

La ciudadela de la moral en la corte de los juristas¹

*José Juan Moreso**

No existen razones jurídicas que puedan
justificar acciones y decisiones
con independencia de su derivación de
razones morales.
Carlos S. Nino (1994: 82)

1. Un caso hipotético, tres contemporáneos y una de romanos

Es un hecho habitual que algunos textos jurídicos usen términos valorativos, expresiones con cierta carga moral y, de este modo, al menos aparentemente, remitan a la moralidad. Algunas de estas expresiones, conocidas en nuestra literatura jurídica como *conceptos jurídicos indeterminados*, son al menos tan antiguos como nuestro derecho privado: *buena fe*, *diligencia de un buen padre de familia*, etc. Otras llegaron con las declaraciones de derechos incluidas en Constituciones y Tratados internacionales: *dignidad*

* Catedrático de Filosofía del Derecho y Rector de la Universidad Pompeu Fabra. Licenciado UAB, y doctor en Derecho, UAB. Fue Profesor de la Universidad Autónoma de Barcelona y en la Universidad de Girona. En 1990 realizó una instancia de investigación en Buenos Aires bajo la tutela de Carlos Santiago Nino.

1. Conferencia del 10 de septiembre de 2012 en el marco del Ciclo de Conferencias Carlos Santiago Nino organizadas por la Secretaría de Investigación de la Facultad de Derecho de la UBA.

humana, igualdad, prohibición de tratos inhumanos o degradantes, etc. Me valdré de esta última expresión, que parece remitir a aquellos tratos que la moral identifica como degradantes, para plantear la cuestión siguiente: ¿al usar en los textos jurídicos este tipo de expresiones el Derecho realmente incorpora las pautas morales o la argumentación moral? Como veremos, hay varios modos de ofrecer una respuesta negativa a esta cuestión que serán analizados aquí. Hay también diversas formas de contestar afirmativamente a la cuestión. Una de ellas será vindicada en este trabajo.

En primer lugar, consideremos el siguiente caso hipotético. En la novela de Philip Kerr, *Una investigación filosófica*,² se describe el Londres de 2013 como una ciudad insegura, con un alto grado de delincuencia. Entre las medidas que se toman para reducirla, se encuentra la imposición de un nuevo tipo de pena: dado que la ciencia médica ha conseguido inducir y revertir el estado de coma en los humanos, se sustituye la pena de prisión por el denominado *coma punitivo*. De este modo, a los condenados a dicha pena se les induce el coma por el tiempo de la condena y son confinados en una especie de hospitales en donde, como es obvio, no hay peligro de fugas ni de motines, sólo hay que conservarlos con alimentación y respiración asistida. Por otro lado, el artículo 5 de la Declaración universal de los derechos humanos de las Naciones Unidas de 1948 establece que nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Si el coma punitivo se estableciera como castigo para diversos delitos en determinada jurisdicción, sujeta al texto internacional, ¿sería, entonces, esta pena una medida conforme con la Declaración universal de los derechos humanos? O, dicho en otros términos: ¿depende la verdad de la proposición según la cual el coma punitivo es (o no es) conforme con la Declaración universal de la corrección moral de dicha medida?, ¿cómo debe determinarse si el coma punitivo es o no un trato cruel, inhumano o degradante?

A continuación, veamos un caso real. La Constitución española, en el primer enunciado de su artículo 15, establece lo siguiente: “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso,

2. Kerr, 1992. Creo que escuché relacionar este ejemplo literario, por primera vez, con la cuestión de la incorporación de la moralidad al derecho a Juan Carlos Bayón en una conferencia en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en el invierno austral de 1996 y lo he usado ya en diversas ocasiones anteriormente (Moreso 2008, 11; 2009, 33 y 2010, 15-16 y en 2012, en donde comenzaba con estos cinco casos precisamente).

puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.” Pues bien, el Tribunal Constitucional español se refirió a ello,³ (en una jurisprudencia que después ha continuado más o menos invariable) para determinar si la sanción de aislamiento en celda prevista en la Ley general penitenciaria (y en el reglamento que la desarrolla), entonces en vigor, constituían tratos inhumanos o degradantes. La respuesta del Tribunal es negativa con el argumento de que, si bien la reclusión en *celdas negras* privando a la persona de cualquier contacto con el exterior sería claramente un trato degradante, las condiciones que la legislación penitenciaria exige (duración, condiciones de alimentación y habitabilidad fundamentalmente) la hacen compatible con la dignidad de los sancionados.

