

EL DERECHO Y LA MORAL: ¿UNA RELACIÓN REALMENTE NECESARIA?

**Francisco Jaramillo*
franciscojib15e@gmail.com

Fecha de Recepción: 10/09/18.
Fecha de Aprobación: 10/12/18

1. Resumen 2. Palabras Clave 3. Abstract 4. Keywords 5. Introducción 6. Desarrollo 7. Conclusión 8. Bibliografía

Resumen

Desde lo sucedido en Nuremberg, la ciencia jurídica cambió y siendo el iuspositivismo acusado, infundadamente a nuestro parecer, de complicidad teórica con el nazismo, la corriente iuspositivista se vio obligada a suavizar sus esquemas teóricos, cediendo terreno a corrientes que intentan implementar la Moral al Derecho, (Vigo, 2009, págs. 2-3) El objetivo de este artículo se centra en estudiar argumentos positivistas clásicos o también denominado paleopositivismo, para así poder rescatar estos aportes, que, en la actualidad, suelen encontrarse mal vistos por su escepticismo ante la unión entre el Derecho y la Moral; artículos direccionados con nuestra posición no abundan estos días y es por eso que el valor de este trabajo reside en rescatar estas invaluable ideas y contraponerse al discurso universalista que, a día de hoy, pregonan de manera dominante en los medios académicos, corrientes universalistas. Los hallazgos y conclusiones de este trabajo descansan en que no existe una relación necesaria entre el Derecho y la Moral. Por lo que, figuras como el Juez Hércules de Dworkin que está en posibilidad de descubrir racionalmente la única respuesta correcta que tiene cada caso jurídico (Vigo, 2009, pág. 4) resultarían argumentos impensables y conllevarían un menoscabo a la seguridad jurídica debido a la poca certeza presente en la Moral de dicho juez al que se le atribuyen habilidades de resolución inhumanas. Por eso, que este trabajo tratará de las diferencias respecto a las normas jurídicas y las morales, el carácter científico del Derecho y subjetivo de la Moral y un intento manifiesto de separar a ambos estableciendo que no existe una relación necesaria entre los dos, al menos dentro de la corriente paleopositivista.

Palabras Clave

Derecho, Iuspositivismo Moral, Justicia, Iusnaturalismo

Abstract

It's very necessary to understand that since Nuremberg, the juridical science changed, and being the iuspositivism accused, on an unfounded way from our point of view, of complicity with the Nazism, many authors tried to soften their theoretical schemes and gave ground to other currents that want to implement the Moral to the Laws. The object of this article is to study the classical positivism, or also called paleopositivism arguments, to be able to rescue these contributions that aren't seen in a good way nowadays, because of their skepticism about the Laws and Moral's union; there aren't many articles with our position currently and it's because of it, that this work's value is release these invaluable ideas and to oppose to the universalist speech that, at the present day, the academic media preach in a dominant way. The findings and conclusions from this work show that there isn't a necessary union between the Moral and the Laws. So, concepts like the Hercules Judge of Dworkin, who is able to discover

**Estudiante de Derecho de la Universidad del Azuay*

rationally the one and only correct answer to each juridical case, are unthinkable and mean a damage to the juridical security because of the little certain that the Moral has. So, this paper will approach the differences between juridical rules and moral rules, the scientific character of the Laws and subjective one of the Morals and a manifested intent of pull apart the both, setting there's not a necessary relationship between them.

Key Words

Law, Iuspositivism, Morality, Justice, Iusnaturalism

Introducción.

En este trabajo nos enfocamos en resolver la interrogante: ¿debe la moral considerarse como una fuente trascendente para el Derecho o debe separarse del mismo? Para el desarrollo de aquel, nos enfocaremos en un marco epistemológico en esencia fundamentado por el escepticismo con tintes tanto subjetivistas como relativistas y en cuanto a Filosofía del Derecho propiamente dicha, nos enfocaremos en una corriente iuspositivista; concretamente, en la usualmente denominada paleopositivista famosa por insistir en separar la moral y el Derecho. (Portela, 2014, pág. 115) La respuesta que este artículo desarrollará, será en dicho marco teórico se desplegará en base a nuestra creencia de diferenciación y de ser posible separación entre estos dos órdenes: el jurídico y el moral; pues consideramos que la relación no es necesaria, es decir, que a lo mucho llega a ser contingente. Para dicho cometido nos serviremos de la influencia de autores característicos de la corriente: Bobbio, Austin, Kelsen y Hart; además de algunos tratadistas y otros autores, que no necesariamente mantienen el enfoque; pero que sistematizan sus ideas y nos transmiten las mismas de una manera ordenada. Cabe, recalcar que, si bien este trabajo busca desarrollar el tema de la existencia o no de una relación entre la Moral y el Derecho, dentro de sus respectivas limitaciones de longitud y profundidad, se tendrán que tratar temáticas diversas que versen sobre Ética, Derecho Natural, Derecho Positivo y justicia, etc.

