

Derecho y valores morales

en el positivismo jurídico

Ricardo Garzón Cárdenas*

mn

Law and moral values

on legal positivism

Resumen

El positivismo jurídico es, sin duda, la escuela más importante en lo que a la conceptualización del derecho se refiere. Dicha conceptualización sería absolutamente inentendible si se prescindiera de la explicación del papel de la moral en la fundamentación y operación del derecho, allí se ubica el interés de este artículo. El trabajo, con intención más descriptiva que crítica, se divide en tres temas cardinales para el estudio del positivismo: la tesis de la separación entre moral y derecho, el problema del conocimiento y fundamentación de los valores morales y la postura positivista frente al papel de los valores morales en el mundo jurídico. Toda la exposición se ve atravesada por la dialéctica entre escepticismo moral como eje del positivismo y las modernas tendencias, dentro del positivismo, de fundamentar una ética intersubjetiva que sirva de marco crítico a las instituciones jurídicas.

Palabras clave: Positivismo jurídico; escepticismo; valores morales.

Abstract

Undoubtedly the legal positivism is the most important school in relation to the conceptualization of law. That conceptualization would be incomprehensible if an explanation about the role of moral in the foundation and operation of law was not included. This work, aimed at being more descriptive than critical, is divided into three main topics for the study of the positivism: the thesis about the division between morals and law, the issue about the knowledge and foundation of moral values and the positivistic position regarding the role of moral values in law. All the exposition is crossed by the dialectic between the moral skepticism as the axis of the positivism and modern tendencies, within positivism, founding an inter-subjective ethic which works like a critical framework to legal institutions.

Keywords: Legal positivism, moral skepticism, moral values.

Fecha de presentación: 11 de agosto de 2013. Revisión: 26 de octubre de 2013.
Fecha de aceptación: 15 de noviembre de 2013.

ef

Introducción

Hablar de las relaciones entre derecho y moral es como hablar del huevo y la gallina: cualquiera sabe que no es lo mismo pero más de uno se detiene a pensar dónde termina uno y dónde empieza el otro. Hay que ponernos de acuerdo sobre si ese huevo es un huevo que produce gallinas y no patos, y si esa gallina es de las que pone huevos o es un gallo. Si el huevo es la moral, creo que la gallina no puede ser otra que el derecho positivo, aquel cuerpo normativo que se puede

identificar claramente a partir de ciertos datos sociales. Y si la gallina es el derecho positivo, el huevo no puede ser otro que la moral crítica, aquella moral que no se confunde con los datos sociales sino con procesos de pensamiento dirigidos a establecer la justicia de los actos.

Por lo anterior, creo que el iuspositivismo es una buena óptica para abordar los problemas morales más sensibles a la teoría jurídica: la conexión entre la moral y el derecho y las bases de los juicios morales que legitiman o deslegitiman las normas jurídicas. Estos problemas los he abordado en este documento con una intención panorámica más que crítica, porque creo que es importante bosquejar desde el principio hasta el fin, o del fin hasta el principio, el cómo los juicios morales influyen sobre el derecho y cómo el derecho incide sobre los juicios morales.

Para ayudar a la aludida visión de conjunto, este trabajo se divide en tres partes: a. La tesis de la separación; b. El problema de los valores morales y c. El positivismo jurídico ante los valores morales. En el primero se encontrará el núcleo de la discusión legendaria y esencial entre positivismo y iusnaturalismo, aspecto en el que ninguna de las dos posturas cede so pena de convertirse en la contraria. En el segundo acápite se da una rápida mirada al problema metaético de la ontología de los valores morales y se ilustran las vertientes de pensamiento que se han articulado en torno a ellas. En la tercera parte se hace un abordaje a las posiciones que desde el positivismo jurídico se han estilado respecto a la naturaleza de los valores morales mostrando, finalmente, cómo los avances teóricos del positivismo se han empezado a ver desde ésta área.

I. La tesis de la separación entre derecho y moral

Antes de empezar la exposición nos asaltan dos cuestiones fundamentales: ¿Qué es derecho? y ¿Qué es moral? Son preguntas tan amplias que, para evitar interminables delimitaciones, recurriremos a definiciones estipulativas para que no haya equívocos en el camino. Derecho es aquí visto como un hecho, una entidad verificable, un conjunto de normas positivas. Moral es vista aquí como valor, como moral crítica¹.

¿Qué tipo de relaciones hay entonces entre el derecho y la moral? De manera

escueta, el iusnaturalismo responde que necesarias y su contradictor dice que son solo contingentes. Cuando se sostiene la “necesidad” de la relación se trata de aludir a una conexión que es definitoria: la moral define el derecho o, el derecho injusto (inmoral) no es derecho; una prescripción que simula ser jurídica, pero que mirada con detenimiento no lo es. La “contingencia” refiere a que se pueden dar conexiones fácticas entre derecho y moral, pero aquellas así como pueden presentarse, puede que no. Es decir, el carácter inmoral del derecho no impugna su esencia jurídica o, mejor, el derecho injusto es igualmente derecho. Esta visión de la conexión contingente con la moral es conocida en el mundo de la teoría del derecho como la “tesis de la separabilidad”.

