

PRELIMINARES

MORAL, JUSTICIA Y DERECHO

No resulta exagerado afirmar con Francisco Laporta que “el problema de las relaciones entre moral y derecho no es *un* tema de la filosofía jurídica, sino que es *el* lugar donde la filosofía del derecho *está*”.¹ Mucha tinta ha corrido en torno a esta temática y, como bien señala Ernesto Garzón Valdés, “difícilmente se encontrará algún filósofo del derecho que no haya dedicado alguna parte de su obra a intentar dilucidar sus posibles relaciones”.² De igual manera, como afirma Carlos Nino: “Pocas ideas despiertan tantas pasiones, consumen tantas energías, provocan tantas controversias, y tienen tanto impacto en todo lo que los seres humanos valoran como la idea de justicia”.³ Por supuesto, el problema de la justicia, en cuanto valor moral y político, tendrá que ver con la posición que se adopte para dilucidar las relaciones entre moral y derecho en un sentido amplio. Dos son las posibilidades básicas concebibles respecto a esta relación: la tesis de la separación o la tesis de la vinculación.

I. RELACIÓN ENTRE MORAL, JUSTICIA Y DERECHO

Durante las primeras décadas del siglo XX se impuso la tendencia, no a la vinculación, sino a la separación entre la ética y las ciencias humanas y sociales. Esta tendencia puede percibirse claramente en tres ejemplos significativos: el de Lionel Robbins en economía con su libro *Ensayo sobre la naturaleza y significado de la ciencia económica*, de 1935; el de Hans Kelsen en derecho con su *Teoría pura del derecho*, de 1934, y el de Julius Ayer en filosofía con su *Lenguaje, verdad y lógica*, de 1936,⁴ sin olvidar, por supuesto, los trabajos

¹ Laporta, Francisco, *Entre el derecho y la moral*, México, Fontamara, 1993, p. 7.

² Garzón Valdés, Ernesto, “Derecho y moral”, en Vázquez, Rodolfo (ed.), *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, Barcelona, Gedisa, 1998, p. 19.

³ Nino, Carlos S., “Justicia”, en Garzón Valdés, Ernesto y Laporta, Francisco (eds.), *El derecho y la justicia*, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, Madrid, Trotta-CSIC, 1996, p. 467.

⁴ Garzón Valdés, Ernesto, “La filosofía del derecho a fines del siglo XX”, inédito.

que tiempo atrás venía realizando Max Weber en el ámbito político y social. Todos estos autores asumían con más o menos diferencias la postura que en ética se conoce como no cognoscitivista.

Para Weber existe una nítida diferencia entre obrar según la máxima de una ética de la convicción, acorde con una moral de corte absolutista que ordena religiosamente hablando que “el cristiano debe obrar bien y dejar el resultado en manos de Dios”; o según una máxima de la ética de la responsabilidad, como la que ordena tomar en cuenta las consecuencias previsibles de la acción humana.⁵ Solo esta última es propia de una actitud explicativa o científica.

Por su parte, Robbins piensa que los juicios de valor de naturaleza ética debían ser desterrados del campo de la economía. Si se quiere hablar de una economía normativa, lo único que podía aceptarse era la formulación de reglas para el uso de recursos escasos, dentro del marco de un mercado libre, con miras a la obtención de fines dados de antemano o previamente establecidos. La justificación de estos fines superaría los límites de la razón.

En su *Teoría pura del derecho*, Kelsen aboga por una separación radical entre moral y derecho. Esta separación es la que aseguraría la “pureza” del derecho. A diferencia de la moral, cuyo sistema normativo es estático, el del derecho es dinámico, es decir, requiere para la creación de sus normas de actos volitivos dirigidos a la persecución de sus fines que, al igual que en Robbins, escapan a todo intento de justificación universalmente válida. Para Kelsen, si el positivismo jurídico quiere ser congruente, debe descansar en un relativismo axiológico. Como explica en su ensayo *¿Qué es la justicia?*, de 1953, ante un conflicto de valores o de intereses —que es el ámbito en el que hace su aparición el problema de la justicia— no hay posibilidad de ofrecer una respuesta objetiva, racional o científica: “En último caso es nuestro sentimiento, nuestra voluntad, no nuestra razón, lo emocional y no lo racional de nuestra conciencia, quien resuelve el conflicto”.⁶ Uno de los ejemplos para ilustrar este tipo de conflictos es el siguiente:

[...] a un esclavo o a un prisionero de un campo de concentración en donde la fuga es imposible, se le plantea el problema de saber si el suicidio es moral o no. [...] La solución depende de la decisión que determina cuál de los valores, vida o libertad, es superior. Si la vida es el valor más alto, el suicidio es injusto, si lo es la libertad y si una vida sin libertad no tiene valor alguno, el suicidio no es entonces tan solo permitido sino exigido. Es el problema de la jerarquía

⁵ Véase Weber, Max, *El político y el científico*, trad. de Francisco Rubio Llorente, Madrid, Alianza Editorial, 1967, pp. 163-164.

⁶ *Ibidem*, p. 20.

entre el valor de la vida y el valor de la libertad. En este caso solo es posible una solución subjetiva, una solución que únicamente tiene valor para el sujeto que juzga y que en ningún caso alcanza la validez universal que posee, por ejemplo, la frase que afirma que el calor dilata los metales. Este último es un juicio de realidad y no de valor.⁷

Para Ayer, los enunciados éticos o metafísicos no pueden ser verificados empíricamente y la filosofía debe limitarse a un riguroso análisis del lenguaje. Los juicios éticos, a su vez, se reducirían a expresiones de estado de ánimo de aprobación o de rechazo. En la filosofía del derecho, Alf Ross, digno representante del realismo jurídico escandinavo, recogería esta versión emotivista de la ética en su libro *Sobre el derecho y la justicia*, de 1958, en el que sostendría que:

Las palabras “justa e “injusta” (o “correcta” o “incorrecta”) tienen sentido cuando se aplican para caracterizar la decisión hecha por un juez, o por cualquier otra persona que debe aplicar un conjunto determinado de reglas. [...] Pero aplicadas para caracterizar una regla general o un orden, las palabras “justo” e “injusto” carecen de significado. [...] Invocar la justicia es como dar un golpe sobre la mesa: una expresión emocional que hace de la propia exigencia un postulado absoluto. Esta no es una manera adecuada de obtener comprensión mutua. Es imposible tener una discusión racional con quien apela a la “justicia”, porque nada dice que pueda ser argüido en pro o en contra. Sus palabras constituyen persuasión, no argumento.⁸

Hasta la década de los cincuenta, la posición no cognoscitivista fue la predominante en el pensamiento iusfilosófico.⁹

La Segunda Guerra Mundial provocó una enorme conmoción que se extendió desde la total desconfianza en la razón hasta el intento de buscar nuevas vías teóricas para superar el escepticismo ético. Una de estas vías se dio a partir de un renacimiento del iusnaturalismo que, desde 1945, se prolongó con fecundidad hasta principios de los setenta. Este clima de complacencia fue registrado por el filósofo del derecho español Luis Recaséns Siches en una de sus últimas obras:

⁷ Kelsen, Hans, *¿Qué es la justicia?*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, México, Fontamara, 1991, pp. 20-21.

⁸ Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, trad. de Genaro Carrió, Buenos Aires, Eudeba, 1994, p. 267.

⁹ George Nakhnikian ofrece un buen análisis de estas corrientes éticas y su relación con el derecho en su libro *El derecho y las teorías éticas contemporáneas*, trad. de Eugenio Bulygin y Genaro Carrió, 1957, México, reed. por Fontamara, 1991.