Por otro lado, la enmienda octava de la Constitución de los Estados Unidos (casi idéntica a la formulación del Bill of Rights inglés de 1689) establece: “Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted.” Aunque la Corte Suprema de los Estados Unidos considera que la pena de muerte es “una sanción extrema” no considera que sea “inherentemente cruel”.⁴ Sin embargo, la Corte ha considerado recientemente que la ejecución de delincuentes con determinado grado de retraso mental vulnera la enmienda octava porque es un castigo cruel e inusitado.⁵ Y este pasado mes de agosto la polémica ha surgido, al autorizar la Corte Suprema la ejecución del ciudadano de Texas Marvin Wilson, que presentaba indicios probados de retraso mental.

El 19 de agosto de 1996 en un municipio de la comunidad indígena colombiana de los paeces fue asesinado su alcalde. Los representantes de los cabildos indígenas decidieron la detención de Francisco Gembuel acusado de haber propiciado el homicidio del alcalde al haberlo señalado como blanco propicio a la guerrilla. Juzgado por la Asamblea de acuerdo con las normas indígenas fue castigado a sesenta fuetazos (el fute es un castigo consistente en golpear con una especie de bastón la parte inferior de las piernas), expulsión, y pérdida del derecho a elegir y ser elegido para cargos

3. En la STC 2/1987, de 21 de enero.

4. *Gregg v. Georgia* 428 U.S. 153, 96 S. Ct. 2909, 49 L. Ed. 2d 859 [1976].

5. *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304, 122 S. Ct. 2242, 153 L. Ed. 2d 335 (2002). *Atkins* anula la decisión contraria establecida sólo trece años antes en *Penry v. Lynaugh*, 492 U.S. 302, 109 S.Ct. 2934, 106 L. Ed. 2d 256 (1989).

públicos y comunitarios. El artículo 12 de la Constitución colombiana establece también que “nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”, con lo que el condenado recurrió la decisión que llegó a la Corte constitucional colombiana. En la sentencia del alto tribunal colombiano,⁶ la Corte no concede el amparo al recurrente, con dos argumentos básicamente: por un lado, no considera la sanción excesivamente penosa; por otro, considera que tiene una función simbólica en la comunidad indígena y que, en dicho contexto, no se trata de una sanción ni degradante ni humillante.

Nadie pondrá en duda, sin embargo, que la sanción que el derecho romano —la *Lex Pompeia*— establecía para el parricidio, la *poena cullei*, consistente en encerrar al condenado en un saco junto con un perro, un gallo, una serpiente y un mono y arrojarlo a las aguas del mar o del río más cercano; sea una pena cruel. Es más, precisamente por ser cruel los romanos pensaban que era una pena merecida para un delito tan atroz. Como nos recuerda Max Radin (1920, 119) cuando se produjo el crack financiero de 1720, debido a una burbuja especulativa generada por la Compañía inglesa de los Mares del Sur, “un miembro apasionado del Parlamento británico apeló a la aplicación de la *Lex Pompeia* para los parricidas a aquellos que han estafado a la nación. Del mismo modo que los romanos, argumentaba, enfrentados a un tan monstruoso e inusitado delito, idearon un castigo así de monstruoso e inusitado, del mismo modo invitaba a los británicos a colocar a los directores de la compañía de los mares del sur en sacos con un perro, un gallo, una serpiente y un mono en cada uno y arrojarlos al Támesis □. Olvidemos ahora, por un momento y no del todo, las crisis económicas generadas por burbujas especulativas y atendamos al argumento del parlamentario británico: la pena del saco es una pena cruel y por eso se impone para castigar comportamientos especialmente graves.