Nos permitimos leves digresiones, necesarias para poder realizar un análisis completo y debido a que los autores tratados también las incluyen en sus observaciones; mas, intentaremos mantenernos en el tema de manera congruente. Nos centraremos en ubicar a la Moral y el Derecho en la reflexión filosófica, su ubicación ontológica, las líneas generales de por qué nos desenvolvemos en este marco teórico, la posibilidad de una valoración objetiva propuesta por Bobbio, la problemática de la justicia y el Derecho desde el iusnaturalismo y iuspositivismo, las diferencias que la corriente encuentra entre ambos y, finalmente el tratamiento de la temática para los autores específicos Austin, Kelsen y Hart.

Desarrollo.

Desde el inicio de la reflexión filosófica, el pensamiento de los hombres se orientó en el orden natural (physis) y en el social (nomos). Confundiéndolos e implantando en primer lugar la naturaleza al orden social y luego al inverso. Humanizando la naturaleza y luego naturalizando al hombre y a la sociedad, siendo vistos ambos como sometidos a las mismas regularidades. La Filosofía griega, inicialmente se preocupó del mundo físico, buscando el arjé o esencia del universo; para más tarde entrar en problemáticas humanas. Y en un punto, se llegó a reflexionar sobre la justicia (Dike), acerca de las leyes divulgadas por deidades, las leyes de los hombres. (Recaséns, 2010, pág. 10) Del Vecchio divide a la Filosofía en teórica y práctica, la práctica que estudia los principios del obrar, a su vez dividiéndose en Filosofía Moral y Filosofía del Derecho. (Del Vecchio, 1980, pág. 276) La primera, estudia la conducta humana desde una perspectiva subjetiva, centrándose en el ámbito interior de la conciencia. La segunda, estudiando la conducta humana desde un punto de vista externo, comportamiento objetivo. (Castro, 2017, pág. 28) Entonces, a nuestro parecer, ya encontramos una clara diferenciación de

materias, objetos de estudio, y perspectivas; lo que nos inclina a pensar desde un inicio que el Derecho y la Moral no necesariamente se relacionan, por lo que cada uno debe ser estudiado dentro de su campo, bajo los criterios endémicos de sus respectivas materias; sin embargo, es solo una conclusión preliminar. Ahora, la Estimativa o Axiología Jurídica tiene de objeto lo que debería ser el Derecho. Es decir, un plano deontológico, producto de una valoración ontológica y así una comparación de lo que es el Derecho en la realidad, cual norma positiva aplicable de manera casuística y de lo que debería y podría ser; considerando una posibilidad de un Derecho diferente aplicado a la particularidad concreta e incluso reflexionar sobre el supuesto de mejorarlo, de ser posible. (Recaséns, 2010, pág. 14) Por ende, entendemos que no se trata de necesariamente referirse a valores morales en el Derecho o a la moralización del Derecho, como se podría entender etimológicamente, si no tratándose más de un cotejo del Derecho que es, frente al que debería o podría ser; en ese sentido sería valorado, con cánones tan objetivos como fuese posible. Como se puede evidenciar, compartimos la concepción de afirmar el carácter científico del Derecho, incluso asumiendo que la Ciencia Jurídica es de carácter formal y, que el razonamiento jurídico usado en la aplicación del Derecho es un razonamiento técnico obediente a sus reglas propias, totalmente autónomo e independiente de cualquier razonamiento moral. (Moreso, 2004, pág. 50) Además, coincidimos con la propuesta de Savigny de considerarla como una ciencia fáctica, producto de la realidad y cultura de los pueblos; no existiendo un Derecho intemporal válido para todos, cada comunidad crea su propio derecho. (Castro, 2017, pág. 73)