Es un hecho patente, pues está ahí entre nosotros que, en términos generales, la filosofía jurídica del siglo XX —en un gran número de sus producciones— se caracteriza por un vigoroso renacimiento de la axiología o estimativa; y que en sus desarrollos durante los últimos veinticinco años (1945-1970), además, se caracteriza, dentro de la estimativa, por un renacimiento de tesis de Derecho natural [...] se ha producido en el siglo XX lo que puede llamarse el Segundo Renacimiento Iusnaturalista, lleno de ímpetu, y a la vez, de rigor filosófico, en nuevas meditaciones de ejemplar precisión mental y con plena conciencia estricta de los problemas y de los renovados métodos que se deben emplear para el enfoque y el tratamiento de estas cuestiones.¹⁰

Al pasar revista de los nombres representativos de este “Segundo Renacimiento Iusnaturalista”, citados por Recaséns —Brunner, Messner, Verdross, Maihofer, Welzel, Maritain, Lecrecq, Villey, Bodenheimer, Fuller, Legaz y Lacamabra, Preciado Hernández, entre otros—,¹¹ uno no podría más que compartir el entusiasmo de un filósofo que, como el propio Recaséns, ve un futuro prometedor para la doctrina del derecho natural. La realidad, sin embargo, lo desmintió.¹² En no pocos casos, el iusnaturalismo ha terminado mostrando un carácter ideológico muy cercano a posiciones ético-religiosas que por lo general resultaron difícilmente coherentes con los postulados de doctrinas democrático-liberales. En otros casos, ha comulgado con lo que algunos autores han llamado iusnaturalismo ontológico, cuyos representantes no terminaron de superar ciertos problemas lógicos, como es el de la llamada “falacia naturalista”, o bien, problemas epistemológicos, como la creencia en el carácter absoluto e inmutable de la verdad y de los principios morales.

Una versión menos rígida del iusnaturalismo, que podría denominarse “iusnaturalismo deontológico”, que sin duda resulta más atractiva que el

¹⁰ Recaséns Siches, Luis, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica “razonable”*, México, FCE-UNAM, 1971, pp. 309 y 319.

¹¹ Recaséns Siches, Luis, *Pensamiento jurídico en el siglo XX*, México, Porrúa, 1963.

¹² A este respecto, véase el testimonio personal de Roberto Vernengo publicado en el número inaugural de la revista *Doxa*, Alicante, 1984, pp. 253-255. Cito un pasaje ilustrativo: “Ese mundo cristalino de esencias, regiones eidéticas, categorías y condiciones de posibilidad, se nos vino abajo, a principios de los cincuenta, con el simple y modesto ensayo de von Wright sobre la lógica deóntica. Carnap, Reinchenbach, Tarski, Wittgenstein comenzaron a resonar en la Facultad de Derecho, donde hasta ese entonces solo oíamos hablar de Kant, Husserl y Heidegger [...]. Por cierto, que Cossio y Gioja, partiendo de su formación fenomenológica, nos habían disuadido de tomar demasiado en serio las construcciones y la terminología del tomismo, y ello tanto más, cuando el iusnaturalismo tomista significaba en la Argentina, entonces y ahora, como en España por esos años, la versión oficial reaccionaria y oscurantista en el plano político”.

iusnaturalismo de corte absolutista y confesional, es la que presenta Gustav Radbruch, quien ejercerá una gran influencia en un autor contemporáneo como Robert Alexy a partir del uso de la llamada “cláusula Radbruch”, así como en decisiones judiciales como la del Tribunal Constitucional Federal de Alemania en el caso conocido como *Los guardianes del muro*.¹³

En un esfuerzo de síntesis se podría decir que los partidarios del iusnaturalismo ontológico aceptan, con más o menos énfasis, las siguientes premisas:

- a) Existe un nexo necesario entre moral y derecho. La validez del derecho se fundamenta en la moral.
- b) Una ley, para ser válida, debe ser justa.
- c) El derecho natural se deduce de la naturaleza humana.
- d) Existe uno y solo un principio de ley natural que desde el punto de vista formal se formularía: “se debe procurar el bien y evitar el mal”; y desde el punto de vista material: “para todo x , x es moralmente recto si es un acto conforme a la naturaleza humana”.
- e) El último fundamento de validez de la ley natural es la ley eterna.

Por su parte, el iusnaturalismo deontológico partiría de los siguientes enunciados:

- a) Existe un nexo necesario entre moral y derecho. La validez del derecho se fundamenta en la moral.
- b) No se sigue necesariamente que una ley, para ser válida, deba ser justa. Un derecho injusto sigue siendo válido, aunque sea una “corrupción de ley”.
- c) El derecho no se deduce de la naturaleza humana. El deber ser no puede inferirse del ser, a menos que se incurra en la falacia naturalista. La ley natural es el conjunto de principios prácticos autoevidentes que prescriben lo que debe ser.
- d) Existe una pluralidad de principios prácticos de acuerdo con la pluralidad de inclinaciones naturales de los individuos. Estas inclinaciones naturales, en cuanto bienes básicos, son inconmensurables y, por tanto, no susceptibles de jerarquización.

¹³ Tribunal Constitucional Federal de Alemania, BVerfG EuGRZ 1996, 538, 24 de noviembre de 1996, en Guibourg, Ricardo, “De los guardianes del muro”, en *Teoría general del derecho*, Buenos Aires, La Ley, 2003, col. de Análisis Jurisprudencial.

- e) Los principios prácticos normativos, en cuanto principios autoevidentes, no requieren de una ulterior fundamentación en la ley eterna.

De regreso con Radbruch, habría que distinguir diversos grados de injusticia, y no siempre el derecho positivo debe ceder ante una situación injusta:

Siendo, por tanto, la seguridad jurídica una forma de la justicia, tenemos que la pugna de la justicia con la seguridad jurídica representa un conflicto de la justicia consigo misma. Por eso este conflicto no puede ser resuelto de una manera unívoca. Trátase de una cuestión de grado: allí donde la injusticia del derecho positivo alcance tales proporciones que la seguridad jurídica garantizada por el derecho positivo no represente ya nada en comparación con aquel grado de injusticia, no cabe duda de que el derecho positivo injusto deberá ceder el paso a la justicia.¹⁴

Para Radbruch, como lo será para Alexy, y de acuerdo con una larga tradición,¹⁵ la justicia consiste en “dar a cada quien lo suyo” —*suum cuique tribuere*—, por lo que el objeto de la justicia no abarca todo el ámbito de la moral, sino aquella parte que se ocupa de la distribución y de la compensación. Ambas corresponden al ámbito particular de la justicia que debe distinguirse de su carácter general o legal. La justicia distributiva tiene que ver típicamente con la asistencia social y los impuestos; mientras que la justicia como compensación o conmutativa comprende tres situaciones básicas: la relación entre pena y culpa; entre daño y restitución, y entre prestación y contraprestación, es decir, tanto las relaciones contractuales como las extracontractuales.¹⁶

En los años de posguerra, no mejor suerte que la del iusnaturalismo ontológico corrió el positivismo jurídico. En su vertiente ideológica ha pretendido justificar la obediencia incondicional al derecho a partir de la validez

¹⁴ Radbruch, Gustav, *Introducción a la filosofía del derecho*, trad. de Wenceslao Roces, México, FCE, 1951, p. 44.

¹⁵ Véase Aristóteles, *Ética nicomaquea*, lib. V, v. 1130b-1131a, trad. de Antonio Gómez Robledo, México, UNAM, 1954: “De la justicia particular y de lo justo según ella, una forma tiene lugar en las distribuciones de honor o de riquezas o de otras cosas que puedan repartirse entre los miembros de la república, en las cuales puede haber desigualdad e igualdad entre uno y otro. La otra forma desempeña una función correctiva, en las transacciones o conmutaciones privadas. De esta, a su vez, hay dos partes, como quiera que de las transacciones privadas unas son voluntarias y otras involuntarias”.

¹⁶ Véase Alexy, Robert, *La institucionalización de la justicia*, trad. de José Antonio Seoane, Granada, Comares, 2005, pp. 55-57.

de las normas, favoreciendo, al igual que el iusnaturalismo extremo, posiciones abiertamente antidemocráticas. Su vocación neutralista con respecto a la moral lo condujo a un callejón sin salida para una posible justificación integral del derecho. Asimismo, desde el punto de vista teórico, el positivismo jurídico fue objeto de innumerables críticas —especialmente por los defensores del realismo jurídico— por su cercanía con una concepción estatista del derecho en un momento donde lo que se cuestionaba precisamente era el concepto cerrado de soberanía estatal.

Los juicios de Núremberg, que se llevaron a cabo del 20 de noviembre de 1945 al 1 de octubre de 1946, pusieron a prueba las diferencias entre las concepciones iusnaturalistas y positivistas, y la legitimidad de los mismos fue cuestionada severamente bajo el principio de no retroactividad y taxatividad en la aplicación de la ley penal internacional.¹⁷

Desde fines de los cincuenta y principios de los sesenta, con la obra de Norberto Bobbio y de Herbert Hart —y en México con Eduardo García Máynez—, se comenzó a tomar conciencia de la necesidad de superar críticamente los paradigmas tradicionales, suavizándolos o simplemente buscando nuevas alternativas. La polémica “dura” entre iusnaturalistas y iuspositivistas comenzó a diluirse para dar lugar a puntos de vista no solo más ajustados a la realidad, sino más fecundos en sus propuestas teóricas.

