

ALGUNOS CONCEPTOS, DISTINCIONES Y ASPECTOS INTERESANTES EN LA TESIS POSITIVISTA DE LA SEPARACION ENTRE DERECHO Y MORAL

Por el Lic. Gustavo Cajica Lozada
Profesor en la Escuela Libre de Derecho de Puebla, A.C.

Introducción

El presente trabajo tiene como finalidad señalar algunos de los conceptos, distinciones y aspectos implicados en la concepción positivista del derecho, en especial lo relativo a la tesis de la separación del derecho y la moral. Es opinión común en la filosofía del derecho contemporánea que el tema de las relaciones entre el derecho y la moral, constituye uno de los ejes principales, en los que gira el pensamiento jurídico actual. Por tanto, resulta importante conocer el vocabulario, términos y distinciones que se utilizan en esta discusión.

Para ello se analizarán brevemente tres trabajos, los dos primeros que forman parte de la compilación de ensayos de distintos autores, efectuada por el Profesor Rodolfo Vázquez, *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*,

(Gedisa, Barcelona, 1998). Los dos primeros autores seleccionados son Eugenio Bulygin, con su trabajo titulado *¿Hay vinculación necesaria entre derecho y moral?* y Francisco Laporta, con *Derecho y moral: vindicación del observador crítico y aporía del iusnaturalista*. El tercer texto que se analizará es la parte del capítulo 4, titulada *La separación ilustrada entre derecho y moral*, del libro de Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón, Teoría del garantismo penal* (Trotta, Madrid, 1995).

Los tres autores son partidarios de la tesis de la separación, por tanto en este punto, representan el pensamiento del positivismo jurídico y se caracterizan además, por el rigor en sus análisis. En la parte final se relacionará, a manera de conclusión, el positivismo jurídico con la política, a partir de unas citas del texto de Uberto Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico*, (Edizioni di comunitá, Milán, 1965).

Este trabajo está estructurado mediante párrafos numerados que representan en forma individual algún concepto, distinción o aspecto interesante del problema. Una de las aportaciones más valiosas de las distintas escuelas analíticas del derecho ha sido la valoración, por un lado del análisis como método de conocimiento y por el otro, del lenguaje. Es este último no sólo el medio a través del cual en gran medida, se expresa el derecho sino también, el vehículo que permite todo conocimiento. Por esta razón, el presente trabajo hace énfasis en las distinciones que los autores estudiados realizan de los enunciados relativos a la relación derecho y moral. Creemos que esta metodología, permite iluminar muchos puntos que aparecen no del todo claros en la cuestión.

§1. *Positivism jurídico*.-Doctrina o teoría del derecho que afirma la exclusividad del derecho positivo (Bobbio). En lo relativo a este trabajo, el positivismo jurídico afirma que no existe un nexo necesario entre el concepto de derecho y el de moral. La discusión se establece a nivel conceptual, es decir, al nivel de definiciones.

§2. *Derecho positivo*.-Es el derecho “puesto”, el derecho creado por los hombres en un lugar y tiempo determinados.

§3. *Distintos tipos de relaciones*. Entre el derecho y la moral existen muchos tipos de relaciones posibles, que dan lugar a distintos tipos de problemas.

a) Existen relaciones constituidas por hechos verificables empíricamente, como son los hechos históricos, sociológicos, políticos, etc.

b) También existen relaciones conceptuales, es decir, cuestiones de definición de la palabra “derecho” o la delimitación a través de una definición del concepto de derecho. Es en este nivel donde se plantea con mayor fuerza el debate entre los partidarios de la vinculación y los partidarios de la tesis de la separación.

§4. *Es un problema ya antiguo*.-El problema de que si existe una vinculación conceptual entre derecho y moral, es un problema ya viejo en la historia del pensamiento jurídico, conocido como conflicto entre iuspositivistas y partidarios del derecho natural. Para los primeros no existe nexo necesario, para los segundos, sí. Podemos llamar siguiendo a Bulygin, a los actuales partidarios de la tesis de la vinculación, autores iusnaturalistas, aunque ellos no deseen utilizar ese calificativo.