Para referirnos a la ubicación ontológica de la Moral y del Derecho, remitiremos al análisis llevado a cabo por Recaséns Siches (2010) con objetivo de ubicar el fenómeno jurídico dentro de la variedad de seres y clases existentes en el Universo. No ahondaremos en la clasificación innecesariamente y nos dirigiremos a lo que nos concierne, debido a que el análisis ontológico de otras cosas distintas al Derecho y a la Moral, no implica interés alguno en este artículo. Entre las varias categorizaciones Recaséns Siches considera al mundo de los valores; y si bien argumenta que el Derecho podría inspirarse en valores, no es un valor per se, pues los valores son seres ideales de características exclusivas que, según el autor, los hacen merecedores de una zona ontológica. Considerando que podemos descubrirlos en las cosas o conductas que estimamos valiosas, no constituyen empero un pedazo de la realidad de ellas, sino que son una cualidad que ellas nos presentan en tanto en cuanto, coinciden con las esenciales ideales de valor.” (Recaséns, 2010, pág. 58) Teniendo el campo de la Moral bastante claro, Recaséns Siches ubica al Derecho en la zona ontológica de la vida humana objetivada o cultura. Castro Riera (2017) interpreta sus palabras considerando al Derecho es una producción cultural porque es hechura humana, realizado de forma consciente y voluntaria, en el que se imprime el psiquismo humano, pero se independiza, está lleno de valores y se dirige intencionalmente a regular la sociedad a través de la norma, sociedad que se sirve del Derecho para realizar sus fines de allí que se puede analizar a una cultura a través de los sistemas jurídicos. (Castro, 2017, pág. 122) Somos conscientes que Recaséns Siches y Castro Riera no expresan que el Derecho y la Moral son incompatibles, como sí lo hacen autores que trataremos posteriormente; sin embargo, sus reflexiones resultan interesantes pues evidencian diferencias remarcables con la moral que necesitamos tomar en cuenta para nuestra concepción de Derecho. Al hablar del Derecho como producto cultural nos referimos a postulados propios de Savigny, iuspositivista alemán. Además, al plantear la concepción de Derecho como creación humana para la consecución de fines, concuerda con las ideas de Bentham y Austin iuspositivistas ingleses. Por lo que no nos hemos alejado de nuestro marco teórico en absoluto.

Quizás el lector se pregunte el porqué de nuestra postura, consideramos, que los argumentos del iuspositivismo proporcionan puntos a tener en cuenta y dignos de reflexión para “desmoralizar” tanto los ordenamientos jurídicos como la Teoría General del Derecho. A continuación, expondremos algunas tesis iuspositivistas con las que coincidimos y Moreso ha condensado, tras interpretar a positivistas, entre ellos a Scarpelli. Resulta extremadamente relativo y sujeto a constante discrepancia el determinar qué,

cómo y cuándo un comportamiento es moralmente correcto o no, por lo que el Derecho resulta útil para respetar la autonomía moral personal del individuo y regular la conducta humana haciendo uso de reglas claras y precisas que determinen con certeza prohibiciones, permisiones y tantos otros aspectos sean jurídicamente relevantes. Por lo tanto, decimos que, si para identificar comportamientos que deban ser prohibidos o regulados, debiésemos concurrir al razonamiento de ámbito moral, existe la probabilidad, casi absoluta, de múltiples discrepancias; careciendo de certeza y seguridad jurídica, lo que de por sí es contrario a la finalidad del Derecho y se trastocaría la autonomía moral personal de uno o varios individuos, pues al existir discusión y contraponerse criterios morales personales de unos individuos contra los de otros, inevitablemente habrían de ceder unos y así sucedería esta vulneración. Por esas razones, resulta concluyente que el Derecho debe ser identificado sin recurrir a la moral. (Moreso, 2004, pág. 55)

Hablaremos ahora, de la valoración del Derecho, tema que de alguna manera ya abordamos con anterioridad. Antes de empezar a analizar la neutralidad valorativa tan característica de la corriente del positivismo jurídico y con exponentes como Austin y Kelsen, hay que reconocer que, para algunos iuspositivistas, sí existe posibilidad de valoración; pero no de índole moral, si no como planteamos anteriormente comparativa y objetiva. Entre ellos Bobbio, que sujeta a la norma jurídica, y por ende también al Derecho, a tres valoraciones: Si es justa o injusta, si es inválida o inválida y finalmente, si es eficaz o ineficaz. (Bobbio, 1987, pág. 20) Tratándose de la justicia, abarca la correspondencia con los valores finales del ordenamiento jurídico seleccionado o si no tiene valores absolutos, con los históricos que lo inspiran en ese momento en concreto, implicando así una contraposición entre el ser y el deber ser de la norma. La validez se refiere a la existencia de la norma respecto a su expedición, derogación expresa o tácita, lo que se traduciría en su vigencia temporal. Y, finalmente, la eficacia se atañe al cumplimiento por parte de los destinatarios de la norma, si el cumplimiento es espontáneo, se da conforme la existencia de coacción o se incumple sin que siquiera se aplique la coacción. (Castro, 2017, pág. 139) Siendo todos estos criterios de valoración independientes entre sí pudiendo ser por ejemplo una norma válida, pero no justa. Además, cuando se expresa que un hecho es sujeto a valoración por una norma, simplemente se dice que el hecho es la condición para que la obligación que se encuentra en una prescripción normativa, surja (Castro, 2017, pág. 181); no a ningún aspecto de índole moral.