II. SUPERACIÓN DE LOS ENFOQUES TRADICIONALES

Herbert Hart, en su libro *El concepto de derecho*, de 1961, intentó, entre otros propósitos, refutar la teoría de Austin y en parte la de Kelsen; y explicar la normatividad jurídica manteniendo la tesis de la separación entre moral y derecho. Más allá del éxito alcanzado por Hart en su doble propósito, lo cierto es que la rigidez en la confrontación entre iusnaturalistas y positivistas se suavizó apelando a la distinción entre “punto de vista interno” y “punto de vista externo” con respecto a las normas, y también con su

¹⁷ Véase la recreación de los juicios de Núremberg que propone Nino, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho*, España, Ariel, 2003, pp. 18-27, en la que pone a dialogar las diferentes concepciones del derecho, como en su momento (1949) lo hizo Fuller, Lon, *El caso de los exploradores de cavernas*, trad. de Genaro Carrió y Leopoldo Niilus, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2002, con base en “El caso de la Mignonette”: *Reino Unido, High Court of Justice (Queen’s Bench Division), Her Majesty The Queen vs. Tom Dudley and Edwin Stephens*, 14 Q.B.D. 273, 1884, en Gustav Radbruch, *El espíritu del derecho inglés*, trad. de Fernando Vela, España, Revista de Occidente, 1958.

propuesta de un “contenido mínimo de derecho natural”, inspirada en el empirismo de Hume.

Si bien Hart acepta la tesis de la separación entre moral y derecho como característica del positivismo jurídico en general, hay que distinguir esta tesis con respecto a otras, propias del positivismo utilitarista y del positivismo formalista. Hart identifica cinco significados de “positivismo”:

- a) La pretensión de que no existe conexión necesaria entre el derecho y la moral.
- b) La pretensión de que el análisis (o estudio del significado) de los conceptos jurídicos es algo que vale la pena hacer y algo que debe ser diferenciado de las indagaciones históricas sobre las causas u orígenes de las normas, de las indagaciones sobre la relación entre el derecho y otros fenómenos sociales, y de la crítica o evaluación del derecho, ya sea en términos de moral, objetivos sociales u otros.
- c) La pretensión de que las leyes son órdenes de seres humanos (teoría imperativa de las normas).
- d) La pretensión de que un sistema jurídico es un “sistema lógicamente cerrado” en el que las decisiones jurídicas correctas pueden ser deducidas de normas jurídicas predeterminadas por medios lógicos, sin referencia a propósitos sociales, estándares morales o líneas de orientación.
- e) La pretensión de que los juicios morales no pueden ser establecidos o defendidos, como lo son los juicios de hecho, por argumentos, pruebas o demostraciones racionales (teorías no cognoscitivistas).¹⁸

Si aceptamos estas premisas, Austin, por ejemplo, estaría de acuerdo con los tres primeros significados de positivismo, pero rechazaría los dos últimos; Hart aceptaría con Austin *a)* y *b)* y el rechazo de *d)*, pero se aparta con respecto a *c)* y propone además una postura intermedia entre el cognoscitivismo y el no cognoscitivismo. El positivismo jurídico, entonces, debe matizarse.

Con respecto al “punto de vista interno”, vale preguntarse si para Hart este supone un punto de vista moral, no solo en términos de un nexo contingente, sino sobre todo necesario. Si se admite que el “punto de vista interno” es una condición necesaria para la existencia de un orden jurídico

¹⁸ Hart, Herbert, “El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral”, en *Harvard Law Review*, 1958, trad. de Genaro Carrió, en *H. L. A. Hart: Derecho y moral, contribuciones a su análisis*, Buenos Aires, Depalma, 1962.

positivo y se distingue de un “punto de vista externo”, y ambos se refieren a las razones que se pueden tener para obedecer al derecho, entonces debe aceptarse que las razones prudenciales corresponden al “punto de vista externo”, y las morales o críticas al “punto de vista interno”. Esta interpretación parece confirmarse en las propias palabras de Hart:

Lo que es necesario es que haya una actitud crítica reflexiva con respecto a ciertas pautas de comportamiento como un criterio común y que esto se manifieste en crítica (incluyendo la autocrítica), en pedidos de conformidad y en el reconocimiento de que tal crítica y exigencias estén justificadas, todo lo cual encuentra su expresión característica en la terminología de “debe”, “tiene que” y “debería”, “correcto”, “falso”.¹⁹

Por lo que hace al “contenido mínimo de derecho natural”, si bien es patente la deuda de Hart con Hobbes, y especialmente con Hume, en la pretensión de deslindar al derecho natural de todo componente teológico y metafísico, y secularizarlo empíricamente poniendo de manifiesto las “circunstancias” de la justicia —vulnerabilidad, igualdad aproximada, altruismo limitado, recursos escasos, y comprensión, inteligencia y fuerza de voluntad limitadas, en los seres humanos—, lo cierto es que no podemos desentendernos del todo de un elemento teleológico en la naturaleza. En palabras de Hart, tal componente teleológico:

[...] persiste en alguna de las formas en que pensamos en los seres humanos y hablamos de ellos. El mismo está latente cuando caracterizamos a ciertas cosas como *necesidades* humanas que es bueno satisfacer y en ciertas cosas hechas a seres humanos, o sufridas *por* ellos, como *daños* o lesiones. Así, aunque es verdad que algunos hombres pueden rehusarse a comer o a descansar porque quieren morir, concebimos al comer y al descansar como algo más que cosas que los hombres hacen o simplemente desean. La comida y el descanso son necesidades humanas, aunque algunos se niegan a aceptarlas cuando las necesitan. Por ello decimos no solo que es natural que todos los hombres coman y duerman, sino que todos los hombres deben comer y dormir, o que es naturalmente bueno hacer esas cosas.²⁰

¿Tránsito indebido del ser al deber ser? Es probable, pero quizás no debamos, en la práctica, ser tan rigurosos y pensar que existe un abismo entre el ser y el deber ser, y tenga razón Mario Bunge cuando afirma que:

¹⁹ Hart, Herbert, *El concepto de derecho*, trad. de Genaro Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963, p. 72.

²⁰ *Ibidem*, pp. 235-236.

[...] si me digo que debo pagar mi deuda y la pago, cruzo el abismo entre el deber ser y el ser. De la misma manera, cuando tomo nota de una situación injusta y resuelvo remediarla, recorro la vía inversa. Lo que separa el ser del deber ser es un abismo conceptual o lógico, pero en la práctica no es un cisma insuperable: es una mera zanja y podemos saltar por encima de ella.²¹

Para Hart, moral y justicia no son coextensivos. Hart, por lo común, diría de un padre que ha tratado con crueldad a su hijo, que ha hecho algo moralmente malo, pero no injusto. Lo justo tiene que ver más bien con el equilibrio, la proporción, lo equitativo. El padre sería injusto si tratara desigualmente a sus hijos discriminando a alguno de ellos aplicando una normatividad que exige un trato equitativo. La justicia se mueve en un entorno público, supone relaciones intersubjetivas como lo exige la misma noción de igualdad.

Asimismo, debe distinguirse entre justicia formal y material. Desde el punto de vista jurídico, no resulta absurdo que una ley injusta, que prohíbe el acceso de gente de color a un parque, sea administrada con justicia: solo se condenarían a los que la transgreden. Esta situación, que nos resulta intuitivamente inadmisibles desde el punto de vista de la justicia material, nos plantea el interrogante de: ¿qué cosas son relevantes o irrelevantes en los seres humanos? Para Hart hay una preconcepción de la naturaleza humana por la que entendemos que los seres humanos deben ser tratados con igualdad, y que color, estatura, creencias religiosas, sexo, son características irrelevantes. Esta preconcepción antropológica en términos del principio de no discriminación parece que se constituye como un valor inherente al derecho en términos de justicia y cabría preguntarse si no debería formar parte del mismo “contenido mínimo de derecho natural”.