En el contexto anglosajón, a instancias de Bentham y Austin se planteó, ya desde la segunda mitad del siglo xviii, la tesis de la separación con los signos distintivos que luego serán recogidos por los restantes positivistas. Bentham establece cómo el papel del jurista trae de suyo la separación de dos roles: el del expositor y el del censor. Dijo el gran pensador británico:

Hay dos posiciones, una de las cuales ha de ser asumida por quien quiera que tenga algo que decir sobre una cuestión jurídica: la del expositor y la del censor. Al expositor le corresponde explicarnos lo que la ley es, tal como la entiende; al censor, indicarnos lo que él cree que debe ser².

Esta referencia nos permite ver cómo desde los orígenes más primarios del positivismo jurídico, los representantes de esta corriente jamás defendieron la inmoralidad del derecho sino la distinción de dos órbitas que generan mundos separados pero complementarios. El jurista se preocupa de ambos aspectos.

En la misma senda, John Austin va a afirmar que el estatus ontológico del derecho no se afecta por los juicios de valor que hagamos de él. El objeto de la disciplina jurídica, jurisprudencia en el vocabulario de Austin, siempre es el derecho positivo, “entendido este como derecho establecido o positum en una comunidad política independiente”³. Una vez ha definido el objeto de la jurisprudencia, el teórico británico explica cómo la abstracción de los principios de funcionamiento de cada ordenamiento positivo, objeto de la Jurisprudencia general, no se puede confundir con el análisis de conveniencia o no de las leyes. Esto en razón a que la

conveniencia de las leyes, raciocinio hecho con sujeción al principio de utilidad, se reserva a la otra gran disciplina vinculada a lo jurídico: la ciencia de la legislación. Y en esta distinción es donde aparece en la obra de Austin un aspecto bien interesante: la ciencia de la Legislación (el derecho que debe ser) presupone la Jurisprudencia (el derecho que es); no así en sentido contrario, pues se puede llegar a conocer el derecho que es, prescindiendo totalmente de lo que este deba ser⁴.

Tras este antecedente, la forma en la que se presenta el positivismo jurídico se va a diferenciar según veamos si se trata de una cultura con derecho legislado como lo es el europeo continental (Civil Law) o si es de fuentes consuetudinarias como lo es el modelo anglosajón (Common Law). Si bien los postulados del positivismo hartiano y el kelseniano tienen convergencias teóricas, basta mirar de forma panorámica los planteos fundamentales para darse cuenta que ambos pensadores si bien geniales, respondían a realidad sociales, históricas y culturales bien disímiles.

Hart ha planteado, como bien lo reconociera Dworkin, la versión más acabada del positivismo jurídico en el siglo xx. Haciendo una lectura juiciosa de sus dos antepasados Bentham y Austin busca el porqué de la obediencia al derecho⁵. En sus cogitaciones elimina la posibilidad de una conexión necesaria entre derecho y moral y encuentra la razón de obediencia en el derecho en el concepto de regla, una fórmula convencional que permite la ordenación social. No considero pertinente detenerme en el concepto de regla, pero sí en la visión que Hart tenía de la separación. Dijo:

Podemos tomar al Positivismo Jurídico como el simple argumento de que no es necesario que el derecho reproduzca o satisfaga determinadas exigencias morales, aunque de hecho a veces lo haga⁶.

Al sostener esto, Hart dejó muy en claro que el positivismo no “busca” una separación de la moral del derecho, pues dicha conexión se puede dar; pero, esta conexión es contingente, no necesaria. Más tarde, en el Postcript de su concepto de derecho, dirá que su positivismo es suave en la medida que sí admite valores definitorios en el derecho tanto en la regla de reconocimiento como en la interpretación del derecho⁷. El planteamiento hartiano de separabilidad tenue, es lo que ha permitido calificar a este de suave (soft positivism) o positivismo

incluyente, es decir que se trata de una teoría que puede admitir la inclusión de valores morales sustanciales⁸.

Hans Kelsen va a formular un positivismo jurídico duro y, en ese sentido, absolutamente excluyente, donde la separación entre lo jurídico y lo moral es total y la ciencia del derecho sólo se ocupa de lo primero, nunca de lo segundo. No obstante, esto que podría parecer tan radical y exagerado a la luz del pensamiento anglosajón, se explica en que la convulsionada Europa en la que vivió Kelsen exigía una ciencia jurídica que permitiera advertir la ideologización de las instituciones jurídicas y la posibilidad de una crítica moral al derecho. Es decir, la separación entre derecho y moral, en el pensar de este autor, faculta a los individuos para censurar moral y políticamente al derecho con total propiedad. Lo dijo de esta manera el gran pensador austriaco:

Si se admite que el derecho, por su naturaleza, es moral, entonces carece de sentido exigir, presuponiendo un valor moral absoluto, que el derecho deba ser moral. Exigencia semejante solo tiene sentido –y solo entonces la moral así presupuesta confiere un patrón axiológico para el derecho– si se acepta la posibilidad de un derecho inmoral, moralmente malo; si la definición del derecho, por lo tanto, no incorpora el elemento de un contenido moral⁹.

Esta separación es total.

Los positivistas duros deben estar dispuestos a reconocer que normas extremadamente inmorales no por ello dejan de ser jurídicas. Ilustrativo en este punto es el pensamiento de Hoerster:

Normas tan extremadamente inmorales o injustas como las leyes racistas en la Alemania de Hitler o en la actual Sudáfrica caen bajo el concepto de derecho si responden a los principios constitucionales internos del respectivo orden jurídico. Con su tesis de la neutralidad, el iuspositivista aboga, pues, por una estricta separación entre la atribución de la validez jurídica y la formulación de valores ético-normativos¹⁰.