A nosotros nos precisa en este apartado, la justicia. Pues, para el iusnaturalismo, la norma jurídica es válida únicamente si es justo; por lo que el Derecho debe ser justo para ser Derecho. Cuestión, la cual nosotros criticamos por rebozar de ambigüedad al no existir un patrón ni decidirse quien tiene la potestad para determinar lo que es justo de manera objetiva. Tratamos este tema pues desde las primeras nociones de Derecho Natural, brindadas por los griegos ya contemplaban a la justicia desde un punto de vista moral, claro es el ejemplo de Sófocles que en su Antígona ya debatía sobre la superioridad de la ley natural de origen divino a la de los hombres. (Castro, 2017, pág. 141) La concepción divina se desvaneció con la evolución del Derecho Natural y recayó ahora sobre la naturaleza racional del hombre, pilar de la subjetividad liberal y de la concepción cartesiana de sujeto. Sin embargo, nunca fue un criterio uniforme; existiendo así una gigantesca pluralidad de apreciaciones respecto a lo que debe ser considerado natural y racional; no pudiéndose dar un significado inequívoco y aún de ser posible no se podría inferir que fuese en sí bueno o malo. El mayor problema del iusnaturalismo sería entender quién y cómo determina lo que es justo: en caso de ser el soberano, la justicia y la validez recaerían en el positivismo jurídico y de ser el pueblo quien decide, se caería en un relativismo y subjetividad tan extremos que desembocarían en el caos y la anarquía. (Castro, 2017, pág. 145)

Continuando con la temática de la justicia, en el positivismo jurídico se resuelve el problema confluyendo la justicia con la validez. Adoptando así un método de abstracción y generalización de conocimientos a partir de los datos del ordenamiento en sentido

formal, siendo entonces las normas formalmente válidas, prescindiendo por lo tanto de los valores; debido a que esta concepción formal de normas instituye que, estas, al ser establecidas por la autoridad soberana con el debido procedimiento son válidas y, por lo tanto, justas. De aquí, se colige que es bueno el acto realizado conforme a la ley, y malo el que la transgrede. (Bobbio, 2012, pág. 16) Basándonos en los planteamientos de Hobbes, en el estado de naturaleza humana no había autoridad que determinase lo justo o injusto, teniendo todos derecho natural a todo y por lo mismo, nada sería de nadie. Los hombres, entonces serían belicosos unos con otros careciendo de seguridad al no haber autoridad ni ley establecidas. Llevando al hombre a buscar un pacto de sociedad que permite que la autoridad hegemonice la fuerza para instaurar el orden, por lo tanto, la concepción hobbesiana se destaca por la pura convencionalidad de los valores y, por ende, de la justicia. (Castro, 2017, pág. 147) Si bien, Hobbes no es positivista jurídico, en sentido estricto, su doctrina sirve bastante bien para explicar los fundamentos de convencionalidad de valores, como ha mostrado Castro Riera. Y conforme nuestras convicciones tendríamos otro argumento más para apoyar a la desmoralización del Derecho repudiando las concepciones naturalistas morales; los valores y la justicia se fijarían de manera convencional al establecerse las sociedades, por lo que no son absolutos ni propios a la naturaleza humana.

