado o goza de legitimación–, sino que habrá que confrontarlo con principios o valores. Más concretamente, la legitimidad de un sistema jurídico-político se mide en función de su conformidad con valores. En este punto, por tanto, la relación entre derecho y moral se dirime en el terreno de la teoría normativa, de la justificación de las normas jurídicas a través de su conformidad con criterios de corrección como podría ser una concepción de la justicia. En segundo lugar, cabe hacer referencia a las normas constitucionales que incorporan al sistema principios constitucionales que coinciden en su formulación con normas morales. Al incorporar en los textos constitucionales normas de naturaleza claramente moral, el moderno constitucionalismo sentó las bases para la revisión de la tesis de la separación entre derecho y moral y, con ello, del positivismo jurídico (véase PRIETO 2003; ESCUDERO, 2004:150-153). Producida a través de las normas constitucionales la incorporación explícita de los principios, se abre un amplio margen para el debate en torno a cuestiones de argumentación jurídica que se extienden al ámbito de la argumentación moral. Los principios incorporados a través de los derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional han sido analizados en su dimensión estructural, funcional y material, como un elemento de transformación y renovación tanto del ordenamiento como de la teoría del derecho que se ocupa de estudiarlo (GARCÍA FIGUEROA, 2004). La doble vertiente de los derechos humanos como derechos positivos y como derechos morales plantea nuevos desafíos al momento de analizar las conexiones entre derecho y moral. Difícilmente pueda negarse la conexión con la moral de esta parte del derecho que, a su vez, enlaza con cuestiones de justicia (ver HIERRO, 2002b; ver también PECES-BARBA, 1980:78). Una de las consecuencias más notorias de esta incorporación tiene que ver con el margen de indeterminación y por tanto de incertidumbre jurídica que suscitan los derechos fundamentales en tanto principios. Varias circunstancias ayudan a ello, principalmente, lo que ALEXY ha llamado el «máximo grado de indeterminación» de los derechos fundamentales (2003:35-37), su orden variable de prelación o «jerarquía móvil» según la denominación de GUASTINI (1996:145) y, en definitiva, la imposibilidad de prever toda la extensión de la casuística que puede requerir la atención y aplicación de los principios, con la consecuente inestabilidad de las decisiones jurídicas que den cuenta de ella. El derecho presenta con los principios su faceta más maleable –para algunos su cara más vulnerable– en la medida en que pone en evidencia la indeterminación de sus propias normas. Esto se debe también a la textura abierta de las normas que, como

de la definición del derecho, me voy a referir muy brevemente al que he señalado como tema central del debate filosófico jurídico de los últimos años, es decir la reformulación del positivismo jurídico, resaltando cómo dicho debate vuelve a poner de manifiesto la relevancia para el derecho de la reflexión en torno a cuestiones de filosofía moral. El giro hacia el positivismo incluyente o incorporacionista, que indaga en las instancias en las que el derecho hace remisiones a la moral, ha contribuido a que algunos autores se hayan ocupado de manera renovada de las relaciones entre el derecho y la moral. Este nuevo interés del derecho por la moral ha hecho que algunos temas que son centrales en el debate filosófico-moral hayan pasado a serlo también en el debate filosófico-jurídico. Tal es el caso de la objetividad –moral y jurídica–, a la que me refiero en la última parte de este trabajo.

2. LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO Y LA MORAL

Como es sabido, la diferencia central entre las dos grandes concepciones sobre el derecho, iusnaturalismo y positivismo, gira en torno a las relaciones entre derecho y moral. El iusnaturalismo presenta el derecho como intrínsecamente ligado a la moral. Sea en su versión racionalista o en otras de corte teológico, la afirmación respecto al vínculo indisoluble entre normas jurídicas y principios, valores o normas morales va acompañada de una concepción cognoscitivista, a menudo realista, sobre la moral. Podemos entonces afirmar, como hace C. Nino, que el iusnaturalismo se compone de una tesis sobre el concepto de derecho más una tesis metaética sobre la justificación de los enunciados morales, y que no puede entenderse si falta una de ellas (1980:28). Hart propone la siguiente afirmación para describir el iusnaturalismo racionalista: «hay ciertos principios de conducta humana a ser descubiertos por la razón de los hombres, con los que el derecho elaborado por éstos debe concordar para ser válido» (Hart, 1963:230).

El positivismo jurídico, por su parte, niega esta conexión entre derecho y moral, y afirma que para definir el derecho no necesitamos involucrar apreciaciones sobre la calidad moral de las normas jurídicas. No haría falta mostrar, por tanto, la plausibilidad de ninguna teoría metaética. El positivismo conceptual –siguiendo la terminología de Nino– asume una posición clara sobre cómo definir el derecho en relación a elementos descriptivos o empíricos y sin hacer valoraciones sobre el contenido sustantivo de las normas. Nótese entonces que esta

los principios, se componen de elementos axiológicos. Se trataría no ya de una textura abierta semántica sino axiológica o valorativa. Diversas teorías han sido propuestas para aliviar e interpretar la incomodidad jurídica que la presencia de los principios genera; sin embargo, ninguna de ellas parece poder evitar la necesidad de recurrir a la argumentación moral.