Pero ¿Quiere decir esto que los iuspositivistas patrocinan la obligación de cumplir el derecho injusto? De ninguna manera. Yo puedo realizar juicios morales respecto al derecho bajo un discurso particular, el discurso ético y moral donde las condiciones de validez de este van dadas por ese discurso. Esta diferenciación de discursos es explicada claramente por Bulygin pues el problema de si existe o no un deber moral de cumplir determinadas normas es una pregunta que el derecho no resuelve. Dice el autor Ruso-argentino:

Se trata de un problema moral y no jurídico y su solución pertenece al ámbito de la filosofía moral y trasciende la esfera de la teoría del derecho o de la filosofía jurídica. La pregunta acerca del valor moral del derecho, es decir, si el derecho como tal, por el mero hecho de serlo, es moralmente obligatorio no puede ser contestada por la teoría jurídica¹¹.

Pero no son solo razones morales o metodológicas las que justifican la separación entre derecho y moral: hay una razón de utilidad. Barbarosch ha explicado cómo todos los positivismos se caracterizan por su approach al derecho mediante la utilización de un test empírico sobre el derecho “que es”, pues de no ser así, la función del derecho quedaría realmente en entredicho. Ha dicho el maestro argentino:

Si dicho test exigiera [...] algún criterio moral [...] la teoría del derecho perdería gran parte de su sentido y utilidad. Las teorías positivistas del derecho entienden que identificar lo que es el derecho es una tarea descriptiva y general, incorporar criterios de justicia o evaluativos para la identificación del derecho impediría que la teoría fuera una teoría general del derecho y sería sólo una teoría particular de un derecho: aquel que se correspondiere con los criterios evaluativos o morales que la teoría en cuestión sustentara¹².

Esta apretadísima exposición sobre la tesis de la separación, nos alista para una

discusión más compleja. Si el derecho y la moral constituyen mundos aparte para el positivista ¿Qué nos puede salvar de la irracionalidad moral que lleve a un derecho injusto? Al parecer las respuestas, o las preguntas adecuadas, están en el plano de la discusión moral y metaética.

II. El problema de los valores morales

Hasta acá hemos abordado el problema de la moral ante el derecho de una manera totalmente abstracta, no nos hemos referido a qué moral y que papel cumple ésta, según los positivistas, en el discurso de las ciencias sociales. El hecho de que ésta deba ser separada del derecho no significa per se que no sea importante, por el contrario, la separación de las dos esferas implica una urgencia de investigación, explicación y justificación del papel de la moral en los problemas humanos.

Digamos que, como lo adelantamos en el primer acápite, la moral de la que nos ocupamos en este trabajo es de la moral crítica; ésta permite una disección entre los valores o preferencias morales que la componen. La moral positiva, en sentido distinto, se puede diseccionar en valores sociales.

Nadie puede objetar la existencia de valores morales, todos los tenemos e, incluso, hemos tomado posición respecto a diversos aspectos de interés en la vida social. Tampoco se puede objetar que los juicios morales son importantes para el estudio de la vida social y de la operación y justificación del derecho. No obstante, la naturaleza de los juicios morales sí es algo que ha constituido una permanente pugna, pues dependiendo de lo que se diga al respecto se empiezan a desprender una serie de consecuencias epistemológicas y prácticas de hondo calado. Los juicios morales son razones para actuar, justificaciones de las conductas de los individuos.

La forma más sencilla de presentar el problema de la naturaleza de los juicios morales es lo que Bayón denomina modelos externalista e internalista de razones para la acción¹³. En virtud del primero, los juicios morales pueden ser correctos o incorrectos dependiendo de la aptitud del sujeto para percibir el carácter naturalmente valioso de una acción. En otras palabras, lo moral no es producto de una estimación del sujeto sino de un acto de conocimiento de algo intrínsecamente

valioso. Lo valioso está en el mundo esperando ser descubierto, entendido y aplicado en la existencia de la gente; de esta suerte, los sujetos pueden equivocarse en la identificación y valoración de las cosas buenas y valiosas¹⁴. Según el modelo externalista hay una forma apropiada de apreciar las acciones.

En sentido opuesto, el modelo internalista sugiere que si bien es común creer que las opiniones morales son producto de una correcta interpretación del mundo, tal cosa no es más que una ilusión, pues lo moral es producto de preferencias del individuo. No hay cosas o acciones, no obstante la dimensión ontológica que estas tengan, naturalmente o intrínsecamente buenas. Con claridad lo expone Bayón:

Lo que ocurre, más bien, es que el sujeto mantiene actitudes prácticas ante la presencia o ausencia de estas propiedades naturales. Esas “actitudes prácticas” pueden ser llamadas humeanamente “afectos” o “pasiones”, o más genéricamente “preferencias”¹⁵.

El gran referente de la metaética contemporánea, John Mackie, ha explicado cómo desde la metafísica se puede aplicar una especie de test empírico a los valores denominado “teoría del error”. Según ésta la afirmación de la existencia de hechos morales tiene que soportar la carga de la prueba de que: existen en el mundo propiedades morales y; que existe una forma de conocer tal cosa y comprobarla de manera clara¹⁶.