Lo que hacen las declaraciones de derechos humanos contemporáneas, no obstante, es comprometerse a no aplicar este tipo de sanciones. Ahora bien, ¿qué es lo que hace la pena del saco cruel, y no —en el caso que los Tribunales a los que me he referido tengan razón— el fuste, el aislamiento en celda o la pena de muerte? ¿No son argumentos morales los que conducen a

6. SCC No. T-523/97, de 15 de octubre. Estoy agradecido a Oscar Pérez de la Fuente que amablemente me hizo acceder al conocimiento de este interesante caso.

una u otra conclusión? Hay varios modos de rechazar la incorporación de la moralidad por el derecho en estos supuestos y trataré de exponer sus razones y discutir las. Después me referiré brevemente a la posición de Carlos S. Nino, que insistió especialmente en la conexión interpretativa entre el derecho y la moral de un modo que resulta muy cercano al del positivismo jurídico incluyente, aunque lamentablemente él murió antes de que esta marca apareciera en el mercado de las ideas. Terminaré vindicando un modo de incorporación de la moralidad en el derecho.

2. La certeza del derecho

En muchos casos, los autores más contrarios a la incorporación de la moralidad en el derecho están guiados por la idea según la cual si el derecho usa conceptos valorativos los comportamientos prohibidos devendrán inciertos, indeterminados. A menudo este ideal de la certeza del derecho está asociado con la Ilustración jurídica y, en concreto, con el positivismo jurídico. Sin remontarnos a Beccaria o a Bentham, esta es la razón (por ejemplo) por la cual Kelsen (1931) se mostraba contrario a la incorporación de conceptos morales (como *igualdad* o *justicia*) y esta es la razón que anima las defensas recientes (Campbell, 1996; Waldron 2001) o no tanto (Scarpelli, 1965) del denominado *positivismo jurídico normativo*.⁷

Reducir el ámbito de la discrepancia y disciplinar la actividad de los jueces es el propósito de todas estas posiciones. Sin embargo, ni los presupuestos ni la estrategia para llevar a cabo estas operaciones son los mismos.

3. Recuperando las intenciones del constituyente

Una estrategia consiste en sostener que cuando la Constitución usa conceptos valorativos en realidad únicamente incorpora aquello que encerraron en ellos deliberadamente los autores de la Constitución. Determinar el contenido de estas cláusulas consiste en recuperar las intenciones explícitas de los que las dictaron. En la discusión norteamericana se conoce esta

7. Que presenté y critiqué en Moreso 2004. Algunos ecos de esta posición entre nosotros en Hierro, 2002; Laporta, 2007 y en Ferrajoli, 1989, 2007, 2011a.

posición como *originalismo*.⁸ De este modo, consideran estos autores, la indeterminación se reduce: sólo son crueles (en nuestro ejemplo) los comportamientos considerados crueles por los constituyentes.

No es preciso, por cierto, que esta posición provenga de un punto de vista escéptico acerca de la moralidad (no es el caso de Scalia ni de otros originalistas), puede que sea una estrategia que tiende a reducir la discreción de los jueces porque desconfía de la capacidad de los jueces de acertar en cuestiones morales.

Esta posición ha sido criticada muchas veces con los mismos argumentos que había sido criticada la denominada *interpretación subjetiva*: las conocidas dificultades de establecer plausiblemente cuáles eran las genuinas intenciones de los constituyentes, las intenciones de quiénes son relevantes (de los que votaron a favor, de los redactores...). Es más: aun en casos en donde es claro que no estaba en sus intenciones, como el coma punitivo, entonces ha de resultar excluido sin más argumentación. Y esto es muy implausible. Antes de la reforma reciente de nuestra legislación procesal civil, la vieja Ley de Enjuiciamiento (como la nueva) establecía que son inembargables los instrumentos necesarios para el ejercicio de un oficio, con esta doctrina de la interpretación hay que suponer que hasta el año 2000 los ordenadores podían ser embargados a un abogado, por ejemplo, dado que los legisladores del siglo XIX no podían pensar en ellos. Es más, es razonable creer que el legislador del año 2000 de la vigente *Ley de Enjuiciamiento Civil*, no considerara (porque todavía no habían sido creadas) las I-pad como objetos a los que se refiere el artículo 606.2: “Los libros e instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio a que se dedique el ejecutado, cuando su valor no guarde proporción con la cuantía de la deuda reclamada”. Pero un abogado podría argüir a favor de la inembargabilidad de I-pad de otro abogado demandado en 2012.

