

MODULO V

Derecho y moral

Tanto el derecho como la moral tienen fines comunes, entre los que destaca la **justicia**.

La relación entre ambos suscita cuestiones.

1. La cuestión definicional

Hart en su libro, "*El concepto del derecho*", señaló que la definición del derecho se enfrenta a tres problemas:

- **La relación derecho-fuerza** → la amenaza y el uso de la coacción
- **La relación derecho-reglas** → ¿Qué son las reglas? ¿y las reglas jurídicas?
- **La relación derecho-moral** → el derecho, está relacionado con ciertos aspectos de la moral (vocabulario, fines...) esta cuestión no es baladí, puesto que hay polos marcadamente enfrentados. Tanto en la discusión clásica como en la discusión moderna.

1- Discusión clásica: sus tesis fluctúan entre el iusnaturalismo y el positivismo**a. El iusnaturalismo**

Es la concepción teórica que sostiene que el fundamento de la **validez de las normas jurídicas** se encuentra necesariamente **en el derecho natural**. Parte desde una comprensión igualitaria entre **derecho y moral**. De hecho, el derecho no puede prescindir de la moral.

¿Cómo se debe actuar? De ahí que le preocupara primordialmente la relación entre el Derecho, la moral y la justicia.

Es importante distinguir entre el **Derecho natural**, que es un conjunto de normas, y las **doctrinas iusnaturalistas**, que son teorías que tratan de caracterizar tal Derecho. En este sentido, existen diferentes (y hasta opuestas) doctrinas iusnaturalistas que tienen como objeto la caracterización del Derecho natural.

- **Dualismo**: toda teoría iusnaturalista defiende la dualidad del concepto de Derecho, es decir, existen dos fenómenos jurídicos; por un lado, el **conjunto de las leyes naturales** y, por otro, el **conjunto de las leyes positivas**, esto es, las leyes creadas por los seres humanos. El **Derecho natural** es el conjunto de leyes y principios unitarios, universales e inmutables superiores, que rigen el comportamiento humano y que puede ser conocido por los agentes humanos. Su naturaleza es **supraempírica**, es decir, es un conjunto de principios abstractos que no cambia y que constituye el verdadero concepto de Derecho. Es independiente del **Derecho positivo**, en tanto que no es creado por seres humanos. En este sentido, pueden entrar potencialmente en contradicción. Ahora bien, ¿cómo se resuelven los conflictos entre ambos Derechos? La respuesta a esta interrogante lleva a la segunda tesis.
- **La superioridad del derecho natural**. Las normas de carácter moral son superiores a las del Derecho positivo, lo cual implicaría que si una norma de Derecho positivo no se adecua al contenido de una norma de derecho natural no es una verdadera norma jurídica.
¿Por qué es superior?:
 - a) Porque tal ley natural **es justa**, y es este rasgo el que determina que se deba obediencia al Derecho natural y no al Derecho positivo.
 - b) Porque es **inmutable**, lo cual ofrece una mejor base para construir una teoría del Derecho.

El derecho natural se caracteriza por la **unidad** (solo puede existir un derecho natural) la **universalidad** (común a todos los agentes) y la **inmutabilidad** (no cambia con el tiempo).

Los mismos iusnaturalistas, no se ponen de acuerdo con su origen: si es **divino** (Tomás Aquinatese), si es **fruto de la razón humana** (Hugo Grocio o Immanuel Kant) o si es de **origen histórico** (Von Savigny).

Las principales y más importantes críticas que ha recibido el iusnaturalismo han sido distintas concepciones de la naturaleza humana que tienen: (Hobbes, Rousseau, T. Aquin) la concepción superflua que tiene el derecho natural respecto del positivo y que para determinar la vinculatoriedad de las normas jurídicas se tuviera que señalar que su contenido se adecua a ciertos principios naturales, el margen de identificación sería enorme: tanto cada concepción moral. Para ello, es preciso distinguir entre el derecho que es, y el que debe ser.

b. El positivismo jurídico

Se caracteriza por rechazar la superioridad del derecho natural respecto del positivo. No reniega de la moral, pero sí que para identificar una norma jurídica haya que referenciarse a los principios morales.