Desde un enfoque distinto, el peruano Augusto Salazar Bondy explicó con claridad meridiana el problema de lo bueno como valoración positiva de lo moral:

decir que X es (moralmente) bueno significa afirmar que debe tenerse respecto de una actuación voluntaria [...] una actitud reflexiva y voluntaria favorable. Con lo cual se echa de ver el carácter específico de la imperatividad moral, que compromete la decisión voluntaria de quien juzga buena una conducta¹⁷.

Tratándose de lo “bueno” ya no meramente moral sino social y jurídico es necesario introducir un elemento adicional de análisis: lo que se considera un adecuado orden social. Cito nuevamente:

Al decir que X es (social y jurídicamente) bueno se está mencionando, pues, X en el contexto de la vida de la comunidad, con sus metas y propósitos, tomados en el sentido más amplio (que incluye satisfacciones compartidas, intereses comunes, vínculos sentimentales, procesos de desarrollo y progreso y medidas de prevención y defensa)¹⁸.

De esta manera, ya desde una óptica ontológica o lingüística-axiológica se verifica la dificultad de predicar juicios morales objetivos o hechos morales.

Como explica Bayón, el modelo internalista como oposición a ese ontologismo axiológico se ha denominado de muchas maneras: nihilismo, antirrealismo, proyectivismo, escepticismo, relativismo, etc.¹⁹. No obstante, y como lo profundizaremos en el siguiente acápite en relación a Kelsen, la escogencia de los términos para denominar una posición metaética se puede confundir con un planteamiento de ética normativa. El término escepticismo, en sentido corriente, fácilmente se puede confundir con incredulidad total a algo; y el relativismo, se puede tomar como una especie de cinismo moral, donde todo vale. Al trasladarnos a los dominios de la filosofía moral realmente el problema no se resuelve por unanimidad. Se debe entonces recurrir a definiciones estipulativas para no confundir los términos. Rabossi, haciendo uso del término relativismo, explica que es necesario distinguir tres niveles metodológicos de análisis de donde resultan tres variantes: relativismo socio-cultural, relativismo normativo y relativismo metaético (o ético en sentido estricto)²⁰. En el mismo sentido, ya Mackie había distinguido, utilizando la voz escepticismo, entre el escepticismo moral y un tipo de escepticismo que se refiere a aquellas personas que no les interesa en absoluto los problemas morales y un punto de vista es tan válido como cualquier otro²¹. El primero se ubica en un nivel metaético y el segundo en el normativo.

Para Fishkin el relativismo es la posición en virtud de la cual lo bueno y lo malo no puede ser definido apriorísticamente. Bajo este entendido, los relativismos se

pueden clasificar según la amplitud del consenso sobre determinadas máximas morales. De esta manera, si un individuo acepta para sí determinado precepto sin juzgar las preferencias morales de otros, estaremos hablando de personalismo; si es una comunidad que asume sus valores morales en los mismos términos anteriores, se le llama relativismo; y si las máximas de la persona o el grupo suponen la aplicación universal de sus postulados éticos, reconociendo la subjetividad o el internalismo de estas, se trata de universalismo subjetivo²².

De esta manera, se puede ver que independientemente del uso de los términos, se debe ser muy explícito a la hora de calificar como escéptica o relativista una teoría moral, siendo importante diferenciar el nivel de análisis normativo y el universo de aplicación de las máximas morales. Lo que no se puede perder aquí de vista es que en las controversias éticas debe quedar claro si lo moral a que se refieren los hablantes es percibido como algo dado o asumido.

III. El positivismo jurídico ante los valores morales

Según Kelsen los valores morales no son relevantes en el Derecho (como hecho), por lo cual la disciplina jurídica no los estudia. Esto parece ser algo que en la actualidad, al menos en la segunda idea, requiere una reformulación. Aun hoy se puede sostener la separación de los mundos normativos pero no la desatención de los problemas morales por parte del jurista.

En una caracterización general del positivismo podríamos afirmar, en uso de las categorías aquí expuestas, que éste se ha distinguido por tener una visión internalista de los valores morales. No obstante, es bueno aclarar que ese escepticismo metaético no hacía parte del pensamiento de los iuspositivistas-utilitaristas Bentham y Austin. Como bien lo sabemos, el utilitarismo sí implica un valor considerado como objetivo: el de utilidad. Este aspecto merece ser explicado. El discurso de la utilidad como valor objetivo fue una respuesta iuspositivista en la medida que buscaba contrarrestar el discurso de los derechos naturales. La utilidad fue expuesta como principio “mayor” de la moral consistente en la búsqueda de una maximización de la felicidad y la disminución del dolor. Aunque las críticas humanistas a este aserto han llovido a cántaros, se debe entender que en el momento histórico era más fácil y, paradójicamente más correcto, predicar la existencia de un hecho moral entendido como utilidad que hechos morales sin definición precisa que podían volverse compuertas a tiranías

en nombre de los “derechos naturales”²³. Es claro Sandel cuando explica la objetividad de la utilidad:

Todas las disputas morales, bien entendidas, son en realidad desacuerdos de cómo se aplica el principio utilitario de la maximización del placer y la minimización del dolor, no acerca del principio en sí²⁴.

