

¿ESTÁ (PARTE DE) LA FILOSOFÍA DEL DERECHO BASADA EN UN ERROR?

Eugenio Bulygin

Universidad de Buenos Aires

RESUMEN. ¿Tiene el derecho valor moral? ¿Hay un deber moral de obedecer el derecho? Según el autor, estas preguntas caracterizan el problema de la normatividad del derecho –entendido como el de su valor moral– que, junto con el problema del concepto de derecho, conforman las cuestiones de las que tradicionalmente se ha ocupado la Filosofía del Derecho. Sostiene que plantearse estas preguntas –como filósofo del derecho– carece de sentido, por tratarse de pseudo-problemas, ya que el interrogante por la obligación moral de obedecer el derecho debe ser enfrentada por la filosofía moral y no por la jurídica, por tratarse un problema de aquella y no de ésta disciplina. El autor distingue claramente entre un concepto de validez moral y otro concepto de validez jurídica (aplicabilidad), concluyendo que las normas jurídicas tienen sólo validez jurídica, no moral. Afirma que la teoría del derecho carece de respuesta para el problema de la aplicabilidad del derecho, y sólo responde al de su identificación, porque los deberes jurídicos no son razones concluyentes para la acción, a diferencia de los morales.

ABSTRACT. Does law have moral value? Is there a moral obligation to obey the law? According to the author, these questions characterize the problem of normativity of law –understood as that of its moral value– which, together with the problem posed by the concept of law, constitute the questions which philosophy of law has traditionally dealt with. The author holds that raising these questions –as a legal philosopher– makes no sense as they are pseudo-problems, because the question respecting the moral obligation to obey the law must be answered by moral philosophy, rather than by legal philosophy as it is a problem which lies within the sphere of the former discipline and not the latter. The author makes a clear distinction between the concept of moral validity and another concept of legal validity (applicability), and comes to the conclusion that legal norms possess only legal, not moral validity. He claims that theory of law lacks an answer to the problem of applicability of law, only answering that of its identification, because legal obligations, unlike moral obligations, do not constitute conclusive reasons for action.

1. Dos problemas

Tradicionalmente la filosofía del derecho trata de responder a dos preguntas: 1) ¿Qué es el derecho? y 2) ¿Cómo explicar la normatividad del derecho? La primera pregunta se refiere al concepto de derecho y a su estructura, la segunda a la obligatoriedad o fuerza vinculante del derecho. (Últimamente se ha puesto de moda formular esta pregunta en términos de razones: ¿suministra el derecho razones para la acción?)

Respecto del primer problema las respuestas pueden ser clasificadas en dos grandes grupos: respuestas positivistas y antipositivistas. El positivismo jurídico sostiene que el derecho es un fenómeno social, un artefacto creado por el hombre, basado en hechos sociales complejos y fundado en última instancia en convenciones sociales. Una consecuencia directa de esta posición es una clara separación entre el derecho que es y el derecho que debe ser (Bentham, Austin), entre descripción y valoración (Kelsen), entre derecho y moral (Hart, Raz). Esta es la famosa tesis de separación (*Trennungsthese*, como se la llama en la literatura alemana) que consiste en sostener que no hay una conexión necesaria (conceptual o lógica) entre derecho y moral y que es considerada habitualmente (y con razón) una característica definitoria del positivismo jurídico.

Las respuestas antipositivistas a la primera pregunta pueden ser calificadas (en un sentido amplio) como jusnaturalistas. Las teorías jusnaturalistas sostienen que la referencia a hechos sociales en los que se origina el derecho no agota el concepto de derecho, que contiene, además, otro aspecto relacionado a valores morales y muy especialmente al valor justicia. Así, por ejemplo, Alexy habla de una *dimensión ideal* del derecho, consistente en su pretensión de corrección moral; Nino considera que el derecho es parte de la moral; otros autores como Dworkin o Garzón Valdés, sostienen que la moral necesariamente forma parte del derecho. El llamado *positivismo inclusivo* considera que la moral es no necesaria, sino contingentemente parte del derecho, al menos en las democracias constitucionales modernas.