definición niega la tesis iusnaturalista sobre la vinculación entre el derecho y la moral pero nada dice sobre la tesis iusnaturalista sobre la justificación de los enunciados morales (Nino, 1980:38). Y no lo hace no porque se oponga a ella en el sentido de afirmar una teoría metaética diferente, no naturalista o no objetivista –aunque algunos positivistas como Kelsen, por ejemplo, lo hayan hecho–. No lo hace simplemente porque el positivismo, en tanto teoría que se ocupa *solo* de los límites conceptuales del derecho, no necesitaría pronunciarse ni tomar postura sobre teorías metaéticas. Ser positivista en este sentido no quiere decir –ni puede querer decir– que haya que negar o ignorar otros ámbitos –más allá del análisis sobre el concepto del derecho– en los que el derecho se cruza con la moral y para cuyo estudio, por tanto, será indispensable detenerse en cuestiones de filosofía moral.

Superado entonces este primer ámbito de encuentro entre derecho y moral, podemos ver ahora las relaciones que persisten incluso si asumimos la tesis positivista sobre el concepto de derecho². Veremos que a medida que avanzamos en la definición de los elementos que forman ese conjunto llamado derecho, principalmente en la medida en que avanzamos en la definición de la norma jurídica, su validez, carácter obligatorio, legitimación y legitimidad, ese concepto que en principio aislamos de su entorno axiológico comienza a verse cada vez más involucrado con connotaciones valorativas.

Ante todo, tal vez convenga decir que la influencia de la tesis del positivismo respecto de la separación entre el derecho y la moral, ha hecho que a veces se olvide que, incluso si aceptamos tal tesis, se trata de una tesis conceptual que en nada afecta a las múltiples relaciones que existen entre el derecho y la moral en otros ámbitos. Esto ha hecho que de ser una tesis conceptual se haya transformado a veces en una tesis normativa desvirtuando su validez teórica y su eficacia metodológica. El llamado «positivismo ideológico» –tal como lo describiera Bobbio– es el ejemplo claro de este tipo de aproximación al derecho que, no pudiendo negar sin más la presencia de elementos propios del ámbito de la valoración moral en el derecho y en la práctica del derecho, afirma que todo lo que es derecho es derecho justo o, cuanto menos, es derecho válido en el sentido de que conlleva fuerza obligatoria. En este sentido Ruiz Miguel propone reservar la denominación de positivismo ideológico para hacer referencia a «la doctrina de la obediencia al derecho en cuanto tal», y propone distinguirlo así de la «ideología positivista» (2006:463).

De manera sintética, Bobbio identifica dos características generales del positivismo ideológico: «1) El derecho positivo, por el solo hecho de ser positivo, esto es, de ser la emanación de la voluntad dominante, es justo; o sea que el criterio para juzgar la justicia o injusticia de las leyes coincide perfectamente con el que se adopta para juzgar su validez o

² Sobre la tesis de la separación entre derecho y moral y la caracterización del positivismo jurídico, véase L. HIERRO (2002a:279-299).

invalidez. 2) el derecho como conjunto de reglas impuestas por el poder que ejerce el monopolio de la fuerza de una determinada sociedad sirve, con su misma existencia, independientemente del valor moral de sus reglas, para la obtención de ciertos fines deseables como el orden, la paz, la certeza y, en general, la justicia legal³». En una aproximación más extensa sobre este punto, Bobbio señala cuatro argumentos distintos para la justificación de la «obediencia absoluta a la ley», dos de ellas vinculadas a distintas concepciones de la justicia y otras dos relacionadas con distintas concepciones del Estado: 1. concepción escéptica o realista de la justicia; 2. concepción convencionalista de la justicia; 3. concepción sacramental de la autoridad; y 4. concepción del Estado ético (Bobbio, 1993:231-233).

Puede también entenderse que el positivismo ideológico está basado en la idea de que existiría un solo principio moral que deberíamos atender al enfrentarnos con el derecho y tal principio sería el que ordena hacer todo aquello que el derecho prescribe como obligatorio. Pero como señala Nino, aunque existen buenas razones para pensar que tenemos que obedecer el derecho, difícilmente pueda sostenerse que no existen otros principios morales a tener en cuenta al momento de seguir o aplicar el derecho (1980:35).

En cualquier caso, el positivismo ideológico me parece un ejemplo extremo de cómo se ha desvirtuado la tesis de la separación conceptual, contribuyendo así a alimentar posturas que en vez de intentar detectar y explicar la complejidad de las relaciones entre derecho y moral, han preferido simplificar la realidad apelando a un positivismo simplista y capaz de distorsionar el ámbito de lo jurídico.

Para analizar las relaciones entre derecho y moral que persisten cuando asumimos el positivismo conceptual, conviene comenzar por destacar las semejanzas que existen entre derecho y moral en tanto sistemas normativos. Como señala Hart, a menudo identificamos en el derecho ámbitos de regulación que coinciden con ámbitos de regulación moral, es decir que existe a veces «una parcial superposición de contenido entre la obligación jurídica y la obligación moral» (1963:212). Las semejanzas entre reglas morales y reglas jurídicas ha sido sintetizada por este autor en las siguientes características comunes: carácter obligatorio independientemente del consentimiento individual; están avaladas por la presión social; su cumplimiento no es considerado causa de especial elogio en la medida en que se trata de una actitud debida; regulan situaciones comunes y constantes de la vida de los individuos; son necesarias para la convivencia social (1963:214). A pesar de estas similitudes, existen entre normas jurídicas y normas morales diferencias que cualquier participante en la vida social percibe incluso sin conocer en profundidad qué es lo que define las peculiaridades de unas y otras. En general, Hart señala que perci-

³ Citado en NINO (1980:33).

bimos la moral como un sistema cuya imposición tiene lugar en el fuero interno, es decir que no se trataría de normas impuestas desde fuera sino de pautas de comportamiento que el sujeto internaliza y acepta. Por el contrario, las normas del derecho tendrían un carácter externo, serían impuestas al sujeto desde fuera⁴.