En los restantes iuspositivismos, la posición respecto a los valores puede ilustrarse dialécticamente muy bien mediante una contrastación con su contradictor permanente: el iusnaturalismo. El iusnaturalismo en términos generales predica una objetividad de los valores. No obstante, y en esto me apoyo en Barberis, es menester distinguir tres iusnaturalismos históricos: el clásico o iusnaturalismo a secas, el moderno o iusracionalismo y el neoiusnaturalismo. El primero se caracteriza por una visión según la cual las cualidades de las acciones son naturales, sostiene algo así como la existencia de hechos éticos. El iusracionalismo, tal vez la hipótesis más importante para nuestro trabajo, predica que la bondad de las acciones es atribuida a éstas por la razón²⁵. El neoiusnaturalismo, es el nombre dado a las “resurrecciones” del clásico y que va a mantener la misma posición sobre los valores. Es interesante apuntar aquí, que el planteamiento iuspositivista sobre la existencia de los valores coincide en idéntico sentido con el iusracionalismo.

Regresemos a la visión positivista sobre la naturaleza de los valores morales. En el mundo anglosajón Hart explicó que de aceptarse componentes morales en el test de existencia del derecho esto supone, necesariamente, asumir la existencia de hechos morales en los cuales basar dicho test, pues

si no existen este tipo de hechos, el juez llamado a aplicar el test moral, solo puede entender este llamado como un ejercicio de creación discrecional del derecho de conformidad con su comprensión de la moral y sus exigencias²⁶.

Y dice a continuación con gran claridad:

Sigo pensando que la teoría jurídica debería evitar compromisos con teorías filosóficas controversiales sobre el estatus general de los juicios morales dejando abierto, como lo hago en este libro, el problema general respecto a si ellos tienen lo que Dworkin llama “carácter objetivo”²⁷.

Según Hart, es la prudencia la que indica no correr el riesgo de asumir la existencia no comprobable de los hechos morales lo que aconseja no utilizarlos como fuente de alimentación para el derecho.

En el plano continental, es fundamental estudiar el escepticismo ético kelseniano, bautizado por él mismo como relativismo axiológico. Este tiene su origen en el pensamiento kantiano que separaba entre el derecho, entendido como legislación, y la moral individual. El radicalismo kelseniano, tal como explica Dreier en torno a este tema, no sería entendido si se prescindiera del hecho de que la ética en el curso del siglo xix cayó bajo la influencia del historicismo y la sospecha ideológica, disminuyendo la posibilidad de una ética intersubjetiva²⁸. Kelsen consideró preciso vincular el relativismo axiológico al positivismo jurídico porque estaba pensando y construyendo una teoría que salvara a Europa de los frenesís del siglo xx.

El conocimiento valorativo es relativo como no el conocimiento jurídico. Es relativo en la medida que si bien yo puedo hacer un juicio de valor con una premisa mayor (valor) y una premisa menor (hecho valorado) con una conclusión de tipo moral, la premisa mayor siempre estaría sometida a enormes contingencias por la emotividad que puede encarnar la asunción de un valor. Por tal razón, la norma moral que sirve de base condenará siempre la validez de la conclusión. Muy distinto es el predicamento respecto a la posibilidad de conocer lo jurídico. Lo jurídico se conoce por la verificación objetiva de la concurrencia de determinados hechos sociales como procedimientos legislativos o la expedición de normas que facultan la existencia de otras. De esta manera, la premisa de base para un juicio de tipo jurídico tendría una solidez indiscutible que no la norma moral. Un silogismo sencillo permite demostrar, bajo esta óptica, que lo jurídico puede arrojar conclusiones más seguras que las dadas por la moral. Con diafanidad dijo Kelsen, respecto a la certeza de los juicios morales sobre el derecho:

a las normas de derecho positivo les corresponde cierta realidad social, lo cual no sucede con las normas de la Justicia. En este sentido, el valor del derecho es objetivo, mientras que el valor de la Justicia es subjetivo. Y esto siendo cierto incluso si muchas personas tienen el mismo ideal de justicia²⁹.

Si es cierto que el conocimiento jurídico está sujeto a menos error que el moral, Kelsen deriva una consecuencia ética importante: es mejor regular la conducta de las personas con el ordenamiento positivo, que es o puede ser conocido por todos, que el moral, que depende de una subjetividad importante³⁰. En su texto “¿Qué es justicia?”, Kelsen explicó que la naturaleza de los valores imponen aceptar la relatividad de su conocimiento, pues

el problema de los valores es en primer lugar un problema de conflicto de valores, y este problema no puede resolverse mediante el conocimiento racional. La respuesta a esta pregunta es un juicio de valor determinado por factores emocionales y, por tanto, subjetivo de por sí, válido únicamente para el sujeto que juzga y, en consecuencia, relativo³¹.

El relativismo axiológico o ético de Kelsen, no propugna entonces una desaparición de la moralidad en el mundo, sino, una separación que busca maximizar la libertad del individuo y no alienarlo frente al sistema social. Ha dicho Kelsen:

El punto de vista según el cual los principios morales constituyen solo valores relativos no significan que no sean valores. Significa que no existe un único sistema moral, sino varios, y hay que escoger entre ellos. De este modo el relativismo impone al individuo la ardua tarea de decidir por sí solo qué es bueno y qué es malo. Evidentemente, esto supone una responsabilidad muy seria, la mayor que un hombre puede asumir³².