§5. *Moral positiva y moral ideal o crítica.* Por moral positiva se entiende el conjunto de valores efectivamente vividos por una sociedad o grupo, en un lugar y tiempo determinados. Por moral ideal, aquellas pautas o criterios morales que sin ser positivos, sirven para criticar morales positivas o valores expresados por el derecho u otros sistemas normativos.

§6. *Distintos criterios para formular las tesis.* Las tesis de la vinculación y de la separación pueden formularse a través de diferentes proposiciones, según sean los criterios que se consideren. Estos criterios son los siguientes:

a) Persona que formula la proposición: un observador interno o uno externo;

b) Tipo de derecho considerado: una norma aislada o el sistema jurídico en su conjunto;

c) Concepto utilizado de validez: como pertenencia, como obligatoriedad o como eficacia empírica; y

d) Tipo de moralidad relacionada: moral positiva o moral crítica.

§7. *Distinción de H.L.A. Hart entre punto de vista interno y punto de vista externo al derecho.* El primero es propio de aquella persona, que forma parte de una comunidad y que acepta las normas de la misma, esto es, que las usa como criterios de conducta que permiten exigir conformidad de la conducta propia y de la ajena; y en caso de no conformidad, encuentra correcta la crítica en base a la aceptación de la regla. Para algunos teóricos la aceptación de la norma desde el punto de vista interno, implica que se le considere moralmente obligatoria.

El punto de vista externo es aquel que tiene un observador que no acepta, como guía de su propia conducta, las reglas del grupo estudiado; este punto de vista puede dar lugar a dos posibilidades: a) que el observador para explicar las conductas del grupo, afirme la existencia de una regla, sin que por ello la acepte; y b) que este observador explique las conductas del grupo sin utilizar el concepto de regla, y se concrete sólo a la explicación descriptivo-causal. Hart nos recuerda en este punto que “una de las dificultades que enfrenta cualquier teoría jurídica ansiosa de hacer justicia a la complejidad de los hechos, es tener en cuenta la presencia de ambos puntos de vista y no declarar por vía de definición, que uno de ellos no existe” (*El concepto de derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1968, p. 113).

El observador externo puede muy bien explicar el comportamiento de los observados, justificando la conducta de ellos a través de la aceptación de la regla y la descripción del derecho válido.

§8. *Reformulación de la tesis de la separación.* Se puede reformular, siguiendo a Bulygin, la tesis de la separación atendiendo al criterio moral positiva/moral ideal de la forma siguiente:

a) “La moral positiva no juega ningún papel en la definición del derecho”; y

b) “La moral ideal no juega ningún papel en la definición del derecho”.

§9. *La tesis formulada con relación a una norma aislada.* Con respecto a una norma aislada, la afirmación de que no hay vinculación entre el derecho y la moral positiva, es verdadera porque el punto de vista interno, no implica que se consideren moralmente obligatorias todas y cada una de las

normas del orden jurídico. Lo que significa que la aceptación interna de la norma no forma parte necesaria de la definición de “norma jurídica”.

§10. *Eficacia o vigencia.* De una norma aislada, la aceptación por parte del destinatario es una propiedad contingente, puede estar presente pero puede no estar. Por tanto la vigencia, eficacia o aceptación, no forman parte de la definición de norma jurídica. Sin embargo, la eficacia o vigencia sí es un requisito necesario para que podamos afirmar la existencia de un orden jurídico, del sistema en su conjunto en los hechos. Se requiere que la mayor parte de las normas sean, en términos kelsenianos, eficaces.

§11. *Ambigüedad de la tesis iusnaturalista (Bulygin).* La afirmación iusnaturalista de que “Todo sistema jurídico tiene que adecuarse a la moral” es ambigua. Puede significar dos proposiciones diferentes:

a) La proposición que afirma que para todo sistema jurídico existe por lo menos un sistema moral al que se adecua; o

b) La proposición que afirma que existe un solo sistema moral al que todos los sistemas jurídicos se adecuan.

La primera proposición se refiere a la relación, calificada de trivial, de que todo sistema jurídico se relaciona con una determinada moralidad positiva. Trivial, porque se puede verificar de forma empírica que todo sistema jurídico expresa en sus normas los valores de determinada moral positiva y que al existir distintos sistemas jurídicos, las morales positivas que éstos expresan son históricamente diferentes. La proposición a) es aceptada por todo positivista, al afirmar que todo orden jurídico para su existencia requiere en lo general, cierto grado de eficacia o aceptación.