Las notorias similitudes entre las normas morales y las jurídicas ha hecho que las diversas caracterizaciones de los sistemas normativos ofrecidas en el ámbito jurídico, no puedan dejar de compararse con los sistemas normativos de la moral, en el intento precisamente de lograr mejores y más precisas definiciones a partir de reconocer las diferencias entre ambos sistemas normativos. F. Laporta ha apuntado que Kelsen no logra identificar elementos propios de los sistemas jurídicos toda vez que su esquema de validez normativa con referencia a la norma fundamental podría aplicarse también a la moral. Kelsen no reconoce esta posibilidad porque niega que las normas morales puedan tener validez objetiva, estando relegadas, desde su escepticismo en materia moral, al ámbito puramente subjetivo (Laporta, 1993:17). Aunque la caracterización de Ross también podría servir para identificar normas morales, éste daría un paso más al individualizar dos características propias de las normas jurídicas: en primer lugar los sistemas jurídicos no solo se integran con normas de conducta sino también con normas de competencia, y en segundo lugar las normas jurídicas están destinadas a regular el uso de la fuerza (Laporta, 1993:32). Hart, por su parte, da pasos decisivos en este sentido especialmente a través de la caracterización del punto de vista interno. Recordemos que el concepto de validez en Hart está vinculado a la regla de reconocimiento: «decir que una determinada regla es válida es reconocer que ella satisface todos los requisitos establecidos en la regla de reconocimiento y, por lo tanto, que es una regla del sistema» (1963:129). Las reglas de reconocimiento son reglas complejas que hacen referencia a características que poseen las reglas primarias; por lo general la regla de reconocimiento no aparece de forma expresa en el sistema, «sino que su existencia se muestra en la manera en que las reglas particulares son identificadas, ya por los tribunales u otros funcionarios, ya por los súbditos o sus consejeros» (1963:128). Así formulada, la regla o reglas de reconocimiento solo podemos concebirlas si tenemos presente el punto de vista interno: «quienes las usan de esta manera manifiestan así su propia aceptación de ellas en cuanto reglas orientadoras, y esta actitud trae aparejado un vocabulario característico, distinto de las expresiones naturales del punto de vista externo» (1963:128). De este modo, tenemos que la validez de una norma depende de la regla de reconocimien-

⁴ Para esclarecer esta percepción que en efecto no se presenta con toda claridad, HART propone cuatro dimensiones a través de las cuales distinguir las reglas morales de otras reglas sociales: importancia, inmunidad al cambio deliberado, carácter voluntario de las transgresiones morales y forma de presión moral –que en el ámbito de la moral influye especialmente en la conciencia individual (1963:215-223).

to y ésta se gesta cuando atendiendo al punto de vista interno los participantes aceptan dicha regla. Esta aceptación social del derecho parece llevarnos otra vez muy cerca de las razones morales⁵.

Sumadas a estas consideraciones, las últimas aportaciones al debate en torno a la naturaleza de las normas jurídicas han acentuado aún más la relevancia de la filosofía moral para el derecho en la medida en que se ha puesto de manifiesto una vez más la estrecha vinculación entre normas morales y normas jurídicas. Entre tales aportaciones una de las más influyentes ha sido la perspectiva introducida por R. Dworkin al señalar la existencia dentro del sistema jurídico de los principios, es decir, de un tipo de normas cuyo contenido es enteramente de índole moral y cuya incorporación se efectúa a menudo a través de canales indirectos, difusos, en mayor concordancia con la forma en que aceptamos las normas morales. Si ya en la formulación hartiana –y no obstante los esfuerzos de Hart– la tesis de la separación conceptual entre el derecho y la moral parece presentar algunas fisuras –señalamos por ejemplo que el punto de vista interno para la identificación y cumplimiento del derecho parece depender de motivaciones de tipo moral–, la propuesta de Dworkin ataca directamente esta tesis planteando que no existe tal separación. No existiría porque están presentes los principios y porque a consecuencia de ello la práctica jurídica obliga a los jueces a aplicar normas que son de índole moral sin que con ello estén apelando a la discrecionalidad, sino aplicando el derecho.