A partir de Norberto Bobbio resulta necesario distinguir entre diferentes enfoques desde los cuales se puede analizar el positivismo o el iusnaturalismo. En una serie de ensayos escritos a principios de los años sesenta, reunidos posteriormente bajo el título *El problema del positivismo jurídico*,²² Bobbio distingue tres puntos de vista desde los cuales debe entenderse tal concepción: como aproximación o enfoque —que en un sentido amplio podríamos llamar “metodológico”—, como “teoría” y como “ideología”.

Desde el punto de vista metodológico, el positivismo jurídico “asume frente al derecho una actitud avalorativa u objetiva o éticamente neutral; es

²¹ Cit. por Ernesto Garzón Valdés, en Vázquez, Rodolfo (ed.), *Derecho y moral...*, cit., p. 47.

²² Bobbio, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1965; reed. en México, Fontamara, 1991.

decir, acepta como criterio para distinguir una regla jurídica de una no jurídica la derivación de hechos verificables [...] y no la mayor o menor correspondencia con cierto sistema de valores”. Este *approach* “científico” en el estudio del derecho supone asumir una perspectiva descriptivista. Cualquier introducción valorativa vulneraría la pretensión de cientificidad y convertiría a la ciencia jurídica en “política jurídica”, es decir, en un conocimiento de tipo prescriptivo.

Por lo que respecta al positivismo jurídico entendido como “teoría”, Bobbio lo resume en cinco tesis básicas:

1. El derecho es coactivo, es decir, es un sistema de normas que se aplican por la fuerza o cuyo contenido reglamenta el uso de la fuerza.
2. La norma jurídica es imperativa, es decir, debe entenderse como mandato.
3. La supremacía de la ley sobre las otras fuentes del derecho y la reducción de estas últimas a fuentes subordinadas o aparentes.
4. El ordenamiento jurídico entendido como un sistema al que se atribuye el carácter de plenitud o ausencia de lagunas y de coherencia o falta de antinomias.
5. Por último, la consideración de la actividad del jurista o del juez como actividad esencialmente lógica o aplicación mecánica de la norma bajo el criterio de subsunción.

Finalmente, en cuanto ideología, el positivismo jurídico asume la creencia en ciertos valores y confiere al derecho que es, por el solo hecho de existir, un valor positivo. De acuerdo con el mismo Bobbio, un positivista puede argumentar a favor del valor positivo del derecho, bien sea haciendo coincidir el juicio de justicia o de injusticia de las leyes con el juicio sobre su validez o invalidez, o bien mostrando que la sola existencia del derecho, independientemente del valor moral de sus reglas, sirve para la obtención de ciertos fines deseables como el orden, la paz, la certeza, la justicia legal. Con cualquiera de las argumentaciones, lo que se concluye es que la obediencia a las normas jurídicas es un deber moral. Sea por su validez o por la preservación de ciertos “valores intrajurídicos”, el derecho debe ser obedecido no solo por temor a la sanción, sino por deber moral.

Entre los tres puntos de vista o aspectos del positivismo jurídico no existe un nexo necesario, sino contingente, fáctico o histórico. Se puede ser positivista “metodológico” y no serlo desde el punto de vista teórico o ideológico. Por ello se comprende el siguiente testimonio del propio autor:

Creo que el modo más prudente de responder a la pregunta acerca de si cierto autor es jusnaturalista o positivista, es decir, con un gesto de cautela "... depende". Depende del punto de vista en el cual uno se coloca para juzgarlo. Puede suceder que sea positivista desde un cierto punto de vista y jusnaturalista desde otro. En la medida en que sea útil, pongo como ejemplo mi caso personal: ante el enfrentamiento de las ideologías, donde no es posible ninguna tergiversación, soy jusnaturalista; con respecto al método soy, con igual convicción, positivista; en lo que se refiere, finalmente, a la teoría del derecho, no soy ni lo uno ni lo otro.²³

La misma distinción entre los aspectos "metodológico", "teórico" e "ideológico" sirve a Bobbio para su concepción de la filosofía del derecho en un sentido amplio, es decir, como aquella disciplina que se ocupa:

1. De la metodología que adoptan los juristas para comprender, interpretar e integrar las normas del o de los ordenamientos jurídicos (teoría de la ciencia jurídica).
2. De la determinación del concepto de derecho a partir de una reflexión sobre las normas y el ordenamiento jurídico (teoría del derecho).
3. De las relaciones del derecho con los principios de justicia y, en general, con los valores básicos que cohesionan normativamente una sociedad: libertad, igualdad, bienestar, por ejemplo (teoría de la justicia).²⁴

Es en este último aspecto como entendemos, con Bobbio, una teoría de la justicia, es decir, como constitutiva, como parte integral de la filosofía del derecho.

Al jurista, en cuanto jurista, también le compete determinar el concepto de derecho y establecer y tomar posición frente a una concepción de la justicia. El filósofo del derecho debe asumir una posición justificatoria de las normas jurídicas, "punto de vista interno", o del participante, para usar la terminología de Hart, que incorpore los principios de justicia de forma crítica para dar cuenta de los problemas contemporáneos a los que un jurista, en cuanto jurista, no puede y no debe renunciar.

Para Eduardo García Máynez, los conceptos de validez intrínseca (iusnaturalismo), validez formal (positivismo) y positividad (realismo jurídico) no corresponden a un solo objeto, con lo cual el derecho es susceptible de

²³ *Ibidem*, p. 89.

²⁴ Véase Bobbio, Norberto, "Naturaleza y función de la filosofía del derecho", en Ruiz Miguel, Alfonso (ed.), *Contribución a la teoría del derecho*, Madrid, Debate, 1990, pp. 91 y ss.

tener tres definiciones diversas. Pero esta división solo tiene un valor teórico y la reunión de las tres notas en todos y cada uno de los preceptos que forman un ordenamiento jurídico constituyen un caso límite o ideal de realización de la justicia. Por ello afirma con claridad:

La superación de tal diversidad no estriba en referir las nociones de validez formal y validez intrínseca a un concepto genérico de validez, ni en una reducción semejante de los términos derecho vigente, derecho justo y derecho positivo, sino en el establecimiento de un orden jurídico que además de tener validez formal, valga de manera objetiva y goce de eficacia. Si la solución del problema no puede hallarse en la órbita de la teoría, habrá que buscarla en el terreno de la acción.²⁵

Esto es lo que Máynez denominó *la idea jurídica y su desarrollo dialéctico*. ¿Qué entiende Máynez por esta idea?:

El dualismo normativo aparece como oposición *transitoria y relativa* de los momentos iniciales de un solo desarrollo, que encuentra su culminación en la síntesis superadora de esos momentos. La realización —y oposición pasajera— entre el ideal no realizado y la realidad que para afirmarse niega los principios que le confieren sentido, encuentra su cumplimiento y elimina todo antagonismo cuando la idea se transforma en realidad y esta realiza la idea. *La pugna entre los dos criterios queda superada en el tercer estadio del proceso, al coincidir en un solo orden jurídico los atributos de validez intrínseca, validez formal y positividad.*²⁶

Para García Máynez, los iusnaturalistas clásicos cometían el error de pensar que era posible construir todo un sistema de derecho natural sobre unos pocos principios básicos, ignorando la relatividad esencial de los valores jurídicos, en conexión con las circunstancias cambiantes de espacio y tiempo. Por su parte, el positivismo jurídico caía en el error de creer que el derecho natural era irrealizable, ya que en cuanto se positivizaba quedaba destruida su propia idea.

Según García Máynez, lo que ninguno llegó a comprender, y que ya había visto con claridad Nicolai Hartmann, es que existe una tendencia hacia lo ideal inmanente en lo positivo. Dicho en otros términos: todo derecho positivo tiene la “pretensión de ser justo”. Que así sea es algo que se percibe

²⁵ García Máynez, Eduardo, *La definición del derecho*, México, Universidad Veracruzana, 1960, p. 245.

²⁶ *Ibidem*, p. 249. Véase también del mismo autor *Filosofía del derecho*, México, Porrúa, 1974, p. 517; *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*, México, Fontamara, 1993, p. 174; y *Diálogos jurídicos*, México, Porrúa, 1978, p. 433.

en los mismos regímenes de tipo dictatorial más acentuado, que —sin prejuzgar sobre la calidad de su valoración— quieren persuadir y pregonar que su derecho es un orden justo. En los sistemas democráticos, piensa García Máynez, existe en el propio legislador una determinación axiológica por principios jurídicos ideales, puesto que la determinación del contenido de la ley solo puede hacerse a la luz de criterios de orden material; asimismo, en los órganos judiciales, ante las situaciones de casos no previstos por el legislador —lagunas en la ley—, o bien, de aplicación analógica de la misma, se recurre a criterios ultrapositivos de valoración.