Dos significados:

- **Positivismo ideológico:** teoría que cree en ciertos valores y, sobre la base de esta creencia, confiere al **derecho** existente, por el solo hecho de existir, un **valor positivo** que obliga a su **obediencia**. El positivo ideológico no es una teoría descriptiva, sino **valorativa**: señala que es correcto obedecer al derecho.
- **Positivismo metodológico:** teoría que sostiene que el **objeto exclusivo del conocimiento del derecho son las normas jurídicas positivas**, y que para su conocimiento no es necesario acudir a la moral.
Sus presupuestos metodológicos son la **separación conceptual entre el derecho y la moral**. (No es preciso apelar a la moral para identificar el derecho, aunque no se niega la influencia en este de aquella; pero no hay o debe haber correspondencia necesaria y vinculante), **y las fuentes sociales del derecho** (el derecho es una creación humana) y la **discrecionalidad** (a causa de indeterminación del lenguaje, los agentes del derecho gozan de cierta autonomía/discrecionalidad en sus decisiones).

2- Discusión contemporánea

En la época contemporánea, el positivismo se ha visto duramente afectado por la incapacidad de dar una respuesta satisfactoria a todos los casos particulares que se le exponen.

- **Positivismo o antipositivismo** de Dworkin: el positivismo jurídico no es capaz de dar solución a determinados “casos difíciles”. Su enfoque consiste en señalar que un sistema jurídico no sólo consta de reglas jurídicas, sino también de principios. Estos principios establecen derechos individuales. La identificación de tales principios se lleva a cabo mediante su adecuación a criterios morales.
Este subraya la necesidad y la posibilidad de dar solución a tales casos, **acudiendo a los principios morales si es necesario**, que, aunque de manera diferente a las reglas, también forman parte del sistema jurídico.
El juez aportara solución **adecuándose a la jurisprudencia y a las reglas jurídicas** y con la **adecuada justificación**, el filtro de la **dimensión de valor** (moralidad). Así el juez tiene más herramientas para ofrecer una solución jurídica a un caso difícil.
- **Positivismo incluyente:** es la teoría que afirma que, en ocasiones, los jueces **apelan a la moral a la hora de aplicar las normas jurídicas positivas**. Pero este dato no supone una renuncia a la tesis de la separación conceptual entre derecho y moral (trata de salvar el positivismo del

desafío dworkiniano según el cual habría una relación necesaria entre el Derecho y la moral). Dworkin conduce al positivismo al “foso” de la moral, así es que el positivismo excluyente asume la necesidad de razones morales subyacentes.

Puede haber normas que remitan a la moral, asumiendo esas remisiones, **también hay principios**, que no necesariamente nacen de contenidos morales, sino de hecho sociales. Las remisiones a la moral no significan que la moral se incluya en el ordenamiento jurídico, al igual que no se incluyen las desviaciones de esta.

- **El positivismo excluyente:** teoría que sostiene una tesis normativa según la cual **no es deseable** que los jueces, a la hora de aplicar normas jurídicas, **remitan pautas de la moral**; no se debe depender de la moral.

Para sostener esta tesis, el positivismo excluyente se sirve de los siguientes **argumentos**:

- **La controversia:** el derecho es un fenómeno social y convencional, y la identificación que hacen los jueces de las normas jurídicas dependen de las prácticas y usos de las autoridades y ciudadanos de una sociedad, y no de las pautas morales que son ampliamente indeterminadas: eso provocaría conflictos, controversias.
- **La autoridad:** las normas jurídicas son vinculantes por el mero hecho de ser dictadas por la autoridad, independientemente de que sean o no justas; el juez no puede ni debe hacer ejercicio valorativo alguno.