Más allá de las críticas que ha suscitado la propuesta de Dworkin, no se puede dejar de señalar que ella ha cambiado el rumbo de la teoría del derecho y, más precisamente, del positivismo jurídico, al tiempo

⁵ La dificultad de distinguir reglas jurídicas y reglas sociales reaparece cuando se plantea la cuestión sobre la fuerza obligatoria del derecho. Para HART la obligación está vinculada al aspecto interno de las reglas, pero como señala LAPORTA «Hart solo 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» (1993:38). Estas breves consideraciones están apuntando otro importante ámbito en el que el derecho remite a consideraciones morales –del que no me voy a ocupar aquí–, como es el de la normatividad del derecho, o el origen de su carácter obligatorio para quienes actúan siguiendo sus normas. J. C. BAYÓN ha afirmado que «un razonamiento práctico justificatorio que toma en cuenta la existencia de normas jurídicas y cuya conclusión es un genuino juicio de deber (que se expresaría a través de un enunciado comprometido) ha de contener como premisa razones morales para actuar» (1991:729). También C. NINO ha sostenido en relación con el razonamiento jurídico justificatorio que «las normas jurídicas no expresan razones operativas autónomas para justificar decisiones, salvo cuando ellas son identificadas con juicios morales; cuando las normas jurídicas son concebidas como prescripciones o prácticas, al igual que las órdenes y a diferencia de las expresiones emocionales, operan sobre la razón, o sea inciden en el comportamiento a través de las razones que el destinatario pudiera eventualmente tener, pero, a diferencia de los principios valorativos [...] no expresan por sí mismas razones operativas para actuar» (NINO, 1985:143). E. GARZÓN VALDÉS, por su parte, afirma que «las autoridades y funcionarios se contradirían a ellos mismos si sostuvieran que la ética no juega ningún papel en el concepto de validez de las normas frente a las que adoptan un punto de vista interno» (1993:329-330).

que ha revitalizado la discusión moral en el marco de la filosofía del derecho y ha introducido un nuevo protagonismo de la filosofía moral para la resolución de los problemas propios de la filosofía jurídica. Entre el positivismo hartiano y el postpositivismo dworkiniano, se han presentado numerosos y variados intentos de reformulación del positivismo jurídico. Entre las versiones más debatidas de un positivismo capaz de dar cuenta de los principios o normas morales presentes en el derecho, cabe citar distintas versiones del positivismo revisitado, como el incorporacionista y el incluyente –a los que me referiré muy brevemente en el próximo apartado.

3. POSITIVISMO JURÍDICO Y FILOSOFÍA MORAL

Los mencionados ámbitos de relaciones entre el derecho y la moral actualizan la relevancia de la filosofía moral para el derecho. En el ámbito de la definición del derecho, las nuevas formulaciones del positivismo proponen repensar el concepto de derecho a partir de sus remisiones a la moral⁶, introduciendo así en el seno del derecho el razonamiento en torno a valores. Dicho de otra manera, el llamado *soft positivism* –utilizando de forma genérica la terminología que acuñara Hart– señala la presencia en el derecho de preceptos morales que a su vez introducirían en el derecho el razonamiento propiamente moral. Para ver de qué manera se produce esta remisión del razonamiento jurídico al razonamiento moral se hace necesario distinguir, en primer lugar, entre los distintos tipos de positivismo incluyente o incorporacionista a que ha dado lugar la teoría filosófico-jurídica. No abordaré aquí esta cuestión de manera acabada, ya que el debate en este punto se ha ramificado lo suficiente como para formar una familia sumamente extensa de «positivismos»⁷. Haré referencia de manera muy sintética solo a algunas de estas manifestaciones, con el propósito de indicar cómo dicho debate ha dado entrada a importantes cuestiones de fundamentación y argumentación moral, sin las cuales no parece posible repensar el derecho⁸.

⁶ B. LEITER resume la incorporación de pautas morales en el derecho señalando dos vías por las que las razones jurídicas pueden incluir razones morales. La primera se da cuando las fuentes del derecho, las leyes o las disposiciones constitucionales, incluyen ellas mismas principios de índole moral. La segunda vía hacia las razones morales tiene que ver con los criterios de validez o pertenencia mencionados en el apartado anterior: «las razones morales podrían formar parte de la clase de razones jurídicas por ser parte del criterio de validez jurídica [...] Algunos positivistas jurídicos [...] sostienen que de manera contingente la moral puede ser un criterio para la validez jurídica si en la práctica los operadores jurídicos de una sociedad utilizan consideraciones morales como criterio de validez legal» (2001:4).

⁷ Para un análisis de los distintos tipos de positivismo, véase BAYÓN (2002); véase también MORESO (2002).

⁸ Cabe apuntar aquí que mientras efectivamente el debate filosófico-jurídico ha introducido cuestiones de filosofía moral que han pasado por tanto a tener una presen-