De esta manera, la *idea del derecho (o ideal)*, en cuanto afirmación de que el sentido del derecho consiste en la realización de valores concretos, es la raíz del iuspositivismo y del iusnaturalismo. Por ello, quien acepte que la verdadera seguridad es la fincada en la justicia y que la eficacia de un orden injusto es siempre relativa, no podrá aceptar que justicia y seguridad sean valores antagónicos:

Si la legalidad es valiosa, su valor depende precisamente de ese mínimo de justicia que a través de ella se logra. Comparada con la anarquía, no hay duda de que es un valor positivo; mas de aquí no debe inferirse que tal valor sea el supremo entre los jurídicos ni, menos aún, que se oponga al de lo justo. Lo que ocurre es precisamente lo contrario: *la regulación legal vale en la medida que asegura cierto grado de igualdad y de justicia.*²⁷

Hay mucho de cierto en estas reflexiones de García Máynez. Varios filósofos del derecho contemporáneos se alinean en torno a la defensa de la “tesis de la vinculación” entre moral y derecho. Tal es el caso, como hemos visto, de Robert Alexy con su idea de la “pretensión de corrección” como un elemento necesario del concepto de derecho; o de Ernesto Garzón Valdés, que extiende la idea de “pretensión de corrección” de Alexy a la idea de “pretensión de legitimidad” de los sistemas jurídico-políticos; o bien, la idea de Otto Brusiin y el mismo Garzón Valdés con el argumento, que ya encontramos en García Máynez, de la interrelación entre seguridad y un mínimo de justicia.

Sostener la tesis de la vinculación entre moral y derecho en las versiones “débiles” que he mencionado no compromete a estos autores con las propuestas iusnaturalistas en sus presentaciones paradigmáticas. Por otra parte, todos ellos se declaran al mismo tiempo “normativistas”, es decir, reconocen que la ciencia del derecho solo puede construirse a partir del análisis de las

²⁷ García Máynez, Eduardo, *La definición del derecho...*, cit., p. 253.

normas puestas o positivas. Creo que en esta misma dirección cabe situar la posición de García Máynez. Quizás, con respecto al debate entre iusnaturalistas y positivistas, las propuestas superadoras como la de Máynez nos hagan caer en la cuenta, de una vez por todas, de que tal debate merece ya un descanso y deba quedar justamente situado como un capítulo más de una buena historia de las ideas jurídico-filosóficas.

III. UN ANTES Y UN DESPUÉS EN LA TEORÍA DE LA JUSTICIA

En 1971, John Rawls publica *A Theory of Justice*,²⁸ el intento más serio —junto con el de Jürgen Habermas— de ofrecer una fundamentación racional de las normas morales. La obra de Rawls no solo ha tenido una influencia directa en la reformulación de la relación entre derecho y moral, sino que también ha estimulado el interés de muchos filósofos del derecho por la filosofía política y la filosofía de la economía. Como afirma Ronald Dworkin:

Rawls no se percibió a sí mismo como filósofo del derecho, y si bien en su obra se encuentran muchas discusiones jurídicas importantes [...] realizó sus principales contribuciones a la teoría jurídica a través de su filosofía política, puesto que la teoría jurídica es un departamento de la filosofía política y Rawls escribió de manera abstracta sobre toda la disciplina.²⁹

La obra de Rawls marca una inflexión notable en los estudios sobre la justicia y no resulta exagerado hablar de un antes y un después a partir de su obra. En un sentido, es legítimo considerar a la obra de Rawls como un cierre de un periodo —los sesenta— caracterizado por demandas sociales de colectivos histórica y culturalmente discriminados, de propuestas democráticas en línea con un Estado de bienestar y de un replanteamiento radical de la actividad judicial con un protagonismo más decidido de los tribunales federales y de las cortes supremas de justicia. Pero la propuesta rawlsiana también ha significado, hasta nuestros días, una reivindicación de la ética desde un punto de vista deontológico-neocontractualista que inaugura un modo de acercamiento, y una justificación de la actividad humana que re-

²⁸ Rawls, John, *Teoría de la justicia*, trad. de María Dolores González, 2ª ed., México, FCE, 1995.

²⁹ Dworkin, Ronald, “Rawls and the Law”, Keynote Address Professor Ronald Dworkin llevada a cabo el 7 de noviembre de 2003 en la Fordham University School of Law Conference, y publicada en la *Fordham Law Review*, vol. 72, núm. 5, 2004, p. 1387.

percutirá en todos los ámbitos de la filosofía social, desde la filosofía política y económica hasta nuestra disciplina filosófico-jurídica.

Por lo pronto, vale la pena tener en mente la distinción que Rawls propone entre *concepto* y *concepciones* de justicia. Con respecto al concepto de justicia, Rawls acepta su carácter intersubjetivo, alteritario, así como su relación con la idea de asignación de derechos y obligaciones, cargas y beneficios, entre los individuos. Asimismo, tal asignación se puede dar bajo ciertas “circunstancias” de la justicia tanto objetivas como subjetivas, tal como habían establecido autores como Hume y Hart. Este núcleo básico en el que coincidirían todos los teóricos, desde Aristóteles hasta los contemporáneos, será el punto de partida para las diversas concepciones que desarrollaremos en los siguientes capítulos de este libro, comenzando por la del propio Rawls con su propuesta de una justicia como imparcialidad.

IV. *PRAELUDIUM*. UN PROBLEMA JURÍDICO... Y MORAL: ¿CASTIGO PRUDENCIAL O GARANTISTA?

El tema de la sanción, las penas o el castigo ha ocupado la atención de los filósofos del derecho de una forma recurrente a lo largo de la historia. Mi propósito en este apartado es presentar el debate sobre su justificación tomando como punto de partida la propuesta del filósofo mexicano del derecho Ulises Schmill. Espero con ello, desde estas Preliminares y de forma introductoria, dar cuenta de la importancia de las relaciones entre derecho y moral, y mostrar las implicaciones que puede tener esta relación para una teoría de la justicia.

Una de las ideas directrices en la obra de Schmill es la distinción que toma de Max Weber entre “ética de la convicción” y “ética de la responsabilidad”. Esta distinción sirve de marco teórico para determinar dos modelos explicativos de decisiones y, con ellos, dos modelos posibles de interpretación jurídica.³⁰ Ambos modelos sirven también para dar cuenta de dos tendencias observables en la conducta humana. La primera tiene que ver con los intereses del sujeto sancionador, buscando su satisfacción en la retribución; la segunda tiene por objeto obtener la explicación de la conducta delictiva. Schmill las denomina “actitud normativa” y “actitud explicativa”, respectivamente. La “actitud normativa” responde a una ética de la convicción, mientras que la “actitud explicativa” responde a una ética de la responsabilidad.

³⁰ Véase Schmill, Ulises, “Interpretación del derecho y concepciones del mundo”, en *Teoría del derecho y del Estado*, México, Porrúa, 2003.

Tomando como punto de partida este marco conceptual, mi interés específico en este apartado es presentar los dos modelos en los términos de Schmill, su crítica a una ética de la convicción y su preferencia por una ética de la responsabilidad;³¹ proponer una tercera alternativa señalando algunas limitaciones a la propuesta de Schmill, e intentar dar una respuesta a la pregunta sobre el tipo de castigo a aplicar en el marco de la llamada justicia transicional. En este último punto ejemplificaré haciendo una mención especial al problema, dramáticamente contemporáneo, de la impunidad de la que suelen gozar los violadores de los derechos humanos.

1. *Ética de la convicción o modelo “Cleón-absolutista”*

De forma clara y detallada, Schmill sintetiza las características típicas de la ética de la convicción en las siguientes tesis. Resumo las mismas:

- a) Lo debido de una conducta nunca se encuentra determinado por las situaciones externas, sino por las condiciones internas del sujeto.
- b) La desatención al mundo externo produce una tendencia despreciadora del empirismo y una proclividad al apriorismo y al absolutismo.
- c) El criterio fundamental de lo bueno consiste en seguir al pie de la letra la máxima o norma moral de la conducta.
- d) Dogmatismo en relación con las normas. Ausencia de críticas: es la norma fundamental.
- e) Autocracia como correlato político.³²

Esta ética de la convicción se ejemplifica en *El debate sobre Mitilene*³³ con el discurso de Cleón. Como se recordará, la materia del debate, tal como se presenta por Tucídides, fue la dilucidación del problema de la justificación de la pena, de la fundamentación de la sanción o de la legitimidad del castigo. En palabras de Schmill:

³¹ Para la presentación de cada uno de los modelos he seguido de cerca uno de los textos más exquisitos de la extensa obra de Schmill, Ulises, *El debate sobre Mitilene. La justificación de las penas*, México, Verdehalago, 1998.