Respecto del segundo problema, la normatividad del derecho, se ha acusado a los positivistas a menudo de no haber dado una respuesta satisfactoria a este problema. Esto es cierto, pero como trataré de argumentar en el presente trabajo, lejos de ser un defecto del positivismo jurídico, se trata de una consecuencia natural de esta posición. Considero que los intentos de muchos positivistas y de casi todos los antipositivistas de dar cuenta de la normatividad del derecho están basados en un malentendido. Mi tesis principal es que el problema de la normatividad del derecho, entendido como el de su valor moral, no es un problema jurídico, sino moral y que, por lo

tanto, su solución pertenece al campo de la filosofía moral y no al de la filosofía jurídica. La persistencia de los filósofos del derecho en formular esta pregunta y de tratar de responderla se debe a una falta de la comprensión del problema. Se trata de un típico pseudo-problema que no requiere una solución, sino una disolución. Preguntas tales como “¿Tiene el derecho valor moral?” o “¿Hay un deber moral de obedecer el derecho?” o “¿Suministra el derecho razones morales para la acción?” no tienen respuestas en una teoría del derecho y, por lo tanto, carecen de sentido. Es como preguntarse si la televisión es moralmente buena o mala. Hay ciertamente muchos programas televisivos que son malos y moralmente condenables; muchos programas son moralmente indiferentes y a veces, aunque no muy a menudo, se puede encontrar programas moralmente recomendables, pero la televisión como tal no es ni buena ni mala y, por lo tanto, la pregunta acerca de su valor moral carece de sentido. Algo similar sucede con el derecho. Hay buenas y hay malas normas jurídicas; hay normas jurídicas que solucionan problemas sociales y contribuyen de esta manera a la paz y a la felicidad, pero también hay normas jurídicas malas e incluso perversas. Preguntas acerca del valor moral de una norma jurídica o de un conjunto de normas jurídicas o acerca de nuestro deber moral de obedecer tales normas son perfectamente significativas, pero no la pregunta acerca del valor moral del derecho en sí. Lamentablemente, los filósofos del derecho suelen formular esta última pregunta y no es demasiado sorprendente que sus respuestas sean poco satisfactorias.

Ciertamente, todo esto no es nuevo. En un importante artículo publicado hace ya bastantes años, Jules Coleman sostuvo que “el derecho no sólo no impone deberes morales, sino que es un error pensar que una teoría jurídica adecuada debe explicar la fuerza normativa del derecho. El derecho sólo tiene valor instrumental y su autoridad depende del hecho de que es una manera convencionalmente aceptada de producir consecuencias sociales deseables... Si hay un deber moral de hacer lo que el derecho ordena, el hecho de que esa conducta es requerida por el derecho no desempeña ningún papel en una teoría defendible que pretenda dar cuenta de ello.” La conclusión de Coleman es que “en vez de sentirse molestos sobre las implicaciones de la tesis de separación, los positivistas deberían festejar el hecho de que ellos no pueden dar cuenta de la obligatoriedad del derecho. La regla de reconocimiento no es más que una regla social y no proporciona ningún fundamento para la obligación.”

Conuerdo totalmente con Coleman y sólo quisiera añadir que su afirmación es aplicable también a los antipositivistas: los filósofos del derecho deberían dejar de tratar de dar respuestas a preguntas que carecen de sentido.

2. Normatividad del derecho

Hay un sentido en que el derecho es obviamente normativo: el derecho consta de normas (aunque quizás no exclusivamente de normas) y las normas jurídicas, reglas o principios, son prescriptivas y no descriptivas. No describen lo que ocurre en la realidad, sino que prescriben qué debe, no debe o puede hacerse en ciertas circunstancias. Por lo tanto, no son verdaderas ni falsas, pero pueden ser consideradas como convenientes, justas, eficaces o no. Pero las normas jurídicas, cualquiera sea su origen: (legislación, costumbre, precedentes, etc.) y cual cualquiera sea su naturaleza (reglas, principios) pueden ser descriptas mediante *proposiciones normativas* que son verdaderas o falsas, según el caso. Esta distinción no siempre puede ser trazada con claridad, debido al bien conocido hecho de que a veces usamos las mismas expresiones lingüísticas para formular tanto normas, como proposiciones normativas. Así, por ejemplo, “prohibido fumar” puede ser usada para formular una prohibición, es decir, una norma o para informar acerca de la existencia de tal prohibición, en cuyo caso expresa una proposición normativa.