§12. *Dónde radica el conflicto iusnaturalismo-positivismo jurídico.* La controversia iusnaturalista *versus* iuspositivista radica en la proposición b) del párrafo anterior. El iusnaturalista con ella, afirma la existencia de un grupo único de normas morales supremas, que son objetivas; por tanto existe la posibilidad de ser descritas a través de proposiciones verdaderas, que su conocimiento es posible y que su contenido no es variable. Este conjunto de normas forma la moral crítica de tal forma que si se desea el calificativo de “jurídica” para una norma, se exigirá la adecuación de la misma con esa moral crítica.

§13. *El escepticismo ético, rasgo distintivo del positivismo jurídico.* A pesar de lo dicho por Nino en distintos trabajos, el escepticismo ético es cualidad definitoria del positivismo jurídico. No hay normas verdaderas, las normas no son proposiciones descriptivas, sino proposiciones prescriptivas (Bulygin). No existe una moral ideal objetiva, independiente de los sujetos. Si existiese una moral semejante, con tales características, el problema sería resuelto por la ciencia de forma satisfactoria y de una vez por todas.

§14. *Únicamente desde el positivismo jurídico es posible la crítica del derecho desde una moral ideal.* Otra proposición que se desprende de la relación derecho–moral: “Esto es derecho pero es inmoral”. Para Laporta se trata de una proposición hecha por un partidario de la tesis de la separación, que a diferencia de la opinión de los autores iusnaturalistas no es contradictoria; ésta sí tiene sentido y resulta muy importante por sus consecuencias prácticas. Si la norma en cuestión es jurídica y si además se la considera inmoral, la consecuencia práctica será buscar su derogación por la autoridad normativa del sistema jurídico al que pertenezca. Se trata de una norma que es válida, es decir que pertenece al sistema y que además

es aceptada y aplicada por los órganos del mismo, pero que en cierto sentido viola exigencias morales o criterios de justicia de una determinada moral crítica.

Se trata de una afirmación hecha por un observador externo, sobre una norma aislada, que pertenece a un orden jurídico positivo y que desde la moral crítica del observador, resulta inmoral.

El positivista al aceptar que tal afirmación es posible, es decir, cuando reconoce la posibilidad de que una norma de derecho sea inmoral desde una moralidad crítica, externa a la moralidad positiva legalizada, cuenta con un importantísimo instrumento de crítica del derecho positivo y del poder político, instrumento que ha heredado del pensamiento de la Ilustración. Por el contrario, si aceptásemos la opinión iusnaturalista de que dicha afirmación carece de sentido y que es una contradicción lógica en sus términos, perdemos la posibilidad de criticar y de cambiar la legislación vigente.

Sólo el observador externo, en el sentido de Hart, puede describir las conductas de los miembros de una comunidad, explicándolas a través de la aceptación de normas y prácticas morales por parte de los sujetos observados y a la vez, comparar esas pautas de conducta con una moral crítica. Únicamente lo puede hacer el observador externo, porque el interno, el que participa y acepta las reglas como criterios morales de conducta, está imposibilitado para ello, porque no existen para él otros criterios de moralidad. El que adopta el punto de vista interno no puede afirmar que el sistema es inmoral. Por tanto el punto de vista externo es el único que permite establecer la comparación entre moral positiva y moral crítica.

§15. *Ética autoritaria y no democrática (Laporta)*. Como consecuencia del punto anterior para el iusnaturalista una norma sólo será jurídica si y sólo si su contenido está conforme con la moralidad crítica única. Sin embargo, existe aquí un problema serio: resulta insuficiente este criterio para identificar a las normas jurídicas. Una norma no es jurídica sólo por ser conforme con la moralidad crítica, porque si así fuese, toda norma conforme a esa moral sería jurídica y en los hechos esto no sucede. Por esta razón el iusnaturalista tiene que utilizar un criterio suplementario y definitorio para distinguir entre normas jurídicas y normas no jurídicas. Este criterio es el de normas de competencia, con lo que la “autoridad normativa” se convierte en autoridad moral. Al establecerse que todo lo que decreta la autoridad normativa es jurídico y al mismo tiempo moral, se cancela la posibilidad de la existencia de una ética crítica. “El derecho sería entonces *moral* porque emana de una autoridad moral, cualquiera que sea el contenido de sus normas. Y esto hace desembocar al iusnaturalismo en una ética del tipo ‘mandato divino’, es decir, le hace desembocar en algo incompatible con una razón ética ilustrada o crítica: en la idea de que el poder como razón moral perentoria nos ahorra la práctica del debate moral sobre el contenido de las normas” (Laporta, *op. cit.*, p. 263).