Siguiendo a M. Kramer podemos adoptar las siguientes definiciones. El positivismo incorporacionista –tal como lo defiende J. Coleman– afirma que la regla de reconocimiento permitiría la entrada de los principios en el derecho si ella misma consistiera en un criterio moral capaz de determinar la validez jurídica de una norma exclusivamente sobre la base de su contenido moral –es decir sin necesidad de que concurra ningún otro extremo institucional, procedimental, etc. Es decir que –como especifica S. Shapiro– las razones que un operador jurídico tiene para aplicar una norma jurídica no provienen de dichas normas sino del contenido moral recogido por la regla de reconocimiento (Kramer, 2004:18). El positivismo incluyente, por su parte, surgiría a partir de una defensa solo poco matizada del positivismo hartiano, ya que significaría la inclusión de los principios como criterio adicional para la identificación de las normas jurídicas. Se trataría de admitir –y Kramer afirma que Hart lo habría hecho incluso antes de los ataques de Dworkin– que los principios morales pueden formar parte de la regla de reconocimiento en el sentido de que pueden formar parte de los criterios para identificar las normas jurídicas⁹. W. Waluchow fue quien defendió esta línea de argumentación en defensa del positivismo hartiano en un primer momento (Kramer, 2004:4). Waluchow se centra en las críticas que esta posición genera con respecto a la certeza en el derecho, ya que ésta parecería quedar seriamente mermada con la incorporación de normas morales a menudo de difícil interpretación y aplicación. Este autor, sin embargo, propone reconsiderar los estándares de certeza que es razonable esperar del derecho –en el sentido de que tal vez la incertidumbre es mayor de la que tendemos a reconocer–, así como repensar si las normas morales son tan imprecisas y vagas como suele afirmarse –ya que tal vez se trataría de ajustar mejor los márgenes de certeza moral (Waluchow, 1994; véase también Escudero, 2004:135-145)–, esto nos lleva a la relación del derecho con el objetivismo moral a la que me referiré más adelante. Como el positivismo incorporacionista, también el positivismo incluyente admitiría la inclusión de criterios morales en la regla de reconocimiento no solo en la medida en que ésta sirva para determinar

cia importante en dicho debate, esto no implica que la filosofía moral tenga alguna relevancia para el derecho. Mientras el debate jurídico se ha nutrido de cuestiones propias de la moral, solo quienes suscriben alguna forma de positivismo incluyente o incorporacionista estarían dispuestos a admitir no ya la relevancia de la filosofía moral para la filosofía jurídica sino para la comprensión y definición del derecho mismo.

⁹ J.C. BAYÓN ha afirmado que el positivismo incluyente en general postularía algo así como la existencia de una «regla de reconocimiento compleja» que contemple tanto criterios de pertenencia basados en las fuentes –sociales o convencionales– como en el contenido –moral– de las normas (2002:71). Agrega además que, para conseguir que las normas basadas en criterios materiales o valorativos sean auténticamente válidas en razón de su contenido y no «meramente subsidiarias» de las que pertenecen al sistema en razón de su linaje o de su fuente, se debe hacer referencia a «alguna clase de objetividad» que no pudiendo ser de índole convencional deberá ser entonces de carácter moral (2002:73). Volveré sobre este punto más adelante.

la existencia de las normas jurídicas, sino también para determinar su contenido¹⁰.

Kramer ubica el nacimiento del incorporacionismo en algunos trabajos de P. Soper, así como en el propio Hart, aunque tal vez haya sido Coleman quien le dio su configuración más acabada y presente en el debate actual. La diferencia entre positivismo incluyente e incorporacionista la podemos plantear ahora del siguiente modo. Siguiendo a Shapiro y Kramer, podemos afirmar que mientras el primer tipo de positivismo admite que la inclusión de principios morales a través de la regla de reconocimiento podría hacer que los mismos pasaran a constituir una condición *necesaria* –pero no suficiente– para la identificación de las normas jurídicas –es decir que deberían concurrir también otros criterios de tipo, por ejemplo, institucional o referentes al pedigrí o linaje de las normas–, el incorporacionismo de Soper o de Coleman afirma que la presencia en la regla de reconocimiento de pautas morales hace que éstas sean *suficientes* para determinar la validez de una norma jurídica a partir de su conformidad material con dichas pautas, es decir que la corrección moral pasa a ser el criterio para determinar la validez jurídica¹¹ (Kramer, 2004:20; 25).

Todo esto, parece claro ahora, nos llevaría muy lejos de la tesis de la separación entre el derecho y la moral, y parecería no solo reafirmar las relaciones entre derecho y moral, sino apuntar que dichas relaciones tienen lugar incluso en el ámbito del concepto mismo de derecho: identificar qué es el derecho, cuáles son las normas del sistema, cuál es el derecho válido, es una tarea que no puede llevarse a cabo sin ese

¹⁰ Conviene distinguir aquí entre una regla de reconocimiento que solo admitiese criterios materiales para determinar la existencia de una norma y aquella otra que los admitiese para determinar también su contenido. Pensemos por ejemplo en una regla de reconocimiento del tipo «son normas válidas del sistema las que cumplan con el principio de igualdad.» Una regla de reconocimiento así formada parece claro que no solo estaría determinando las condiciones de existencia de la norma, sino que determinaría también su contenido. Dicho de otra forma, estaría determinando su existencia en razón del contenido. Podríamos pensar en cambio en una regla que solo incorporase pautas morales para determinar la existencia aunque no el contenido de las normas. Me parece que en tal caso el tipo de matización que cabría esperar sería el que surge de una regla de reconocimiento como la siguiente: «son normas válidas del sistema las que dicte el parlamento de acuerdo con un procedimiento justo». Una regla de este tipo incorporaría elementos valorativos que sin embargo no determinan el contenido de las normas jurídicas –al menos no directamente– sino que introducen una matización valorativa en la identificación de las normas. Para decirlo en otras palabras, se trataría de matizaciones morales que afectan solo al pedigrí o linaje de las normas –no a su contenido. Sin embargo, incluso en este caso, el contenido no puede dejar de verse afectado por el procedimiento en la medida en que las condiciones institucionales que se señalan solo sirven para identificar la norma si se cumplen además las condiciones valorativas también señaladas, que en este caso afectan a elementos procedimentales que tienen por finalidad crear las condiciones para legitimar los resultados.