³² Schmill, Ulises, “Interpretación del derecho y concepciones del mundo”, *op. cit.*, pp. 216-218.

³³ Véase Tucídides, *Historia de la Guerra del Peloponeso*, trad. de Juan José Torres Esbarranch, Madrid, Biblioteca Clásica Gredos, 2000, lib. III, pp. 36-50.

El discurso de Cleón ha tendido a justificar la pena máxima impuesta a los mitilénios, mediante el señalamiento enfático de su culpa. [...] La afirmación de la intencionalidad del acto delictivo, base del juicio de reproche de la culpabilidad, es el producto de la inconspicuidad de las circunstancias o elementos condicionantes de la conducta infractora y, por tanto, conducen a la afirmación de la libertad de la conducta, del libre arbitrio. [...] La culpa es la manifestación de la maldad y, por tanto, la medida de la pena. Ese es un argumento emotivo, dirigido a suscitar los sentimientos de los oyentes, para moverlos a la venganza. La compensación de la culpa por medio del castigo es una idea falsa y demagógica: la culpa no puede remediarse, no se puede intervenir en los acontecimientos pasados, como Protágoras lo había demostrado. La culpa tiene un supuesto indemostrable: que el sujeto infractor pudo haber actuado de otra manera.³⁴

Bajo tales supuestos, la concepción de Cleón es calificada por Schmill de tradicional, absolutista, retributiva y pasional, y corresponde en sus propios términos a la tríada: *pasado-pasión-justicia*:

La justicia es entendida como retribución, como reacción violenta a un mal que se ha sufrido; por tanto, está condicionada por el pasado. La mirada de la retribución está dirigida hacia lo ya acontecido y está cargada con la sustancia del entusiasmo, generada por el deseo de venganza. La justicia, como retribución, satisface la pasión elemental de restablecer la igualdad rota entre los dolores y satisfacciones comparados intersubjetivamente, que son el lote de cada sujeto en su vida.³⁵

Para el absolutismo moral, la inviolabilidad de los principios significa que no está moralmente justificado invalidarlos aun cuando exista conflicto entre ellos. Todos los intentos de ofrecer razones en apoyo a las creencias últimas son superfluos. Las verdades morales autoevidentes o bien se adquieren por una intuición metafísica no corroborable intersubjetivamente, o bien por un acto de fe religiosa. Contra este absolutismo moral es necesario sostener, con Popper, la posibilidad de un control racional de nuestras creencias y, por tanto, invalidar cualquier argumento de autoridad aceptado dogmáticamente. La libertad de pensamiento y discusión racional son valores liberales que no requieren de ulterior justificación, pero, y esto me parece relevante para no incurrir en la misma crítica que se hace del absolutismo moral, “pueden justificarse pragmáticamente sobre la base del papel que desempeñan en la búsqueda de la verdad”. Esta exige, al menos,

³⁴ Schmill, Ulises, *El debate sobre Mitilene...*, cit., pp. 51 y 61.

³⁵ *Ibidem*, p. 66.

“a) imaginación, b) ensayo y error, c) el descubrimiento gradual de nuestros prejuicios mediante a) y b) y la discusión crítica”.³⁶

Ahora bien, rechazar el absolutismo moral no conduce necesariamente a una metaética subjetivista, no cognoscitivista o escéptica, desde la que, como veremos, se sitúa Schmill para defender su concepción positivista y científicista, en el marco de una “ética de la responsabilidad”. Más bien, entre el absolutismo y el subjetivismo cabe la posibilidad de un objetivismo (mínimo), como observamos en el tercer modelo.

Si nos situamos ahora en el punto de vista de la ética normativa, tiene razón Schmill en resaltar las desventajas de una ética retribucionista, que bien pueden sintetizarse en la idea de que es muy difícil aceptar el hecho de que la suma de dos males dé como resultado un bien. En este sentido, las siguientes preguntas resultan pertinentes:

¿Qué si no el resentimiento y el deseo de venganza explica esta preferencia por un estado del mundo en que los males se multiplican, sin atender a la posibilidad de algún efecto benéfico para alguien? ¿No es acaso la demostración más clara del fetichismo ante las reglas propia del formalismo moral toda esta idea de que los criminales deben ser penados cualesquiera que sean las consecuencias? (“aunque perezca el pueblo”, como decía Kant).³⁷

Sin embargo, sus desventajas no nos deben impedir ver sus bondades; por ejemplo, excluir la posibilidad de penar a un inocente, exigir solo la penalización de acciones voluntarias, prescribir penas más severas para los hechos más graves, determinar que un acto intencional sea más severamente penalizado que uno negligente; aspectos todos ellos que corresponden también a nuestras convicciones intuitivas de justicia.³⁸

2. *Ética de la responsabilidad o modelo “Diódoto-consecuencialista”*

Las propiedades características de una ética de la responsabilidad, por contraposición a las de una ética de la convicción, según Schmill, podrían resumirse en las siguientes:

³⁶ Popper, Karl, *En busca de un mundo mejor*, trad. de Jorge Vigil Rubio, Barcelona, Paidós, 1994.

³⁷ Nino, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1980, pp. 429-430.

³⁸ *Ibidem*, p. 429.

- a) Lo debido de una conducta se encuentra determinado por las situaciones exteriores;
- b) La atención al mundo externo produce una tendencia favorable al empirismo y una proclividad a rechazar el apriorismo y el absolutismo;
- c) El criterio fundamental de lo bueno consiste en seguir las reglas o máximas morales que tienden a considerar lo bueno o lo útil de las consecuencias y resultados externos de la propia conducta;
- d) Con ello, se establece un criterio relativo de lo que es lo bueno. No hay regla universal moral que valga para todos los lugares, tiempos, personas o situaciones, y
- e) Si las éticas de la responsabilidad tienen las características de ser relativas, empíricas y antidogmáticas, entonces necesariamente, por razones de congruencia, sus partidarios sustentarán a la democracia, la que se convierte en su correlato político.³⁹

Tal ética de la responsabilidad se ejemplifica en *El debate sobre Mitilene* con el discurso de Diódoto. El contenido del discurso puede sintetizarse en los siguientes términos:

[...] la conveniencia y utilidad del castigo impuesto a los mitilenios. Utilidad y conveniencia ¿para quién? Evidentemente, para el imperio ateniense, para el poderoso. Diódoto se presenta más radical que los propios atenienses indignados: la utilidad será el criterio del castigo de los mitilenios, no el de la culpa. [...] Diódoto concibe al hombre como un ser guiado por las necesidades. Estas son las que determinan su conducta, *prima facie*. [...] Desde el punto de vista de la terminología de los economistas podría decirse que la realización de la conducta infractora se lleva a cabo porque arroja una utilidad al sujeto infractor, superior a los costos en los que incurre con motivo de su ejecución. La diferencia entre las utilidades que obtiene el infractor y los costos en los que incurre, es positiva. El infractor se comporta desde el punto de vista económico, como un hombre racional, como un empresario del crimen: calcula sus costos y las utilidades esperadas. Si estas superan a aquellos realizará la conducta. Se trata de la ley de la oferta y la demanda.⁴⁰

A diferencia de la argumentación de Cleón, la de Diódoto corresponde a la tríada: *futuro-razón-utilidad*. A la justicia se opone la utilidad. Lo que se

³⁹ Schmill, Ulises, "Interpretación del derecho y concepciones del mundo", *op. cit.*, pp. 218-220.