Según Rava, el Derecho es un conjunto de imperativos técnicos, lo más cercano a los imperativos hipotéticos de Kant, diferenciándose de los categóricos pues esos son esencialmente morales. Señala los argumentos: las normas jurídicas establecen obligaciones y facultades mientras el imperativo categórico solo obliga; el Derecho es coercible y una conducta impuesta coactivamente no es bueno per se, siendo esto no compatible con el imperativo categórico de orden moral; finalmente, en el ordenamiento jurídico, y el ordenamiento jurídico en sí, hay normas que buscan una finalidad, sin ser acciones buenas en sentido estricto. Siendo el fin, la conservación de la sociedad. (Castro, 2017, pág. 173) Refiriéndonos ahora a normas jurídicas y morales (habiendo que incluir religiosas también), debemos entender que los que caracteriza a la norma jurídica, tal como expresa Del Vecchio es: bilateralidad, imperatividad, coercibilidad y generalidad; (Del Vecchio, 1980, pág. 339) pudiendo también encontrarse otros criterios como la finalidad, el sujeto que la expide, entre otros. Basta con que pongamos atención a la bilateralidad de las normas jurídicas que establecen correlativamente derechos y obligaciones para diferenciarlas de las normas morales que únicamente imponen obligaciones subjetivas. Continuamos con la finalidad, y ya habíamos mencionado que la finalidad de las normas jurídicas es la conservación de la sociedad, ahora dejaremos en claro que son esenciales para ello; mientras que otros tipos de normas pueden tener la misma finalidad, mas, no son esenciales para el fin mencionado. Tomando en cuenta al sujeto del que emana la norma, las normas jurídicas son expedidas por alguien que cuenta con competencia y autoridad, revestida de posibilidad de coerción; las normas morales, carecen de ello (Castro, 2017, pág. 197), salvo contadas excepciones donde las normas religiosas se han confundido y han llegado a contaminar la objetividad del ordenamiento jurídico. Las normas religiosas se fundamentan en el agrado o desagrado que la conducta humana pueda provocar a la divinidad, y con sanción subjetiva y extraterrenal; pudiendo decir que son normas interiores, de ámbito unilateral y además incoercibles. En cuanto refiere a normas morales, parten de la diferenciación entre bien y mal, se aplican como deberes consigo mismo o con una divinidad, razón por la que tratamos las normas religiosas, su finalidad reside en llegar a lo más alto en la escala valorativa y su sanción se limita al remordimiento o a la desaprobación; siendo unilaterales, autónomas e incoercibles. Así vemos que la norma jurídica es caracterizada por poseer eficiencia reforzada, o sea garantía de que se hará valer; cuenta también con igualdad de tratamiento consolidada en un órgano trascendente a las partes de un conflicto que impone la sanción. (Castro, 2017, pág. 201)

Hemos de referirnos ahora, que ya contamos con nociones claras de las diferencias entre Derecho y Moral, al pensamiento de autores paleopositivistas. Ocupémonos en