Considero que la distinción entre normas y proposiciones normativas es muy importante para la teoría jurídica; una considerable cantidad de confusiones pueden surgir si no se hace esta distinción.¹ Cabe observar, dicho sea de paso, que las proposiciones normativas son descriptivas y no normativas en el sentido usual de este término; son normativas sólo en el sentido de que lo que ellas describen son normas o, más bien, la existencia de normas.

Ahora bien, este sentido de “normatividad” *no* es lo que los filósofos del derecho tienen in mente cuando quieren explicar la normatividad del derecho. Su tipo de normatividad tiene un fuerte sabor moral, especialmente en los autores alemanes y americanos.

En la filosofía jurídica alemana hay una fuerte tradición que asocia la validez jurídica con la validez moral. El término alemán “Geltung” tiene una clara connotación moral. Hasta Hans Kelsen, considerado generalmente como el positivista jurídico más importante del siglo XX fue duramente criticado por Alf Ross² por usar el término “validez” con una connotación moral.

¹ Véase., por ejemplo, el análisis de Rodríguez de la conocida “refutación” del positivismo jurídico emprendida por Dworkin en su conocido artículo “No Right Answer?” en Jorge L. Rodríguez, “La imagen actual de las lagunas en el derecho” en F. Atria et al., *Las lagunas del derecho*, en prensa, Marcial Pons, Madrid y el análisis del famoso dicho “Lo que no está prohibido, está permitido” en Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Normative Systems*, Springer, Wien-New York, 1971, capítulo VII.

² Alf Ross, “Validity and the Conflict Between Legal Positivism and Natural Law”, *Revisra Jurídica de Buenos Aires*, IV (1961), 46-93.

Como para Kelsen validez significa obligatoriedad,³ Ross opina que Kelsen no es un verdadero positivista. Aunque Kelsen no apela al derecho natural, en la medida en que usa un concepto normativo de validez, es un “cuasi-positivista”, pues la validez de una norma significa que su destinatario debe comportarse en la forma estipulada por la norma. “Pero la norma en sí misma, de acuerdo con su contenido inmediato, expresa lo que los individuos deben hacer. ¿Qué significa decir, entonces, que los individuos deben hacer lo que deben hacer? ... La idea de un deber de obedecer el derecho (de cumplir las obligaciones jurídicas) solo tiene sentido si suponemos que el deber aludido es un verdadero deber moral que corresponde a la “fuerza obligatoria” inherente al derecho.”⁴ Por consiguiente, validez como obligatoriedad parece ser un concepto vacío, a menos que se lo interprete como validez moral.

Esta tradición de vincular la validez de las normas jurídicas con la validez moral sobrevive en una forma aún más fuerte en la pretensión de corrección de Alexy. Hemos discutido varias veces con Alexy sobre este punto⁵, de modo que creo poco conveniente reproducir aquí mis argumentos contra esta pretensión. Me limitaré a una observación adicional. Aún si admitiéramos que todo sistema jurídico y toda norma jurídica pretende siempre ser correcta o justa, este hecho por sí solo no garantizaría en modo alguno la corrección moral del derecho. Todos los sacerdotes pretenden que Dios existe (de lo contrario su actividad carecería de sentido), pero esta pretensión no prueba en absoluto la existencia de Dios. Hace falta una prueba independiente para sostener que Dios existe o que el derecho es moralmente correcto o justo.

3. Validez moral y validez jurídica

Concuerdo con Ross en que el concepto de validez como fuerza obligatoria, tal como la define Kelsen, es efectivamente incompatible con su programa positivista. Pero este concepto de validez puede ser reemplazado por un concepto diferente que también es normativo, pero perfectamente compatible con los ideales positivistas. La validez normativa puede ser interpretada no como un deber moral de obedecer el derecho, sino como un deber jurídico de aplicar las normas jurídicas. Usaré el término “aplica-

³ “Dass eine sich auf das Verhalten eines Menschen beziehende Norm “gilt” bedeutet, dass sie verbindlich ist, dass sich der Mensch in der von der Norm bestimmten Weise verhalten soll.” H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Auflage, Wien 1960, 196. Ver también *General Theory of Law and State* (1946), 115-116.

⁴ Obra citada en la nota 2.

⁵ R. Alexy–E. Bulygin, *La pretensión de corrección del derecho. La polémica sobre la relación entre derecho y moral*, Universidad Externado de Colombia Bogotá 2001.

bilidad” para referirme a esta normatividad puramente jurídica.⁶ Trataré de aclarar qué entiendo por “aplicabilidad” mediante el ejemplo que he usado en mi artículo de 1982.