La consecuencia política que se desprende de lo anterior, es clara y es enunciada en términos sumamente técnicos por Laporta en su ensayo analizado. Ya fue señalada por Kelsen al establecer la relación entre concepción absolutista de los valores y las formas de gobierno autoritarias y la concepción relativista de los valores con la democracia (Kelsen: *Forma del Estado y concepción del mundo*, en *Teoría general del Estado*, Editorial Labor, Barcelona, 1934, pp. 470 y ss.). El gran peligro latente cuando afirmamos que hay un nexo conceptual

entre derecho y moral crítica, al afirmar la existencia de una sola moral verdadera y después de haber identificado a una norma o a un conjunto de normas como jurídicas, es la imposibilidad de cualquier crítica moral al derecho positivo. El Estado y su derecho, al ser definidos como jurídicos por su correspondencia con la moral crítica, se convierten en portadores no de una ética procedimental como sería en los estados democráticos de derecho, sino de una ética material del grupo en el poder, que es presentada como la única y verdadera moral (fundamentalismo denunciado por Peces Barba como una de las patologías del Estado de fin de siglo, en *Ética, poder y derecho. Reflexiones ante el fin de siglo*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995).

§16. *Justificación (Scarpelli). Justificación interna y legitimación externa. Tesis de la separación. (Ferrajoli)*. Por los costos que impone el derecho a la libertad de los individuos, requiere una justificación. Justificar en términos de Uberto Scarpelli, significa dar razones mediante un discurso para concluir que algo “es justo” en términos latos, es decir dar razones por las cuales algo ha de aceptarse, preferirse o escogerse entre varias opciones.

Existen dos tipos de justificación en el derecho según Ferrajoli: la legitimación o justificación interna y la legitimación o justificación externa. La primera es aquella que se realiza por “referencia a principios normativos internos al ordenamiento jurídico mismo, esto es, a criterios de valoración jurídicos o si se quiere intra-jurídicos” y coincide con la validez. Mientras que la justificación externa se realiza “por referencia a principios normativos externos al derecho positivo, es decir a criterios de valoración morales o políticos o de utilidad de tipo extra o meta-jurídico” (L. Ferrajoli, *op. cit.*, p. 213).

Es necesario señalar que la anterior distinción no coincide con la de Hart expuesta en el §7 de este trabajo. Mientras que el punto de vista externo de Hart, es el punto de vista de la efectividad y de la explicación causal, la justificación externa de Ferrajoli se sitúa en una perspectiva axiológica. Mientras que el primero se expresa por medio de enunciados descriptivos (susceptibles de ser verdaderos o falsos), la segunda lo hace a través de enunciados prescriptivos relativos a valores (por tanto, no son verdaderos ni falsos).

En la historia del pensamiento jurídico las distintas teorías sobre la justificación del derecho se dividen en dos grandes grupos: a) Teorías que separan la justificación interna de la externa (positivismo jurídico); y b) Teorías que confunden estas dos formas de justificación, ya sea porque subordinen la validez a la justicia (teorías iusnaturalistas) o viceversa, la justicia a la validez (legalismo o formalismo ético).

La separación constituye el presupuesto teórico y axiológico del modelo garantista de derecho de las sociedades democráticas actuales y se caracteriza por dos exigencias:

a) Que la justificación política del derecho sea sólo externa (con lo que se deja a un lado la autolegitimación ético-política del derecho); y

b) Que la justificación jurídica sea sólo interna (con lo que se deja fuera la heterolegitimación jurídica del derecho).