2. La imposición de la moral por medio del Derecho

¿Hasta dónde puede intervenir el derecho para castigar las conductas de los individuos que atentan contra las creencias morales de la mayoría de la sociedad?

El problema es espinoso, dada la gran variedad de corrientes morales y credos religiosos. Los puntos centrales del debate son:

a) Liberalismo y el principio de daño

Bentham y Stuart Mill sostienen que el derecho solo es un instrumento represivo justificado cuando un individuo lesiona a otro efectivamente. Y carece de sentido cuando afecta al código moral de la comunidad, por muy extendidas que estén esas creencias.

El principio de daño es característico del **liberalismo**, y sostiene que la única justificación para limitar la libertad de los agentes, siempre y cuando sean adultos con competencia básica para autogobernarse, es evitar que produzcan un daño a otros individuos: se distingue entre acciones que dañan a terceros y acciones que afectan a uno mismo.

El principio de daño se opone a las tres siguientes concepciones acerca de la intervención del estado en la vida de los miembros de una sociedad (**perfeccionismo moral, paternalismo legal, moralismo legal**).

b) Perfeccionismo moral

Es la **teoría normativa** según la cual el **estado debe actuar, positiva y coactivamente**, en aras de la promoción de aquellos valores o formas de vida que considere objetivamente valiosos, con independencia de que concuerden con los valores de los propios individuos.

Esta teoría choca con la libertad de las personas de elegir y desarrollar su propio proyecto de vida y no distingue entre las reglas que se refieren a nuestro comportamiento y las de virtud personal.

c) Paternalismo legal

Es la teoría normativa que sostiene que también se encuentra facultado el estado para actuar e inferir, coactivamente, en la vida de los individuos cuando se trata de prevenir daños que el propio individuo se puede causar a sí mismo. Pretende evitar situaciones irreversibles y cubrir los casos de debilidad de la voluntad.

d) Moralismo legal

Es la teoría normativa que defiende la intervención del estado para castigar aquellas acciones que son consideradas inmorales según las creencias mayoritariamente compartidas por los miembros de una sociedad. No se distingue entre **delito y pecado**.

Lord Devlin es su principal exponente con su informe “**Wolfenden**”. Desde su perspectiva se evita la tesis de la desintegración del estado, que es soberano para preservar su propia existencia aun por la vía de la imposición de la moral por el derecho, y para dilucidar qué **actividades “inmorales”** han de ser prohibidas se sirve del criterio del **hombre medio razonable** (una acción inmoral es peligrosa cuando el individuo “razonable” sufre una profunda sensación de indignación y repugnancia) **y del principio democrático** (la mayoría consensuada de una sociedad).

Para Lord, el estado está legitimado para legislar contra la inmoralidad.

¿Qué entiende Devlin por moral? Cuando se habla de moral se puede hacer referencia a dos cosas distintas:

1. **Moral positiva o social:** aquella que es aceptada y compartida por la mayoría de un determinado **grupo social**. Parece vinculada a la persona “**prudente**” o “**estratégica**”.
2. **Moral crítica o ideal:** vienen principalmente de **Hart**, **critica** el criterio “**hombre medio razonable**” ya que lo que la gente “siente” como peligroso no necesariamente tiene que ser peligroso para la preservación de una sociedad. El sentimiento no puede erigirse en criterio jurídico.
No hay pruebas de la “desintegración social de estado”. Hay que ser escrupulosos con la democracia (elección de los políticos o gobernantes) respecto del populismo moral (usar la mayoría para determinar cómo se debe vivir).

3. La idea de justicia y el derecho

Una de las funciones principales del derecho es la Justicia, algo que también persigue la Moral. Profundizamos en esta parte en la visión de las principales concepciones de la justicia.

a. Utilitarismo

Es la **doctrina ética** que defiende que son moralmente exigibles aquellas conductas o acciones cuyas consecuencias sean óptimas para la **mayor felicidad** o utilidad del mayor número de personas afectadas.