¹¹ Sobre la conformidad con las pautas morales como condición necesaria para la identificación de las normas válidas del sistema, y las distintas variantes de esta tesis, véase BAYÓN (2002:72).

componente de valor que formaría parte de la regla de reconocimiento. Esto no quiere decir que la tesis de la separación no se conserve en algún sentido. Se conserva en lo que Coleman denomina la tesis negativa del positivismo jurídico: puede existir un sistema jurídico que no contenga en su regla de reconocimiento elementos morales para la determinación de las normas válidas del sistema –aunque éste no suela ser el caso–. No parece conservarse, en cambio, la distinción entre el derecho que es y el derecho que debería ser. Si asumimos que los enunciados morales tienen pretensión de objetividad en el sentido de verdad moral, entonces podemos afirmar que en la medida en que el derecho incorpora preceptos morales no cabría más que un conjunto de normas válidas. Tal vez quepa, sin embargo, una definición menos ambiciosa de los contenidos morales, que aun proponiendo acuerdos en torno a cuestiones de valor, deje un espacio para la determinación de sus contenidos conforme a distintas formulaciones o concepciones de lo correcto.

En cualquier caso, estos debates en torno al positivismo no solo dan cuenta de una importante reformulación y recuperación de las relaciones entre el derecho y la moral, sino que actualizan la relevancia de la filosofía moral para el derecho. En la medida en que se identifican y se analizan esos ámbitos en los que el derecho no puede dejar de lado sus implicaciones valorativas, se produce también una profundización en cuestiones de fundamentación que hace ineludible la reflexión en torno a temas centrales de la filosofía moral, como es el caso del objetivismo y su importancia para el derecho.

4. LA OBJETIVIDAD MORAL Y EL DERECHO

Las conexiones entre el derecho y la moral que se ponen de manifiesto a través de los temas que se han señalado en el apartado anterior nos plantean un interrogante ulterior: si el derecho tiene tantos y tan fuertes vínculos con la moral, entonces será relevante determinar cuáles son los fundamentos últimos de los valores que intervienen en el derecho. En otras palabras, no puede ser indiferente para el derecho la pregunta sobre la fundamentación de la moral y la posibilidad de afirmar el valor de verdad de los enunciados de valor. Como señala Waldron (1999), quienes se oponen al positivismo normativo –es decir a la tesis de que el derecho, y la aplicación del derecho, debe realizarse sin apelar a juicios morales independientes– suelen reforzar su perspectiva con la apelación al realismo moral –o la tesis según la cual los juicios de valor pueden ser clasificados como verdaderos o falsos independientemente de las creencias o percepciones subjetivas de quien los emite. Según Waldron, este refuerzo de la vinculación entre derecho y moral a través del realismo moral sería solo ilusorio, ya que el realismo moral no disminuye las cuotas de arbitrariedad que ame-

nazan la estabilidad en la interpretación y aplicación del derecho, y no lo hace fundamentalmente porque no elimina el desacuerdo moral. Más detalladamente el argumento es el siguiente:

Waldron afirma que la motivación que lleva a importantes representantes del positivismo jurídico a empeñarse en trazar una frontera nítida entre el derecho y la moral está en la búsqueda de certeza, seguridad jurídica o conocimiento respecto de qué es lo que los operadores jurídicos pueden decidir. Todo ello se sintetiza en la idea de arbitrariedad: es el temor a la arbitrariedad –de los jueces– lo que mueve al positivismo. Dicha arbitrariedad puede resumirse en tres ideas: a) falta de certeza en el sentido de no poder predecir el derecho en su fase de aplicación; b) falta de racionalidad, es decir, carencia de claridad argumentativa al momento de exponer o motivar una decisión; y c) falta de legitimidad democrática, entendida como falta de autoridad o aval moral para tomar el tipo de decisiones que toman los jueces en algunos casos controvertidos (Waldron, 1999:167-168). Según Waldron ninguno de estos tres aspectos de la arbitrariedad puede ser superado apelando al realismo moral. Esta conclusión se desprende de la incapacidad del realismo moral para ofrecer soluciones concluyentes en los supuestos de desacuerdo. Dado que el realismo tiene que aceptar su incapacidad para ofrecer soluciones concluyentes a los casos de desacuerdos genuinos entre distintas creencias o percepciones sobre los hechos morales –tal como los concibe el realista–, entonces no puede ofrecer argumentos mejores a los que podría ofrecer, por ejemplo, un emotivista o un cuasi-realista frente a casos controvertidos. En palabras de Waldron: «O bien estamos en presencia de la arbitrariedad de asumir una actitud en lugar de otras igualmente válidas, o bien de la arbitrariedad de asumir una creencia [sobre hechos, morales] en lugar de otras igualmente válidas. Pero la arbitrariedad está allí, en cualquiera de las perspectivas metaéticas. ¿Por qué los abogados iusnaturalistas han imaginado lo contrario? Solo se me ocurre que se han sentido seducidos por la idea de que los hechos por sí solos pudiesen operar como límites a la arbitrariedad de la decisión judicial [...] Pero la existencia de una respuesta correcta, si es que hay una, es en este sentido una mera cuestión ontológica. [...] Que algo sea verdadero o sea falso depende de relaciones semánticas, y a pesar de lo que nos haya dicho cualquier realista, tales relaciones no tienen nada que ver con los condicionamientos sociales, psicológicos, políticos o institucionales de las decisiones judiciales. [...] Jueces diferentes alcanzarán resultados diferentes incluso en el caso de que todos crean estar realizando la respuesta correcta, y nada sobre la ontología de las respuestas correctas puede darles una razón para pensar que su propia visión es más correcta que otras. Al final, es el desacuerdo moral y no la subjetividad moral la que origina nuestras preocupaciones sobre la actividad moral de los jueces. Y dado que los realistas no tienen casi nada de interés que