primer lugar, del inglés John Austin, quien explica que el Derecho debe ser considerado como un hecho y debe prescindir de cualquier juicio de valor, debido a que las reglas morales, según él, son dictadas por las opiniones o sentimientos de los hombres con respecto a su conducta. (Austin, 2002, pág. 25) Aunque cabe la aclaración de que Austin tiene la idea de que el Derecho es algo impuesto por los superiores a sus súbditos. (Portela, 2014, pág. 118) Para Austin lo que determina la diferencia del Derecho y Moral es la imperatividad adjunta a la obligación; por lo que el mandato constriñe a una omisión o acción. Considerando a mandato como una manifestación de deseo que se caracteriza por el poder y la intención de infringir un daño, por parte de quien lo emite a quien lo debe acatar, en caso de que no sea obedecido, (Austin, 2002, pág. 37) debido a una superioridad clara que se traduce como posibilidad de forzar mediante el temor al potencial daño, al que antes no referimos, a adecuar la conducta para que sea conforme a los deseos del soberano. (Austin, 2002, pág. 46) Austin expresa que la moral también posee una noción obligatoria; mas, reconoce, es imperfecta al haber un deber no jurídico, ya sea impuesto por concepciones de divinidad o de reglas morales, muy distinto a los deberes que impone el Derecho Positivo. Al ser una obligación imperfecta, no siendo establecida por un superior político y carecer de sanciones que a la postre brinden certeza y seguridad, impuestas por quien hegemoniza la coacción; semeja a la ausencia de obligación real de la que hablaban los juristas romanos; Austin incluso se atreve a decir que una ley imperfecta, no es una ley propiamente dicho, sino un consejo o exhortación de un superior y que una ley perfecta es obligatoria, por eso cuando el legislativo expide un mandato, los tribunales presumen, y con razón, que aquel mandato exige obediencia. (Austin, 2002, pág. 49) Portela explica bien el punto de vista de Austin respecto a la ambigüedad moral: “la bondad o maldad de las leyes humanas es una expresión de alcance relativo y variable. Una ley que es buena para una persona es mala para otra en la medida en que se comparan tácitamente con diferentes y opuestos criterios.” (Portela, 2014, pág. 119) Austin, adopta una postura un tanto utilitarista para referirse al bien y al mal como placer o dolor que por manifestación volitiva de legislador se anexa a la observancia o transgresión de la ley, haciendo énfasis en la noción de recompensa o castigo. (Portela, 2014, pág. 119) Para Austin, una ley que existe formalmente es una ley, sin importar si desagrada, o si se opone a los criterios de aprobación de las personas. (Austin, 2002, pág. 188) Entre sus consideraciones está la posibilidad que una ley humana contravenga una divina, y aclara que de ser así, se debería desobedecer el mandato respaldado por la sanción menos rigurosa, es decir el menor mal (Austin, 2002, pág. 188); sin embargo, en seguida explica que sería razonable aquella desobediencia, únicamente si las leyes divinas fuesen ciertas, que obviamente no lo son, inclusive explicando cómo incluso teólogos lo admiten que no poseen un esquema completo y unívoco. (Austin, 2002, pág. 189) Y además, de manera mucho más fuerte declara que en el sentido moral, los principios prácticos innatos y la conciencia no son más que excusas para la ignorancia o para intereses ocultos, mirando al sentido moral como una manera de ocultar el odio hacia una ley y estimular su desobediencia, una herramienta para provocar la discordia civil. (Austin, 2002, pág. 190) Finalmente, Austin trata la aseveración hobbesiana “ninguna ley puede ser injusta” y expresa que no es peligrosa ni paradójica como muchos detractores moralistas expresan, sino que es malentendida pues se refiere a que “ninguna ley puede ser jurídicamente injusta.” Por lo que el Derecho Positivo es el criterio de toda justicia o injusticia jurídica, y de ser injusto el Derecho positivo, solo lo sería contrapuesto consigo mismo, por lo que siempre sería justo; haciendo evidente la improcedencia de cuestionar la justicia de una norma jurídica, por lo tanto, es procedente la renuncia a mirar el Derecho desde la ética. (Portela, 2014, págs. 120-121) Pues entre el Derecho y la moral positiva, es decir la establecida en el imaginario colectivo, no hay más que una débil analogía que radica en que se crea por la costumbre y que se instaura de manera consciente, nada más. (Austin, 2002, pág. 26)

Momento es de analizar al más emblemático de los positivistas: Hans Kelsen, el austriaco en su Teoría Pura del Derecho trata en el segundo capítulo de su obra titulado Derecho y Moral, realiza un prolijo análisis de la relación y la determinación de cada

uno de ellos. Kelsen reconoce desde un principio la existencia de otras normas que regulan la conducta humana; las sociales, que entiende como moral. Y a la justicia como la exigencia de la moral al Derecho, por lo que la relación entre Derecho y Moral se comprende en relación justicia y Derecho. Kelsen declara que la pureza metódica de la ciencia jurídica pelagra cuando no es distinguida adecuadamente de la ética, cuando no hay claridad al diferenciar el Derecho y la Moral. (Kelsen, 1982, págs. 71-72) Tras explicar que las normas morales son de carácter social pues una conducta, por más individual que sea solo aparece en conciencia de individuos que viven en sociedad, Kelsen expresa las formas erróneas de distinguir el Derecho y la Moral: en primer lugar, referirse a la conducta que obligan las normas de cada orden social pues pueden referirse a la misma, lo correcto es diferenciar a la moral como la que se ocupa de una conducta interna y al Derecho como quien prescribe conducta externa, solo cuando se tiene en cuenta que una conducta únicamente tiene valor moral cuando el motivo y la conducta misma corresponden a una norma moral, igualmente pasa con la jurídica pues una prohibición de comportamiento externo, implica la prohibición de uno interno que busque producir el resultado. Considera erróneo distinguir por la forma de producción de normas pues esta se produce por la costumbre y se instaura conscientemente y que el hecho de que el orden moral no prevea un órgano centralizado para aplicar sus normas no es criterio pues un orden jurídico primitivo también es descentralizado; tampoco considera oportuno diferenciar respecto a qué ordenan o prohíben, sino cómo lo hacen., esto es mediante poder coactivo socialmente organizado en el caso del Derecho y en el orden moral se reduce a la aprobación o desaprobación de la conducta respecto a la norma. (Kelsen, 1982, págs. 74-75) Posteriormente, al considerar la relación deshecha la posibilidad de que el Derecho sea parte de la Moral pues habría que suponer una moral absoluta y la conformidad con estos valores morales absolutos para ser Derecho, inconcebible desde el punto de vista científico pues no se puede considerar que lo bueno o justo y lo malo, lo sea en todas las circunstancias. Pues en diferentes épocas y pueblos, incluso en los mismos pueblos y épocas, existen sistemas morales válidos contradictorios entre sí; no hay un elemento común entre ellos, ni siquiera la paz pues Heráclito afirmaba que la guerra era buena al ser padre todas las cosas, solo por citar un ejemplo; incluso Jesús proclamó la división y no a traer paz, según el Evangelio de Lucas y la filosofía liberal planteaba competencia continua. Existiendo así una moralidad relativa e incluso injusta ante los ojos de determinados grupos de una misma sociedad al atender a las élites de la misma. Por lo que no acepta que el Derecho tenga un contenido mínimo de moralidad, pues un orden coactivo no lo necesita más que valor jurídico que no es moral; por lo que no tiene lógica admitir que el Derecho es moral por naturaleza (Kelsen, 1982, págs. 76-79); en el caso de que el Derecho y la Moral se contradigan, el orden jurídico prevalece pues no necesita legitimarse al no tener la ciencia jurídica que aprobar o desaprobó su objeto, sino conocerlo y describirlo, con una descripción axiológicamente neutral (como ya planteamos anteriormente). Una norma puede ser válida aún si contradice el orden moral y cabe la posibilidad que normas válidas pudiesen corresponder a exigencias morales de un entonces y no de otro tiempo. (Kelsen, 1982, págs. 80-81)