Es fundamental prever las consecuencias asociadas a las diferentes opciones posibles.

El utilitarismo **atiende a los aspectos que las personas valoran realmente**, es **igualitarista e imparcial**: se apoya en **verificaciones empíricas**, se guía por el **principio social** (pretende que la acción favorezca a toda la sociedad, aunque de hecho no lo consiga) y es adecuada para sociedades complejas y pluralistas.

→ Tipos

- **Hedonistas:** se basa en la idea de que la utilidad es una cuestión únicamente de **placer y sufrimiento en un sentido estrictamente material**, remitiendo a las experiencias sensoriales. El placer es el último fin y todos los demás valores se le subordinan. El problema que presenta es que minusvalora el esfuerzo.
- **Ideal:** se trata de las preferencias basadas en **placeres del intelecto**, de la sensibilidad, de la imaginación, de los sentimientos morales y no simplemente en aquellas acciones que producen placer físico. El problema que presenta es la noción eidética de “felicidad”.
- **Preferencial:** entiende el bienestar como las preferencias racionales frente a preferencias erróneas. El problema que presenta es que se desvía de la esencia del utilitarismo, que es la preferencia del individuo.

- **Del acto: utilitarismo** propiamente dicho: corrección o incorrección de una acción ha de ser juzgada por las consecuencias de la acción misma. El problema que presenta son los costes y el tiempo que se ha de dedicar a la evaluación.
- **De la regla:** para corregir el utilitarismo del acto, este se universaliza o generaliza, estableciéndose reglas para ahorrar costes y tiempo.

Principales críticas que recibe el UTILITARISMO

- **Comparaciones interpersonales** (no hay una escala única para poner todas las preferencias personales).
- **El utilitarismo solo es sensible al bienestar como agregado** (no se preocupa por una distribución igualitaria del bienestar, aunque sea uno de sus objetivos).
- **Maximiza el beneficio social en detrimento de las preferencias individuales** (usa a algunos miembros como medio, y no como fin).
- **Cómo y qué consecuencias se toman en consideración para evaluar la efectividad del utilitarismo.**

b. Liberalismo de John Rawls

Es la teoría de naturaleza **deontológica, contractualista y constructivista** que trata de fundamentar la prioridad de la libertad sin renunciar a su compatibilidad con otros derechos, con la igualdad y con una cierta redistribución de la riqueza.

→ **Sus principios de justicia**

1. Cada persona debe tener igual derecho al sistema total más extenso de libertades básicas que sea compatible con un sistema similar de libertades para todos.

“Principio claramente opuesto al utilitarismo, ya que no prima la utilidad, sino los bienes primarios básicos: **es el principio de igual libertad**. Con ello asegura que nadie sea privado de sus derechos básicos. En aras de un supuesto interés o utilidad colectiva”.

2. Las desigualdades económicas y sociales se deben estructurar en virtud del **principio de diferencia o de ahorro justo**: en beneficio de los más desventajados.

“Este segundo principio es más “económico”: Rawls rechaza el igualitarismo en la distribución de la riqueza: sólo lo contempla para las posibilidades de acceso a funciones y posiciones sociales. Pondera el **principio de diferencia** junto con el **maximin** (regla de prudencia que lleva a los individuos, en situaciones de incertidumbre, a elegir entre diferentes cursos de acción el que les permita obtener lo mejor en la peor situación concebible). Todo esto hace que la teoría Rawlsiana se califique de deontologista frente al utilitarismo”.

Esto se debe aplicar a la sociedad de manera gradual: sobre el conocimiento de circunstancias generales de la sociedad, se diseñan normas constitucionales que implementan los derechos y libertades del primer principio; después se fijan normas de carácter legislativo que desarrollen en el segundo principio; y, por último, conociéndose los casos generales y particulares, se aplican las reglas a casos concretos por parte de las administraciones.