El principio general respecto de la aplicación del derecho penal es el de la no retroactividad: el derecho penal no ha de aplicarse a delitos cometidos antes de la promulgación de la ley penal. Este es el conocido principio *nullum crimen* del derecho penal llamado liberal. De acuerdo a este principio el juez debe aplicar la ley penal que estaba vigente al tiempo de cometerse el delito, aun cuando esa ley haya sido derogada más tarde y ya no es vigente en el momento en que el juez toma su decisión. Pero hay otros principios que limitan la aplicación del principio *nullum crimen*. Conforme al art. 2 del código penal argentino el juez debe siempre aplicar la norma más benigna: si en el intervalo entre la comisión del delito y la decisión del juez hubo una ley más benigna, es ésta ley la que debe ser aplicada, sin importar que haya sido derogada antes de la decisión del juez. Por lo tanto, el juez debe comparar todas las leyes que se refieren al acto delictivo desde el momento en que éste fue llevado a cabo hasta el momento de su decisión y aplicar la norma más benigna. Es importante tener presente que, por hipótesis, todas esas normas, con la única excepción de la última, ya no son vigentes, pues han sido derogadas. Por consiguiente, la popular idea de que el juez siempre debe aplicar el derecho vigente es insostenible, pues los jueces pueden estar—y frecuentemente están—obligados a aplicar normas derogadas.

Cabe llamar *norma o criterio de aplicabilidad* a la norma que regula la aplicabilidad de otras normas, tal como ocurre con el art. 2 del código penal. Normas de aplicabilidad establecen el deber del juez de aplicar ciertas normas a un caso dado y es importante subrayar que este deber no es un deber moral, sino un deber puramente jurídico. Por otra parte no es superfluo en el sentido de Ross, pues no coincide con las obligaciones establecidas por otras normas jurídicas.

Conforme a nuestra definición, una norma es aplicable cuando existe otra norma que prescribe el deber del juez de aplicarla a un determinado caso. Cabe distinguir entre la no-aplicabilidad y la inaplicabilidad de una norma.⁷ Una norma no es aplicable cuando no existe una norma de aplicabilidad que prescriba aplicarla. Una norma es inaplicable cuando al juez le está prohibido (por otra norma) su aplicación.

⁶ El concepto de aplicabilidad fue introducido por primera vez —hasta donde llega mi información— en mi artículo “Time and Validity” (1982) y luego desarrollado por Moreso y Navarro en “Applicability and Effectiveness of Legal Norms”, *Law and Philosophy*, 16 (1996), 201-219.

⁷ Cfr. P.E. Navarro, C. Orunesu, J.L. Rodríguez and G. Sucar, “Applicability of Legal Norms”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, XVII (2004), 337-359.

Cabe enfatizar que el conjunto de las normas aplicables no siempre es un subconjunto de las normas válidas, es decir, normas que pertenecen al sistema jurídico en cuestión. Ya se ha señalado que normas derogadas pueden resultar aplicables y también son frecuentes los casos en que los jueces tienen la obligación de aplicar normas que no pertenecen a su sistema jurídico, por ejemplo, normas extranjeras. Tales casos son tan frecuentes que se ha desarrollado una rama especial de la ciencia jurídica, el derecho internacional privado, que se ocupa de estos problemas. Un juez italiano puede estar obligado a aplicar el derecho alemán, pero la aplicación de una norma alemana por un juez italiano no la convierte en derecho italiano.

La diferencia importante entre los conceptos de validez como obligatoriedad y de aplicabilidad consiste en que el concepto relativo de validez como obligatoriedad presupone el correspondiente concepto absoluto, mientras que el concepto relativo de aplicabilidad es autosuficiente. Esto ocurre porque en Kelsen la validez (obligatoriedad) es *relativa a la validez* (obligatoriedad) de otra norma: “La razón de la validez de una norma sólo puede ser la validez de otra norma”.⁸ La aplicabilidad, en cambio, es definida con relación a la *existencia* de una norma de aplicabilidad. Esta diferencia tiene consecuencias muy importantes, que ya han sido señaladas por G.H. von Wright⁹, cuyas ideas sigo en este punto.