El relativismo axiológico se torna aquí, en la obra de Kelsen, en el fundamento de un pluralismo ético con relevancia para el derecho de indiscutible raigambre democrático y humanitario.

Los positivistas legendarios como Hart y Kelsen en nombre de la tesis de la separación consideraron que era inseguro el uso de principios morales para fundamentar el derecho. Pero nuevas voces se han sumado al discurso positivista, manteniendo la tesis de la separación pero buscando una ética intersubjetiva que pueda fundamentar el derecho y legitimarlo ante la sociedad. Aunque se me quedan muchos por fuera, considero necesario comentar sucintamente cuatro construcciones importantes, las de Hoerster, Barberis, Campbell y Barbarosch.

El jurista alemán Norbert Hoerster ha desarrollado un planteamiento totalmente interesante de “defensa del positivismo jurídico” en el sentido que se puede mantener una separación entre derecho y moral haciendo una fundamentación de una “ética jurídica sin metafísica”. Vale la pena citar sus palabras:

los criterios normativos, las normas supremas (tanto del derecho como de la moral) no son verdades encontradas por los hombres en una realidad metafísica sino instrumentos de la convivencia social inventados o creados por los hombres [...] Es posible fundamentar al menos algunas normas [...] no como objeto de conocimiento pero sí de forma tal que cada individuo pueda beneficiarse de su vigencia y sanción social o jurídica. Las normas respectivas no valen entonces objetivamente pero sí –sobre una base, en principio, subjetiva– intersubjetivamente³³.

Barberis en sus críticas al monismo ético que subyace a muchas construcciones iusnaturalistas y algunas positivistas, ha desarrollado una concepción de pluralismo ético que conjuga las dimensiones fácticas y valorativas tanto del derecho como de la moral. Le ha permitido afirmar que el derecho como valor es “legalidad”. La legalidad es el valor del derecho que debe ser. Dice el jurista italiano:

Admitiendo que derecho y moral sean conceptualmente distinguibles, esto no dice nada aun cuáles deban ser las relaciones normativas que presentan entre sí: sobre estas relaciones corresponde producir argumentos normativos y no meramente conceptuales³⁴.

Estas relaciones normativas son, a la forma de ver del autor, las que se derivan no del derecho natural sino de valores auténticamente jurídicos como lo son la expectativa de previsibilidad y certeza del derecho.

Campbell propone una teoría similar a la anterior y la bautiza como “positivismo ético”. Piensa el autor australiano que el positivismo jurídico puede suministrar

una teoría normativa que trate de determinar qué debe ser el derecho, no respecto de su contenido sino respecto de su forma³⁵.

Finalmente, Barbarosch hace formulaciones similares en el sentido de la conservación de los aspectos fundamentales del positivismo y la búsqueda de una ética intersubjetiva a partir del análisis profundo de la teoría de la justicia y sus interacciones con otros sistemas normativos, el derecho entre ellos. Para el autor argentino, el escepticismo metaético subyacente a las teorías positivistas más importantes, como las de Hart y Kelsen, y la teoría de la justicia de John Rawls, admite una visión positivista del derecho y la existencia de unos valores consensuales de justicia que lo fundamentan. Citemos sus palabras:

El procedimiento de justificación de una teoría normativa de la justicia fundado en una situación de deliberación contrafáctica puede conducir a un acuerdo intersubjetivo hipotético que se podría caracterizar por su fuerza persuasiva, o argumentativa pero que no da como resultado principios verdaderos ni estos reflejan una validez objetiva o un contenido cognitivo independiente de los propios sujetos de la deliberación³⁶.

Un acuerdo hipotético sería, a la forma de ver del autor, el camino para elegir principios de justicia que sirvan para juzgar críticamente la estructura básica de la sociedad³⁷.

Conclusión

No se puede hoy estudiar los problemas morales en el mundo del derecho prescindiendo del estudio del positivismo jurídico. La separación total entre moral y derecho, al menos en el positivismo excluyente, permite estudiar de manera más específica los problemas morales derivados de los criterios de justicia y la aspiración permanente a una sociedad justamente ordenada.

Ahora bien, el problema de los valores morales hoy está lejos de considerarse un sin-sentido o mejor, de un relativismo inconmensurable. Los valores morales no son aspectos que se deban mantener en la esfera exclusiva de la teoría moral y política, es competencia del jurista preguntarse lo que el derecho existente debería ser, sin que por ello se contamine el juicio de identidad que éste hace sobre el ordenamiento existente.

No se trata de suscribir un dogma de fe o la matrícula a una escuela jurídica, sino del reconocimiento, al parecer palmario, del hecho de que el derecho opera, en la realidad, como un mecanismo de ordenación social al servicio del poder político que lo alimenta. Lo moral es acá contingente, puede corresponder con las preferencias morales de las personas o no. Pero es realmente importante reconocer esto a la hora de buscar la transformación del derecho.

El escepticismo moral es hoy, al parecer, un punto fuerte de la teoría positivista que puede servir para hacer oposición crítica a manifestaciones modernas de corte iusnaturalista que promueven una visión objetivista de la moral. Cito aquí a Laporta:

el problema de las relaciones entre derecho y moral no es un tema de la filosofía jurídica, sino que es el lugar en el que el derecho está³⁸.