decir sobre la resolución del desacuerdo moral, no tienen nada que ofrecer para disipar tales preocupaciones» (1999:186-187).

El análisis y las conclusiones a las que llega Waldron ofrecen elementos interesantes para intentar avanzar no solo en el ámbito de las relaciones entre el derecho y la moral sino también en el ámbito de la fundamentación de los juicios de valor. Empezando por este último punto, se hace necesario profundizar en la noción de objetividad moral. Waldron descarta las posibilidades de alcanzar la respuesta correcta a las controversias en materia moral a través del realismo, ya que éste plantea una tesis sobre la ontología de los enunciados morales en tanto hechos morales, mientras que el desacuerdo persiste en el plano del significado de los juicios morales. Aunque esta afirmación es importante para la comprensión del realismo, Waldron no avanza en la caracterización del objetivismo en ética, no ya como una cuestión ontológica, sino precisamente como una cuestión relativa al significado y función de los juicios de valor. Waldron no distingue suficientemente el ámbito del realismo moral como teoría que pretende afirmar –seguramente, como sostiene el autor, sin lograrlo– el carácter verdadero o falso de los enunciados morales a través de premisas sobre la ontología de los mismos, de la cuestión sobre la objetividad. A diferencia del realismo como teoría ontológica, la objetividad puede ser entendida como un predicado parcialmente cognoscitivista sobre el valor de verdad de los enunciados, es decir, un parámetro con el cual intentar superar la subjetividad –y por tanto el desacuerdo–. La objetividad no equivale a la verdad moral, aunque sí pretende alcanzar un conocimiento moral filtrado por la reflexión racional, la capacidad de universalización, la toma de distancia respecto de las posiciones subjetivas; es por ello que podemos decir que se trata de un predicado parcialmente cognoscitivista en la medida en que, aun rechazando la existencia de verdades morales en sentido ontológico, no renuncia a superar el punto de vista enteramente subjetivo. La objetividad se desarrolla fundamentalmente en el terreno semántico y no en el ontológico; así, mientras las tesis realistas suelen descansar sobre presupuestos ontológicos descriptivistas o cognoscitivistas –en el sentido de que para conocer los enunciados morales, éstos deberían confrontarse con hechos morales– sin lograr respuestas a las cuestiones sobre el significado, la objetividad se vale del significado de los enunciados para poder avanzar hacia la atribución no sesgada de valor moral, y discurre fundamentalmente a través de confrontaciones de tipo argumentativo¹².

¹² Sobre el concepto de objetividad, véase MARMOR (2001). Si tomamos la distinción que ofrece A. MARMOR entre tres conceptos de objetividad: objetividad semántica, objetividad metafísica y objetividad discursiva (2001:113-124), observamos que de estos tres conceptos, es a la objetividad metafísica –y no a los otros sentidos en que se puede hablar de objetividad– a la que suele hacerse referencia más frecuentemente, para entenderla como parámetro de la verdad moral tal como aparece por ejemplo en el realismo moral. Como se ha visto a través del análisis de Waldron, la teoría del derecho ha apelado con frecuencia a este concepto de objetividad para vincularlo a una concepción no positivista del derecho, mientras el positivismo ha rechazado la posibilidad de objetividad de las normas jurídicas.

En segundo lugar, Waldron plantea el problema del desacuerdo moral que es sin duda el centro de las mayores preocupaciones y reflexiones en torno a la moral. Aunque resulta muy convincente su conclusión en el sentido de que el realismo no parece aportar nada significativo en este sentido, quedan por explorar las posibilidades de un objetivismo no realista como vía posible –aunque no necesariamente definitiva o concluyente– para canalizar el desacuerdo. En este sentido se puede señalar que la objetividad como forma de argumentación moral no equivale a la idea de encontrar «la respuesta» correcta. La objetividad, en cambio, debe ser concebida como una propiedad gradual, como un ideal a alcanzar aunque solo pueda ser satisfecho en cuotas variables. Así lo entiende S. Wolf al analizar el alcance de la objetividad moral y la posibilidad de distinguir entre «objetividad» y «unicidad»: «la ética puede ser objetiva, o al menos parcialmente objetiva, incluso si no puede ofrecer una solución única y óptima para todos los problemas morales» (1992:748). Según la autora, la razón junto con los hechos empíricos sirven como guías para la evaluación moral incluso si estos dos elementos no bastan para alcanzar soluciones que puedan calificarse de objetivas, en el sentido de la única respuesta posible o la mejor respuesta a un conflicto de valores. En el mismo sentido, M. Stocker subraya que una «decisión razonada» no tiene que presentarse siempre como la única o mejor solución a una cuestión moral: puede haber más de una opción razonable (1990:178-180).