→ **Los principios de justicia Rawlsiano** que rige la sociedad lo hacen en virtud de un **Hipotético Contrato social** –para justificar el principio de autonomía–. Para ello sirven de algunas **metáforas**:

- **Posición originaria**: en tal posición, los individuos serían radicalmente egoístas y nada altruistas y con una natural aversión al riesgo (expresada con el maximin).
- **Velo de la ignorancia**: los individuos de la posición originaria desconocen las condiciones y circunstancias en las que vivirán una vez que ingresen en la sociedad real. Esto hará que sus elecciones gocen del carácter de justicia imparcial.

- **El juego de transacciones (bargaining game)**: una vez que se conozcan las condiciones empieza el “juego” de negociaciones para establecer los principios que han de regir la vida ordinaria de las personas.

“Este bargaining game, es la base de su **constructivismo** de carácter Kantiano: la justicia no es fruto de las preferencias de los individuos (utilitarismo) ni de la imposibilidad de fijar una idea de justicia para todos (intuicionismo). **El principio de justicia se va diseñando progresivamente de acuerdo con los principios racionales** (reconocidos por todos) **e intuiciones** de los miembros de una sociedad: esto sería el **equilibrio reflexivo**”.

→ **Críticas a Rawls**

- **Contrato social** se basa en un contrato hipotético surrealista que nada tiene que ver con personas de carne y hueso.
- **Posición originaria** ¿es atemporal o afecta a “algunos” y solo a algunos individuos? El mismo concepto de posición originaria implica una filosofía política.
- **Respecto al velo de la ignorancia** Rawls obvia que el individuo no puede escindirse de la sociedad, la historia y la cultura.
- **Respecto al maximin** Rawls supone que el individuo quiere esforzarse.
- **Otras críticas** se refiere al ámbito económico: los viene ya tienen propietario cuando se producen; y Robert Nozick lo critica por no respetar el imperativo kantiano de no concebir a los individuos como medios, sino como fines en sí mismos (referencia al principio de diferencia).

c. **Liberalismo de Robert Nozick**

Es la teoría de la moral que enfatiza el valor de los derechos individuales, de forma que los individuos tienen derecho a disponer libremente de sus bienes y servicios y llevar a cabo las transferencias que voluntariamente establezcan con otros individuos.

Su liberalismo, es en sí, una respuesta al liberalismo de Rawl y al utilitarismo. Rawls defiende la máxima libertad para los individuos en un sistema similar de libertad para todos, pero introduce el principio de diferencia, según el cual las diferencias sociales se deben estructurar de tal manera que beneficien a los menos aventajados.

Nozick, sin embargo, da tanta importancia a la libertad de los individuos que el estado no tiene derecho a intervenir para nada en la vida de los ciudadanos: estado mínimo, que solo se ha de ocupar en garantizar los derechos naturales.

Nozick se remite a Locke en su concepción de naturaleza. Y en su teoría de los derechos, **3 principios**:

1. **De transferencia**: cualquier cosa justamente adquirida puede ser libremente adquirida.
2. **De adquisición inicial justa**: cómo las personas adquieren lo transferido de acuerdo con el principio de transferencia.
3. **De rectificación de la injusticia**: cómo actuar si un bien fue adquirido o transferido injustamente.

→ **Críticas**

Que la teoría libertaria puede exceder los derechos individuales para de tal manera que en el futuro toda la propiedad esté en manos de un único individuo. En este caso, Nozick propone derechos que establezcan límites, negando su propia teoría.

Nozick presume de que su teoría es independiente de consideraciones consecuencialistas; pero en un hipotético caso de pobreza generalizado, los individuos podrían modificar sus derechos para girar a un concepto de justicia Rawlsiano.

En una hipotética amenaza interna o externa a la sociedad libertaria, para su subsistencia, los libertarios tendrían que elegir entre la desaparición de su sociedad o establecer medidas externas coactivas sobre individuos.