⁴⁰ Schmill, Ulises, *El debate sobre Mitilene...*, *cit.*, pp. 64, 70-71.

propone ahora es no mirar al pasado, poner al margen la pasión y olvidar la retribución. De lo que se trata es de actuar racionalmente y, en consecuencia, ponderar la utilidad de la conducta presente medida por sus consecuencias futuras:

[...] la razón no está de parte de la retribución, sino de la utilidad. La culpa es un concepto al servicio de la retribución y es, por tanto, irracional. Afirmarla es el producto de haber asumido la postura normativa, la cual está al servicio del egoísmo mal entendido, pues con ello se niega el incremento de poder que puede producir el conocimiento y la racionalidad.⁴¹

El argumento presentado por Diódoto es de tipo utilitarista. Para el utilitarismo, la pena no se justifica moralmente por el hecho de que quien la recibe haya hecho algo malo en el pasado, sino para promover la felicidad general de cara al futuro. Varias son las bondades de este modelo, que claramente ha destacado Schmill. Sin embargo, las principales críticas que los deontologistas formulan a los utilitaristas podrían resumirse en las siguientes: no se asegura bajo esta concepción la exigencia de actitudes subjetivas —intención o negligencia— para la responsabilidad penal; existe la posibilidad, como consecuencia contraintuitiva, de justificar el castigo de un inocente cuando esto sea necesario para evitar un mal mayor; pero sobre todo, el problema no solo está en la posibilidad de penar a los inocentes, sino también en el castigo de los culpables. Porque:

[...] como según el utilitarismo, esa culpabilidad es *irrelevante* (salvo por razones de eficacia) para justificar la pena, los que han delinquido podrían legítimamente protestar: “¿Por qué hemos de ser sacrificados *nosotros* en aras del mayor beneficio del resto de la sociedad, o sea, en definitiva, de otros hombres? No nos digan que porque hemos cometido delitos, porque eso, según ustedes es tan moralmente irrelevante como nuestro color de piel. Ustedes nos están usando solo como medios en beneficio de otros”. O sea, el utilitarismo enfrenta aquí el mismo problema de *distribución* que hemos visto como el más serio defecto de esta teoría.⁴²

Hasta aquí la presentación y crítica de los dos modelos. ¿Cuál fue el resultado del debate sobre Mitilene? Venció la proposición de Diódoto. Si se parte de una visión consecuencialista y se rechaza algún límite objetivo, no debe sorprendernos que la decisión de los atenienses, dos años después,

⁴¹ *Ibidem*, p. 80.

⁴² Nino, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho*, cit., pp. 430-431.

haya sido la contraria a la sustentada en *El debate sobre Mitilene*, esta vez contra los melios:

Y los atenienses ejecutaron a todos los melios en edad viril que cayeron en sus manos y redujeron a la esclavitud a los niños y mujeres. Fueron ellos mismos quienes, enviando seguidamente quinientos colonos, poblaron la ciudad.⁴³

Con un criterio de racionalidad instrumental, en un contexto consecuencialista, no veo razón para que no se justifique cualquiera de las dos sanciones si así ha sido consensuada por conveniencia para los atenienses. Una posible razón, sugerida por el propio Tucídides en el texto, podría haber sido la necesidad de expansión territorial y poblacional en un marco imperialista. En un tiempo x se perdona y se aplica una sanción “relativa” (mitileneos); en un tiempo y , por otras razones, conviene aplicar una sanción “absoluta” (melios). ¿Cuál es el límite? Si no se apelan a otro tipo de razones, no solo cualquiera de las dos soluciones contrapuestas son posibles, sino que pueden ser moral y jurídicamente justificables.

3. *Ética de la autonomía o modelo “Pericles-objetivista”*

Con ánimo de ajustarme al debate sobre Mitilene, pienso que quizás el discurso fúnebre de Pericles,⁴⁴ reconstruido por el mismo Tucídides, sería un buen ejemplo de este modelo, que no debe asimilarse al discurso de Diódoto, como lo hace Schmill. Es verdad, como él mismo afirma, que tanto en el discurso de Diódoto como en el de Pericles:

Estamos frente al optimismo de la primera ilustración, surgido del descubrimiento de la autonomía humana. No los dioses, no la tradición, no el poder y la heteronomía eran los que mantenían atados al hombre a modos de conducta insatisfactorios e ineficaces, sino la propia incapacidad para hacer uso de la razón, de las palabras como guías de la acción.⁴⁵

Sin embargo, mientras que en Diódoto se vislumbra la justificación de una racionalidad sofista de tipo instrumental —la utilidad y la conveniencia será el criterio de castigo a los mitileneos, y se excluye la justicia como ma-

⁴³ Cit. por Schmill, Ulises, *El debate sobre Mitilene...*, cit., pp. 87-88.

⁴⁴ Véase Tucídides, *op. cit.*, lib. II, pp. 35-46.

⁴⁵ Schmill, Ulises, *El debate sobre Mitilene...*, cit., p. 56.

teria del debate—, en el caso de Pericles son la justicia y la igualdad ante la ley (*isonomía*) las que permean todo su discurso:

Tenemos un régimen político que no envidia las leyes de los vecinos y somos más bien modelo para algunos que imitadores de los demás. Recibe el nombre de democracia, porque se gobierna por la mayoría y no por unos pocos; conforme a la ley, todos tienen iguales derechos en los litigios privados y, respecto a los honores, cuando alguien goza de buena reputación en cualquier aspecto, se le honra ante la comunidad por sus méritos y no por su clase social; y tampoco la pobreza, con la oscuridad de consideración que conlleva, es un obstáculo para nadie, si tiene algún beneficio que hacerle a la ciudad. [...] Y así como no nos molestamos en la convivencia privada, tampoco transgredimos las leyes en los asuntos públicos, sobre todo por temor, con respecto a los cargos públicos de cada ocasión y a las leyes y, entre estas, particularmente, a las que están puestas en beneficio de las víctimas de la injusticia y a las que, aun no escritas, conllevan por sanción una vergüenza comúnmente admitida.⁴⁶

Con todo, hay que tener presente que la lectura de estos textos clásicos no puede hacerse en clave moderna, en términos de derechos humanos y de una nítida distinción entre lo privado y lo público a partir del concepto de autonomía individual. Pero en este discurso, reitero, se reafirma una y otra vez un claro sentido de la justicia que dista de una interpretación consecuencialista de la misma, en los términos de Diódoto. Entre el absolutismo y el subjetivismo cabe la posibilidad de un objetivismo (mínimo) muy ajeno al dogmatismo y, por el contrario, anclado fuertemente en premisas empírico-rationales, en el marco de una tradición hobessiana-kantiana. Es falsa la idea de que cualquier alejamiento del subjetivismo nos conduciría irremediablemente a un absolutismo moral. Ambas tradiciones, la hobessiana y la kantiana, aparecen conectadas en lo que, siguiendo a Nino, podríamos llamar “la práctica social de la discusión moral”⁴⁷ que, por una parte, satisface ciertas funciones relacionadas con la superación de conflictos y el facilitamiento de la cooperación a través del consenso y, por otra, comprende ciertos presupuestos procedimentales y aun sustantivos apropiados para satisfacer tales funciones.

Tal objetivismo moral mínimo no se compromete con postulados metafísicos, menos aún con premisas de fe religiosas; sirve además de fundamento a una ética normativa de corte liberal que rechaza cualquier imposi-

⁴⁶ Tucídides, *op. cit.*, lib. II, p. 37.

⁴⁷ Véase Nino, Carlos S., *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea, 1989, pp. 104 y ss.

ción de la moral por el derecho que limite injustificadamente la autonomía personal. Arraiga en un mundo fáctico que impone exigencias morales y en una clara distinción entre lo privado y lo público justificada por el valor *objetivo* de la autonomía personal. Tampoco el objetivismo ético se compromete con una autoridad pasional y arbitraria si ella está debidamente acotada racionalmente.

A las tríadas: *pasado-pasión-justicia* y *futuro-razón-utilidad* podría agregarse una tercera, *pasado-razón-justicia*, en el marco de un Estado liberal igualitario (democrático y social) de derecho como único garante de la paz. Solo la alternativa *pasado-razón-justicia* parece ser la vía más adecuada para legitimar las sanciones. El marco de lo razonable es ofrecido por la idea de un Estado democrático de derecho y la salvaguarda de los derechos fundamentales como límite infranqueable y no negociable. Veamos esta alternativa más detenidamente a partir de la situación de impunidad de la que suelen gozar los violadores de los derechos humanos.

4. ¿Castigo prudencial o castigo garantista?