El concepto de validez (obligatoriedad) es para Kelsen análogo al de verdad. Pero el concepto relativo de verdad presupone el concepto absoluto. Decir que una proposición es verdadera con relación a otra proposición significa que si la segunda proposición es verdadera, también lo es la primera. La primera proposición “adquiere” su verdad de la segunda. Pero la verdad de la segunda proposición –si es relativa– depende de una tercera proposición y así sucesivamente. Esta secuencia es o bien infinita o circular (en cuyo caso la noción de verdad se torna ininteligible), o bien tiene que terminar en una proposición cuya verdad no es relativa a otra, sino absoluta. En este sentido la noción relativa de la verdad requiere o presupone la noción absoluta.

En forma similar, si la validez de una norma es definida como relativa a la validez de otra norma (como lo hace Kelsen), entonces la secuencia de normas válidas es, o bien infinita (o circular), o bien termina en una norma absolutamente válida. Como la secuencia de normas positivas no puede ser infinita, debe terminar –por razones lógicas– en una norma absolutamente válida. En este sentido, la noción relativa de validez (tal como es definida por Kelsen) requiere o presupone la validez absoluta. Pero la idea de una

⁸ *Reine Rechtslehre*, 2 de. (1960), 196.

⁹ *Norm and Action* (1963), 194-197.

norma absolutamente válida es ciertamente inaceptable para un positivista como Kelsen y es precisamente para evitar este dilema que Kelsen recurre a su norma básica. De esta manera, la validez de la constitución y, por lo tanto, de todo el orden jurídico se basa en un supuesto, es decir, una norma que Kelsen mismo alguna vez ha calificado de ficticia.

Sin embargo, como subraya von Wright, la analogía entre validez y verdad conduce a confusiones y es, por lo tanto, una mala analogía. El concepto de validez debería ser caracterizado como relativo a la existencia y no a la validez de otra norma. Es lo que ocurre con la noción de aplicabilidad.

Para explicar el concepto de validez jurídica no hay ninguna necesidad de apelar a una ficticia norma básica. Hart ha mostrado en forma convincente que la validez puede ser definida con relación a la existencia de una regla de reconocimiento, que es una norma positiva, pero no es ni válida, ni inválida. Del mismo modo, si la aplicabilidad es definida con relación a la existencia de una norma de aplicabilidad, que a su vez puede ser aplicable si existe otra norma que ordena aplicarla, pero como las normas de aplicabilidad son normas positivas, esta cadena no puede ser infinita y tiene que terminar necesariamente en una norma de aplicabilidad última. Por razones lógicas tiene que haber normas que no son ni aplicables ni inaplicables, éstas son las normas de aplicabilidad últimas, que permiten hablar de aplicabilidad o inaplicabilidad de las demás normas jurídicas. La pregunta por la aplicabilidad de las normas de aplicabilidad últimas simplemente carece de sentido.

La conclusión de este análisis es que las normas jurídicas (reglas, principios) tienen sólo validez jurídica, pero carecen en tanto normas jurídicas de validez moral. Una norma jurídica puede ser moralmente valiosa sólo en virtud de su contenido y no debido al hecho de que haya sido dictada por una autoridad jurídica o haya surgido de una costumbre o precedente judicial. Por consiguiente, las normas jurídicas se limitan a establecer deberes jurídicos. La cuestión de saber si hay además una obligación moral de obedecer una determinada norma jurídica o un conjunto de tales normas requiere un análisis moral y no puede ser contestada mediante el mero análisis de la estructura del derecho y de sus normas. 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 jurídica. Y es curioso que dos de los filósofos del derecho más destacados de la actualidad, Joseph Raz y Juan Carlos Bayón llegan a la misma

conclusión, a saber, que no hay obligación moral, ni siquiera prima facie, de obedecer el derecho.¹⁰

4. La identificación y la aplicación del derecho

Cabe distinguir entre dos problemas que muchos filósofos del derecho no distinguen claramente. *Un* problema es la identificación del derecho, esto es, la identificación de las normas que lo integran y, en consecuencia, de las obligaciones que impone a los sujetos jurídicos en general y a los jueces en particular. *Otro* problema es la aplicación del derecho por los jueces y otras autoridades jurídicas. La figura del juez ocupa aquí la posición central, pues tiene que realizar las dos tareas: identificar el derecho y resolver el caso sometido a él.