4. La solución está en las encuestas

Algunas veces se ha argüido que los jueces deben decidir cuál sea el contenido de expresiones como “tratos degradantes” no apelando a sus con-

8. Y su más ilustre representante tal vez sea el magistrado de la Corte Suprema Scalia 1997.

vicciones morales sino a cómo dichas expresiones son entendidas y usadas en la sociedad de la que ellos forman parte. Así se entiende algunas veces la referencia del artículo 3 de nuestro código civil a la interpretación de las normas de acuerdo con la realidad social del tiempo en el que han de ser aplicadas.⁹ De este modo, se piensa, no caeremos como rehenes de la voluntad de los jueces.

El problema de esta concepción es doble: por una parte, en todas las cuestiones controvertidas la opinión pública acostumbra a estar dividida cuando no perpleja; por otra parte, si se quiere construir un punto de vista articulado, como parece exigible a los jueces y tribunales, entonces será imprescindible moldear las actitudes y creencias de la mayoría social para presentarlas en una doctrina razonable y ello, me parece, es ya indistinguible del razonamiento moral (Moreso, 2009, 192).

5. El positivismo jurídico excluyente (I)

Tomemos como tesis definitoria del positivismo jurídico excluyente la siguiente formulación de Raz (1979, 185) de la tesis de las fuentes sociales del derecho:¹⁰

Una teoría jurídica es aceptable sólo si sus criterios para identificar el contenido del derecho de una determinada sociedad dependen exclusivamente de un conjunto de hechos de la conducta humana descritos en términos valorativamente neutrales y aplicados sin recurrir a la argumentación moral.

Esta tesis puede ser aceptada por dos razones verdaderamente diferentes entre sí. Puede ser aceptada, en primer lugar, como consecuencia de una posición escéptica acerca de la moralidad conforme a la cual, dado que no hay pautas morales objetivas el derecho no puede incorporar la moralidad, porque no hay nada que pueda ser incorporado. Es una razón ontológica:

9. En Moreso (2009, ensayo 2) he defendido un modo ecuménico de objetivismo moral, compatible con diversos enfoques metaéticos.

10. Véase sobre este punto Endicott (2003).

la inexistencia de la moral objetiva es la razón de la no incorporación.¹¹ Y, obviamente, cuando se usan estos términos en los textos legales se remite a la discrecionalidad, no controlable racionalmente, de los jueces; de hecho, a la arbitrariedad. Para este tipo de positivismo jurídico, el originalismo o la deferencia a las actitudes de la mayoría son intentos, algo desesperados, de evitar la discreción judicial y restaurar algún grado de certeza.

La refutación de esta posición debería argüir a favor del objetivismo en moral. Esta es una cuestión más allá del alcance de este trabajo, sin embargo tal vez merezca la pena destacar aquí que no conozco a nadie razonable que sostenga que es correcto torturar a los niños para divertirse o que no es cruel la pena del saco.¹² En cualquier caso, me he de referir a ella más adelante.

6. El positivismo jurídico excluyente (II)

Ahora bien, el modo escéptico no es el modo más habitual de defender la versión fuerte de la tesis de las fuentes sociales del derecho. El modo más habitual es el que ha venido defendiendo desde hace más de treinta años Joseph Raz (1979, cap. 3; 1994, cap. 9; 2004).¹³ Raz no es, en absoluto, un escéptico en materia moral; al contrario, considera que hay razones y, también, hechos morales. Considera, a su vez, que es falso que todas las proposiciones morales sean controvertidas (Raz 1994, 218).

El argumento de Raz es un argumento conceptual. Dicho ahora muy resumidamente, un rasgo definitorio del derecho es que pretende autoridad y pretender autoridad comporta la capacidad de suministrar, a los destinatarios de las normas promulgadas por la autoridad, razones que desplacen las razones a favor y en contra que ellos tienen de comportarse de determinado modo. Si el derecho incorporara pautas morales, entonces no podría pretender autoridad puesto que dichas pautas son válidas para sus destinatarios con independencia de lo que la autoridad establezca. Por lo tanto, por razones conceptuales, el derecho no puede incorporar el razonamiento moral.