También en el ámbito jurídico, la objetividad puede servir como un recurso racional-argumentativo para dar contenido a las convenciones en torno a valores. Toda vez que la objetividad estaría ligada a la posibilidad de identificar un universo determinado de razones jurídicas capaces de justificar respuestas correctas, y en la medida en que las razones jurídicas descansan en razones morales, entonces la objetividad jurídica depende de la objetividad moral, o en palabras de Leiter «el derecho puede ser objetivo solo si la moral –y el razonamiento moral– es objetivo» (2001:3-4).

Algunos de los autores que han defendido el positivismo incorporacionista admiten la necesidad de complementarlo con una tesis sobre la objetividad moral (véase Coleman, 1995; Leiter, 2001). Otros, en cambio, insisten en la inexistencia de una conexión conceptual entre positivismo incluyente y objetivismo moral, y persisten en la idea hartiana de que el positivismo no estaría ligado a ninguna concepción particular en materia moral (Waluchow, 1994; Moreso, 2002; véase también Escudero, 2004).

En definitiva, para comprender el alcance de la conexión del derecho con la objetividad moral tenemos que definir mejor la objetividad. Ésta podría estar relacionada no con la existencia de una única respuesta correcta frente a los conflictos, sino con respuestas que cumplan con determinados requisitos formales o sustantivos, pero que no necesariamente tendrían que conducir a la respuesta única. En este sentido la objetividad sería una propiedad gradual de los enunciados

morales, que se podría alcanzar en mayor o menor medida, y que en cualquier caso requeriría de la interpretación y la argumentación moral.

La objetividad se presenta así como una de las herramientas relevantes para perfeccionar la argumentación jurídica y moral. Si podemos esperar algún avance en este terreno solo se alcanzará a través de nociones que puedan captar la complejidad de los fenómenos jurídicos allí donde ellos se cruzan con la moral.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, R. (2003): «Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático», en M. Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta.
- BAYÓN, J. C. (1991): *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- BAYÓN, J. C. (2002): «Derecho, convencionalismo y controversia», en *La relevancia del derecho: Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, P. Navarro y M. C. Redondo (eds.), Barcelona, Gedisa, pp. 57-92.
- BOBBIO, N. (1993): *El positivismo jurídico*, Madrid, Debate (traducción de Rafael de Asís y Andrea Greppi).
- COLEMAN, J. (1982): «Negative and positive Positivism», *Journal of Legal Studies*, 11, 1982, pp. 139-162.
- COLEMAN, J. (1995): «Truth and Objectivity in Law», *Legal Theory*, vol. 1, 1995, pp. 33-68.
- DÍAZ, E. (1984): *De la maldad estatal y la soberanía popular*, Madrid, Debate.
- ESCUADERO ALDAY, R. (2004): *Los calificativos del Positivismo Jurídico*. Madrid, Civitas.
- GARZÓN VALDÉS, E. (1993): *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- GARCÍA FIGUEROA, A. (1997): *Principios y positivismo jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- GUASTINI, R. (1996): *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Torino, Giappichelli.
- HART, H. L. A. (1963): *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot (trad. de Genaro R. Carrió).
- HIERRO, L. (2002a): «¿Por qué ser positivista?», *Doxa* 25, 2002.
- HIERRO, L. (2002b): «El concepto de justicia y la teoría de los derechos», en *Estado, justicia, derechos*, Elías Díaz y José Luis Colomer (eds.), Alianza, Madrid, pp. 11-73.
- KRAMER, M. H. (2004): *Where Law and Morality Meet*, Oxford University Press.
- LAPORTA, F. (1993): *Entre el derecho y la moral*, México, Fontamara.
- LEITER, B. (ed.) (2001): *Objectivity in Law and Morals*, Cambridge University Press.
- MARMOR, A. (1997): «On the limits of rights», *Law and Philosophy*, 16: 1-18.

- MORESO, J. J. (2002): «En defensa del positivismo jurídico inclusivo», en P. Navarro y C. Redondo (comp.), *La relevancia del derecho*, Barcelona, Gedisa.
- MORESO, J. J. (2003): «Conflictos entre principios constitucionales», en M. Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Totta.
- NINO, C. S. (1980): *Introducción al análisis del Derecho*, Buenos Aires, Astrea.
- NINO, C. S. (1985): *La validez del Derecho*, Buenos Aires, Astrea.
- PECES-BARBA, G. (1980): *Derechos fundamentales*, 3.^a ed., Madrid, Latina.
- PRIETO SANCHÍS, L. (2003): *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta.
- RUIZ MIGUEL, A. (2006): «Positivismo ideológico e ideología positivista», en *El Positivismo Jurídico a Examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca.
- STOCKER, M. (1990): *Plural and Conflicting Values*. Oxford, Clarendon Press.
- WALDRON, J. (1999): *Law and Disagreement*, Oxford, Clarendon Press.
- WALUCHOW, W. J. (1994): *Inclusive Legal Positivism*, Oxford, Clarendon Press.
- WOLF, S. (1992): «Two Levels of Pluralism», *Ethics* 102 (July 1992), pp. 785-798.