Esto quiere decir que, estas relaciones no son una cuestión accesoria en la reflexión organizada sobre el derecho, son la verdadera cuestión.

El gran interrogante que se abre al explicar y fundamentar la separación entre la moral, como una aspiración o una preferencia por parte de determinados actores del mundo jurídico, y el derecho positivo, como manifestación del poder político en una sociedad determinada, es cuáles son los mecanismos de transformación del derecho.

Las dos visiones modernas con mayor fundamentación teórica, el positivismo y el neoconstitucionalismo, tienen la respuesta lista al interrogante. Para el primero, la transformación del derecho debe estar en manos del legislador; para el segundo, en manos de los jueces, particularmente de los constitucionales. La continuación del debate se presenta en las implicaciones teóricas y prácticas de aceptar de manera totalizante estas soluciones y de si existe o no una tercera vía.

Bibliografía

Austin, John. Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia, Felipe González Vicen (trad.), Madrid, Civitas, 1951.

Barbarosch, Eduardo. Teoría de la justicia y la metaética contemporánea, Buenos Aires, La Ley, 2007.

Barberis, Mauro. La heterogeneidad del bien, México D. F., Fontamara, 2006.

Bayón Mohino, Juan Carlos. La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

Bentham, Jeremy. Fragmento sobre el gobierno, Julián Larios Ramos (trad.), Madrid, Aguilar, 1973.

Bentham, Jeremy. Los principios de la moral y la legislación, Margarita Costa (trad.), Buenos Aires, Claridad, 2008.

Bulygin, Eugenio. El positivismo jurídico, México D. F., Fontamara, 2006.

Garzón Valdés, Ernesto (comp.). Derecho y Filosofía, Barcelona, Fontamara, 1985.

Hart, Herbert Lionel Adolphus. The Concept of Law, 2.^a ed., Oxford, Clarendon Press, 1994.

Hoerster, Norbert. En defensa del positivismo jurídico, Ernesto Garzón Valdés (trad.), Barcelona, Gedisa, 2000.

Kelsen, Hans. ¿Qué es justicia?, Albert Calsamiglia (trad.), Barcelona, Ariel, 1991.

Kelsen, Hans. Teoría pura del derecho, Roberto Vernengo (trad.), México D. F., unam, 1982.

Laporta, Francisco. Entre el derecho y la moral, México D. F., Fontamara, 1993.

Mackie, John. Ethics: inventing right and wrong, Harmondsworth, Penguin, 1977.

Nagel, Thomas. Una visión de ningún lugar, Jorge Issa González (trad.), México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1996.

Salazar Bondy, Augusto. Para una filosofía del valor, Madrid, Fondo de Cultura Económica de España, 2010.

Sandel, Michael. Justicia, Juan Pedro Campos Gómez (trad.), Bogotá, Debate, 2011.

Walter, Robert (ed.). Problemas centrales de la teoría pura del derecho, Luis Villar Borda (trad.), Bogotá, Externado, 2001.

Documentos electrónicos

Campbell, Tom. “El sentido del positivismo jurídico”, Ángeles Ródenas (trad.), en Doxa, n.º 25, 2002. Consultado el 20 de junio de 2011, en [\http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23584061091481851665679/

Fishkin, James. “Las fronteras de la obligación”, Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero (trads.), en Doxa, n.º 3, 1986, consultado el 19 de junio de 2011 en [\http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/02406177433793617422202/

Rabossi, Eduardo. “Relativismo y ciencias sociales”, en *Dianoia*, 22 (1976). Consultado el 19 de junio de 2011 en [http://dianoia.filosoficas.unam.mx/info/1976/DIA76_Rabossi.pdf].

* Abogado Universidad Externado de Colombia. Profesor de las áreas de Argumentación y Hermenéutica, así como de Ética y Filosofía del Colegio Jurídico de la Institución Universitaria Colegios de Colombia –unicoc–. Coordinador del Departamento de Ciencias Sociales y Humanísticas del mismo centro. Investigador del Instituto Latinoamericano de Altos Estudios –ilae–. Actualmente estudiante regular de cursos de Doctorado en Derecho de la Universidad de Buenos Aires –uba–, e-mail: [ricardogarzon8@hotmail.com].

Nuevos Paradigmas de las Ciencias Sociales Latinoamericanas issn 2346-0377

vol. IV, n.º 8, julio-diciembre 2013, Ricardo Garzón C. pp. 45 a 64

1 El término moral admite dos acepciones: moral positiva y moral crítica. La primera es definida como “el conjunto de normas morales adoptadas en una comunidad”; mientras que la segunda es concebida como “el conjunto de normas morales elaboradas por los filósofos o moralistas para criticar o mejorar la moral positiva”. En este sentido Mauro Barberis. “Derecho, moral y ética”, en: *La heterogeneidad del bien*, México D. F., Fontamara, 2006, p. 82.

2 Jeremy Bentham. Fragmento sobre el gobierno, Julián Larios Ramos (trad.), Madrid, Aguilar, 1973, p. 8.

3 John Austin. Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia, Felipe González Vicen (trad.), Madrid, Civitas, 1951, p. 27.

4 Austin. Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia, cit., p. 40.

5 Esta lectura que hace Hart de sus antecesores, más allá de las citas, se puede corroborar fácilmente en el sentido que casi todas las obras de estos autores contaron con su concurso en las ediciones posteriores.