Ahora bien, creo que la teoría jurídica tiene una respuesta para el primer problema, pero no para el segundo. Es posible, en principio, establecer cuáles son las obligaciones y permisos establecidos por el derecho, lo cual implica que es posible identificar el conjunto de todas las proposiciones normativas verdaderas referentes al sistema jurídico en cuestión. Es especialmente importante determinar cuáles son los deberes del juez en un caso dado. Esta tarea no siempre lleva a un resultado plenamente satisfactorio, debido a tres tipos de dificultades que pueden presentarse,

El juez no sólo tiene el deber de decidir el caso, sino también de justificar su decisión mediante normas jurídicas generales. Esto significa que debe aplicar aquellas normas que son aplicables al caso que ha de decidir. En esta cuestión es de gran importancia la distinción entre casos genéricos y casos individuales.¹¹ Los jueces deciden casos individuales, pero las normas jurídicas regulan casos genéricos; por lo tanto, el juez tiene que—para justificar su decisión—subsumir su caso individual bajo un caso genérico determinado por una o varias normas generales. Aquí pueden presentarse dos situaciones que es necesario diferenciar: A) El derecho determina unívocamente qué debe hacer el juez y B) el derecho no determina unívocamente qué debe hacer el juez. Esto último puede ocurrir por tres razones: 1) el derecho no resuelve el caso genérico porque no hay ninguna norma que se refiera a ese caso (laguna normativa), 2) el derecho resuelve el caso genérico en forma inconsistente, mediante dos o más normas incompatibles (conflicto o contradicción normativa) y 3) aunque el caso genérico esté solucionado, no es posible subsumir el caso individual en ese caso genérico, debido a la va-

¹⁰ J. Raz “The Obligation to Obey the Law” en *The Authority of Law*, Oxford, 1979, 233-249; J.C. Bayón, *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*, Madrid, 1991.

¹¹ Cfr. *Normative Systems*, cit. en la nota 1, ch.2.

guedad o textura abierta de los conceptos que caracterizan el caso genérico (laguna de reconocimiento).

En las tres situaciones el derecho no determina qué debe hacer el juez, quien –para poder resolver el caso individual– tiene que modificar el derecho. En el caso de una laguna normativa el juez tiene que agregar una nueva norma que solucione el caso genérico. Si hay un conflicto normativo, tiene que eliminar total o parcialmente (introduciendo una excepción) alguna de las normas incompatibles. Y en el caso de una laguna de reconocimiento, tiene que tomar una decisión, o bien de incluir el caso individual dudoso en el caso genérico determinado por la norma, o bien de excluirlo.

En las tres situaciones el juez tiene que modificar el derecho, lo cual implica que tiene poderes discrecionales para decidir el caso conforme a sus convicciones morales o políticas.

Si el derecho determina unívocamente qué debe hacer el juez (situación A), el juez sabe qué debe hacer *conforme al derecho*. Pero esto no es todavía el fin de la cuestión. El juez puede tener razones morales o prudenciales para no cumplir con su deber jurídico, es decir, para no aplicar la norma que conforme al derecho debe aplicar. Si lo hace por razones prudenciales o instrumentales (por ejemplo, porque teme que la aplicación de la norma que debe aplicar le puede acarrear perjuicios, si ha sido amenazado por los terroristas o presionado por el poder político, o bien porque se le ha ofrecido un soborno), comete un delito y se expone a la correspondiente sanción. Más interesante es el caso en que el juez se niega a aplicar la norma jurídica por razones morales. Esto ocurre cuando la solución dada por el derecho le parece injusta o gravemente inconveniente. Se trata aquí de una discrepancia valorativa. Cuando esta discrepancia se debe a que el legislador no ha tomado en cuenta una característica del caso que el juez considera relevante, decimos que se trata de una *laguna axiológica*.¹² Pero la discrepancia valorativa entre el juez y las normas jurídicas aplicables puede ser más frontal.

A diferencia de las tres primeras situaciones, aquí el caso está resuelto unívocamente por el derecho: el juez sabe qué debe hacer conforme al derecho, pero en virtud de sus convicciones morales se resiste a aplicar las normas jurídicas.

En todas estas situaciones cabe, pues, distinguir entre el problema de la identificación del derecho, que es un problema jurídico y la resolución del caso sometido al juez, que frecuentemente involucra problemas morales.