La tesis de la separación es fruto de la Ilustración, de un lento proceso de secularización sufrido tanto por el derecho como por la moral en los inicios de la modernidad, y constituye uno de los fundamentos principales de la cultura liberal-democrática. Desde el punto de vista político la separación significa para el derecho:

a) Que no tiene por objeto reproducir necesariamente las normas de una determinada moral crítica;

b) Que es producto de simples convenciones humanas.

Y para la moral significa que ella es independiente del derecho positivo y de cualquier otro sistema de normas heterónomo, que es individual, basada en la autonomía de la persona humana y que es relativa.

Finalmente, señala Ferrajoli que la tesis de la separación del derecho de la moral es el fundamento del principio de legalidad en el moderno estado de derecho y que cumplió en la construcción del mismo un papel revolucionario.

§17. *Positivism jurídico y democracia. (Scarpelli)*. La tesis positivista que distingue entre el derecho que es y el derecho que debería ser, la separación entre derecho y moral y la definición del derecho en términos formales, sin referencia a su contenido, desde el punto de vista pragmático, se basa en una elección y en un compromiso políticos. “Es la moral, en una palabra la que separa el derecho de la moral, la moral al nivel de una elección general que separa el derecho, la ciencia y la práctica del derecho en el nivel de las elecciones particulares relativas a los contenidos (...) Quien combate o defiende al positivismo jurídico combate o defiende la elección política relativa a una figura de jurista, a unas técnicas jurídicas, a una ciencia y a una práctica del derecho, a unas estructuras del derecho que son esenciales para la organización política del Estado moderno o para una organización política que tenga las características fundamentales del Estado moderno, por tanto combate o defiende este tipo de organización” (Uberto Scarpelli, *op. cit.*, pp. 133 y s.). Y al hablar del Estado de derecho, democrático-liberal y constitucional señala que éste eleva a principio constitucional la

libertad y la confrontación entre alternativas de elección diferentes, permitiendo que se establezcan de este modo los contenidos de la ley, que sean más ampliamente aceptados en la sociedad, evitando de este modo la solución absolutista y autoritaria.

“El positivismo jurídico —continúa Scarpelli— con la integración democrática y la integración constitucional, representa en la cultura jurídica, la parte que corresponde a esta solución liberal; el jurista positivista, en su fidelidad al derecho positivo, en su fidelidad a la ley constitucional que garantiza la libertad, en su fidelidad a la ley elaborada a través de procedimientos democráticos, es el guardián de la estructura en la que la variedad y la convivencia de distintas alternativas es posible. La elección a favor del positivismo jurídico puede ser nuestra elección como alternativa de solución liberal, hoy por el Estado, mañana o en un futuro inmediato, por la sociedad política de todos los hombres” (*Op. cit.* p. 153).

Conclusión

Después del somero análisis de los autores antes citados, podemos llegar a la conclusión de que sólo la tesis de la separación del derecho y la moral ideal permite la crítica del derecho positivo. En cambio, la tesis de la no separación nos conduce a posturas éticas absolutistas y autoritarias y a la consideración del legislador positivo como autoridad moral.

Creo que el punto de vista positivista como ha sido señalado por Bulygin, Laporta, Ferrajoli y Scarpelli permite al ciudadano y al jurista, cuidarse de los absolutismos y formalismos éticos a que la tesis de la no separación puede conducir.

Por lo que respecta a las consecuencias pragmáticas de la distinción, sólo ella permite como se ha dicho, la crítica y cambio pacífico del derecho.

De igual forma, estos autores nos recuerdan que no es suficiente que el derecho positivo se justifique a sí mismo a través de la validez interna y de la mera legalidad, sino que requiere forzosamente de la justificación o legitimación externa, es decir, que sea justificado por la ética y por la política. También nos señalan la importancia que tiene este tipo de positivismo como herencia del pensamiento de la Ilustración y como fundamento del moderno constitucionalismo y del estado democrático de derecho.

Bibliografía

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón, Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995.

SCARPELLI, Uberto. *Cos'è il positivismo giuridico*, Edizioni di comunitá, Milán, 1965.

VAZQUEZ, Rodolfo (Compilador). *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, Gedisa, Barcelona, 1998.