6 Herbert Lionel Adolphus Hart. *The Concept of Law*, 2.^a ed., Oxford, Clarendon Press, 1994, pp. 185 y 186 (traducción libre).

7 Hart. *The Concept of Law*, cit.

8 Al decir de Barberis, la autoridad intelectual de Hart en el mundo anglosajón, por un lado y la dificultad teórica que encuentra el positivismo clásico para enfrentar la realidad del constitucionalismo en la aplicación del derecho, ha llevado a la enorme popularidad de este tipo de positivismo. Barberis. “Derecho, moral y ética”, cit., pp. 64 a 71.

9 Hans Kelsen. Teoría Pura del Derecho, Roberto Vernengo (trad.) México, unam, 1982, p. 79.

10 Norbert Hoerster. En defensa del positivismo jurídico, Ernesto Garzón Valdés (trad.), Barcelona, Gedisa, 2000, p. 12.

11 Eugenio Bulygin. El positivismo jurídico, México D. F., Fontamara, 2006, p. 100.

12 Eduardo Barbarosch. Teoría de la justicia y la metaética contemporánea, Buenos Aires, La Ley, 2007, p. 92.

13 Juan Carlos Bayón Mohino. La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991. Esta es una obra extensa y juiciosa sobre el problema aquí esbozado.

14 Esta objetividad moral es aclamada por Thomas Nagel, quien dice: “En el razonamiento teórico se avanza en la objetividad al crear una nueva concepción de la realidad que nos incluya a nosotros mismos como componentes. Esto implica una alteración o cuando menos una extensión de nuestras creencias”. Una visión de ningún lugar, Jorge Issa González (trad.) México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 200.

15 Bayón Mohino. La normatividad del derecho..., cit., p. 204.

16 John Mackie. Ethics: inventing right and wrong, Harmondsworth, Penguin, 1977.

17 Augusto Salazar Bondy. “La plurivocidad de lo bueno”, en: Para una filosofía del valor, Madrid, Fondo de Cultura Económica de España, 2010, p. 156.

18 Ibid., p. 159.

19 Bayón Mohino. La normatividad del derecho..., cit., p. 206

20 Eduardo Rabossi. “relativismo y ciencias sociales”, en *Dianoia*, 22 (1976), pp. 189 a 201. Tomado el 19 de junio de 2011 en [http://dianoia.filosoficas.unam.mx/info/1976/DIA76_Rabossi.pdf].

21 Mackie. *Ethics: inventing right and wrong*, cit.

22 James Fishkin. “Las fronteras de la obligación”, Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero (trads.), en *Doxa*, n.º 3, 1986, pp. 80 a 82, tomado el 19 de junio de 2011 de [<http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/02406177433793617422202/>].

23 Jeremy Bentham. *Los principios de la moral y la legislación*, Margarita Costa (trad.), Buenos Aires, Claridad, 2008, cap. I.

24 Michael Sandel. *Justicia*, Juan Pedro Campos Gómez (trad.) Bogotá, Debate, 2011, p. 46.

25 “El iusracionalismo [...] parece reconducible a la visión del mundo introducida por la ciencia moderna, como universo infinito formado sólo de hechos mensurables, de por sí ni buenos ni malos, y a los cuales valor y disvalor solo pueden ser atribuidos sólo por la razón humana” Barberis. “Derecho, moral y ética”, cit., p. 45.

26 Hart. *The Concept of Law*, cit., p. 253

27 *Ibid.*, p. 254.

28 Ralf Dreier. “Derecho y moral”, en: Ernesto Garzón Valdés (comp.). *Derecho y Filosofía*, Barcelona, Fontamara, 1985, p. 80.

29 Hans Kelsen. “Los juicios de valor en la ciencia del Derecho”, Albert Calsamiglia (trad.), en: Hans Kelsen. *¿Qué es justicia?*, Barcelona, Ariel, 1991, p. 150.

30 “Al aceptar como derecho sólo el derecho positivo impuesto por actos de voluntad humana, entonces se descubre el derecho como obra humana cambiante. El supuesto de un derecho natural, cuyo conocimiento y manejo en un caso concreto no es por completo accesible a todos los miembros de la comunidad jurídica, tiene, por el contrario, en sí mismo a ocultar como ideología (en sentido restringido) las relaciones de dominación existentes”. Clemens Jabloner. “Crítica

ideológica en Kelsen”, Luis Villar Borda (trad.), en Robert Walter (ed.). Problemas centrales de la teoría pura del derecho, Bogotá, Externado, 2001, p. 153.

31 Hans Kelsen. “¿Qué es justicia?”, en: Kelsen. ¿Qué es justicia?, p. 39.

32 Ibid., p. 59.

33 Hoerster. En defensa del positivismo jurídico, cit., p. 26.

34 Barberis. “Derecho, moral y ética”, cit., p. 93.

35 Tom Campbell. “El sentido del positivismo jurídico”, Ángeles Ródenas (trad.), en Doxa, 25-2002. Consultado el 20 de junio de 2011, en <http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23584061091481851665679/>

36 Barbarosch. Teoría de la justicia y la metaética contemporánea, cit., p. 12.

37 Ibid., p. 41.

38 Francisco Laporta. Entre el derecho y la moral, México D. F., Fontamara, 1993, p. 8.