La situación del juez se torna particularmente dramática en el caso en que se produce una colisión frontal entre los deberes jurídicos del juez y lo

¹² Ver *Normative Systems* y Jorge L. Rodríguez, *cit.*

que él considera su deber moral. Este tipo de conflictos son lo que Atienza llama *casos trágicos*.¹³

La situación es clara: el juez tiene la obligación jurídica de aplicar la norma jurídica pertinente. Pero al mismo tiempo él cree que su deber moral es no aplicarla. En esta situación, haga lo que haga el juez, siempre violará alguno de sus deberes.

Algunos autores parecen creer que en un orden jurídico democrático tales situaciones no pueden producirse porque un legislador democrático no puede dictar normas moralmente inicuas. Pero, como señala Atienza, este optimismo no está en modo alguno garantizado. El escándalo reciente provocado por el uso de torturas contra los prisioneros de guerra en Irak y Guantánamo es suficientemente ilustrativo de tal posibilidad. Algunos autores como Alexy recurren a la famosa fórmula de Radbruch: una ley muy injusta no es derecho. Pero negarse a llamar “derecho” una disposición jurídica no soluciona el problema. A fin de ilustrar las distintas posibilidades se puede imaginar el siguiente caso.

Un oficial da la orden a tres soldados, A, B y C, de torturar a un prisionero.

El soldado A ha leído a Bergbohm o a algún otro positivista del siglo XIX y en consecuencia razona de este modo: La orden dada por el oficial es válida, pues el oficial tiene la competencia para dictarla. Las órdenes jurídicamente válidas deben ser obedecidas. Por lo tanto, debo torturar al prisionero.

El soldado B es un positivista jurídico en mi sentido. Por consiguiente, su razonamiento es el siguiente: La orden del oficial es jurídicamente válida, pero moralmente repugnante. Como no hay obligación moral de obedecer las normas jurídicas, no voy a cumplir esta orden por razones morales, aun cuando corra el riesgo de ser castigado por desobediencia.

El soldado C es un seguidor de Radbruch, cuya fórmula conoce de memoria. En consecuencia, razona así: La orden dada por el oficial es moralmente repugnante, por lo tanto no forma parte del derecho. No siendo una norma jurídica, puedo desobedecerla.

Ambos soldados, A y B, corren el riesgo de ser castigados por desobediencia, pero mientras que el soldado B puede aducir que desobedeció la orden por razones morales (la orden aunque jurídicamente válida era moralmente inicuca), el soldado C sólo invoca razones semánticas: la orden no es derecho. Desde el punto de vista moral su posición es ciertamente mucho menos ventajosa que la de B. Desde el punto de vista teórico, no veo venta-

¹³ M. Atienza, “Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos”, *Isonomía* 6 (1997), 7-30.

jas en negar que el derecho malo sea derecho, del mismo modo como no veo ventajas en sostener que un mal profesor no es profesor. La consecuencia de una decisión semántica tal es la imposibilidad de criticar a un profesor por ser malo o una norma jurídica por ser injusta.

5. Conclusiones

Este artículo es una especie de defensa del positivismo jurídico, o mejor dicho, de un cierto tipo de positivismo jurídico. Se basa en la idea de que las obligaciones jurídicas deben ser claramente distinguidas de las obligaciones morales. La existencia de un deber jurídico de llevar a cabo una cierta acción, no implica que haya también una obligación moral de hacerlo. La teoría jurídica se ocupa de las obligaciones jurídicas, pero nada puede decir sobre nuestras obligaciones morales, ni siquiera sobre las obligaciones morales de un juez. Es él el que tiene que decidir cómo actuar en el caso de un conflicto entre sus deberes jurídicos y morales: conforme a sus deberes jurídicos (dejando de lado lo que él cree su deber moral) o conforme a lo que él cree es su deber moral (dejando de cumplir sus obligaciones jurídicas). Esto implica que las obligaciones jurídicas no son razones concluyentes para actuar. Sí lo son las obligaciones morales. Dejo abierta la cuestión acerca del criterio para la determinación de tales obligaciones. Como personalmente no creo en la existencia de valores objetivos (verdaderos), no creo que haya un criterio objetivo para determinar qué es lo moralmente debido. Pero si una persona cree que su deber moral es dejar de lado sus deberes jurídicos, debe actuar en consecuencia. Curiosamente algunos autores, en especial Kelsen, niegan la posibilidad de conflictos entre deberes jurídicos y morales. Este hecho señala el error en el cual está basada buena parte de la filosofía jurídica, error que he tratado de poner de manifiesto en este trabajo.