Trataremos finalmente a H.L.A Hart, demasiado característico la problemática que desarrollamos, teniendo en su haber multiplicidad de trabajos y habiendo sido protagonista en encarnizados debates respecto al Derecho y la Moral con pensadores muy importantes como Lord Patrick Devlin, Lon Fuller y Ronald Dworkin. (Dabove, 2003, pág. 39) Para tratar a este autor de una manera organizada nos remitiremos a Dabove que ha recopilado las principales ideas respecto al tema que tanto preocupó al iusfilósofo inglés. Tanto en su *El Concepto del Derecho* como en el *Postscriptum* analiza si existe una relación real y central entre el Derecho y la Moral, emanando el supuesto de categorización de la justicia como un elemento esencial jurídico. Hart reconoce que pueden existir vinculaciones, pero que los argumentos iusnaturalistas que afirman un carácter necesario en esta relación. Según Hart, esto argumentos son presa de la textura abierta del lenguaje normativo y la ambigüedad de los términos “moral”, “Derecho” y “necesario”, concluyendo que solo existen relaciones contingentes; no rechaza que las

normas jurídicas puedan tener contenido moral, pero no se puede considerar a la Moral como fuente importante en el mundo jurídico. (Dabove, 2003, pág. 47) Por ende, el Derecho injusto sigue siendo Derecho, debido a que no hay posibilidad de desobedecer al Derecho por ser contrario a la moral. Hart se enfoca en tres distinciones conceptuales. En primer lugar, diferencia moral a la moral que es un término general y a la justicia que es específico; pues la justicia no se refiere a la conducta individual, sino que es la más pública y jurídica de las virtudes y abre la posibilidad de considerar diferentes tipos de justicia como la distributiva, la correctiva e incluso justicia legal (respecto a igualdad ante la ley) e incluso justicia en aplicación de normas (justicia de un caso concreto). En segundo lugar, demarca las reglas morales y las jurídicas, diferenciando sociedades primitivas de modernas pues las primeras solo cuentan con reglas primarias que se traducen como meras obligaciones y las sociedades modernas poseen reglas secundarias: de reconocimiento que brindan criterios de validez del sistema, de cambio que hacen posible la creación, modificación y derogación de normas y las de adjudicación que confieren potestades jurisdiccionales. Tenemos que analizar en este apartado determinadas diferencias: el cumplimiento de las normas morales se considera transcendental por un grupo determinado; no pueden ser implantadas, modificadas o suprimidas fácilmente por acción humana deliberada; el desacato a normas morales solo genera responsabilidad si existe intención expresa y finalmente como consecuencia de transgresión generan un sistema de presión social de sentimientos negativos como el remordimiento. Diferenciándose de las jurídicas que de por sí ya prevén la posibilidad de incumplimiento, traduciéndose en que su cumplimiento no necesariamente implica importancia para el grupo pues existen órganos que las hacen cumplir; las reglas jurídicas poseen normas concretas que determinan el contenido y el procedimiento a seguir para el cambio deliberado, que son las reglas de cambio; las reglas jurídicas admiten criterios objetivos de responsabilidad y la presión social que ejerce su desacato se ejerce mediante el uso de coacción estatal sancionadora. Finalmente, el tercer campo en que se enfoca Hart es determinar la función del derecho natural en lo jurídico y el reconocimiento de un mínimo contenido, admitiendo entonces una función crítica de la Moral respecto al Derecho Positivo y su contenido, observando el vínculo entre el desarrollo del Derecho Positivo y la moral convencional e ideales de grupos sociales, críticos a la moral instituida; sin embargo, no por eso se puede condicionar a la validez del Derecho por las exigencias morales. Señaladas las separaciones admite que la relación de la moral es corroborar el buen sentido del Derecho pues muchas ideas de Derecho Natural se usan en la elaboración, aplicación e interpretación de normas jurídicas; mas, si los criterios morales son desconocidos la norma jurídica sigue siendo reconocida de esa manera, pues un sistema jurídico no tiene necesariamente ser concordante con la moral o la justicia o apoyarse en que existe una obligación moral de obedecerlo; por eso el iusfilósofo inglés considera estos postulados como “positivismo suave.” (Dabove, 2003, pág. 48-50)