11. Se trata de un argumento presentado en Moreso (2004).

12. Se trata de un argumento que se remonta a Moreso (2009, cap. 10).

13. Puede verse la distinción en estos términos en Bulygin (1982), Moreso (1997, cap. 3), Moreso-Navarro (1997) y Vilajosana (1998).

¿Qué sucede entonces, según Raz, cuando nos encontramos con estas expresiones valorativas en los textos jurídicos? Pues bien, sucede que los jueces gozan de *discreción* para completar o cambiar el derecho de acuerdo con la moralidad. Raz (1994, 310-324) distingue entre el razonamiento para establecer el contenido del derecho, sujeto a la tesis de las fuentes, y el razonamiento con arreglo al derecho, que puede requerir el recurso de los jueces a las razones morales.

Creo que hay razones para dudar de la plausibilidad de esta posición. Veamos el siguiente pasaje de Raz (1979, 75):¹⁴

Supongamos, por ejemplo, que según el derecho los contratos son válidos sólo si no son inmorales. Cualquier contrato puede ser considerado *prima facie* válido si se conforma a las condiciones “neutras valorativamente” establecidas jurídicamente para la validez de los contratos. La proposición “Es jurídicamente concluyente que este contrato es válido” no es ni verdadera ni falsa hasta que un tribunal dotado de autoridad determina su validez. Ésta es una consecuencia del hecho según el cual, por la tesis de las fuentes, los tribunales tienen *discreción* cuando son requeridos a aplicar consideraciones morales.

Si la versión raziana de la tesis de las fuentes implica que siempre que el derecho incorpora conceptos o consideraciones morales, entonces los jueces tienen *discreción* (como el anterior pasaje de Raz sostiene), entonces hay buenas razones para dudar de la plausibilidad de dicha tesis. Si A firma con B un contrato por el cual se obliga a asesinar a C antes de un mes, transcurrido el mes A no ha asesinado a C y B presenta una demanda contra A por incumplimiento contractual, ningún jurista diría que debemos esperar a la decisión del juez para saber si el contrato entre A y B es válido: el contrato entre A y B es nulo porque es inmoral, y los jueces no tienen *discreción* alguna en este caso. Del mismo modo, si una disposición constitucional prohíbe los castigos crueles y el legislador dicta una norma que establece, como en el Derecho Romano, la pena del saco. Podemos preguntarnos, ¿es esta pena cruel? Creo que todos reconoceríamos que se trata de un castigo cruel — también los romanos que, precisamente por ello, consideraban que era la

14. Véase sobre este punto Endicott (2003).

pena merecida para los parricidas– y que, por lo tanto, es inconstitucional. Aunque “cruel” es, sin duda, un término moral, “cruel” se aplica sin controversia ninguna a la *poena cullei*, no hay aquí espacio para la discreción.¹⁵

7. Interludio: pertenencia y aplicabilidad

Antes de presentar el modo, en mi opinión, en el cual el derecho incorpora la moralidad, voy a tratar de mostrar en qué sentido el debate entre el positivismo jurídico excluyente y el positivismo jurídico incluyente no es una mera cuestión de palabras.¹⁶

En la teoría del derecho positivista, se distingue algunas veces entre dos sentidos de *validez*: validez como *pertenencia* y validez como *aplicabilidad*. Una norma es válida, en el sentido de que pertenece a un sistema jurídico S, si y sólo si es identificada como miembro de S por los criterios de la regla de reconocimiento de S. Una norma es válida, en el sentido de que es aplicable a un caso, si y sólo si existe otra norma, que es un miembro de S, que autoriza u obliga a los órganos de aplicación de S a aplicarla a ese caso.¹⁷ En el contexto de discusión entre el positivismo excluyente y el incluyente J.L. Coleman (1998: 404-405) plantea así la cuestión: ¹⁸

Una estrategia mejor descansa en la distinción que Joseph Raz destaca entre validez jurídica y obligatoriedad para los encargados de aplicar el derecho. Todas las normas jurídicamente válidas son obligatorias para los aplicadores del derecho, pero no todas las pautas que son obligatorias para los jueces son jurídicamente válidas, en el sentido de ser parte del derecho de la comunidad. Las leyes extranjeras, las normas de los clubs sociales como otros sistemas normativos generalmente pueden ser obligatorios para los aplicadores en ciertos contextos jurisdiccionales,

15. Se trata de un argumento presentado en Moreso (2004).

16. Se trata de un argumento que se remonta a Moreso (2009, cap. 10).

17. Puede verse la distinción en estos términos en Bulygin (1982), Moreso (1997, cap. 3), Moreso-Navarro (1997) y Vilajosana (1998).