Como puede advertirse, el problema de la impunidad de los violadores de los derechos humanos no solo es un ejemplo que goza de plena vigencia, sino que permite el análisis ético, político y jurídico como quizás pocos ejemplos lo puedan hacer hoy día. Por lo pronto, cabe decir que tanto en la tríada del primer modelo —*pasado-pasión-justicia*— como en la del segundo —*futuro-razón-utilidad*— debe quedar excluida la estrategia del olvido. En el análisis del debate sobre Mitilene, Schmill tiene claro que el punto de partida es el recuerdo, muy reciente, por cierto, de la “traición” de los mitileneos. La estrategia del olvido excluye, por definición, la acción de perdonar, de reconciliarse o de castigar. Quien olvida pretende eliminar aquello que mantiene vivo el recuerdo. Si lo logra —difícil, por cierto, ya que bastaría que otro lo recordara para que se active la memoria— no sabe, entonces, qué es lo que tiene que perdonar o con respecto a qué debe pedir perdón, o con respecto a qué se le castiga o con quién debe reconciliarse.⁴⁸

Si partimos del recuerdo caben tres posibilidades: el perdón, la reconciliación y el castigo. La estrategia del perdón presupone el reconocimiento por parte del culpable del ilícito cometido. Pero no solo ello, sino también la responsabilidad que conlleva y el arrepentimiento del mismo. Si estas ac-

⁴⁸ Véase Garzón Valdés, Ernesto, “Terrorismo de Estado y justicia”, en *Estudios*, México, ITAM, núms. 56-57, 1999, p. 10.

titudes no se manifiestan, el perdón es gratuito y exigirlo a una víctima del delito sería imponerle una acción supererogatoria. Como afirma Ernesto Garzón Valdés:

En las transiciones argentina y chilena —si se prescinde de casos excepcionales como el del excapitán Alfredo Scilingo quien confesó arrepentido en 1995 su participación en los llamados “vuelos de la muerte”— ello no ha sucedido. Por el contrario, los autores y actores del terrorismo de Estado reiteran hasta hoy su convicción de estar libres de culpa y cargo y de haber actuado en una “guerra justa”. La concesión de perdones gratuitos —como ha sido el caso de las leyes de amnistía en el caso argentino— ha servido tan solo para reforzar la impunidad, con el consiguiente agravio para las víctimas. Esto por lo que respecta a lo que podría llamarse “perdón institucional”. En el caso de la víctima individual, exigirle la concesión del perdón sería imponerle un comportamiento supererogatorio que, por lo tanto, no puede ser considerado como un deber moral.⁴⁹

Si de lo que se trata es de imponer un perdón recíproco, la estrategia se conoce como reconciliación. Esta estrategia es la que inspira el proceso de transición democrática en España o las acciones de la *South African Truth and Reconciliation Commission* y de la *Bosnia and Herzegovina Truth and Reconciliation Commission*. La reconciliación supone la aceptación de una culpabilidad recíproca, “nadie es inocente” y, por supuesto, relaciones simétricas. Con respecto a esta última, en un sistema autoritario por definición no cabe la reconciliación, ya que estos sistemas suponen un sistema asimétrico de ofensas. Necesariamente habrá víctimas inocentes. Con respecto a la culpabilidad recíproca y colectiva, parece tratarse de:

[...] una versión laica de la metáfora evangélica de la “piedra” que “solo podría arrojar el inocente” [...] En julio de 1982, Reynaldo Bignone, el último jerarca del “Proceso de Reconstrucción Nacional” argentino, formuló el presupuesto para una posible “reconciliación” cuando expresó: “el que esté libre de culpa que arroje la primera piedra”. Desde Córdoba, Arturo Illía, el siempre honesto expresidente, le respondió: “Yo tengo piedras en las manos”.⁵⁰

Queda la alternativa del castigo, y aquí todavía debemos distinguir dos tipos, que llamaré castigo prudencial y castigo garantista. El primero se une al perdón y a la reconciliación de cara al futuro, y se justifica desde una perspectiva utilitarista. Esta es la solución del modelo Diódoto-consecuen-

⁴⁹ *Ibidem*, p. 17.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 19.

cialista, que comparte Schmill. Se habla también de castigos ejemplares o selectivos. El segundo se justifica a partir de un retribucionismo moderado con apego a la ley, en el marco de un Estado constitucional de derecho.

Con respecto al castigo prudencial o selectivo, esta teoría sostiene que:

La calidad de un sistema de justicia penal no puede ser juzgada desde el punto de vista cuantitativo y que, dado el gran número de culpables, es aconsejable “seleccionar” algunos y aplicar solo a ellos las penas correspondientes. La selección no afectaría los efectos preventivos de la pena y permitiría contar eventualmente con la colaboración de quienes tan solo se limitaron a obedecer órdenes. [...] Esta es la posición que se asumió en la Argentina en los juicios contra las juntas militares y sus agentes tras la sanción de la llamada “Ley de obediencia debida”.⁵¹

Con razón, Garzón argumenta que, desde un punto de vista ético-normativo, parece correcto sostener que *todos* los culpables deben ser condenados. El criterio cuantitativo no parece ser una razón normativamente concluyente. Por ello, la única posibilidad que queda es la aplicación del Código Penal a los culpables, con todas las garantías del Estado de derecho democrático, es decir, un castigo garantista. En situaciones extremas, que resultan aberrantes, contrarias al más elemental sentido de justicia, se deben hacer valer los derechos humanos con toda su universalidad y objetividad, y las instituciones jurídicas que garanticen en sociedades modernas los mínimos básicos de seguridad y convivencia sociales. La seguridad jurídica exige un mínimo de moralidad si no es que queremos deslizarnos hacia una concepción autocrática del Estado.

¿Se justifica entonces la intransigencia o intolerancia ante los violadores de los derechos humanos y la defensa de tribunales internacionales que hacen valer la jurisdicción extraterritorial tratándose de delitos de lesa humanidad? Pienso que sí. Para tales casos no caben el perdón y la reconciliación, ni el castigo selectivo, para que, desde una razón prudencial o estratégica, construyamos de cara al futuro una democracia justa. No hay negociación política alguna que justifique su impunidad. Más bien, lo que se exige es el juicio y el castigo garantista. Vale la pena citar el testimonio de una de las sobrevivientes del holocausto con ocasión de los 60 años de la liberación del campo de concentración de Auschwitz:

Jóvenes del mundo, ustedes se preguntarán si he perdonado a mis verdugos. Mi respuesta es: ¡No!, nunca, jamás. Para mí la cuestión no se plantea en

⁵¹ *Ibidem*, pp. 11-12.

términos de perdón. Yo estoy viva, sobreviví. No soy la que debe perdonar cuando se trata de 6 millones de judíos exterminados. No se puede perdonar globalmente lo que ya fue. [...] Exterminar a todos los judíos por el solo hecho de ser judíos, ¿piensan que es perdonable? ¿Cómo puede perdonarse la masacre de millones y millones de niños? ¿Cómo puedo perdonar que mi padre y mi hermano hayan desaparecido? ¿Qué mi madre haya muerto inútilmente, que mi hermana haya padecido en Ravensbruck? ¿Perdonar? No se puede. Lo único es tratar de que nunca más suceda una cosa sí. Nunca más.⁵²

¿Que lo que se propone es una versión retribucionista del castigo? Sí, entendida tal propuesta en el marco de un Estado democrático y social de derecho; pero sí, también, porque creo que no es necesario pensar demasiado en las razones que la justifican, entre otras, como sostiene Thomas Scanlon, porque: “La gente cuyo sentimiento de haber sido dañada no es reconocido y afirmado por la ley tiene menos respeto y menos entrega a la ley”.⁵³ Pero también porque si las personas consideran que no se toma en serio su condición de víctimas, se producen dos consecuencias inaceptables:

- a) Se sienten doblemente dañadas porque no solo han sufrido la acción del agresor, sino que además sufren el daño psicológico de sentirse indefensas frente al agresor real o potencial.
- b) Pueden verse impulsadas a ejercer justicia por cuenta propia. En el primer caso se viola el principio de equidad, en el segundo el principio de seguridad ciudadana, y ambos principios son constitutivos de un Estado democrático de derecho.⁵⁴

⁵² Weil, Simone, “Jóvenes del mundo”, París, enero de 2005, en suplemento *El Ángel* del periódico *Reforma*, 30 de enero de 2005.

⁵³ Thomas Scanlon, “Punishment and the Rule of Law”, conferencia en memoria de Carlos S. Nino, Yale School, 24 de septiembre de 1994.

⁵⁴ Véase Garzón Valdés, Ernesto, “Terrorismo de Estado y justicia”, *op. cit.*, p. 16.