Conclusión

Tras este análisis, hemos determinado que la Moral y el Derecho ocupan diferentes lugares tanto en la reflexión filosófica como en el plano ontológico. Hemos analizado los argumentos positivistas que denotan la incertidumbre presente en la Moral. Nos hemos referido a la posibilidad de una valoración bastante objetiva. Hemos contemplado las deficiencias de la concepción iusnaturalista y la convencionalidad moral en el positivismo jurídico. Finalmente logramos diferenciar las características de imperatividad, finalidad, tipos de norma, posibilidad de sanción y sujeto que emite la norma, en campo moral como jurídico y hemos recalcado postulados de autores importantes como la neutralidad valorativa, la obligatoriedad e imposición del Derecho, la relatividad moral y otros, presentes en Kelsen y Austin y hemos analizado el positivismo suave de Hart que admite relaciones contingentes que no llegan a incidir directamente en la norma. Para llegar a poder expresar nuevamente que, a nuestra consideración, no existe una condición necesaria entre Derecho y Moral, considerando meritorio, mantener neutralidad valorativa y el entendimiento de la presencia de la relatividad

moral en el análisis formal del Derecho Positivo como proponen Kelsen y Austin; manteniendo relaciones contingentes, críticas, pero delimitadas entre el Derecho y la Moral como plantea Hart, pero siendo plenamente conscientes de lo superfluo que es para el Derecho mantener concordancia con lo moral y que no se obedece al Derecho precisamente por una obligación moral sino por otras razones, como por ejemplo la utilidad social del mismo; sin embargo, esa es una temática digna de ser tratada aparte.

Bibliografía.

Austin, J. (2002). *El Objeto de la Jurisprudencia*. Madrid, España: Centro de Estudios

Constitucionales.

Bobbio, N. (1987). *Teoría General del Derecho*. Bogotá, Colombia: Temis S.A.

Bobbio, N. (2012). *El Problema del Positivismo Jurídico*. México D.F., México: Fontamara. Castro Riera, C. (2017). *Temas de Filosofía del Derecho*. Quito, Ecuador: Corporación de

Estudios y Publicaciones.

Dabove, M. I. (2003). *El Concepto de Derecho en la Teoría de H.L.A. Hart Perspectiva Tridimensional*. [Archivo PDF] Recuperado de: <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/iyd/article/viewFile/859/685> [Consultado el 9/9/2018]

Del Vecchio, G. (1980). *Filosofía del Derecho*. Barcelona, España: BOSCH. Kelsen, H. (1982). *Teoría Pura del Derecho*. México D.F., México: UNAM.

Moreso, J. J. (2004). *El positivismo jurídico y la aplicación del Derecho*. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* (27), 45-62. Obtenido de <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc959z8>

Portela, J. G. (2014). *La relación entre moral y derecho en el paleopositivismo y el positivismo jurídico*. *Aportes para una crónica*. *Ius Humani: Revista de Derecho*, 4, 115-156. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5000005>

Recaséns Siches, L. (2010). *Tratado General de Filosofía del Derecho*. México D.F., México: Editorial Porrúa.

Vigo, R. L. (2009). *Constitucionalización y Neoconstitucionalismo: Algunos Riesgos y*

Algunas Prevenciones. *Nueva Época*, 1(7), 255-288. doi:<https://doi.org/10.14409/ne.vli7.223>