18. Coleman (1998). El origen de la distinción en estos términos en Raz (1979, 101-102, 119-120); Raz (2004). Vd. también Waluchow (1994, 157), Shapiro (2008, 506) y Kramer (2000, 103-107).

aunque no forman parte del derecho de la comunidad 'huésped'. Los jueces pueden estar autorizados, incluso obligados, por normas válidas a aplicar tales principios. No necesitan ser parte del derecho de la comunidad a la que los jueces pertenecen para ser requeridos a apelar a ellas en el contexto de un proceso particular. De este modo, no se sigue del hecho de que los jueces puedan algunas veces ser obligados por ciertos principios morales que dichos principios sean ellos mismos parte del derecho o jurídicamente válidos.

Es decir, según esta distinción, es posible que un estándar moral no sea parte del Derecho y, sin embargo, sea obligatorio para los jueces decidir de acuerdo con él. En este sentido, un defensor de positivismo excluyente podría argüir señalando que la lectura restrictiva de la tesis de las fuentes sociales es la adecuada, aunque ello no impide que las pautas morales sean, algunas veces, obligatorias para los jueces. Podría añadir que no hay más razones para contemplar dichas pautas morales como parte del Derecho de las que hay para suponer que cuando una disposición jurídica prohíbe la construcción de edificios de más de diez metros de altura en determinada zona, o limita el peso al que determinados ascensores pueden ser sometidos a cuatrocientos kilogramos, el Derecho incorpora el sistema métrico decimal. Si bien este argumento puede convertir el debate entre ambos tipos de positivismo en un debate de palabras, esto es, en la adecuación de reconstruir el concepto de validez jurídica de una u otra manera, la tesis de la discreción judicial sigue siendo polémica. Y es así porque aunque no se incorpore al Derecho el sistema métrico decimal, las reglas (tal vez, constitutivas) de dicho sistema han de ser usadas por los jueces cuando deciden los casos a los que aplican normas que contienen expresiones que hacen referencia a tal sistema. Los jueces no tienen discreción en dichos casos. El problema que plantean las pautas morales es el de si son aptas para guiar el comportamiento de los jueces o, más bien, remiten a la discreción. Esta cuestión no puede ser resuelta por la distinción entre validez como pertenencia y validez como aplicabilidad.

8. La incorporación de la moral en el derecho

Según el positivismo jurídico incluyente es posible que la identificación del derecho dependa de argumentos morales, aunque también es posible

que no sea así. La conexión del derecho con la moralidad no es ni necesaria, ni imposible, sino que es contingente.¹⁹ Aunque esta cuestión suele vincularse con la de la posibilidad de que la propia regla de reconocimiento incluya razones morales entre los criterios de validez jurídica (como es claro en Hart, 2004), basta que tomemos ahora para nuestra discusión una tesis incorporacionista más débil (Leiter, 2002, 978): “las fuentes usuales del derecho –como las leyes y las disposiciones constitucionales– pueden incluir conceptos y consideraciones morales”.

Según dicha concepción, entonces, cuando las normas jurídicas incorporan conceptos o consideraciones morales, el derecho ha de identificarse mediante el uso de dichos conceptos y consideraciones. Y, por lo tanto, los jueces han de aplicar el derecho identificado mediante el recurso a la moralidad en los casos pertinentes. Así ocurre, según creo, en el caso de que los jueces hayan de decidir si determinadas sanciones son o no tratos inhumanos o degradantes: en dichos supuestos el razonamiento de los jueces deviene un razonamiento genuinamente moral.

Contra esta posibilidad se han presentado, en los últimos años, diversos argumentos.²⁰ Antes de analizar alguno de ellos, me propongo presentar las ideas de Nino al respecto, con la convicción de que su enfoque puede iluminar algunos aspectos de esta controversia.

9. Nino y el incorporacionismo

En un trabajo publicado póstumamente, (Nino, 1994), que recoge sus lecciones en un seminario largamente recordado en la Universitat Pompeu Fabra en Barcelona, Carlos Nino expuso algunas ideas que pueden ahora resultar iluminadoras para el debate que suscita la incorporación de la moralidad en el derecho.

19. Los precedentes de tal concepción pueden hallarse en Carrió (1971), Lyons (1977), Soper (1977), Coleman (1982) y Hart (1994). Las dos defensas más articuladas en Waluchow (1994) y Coleman (2001). Véase una presentación general en Himma (2002) y Moreso (2009, cap. 10).

20. Raz (1979, 2004); Ferrajoli (1989), Himma (que en Himma 1999 presentaba argumentos favorables al incorporacionismo) (2003, 2005, 2009); Bayón (2002a, 2002b); Dworkin (2006, 2011); Shapiro (2009, 2011); Marmor (2011). Algunos de estos argumentos son analizados en Moreso (2012).

Una primera contribución de Nino consiste en sostener, como después se ha dicho en repetidas ocasiones, que hay algunos sentidos en los que la tesis de la conexión necesaria entre el derecho y la moralidad es una obviedad, que nunca ha sido cuestionada seriamente por nadie.²¹ En especial, Nino trata de mostrar lo que denomina una conexión justificatoria de carácter necesario (Nino, 1994: cap. 2): dado que lo jueces cuando deciden los casos deciden sobre situaciones relevantes para otros seres humanos, entonces los jueces están sujetos a la moralidad y las últimas razones para sus acciones sólo pueden ser razones morales.²² También, apelando al rechazo del esencialismo conceptual, trata de mostrar (Nino, 2004: cap.1) que hay una pluralidad de conceptos de derecho, algunos de naturaleza descriptiva y otros de naturaleza normativa, para algunos de dichos conceptos la tesis de la conexión necesaria es verdadera, para otros es falsa. Recientemente Ronald Dworkin ha sostenido también la pluralidad de los conceptos de derecho (Dworkin, 2006).

Ahora bien, en donde Nino (1994: cap. 3) se acerca más a la aceptación de la tesis incorporacionista es allí donde elabora lo que denomina la conexión interpretativa entre el derecho y la moral (Nino, 1994: 128): “el derecho no puede ser interpretado si no se recurre, en momentos cruciales de esa tarea interpretativa, a consideraciones de índole moral”. Nino sostiene que cuando debemos asignar significado a términos de valor sólo podemos hacerlo apelando a consideraciones valorativas de carácter moral. Con lo que cabe pensar que Nino consideraba la tesis incorporacionista una tesis verdadera al menos para algunos conceptos de derecho.

10. Ethica more iuridico incorporata

Aquí no he discutido un argumento que a menudo se expone (Raz, 2004, Shapiro, 2009, Bayón 2002b, Marmor 2011) contra la tesis de la incorporación. Un argumento que es, en realidad, una instancia del argumento de la pendiente resbaladiza: si el derecho puede remitir algunas veces a la moralidad, entonces puede hacerlo siempre y, de tal modo, el derecho perdería su capacidad de resolver los conflictos me-

21. Véase en este sentido el clarificador trabajo de Gardner (2001: 221-225).

22. Para este segundo punto véase el sugerente estudio de Atienza-Ruiz Manero (2001).

dian­te reglas claras, pú­blicas y accesibles a todos. La razón que justifica resolver nuestros conflictos mediante normas jurídicas es que dichas normas son pú­blicas, accesibles a todos y capaces de poner fin a las discrepancias que podemos tener acerca de cómo debemos comportarnos en determinadas circunstancias. Si las normas jurídicas y, en especial, las normas constitucionales remiten a consideraciones morales, entonces no disponemos ya de normas pú­blicas, accesibles y opacas a las razones subyacentes. Como a veces se dice, las normas jurídicas entonces no realizarían ninguna *diferencia práctica*. La tesis de la diferencia práctica puede formularse del siguiente modo: si las pautas jurídicas aplicables por los jueces remiten a pautas morales, dichas pautas no están en condición de motivar la conducta de los jueces, porque dichas pautas no añaden nada a las razones que los jueces ya tendrían, si fueran racionales, para actuar. En otras palabras, las remisiones del Derecho a la moralidad bloquean la fuerza normativa del derecho, lo convierten en inerte normativamente, en superfluo. Nino (1994: 130-132) se refiere a un argumento similar al anterior como la paradoja de la superfluidad del derecho.

Creo que esta crítica cede por las razones que fueron articuladas por Nino (2004: 140-147) y que consisten en concebir el razonamiento jurídico como estructurado en dos niveles. En el nivel más básico, debe considerarse si el derecho positivo que ha de ser aplicado goza de un nivel aceptable de legitimidad y aquí las razones morales tienen un papel muy importante que representar. En el segundo nivel, en cambio, si el filtro de la legitimidad se considera superado entonces el razonamiento jurídico, como dice Nino, está “constreñido” y en este nivel los aplicadores del derecho sólo pueden acudir al razonamiento moral cuando son autorizados a ello. Por esta razón las remisiones a la moralidad son limitadas y no conducen a que siempre en la aplicación del derecho interviene activamente la argumentación moral²³ y, en segundo lugar, que la diferencia práctica del derecho va de la mano de su estructura institucional.²⁴

23. Una posición según la cual si se acepta el incorporacionismo entonces no hay modo plausible de detener la invasión del derecho por parte de la moralidad en Orunesu, Perot, Rodríguez (2005).

24. Para este segundo punto véase el sugerente estudio de Atienza-Ruiz Manero (2001).

Muchos supuestos de aplicación del derecho son opacos a las razones morales subyacentes. Cuando un juez rechaza una demanda por hallarse fuera de plazo, lo hace sin acudir a la razón subyacente que justifica, por razones de seguridad, estabilidad de las expectativas y adecuado funcionamiento de la administración de justicia, el hecho de poner límites temporales a la interposición de nuestras reclamaciones jurídicas. Sencillamente la rechaza por estar fuera de plazo. El recurso a las razones morales ha de estar reconocido, de un modo u otro, por las razones jurídicas. Cuando, por ejemplo, la constitución española prohíbe, en su artículo 15, los tratos inhumanos o degradantes, habilita al Tribunal constitucional (el único competente para apreciar la constitucionalidad de las leyes, en España) a razonar moralmente cuando se le plantea, por ejemplo, si es constitucional la norma penitenciaria que niega a algunos presos las denominadas comunicaciones íntimas.

Este último ejemplo puede servir también para comprender cómo la estructura institucional del derecho es la que permite a las normas con consideraciones morales realizar una diferencia práctica, conservar la fuerza normativa. Me explico: si la denegación de las comunicaciones íntimas a determinados presos es una norma de rango reglamentario, entonces un funcionario de prisiones no puede acudir al razonamiento moral para aplicarla, para él la norma es totalmente opaca a las razones subyacentes. En cambio, un juez de vigilancia penitenciaria puede considerarla inconstitucional, y como tal nula e inaplicable. Si, en cambio, se trata de una norma con rango de ley, entonces el juez sólo puede plantear una cuestión de inconstitucionalidad y es el Tribunal Constitucional el único competente para anularla. Es decir, en virtud de la estructura institucional dichas normas adquieren diverso peso normativo, tienen un grado de opacidad diferente para los diversos aplicadores del derecho. La incorporación de la moralidad en el derecho puede ser vista como el proceso de levantar progresivamente el velo de la opacidad de las reglas.

En resumen, la tesis incorporacionista es compatible con la tesis de la separación conceptual entre el derecho y la moral, puesto que el derecho incorpora pautas morales de manera contingente y dependiendo de cuál sea su contenido. Es también más apta para dar cuenta del indiscutible hecho de que nuestros textos constitucionales y legales, y también las decisiones de nuestros Tribunales, recurren a menudo al lenguaje de la moralidad. La tesis de la incorporación explica las razones, el alcance y los límites del espacio que la moralidad ocupa en la práctica institucional de creación y aplicación del derecho.