

2007

La incorporación por el Derecho

Raz, Joseph

Universidad Carlos III de Madrid. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas; Dykinson

Derechos y Libertades: revista de filosofía del derecho y derechos humanos, enero 2007, n. 16,
p. 17-40

<http://hdl.handle.net/10016/7208>

Descargado de e-Archivo, repositorio institucional de la Universidad Carlos III de Madrid

ARTÍCULOS

LA INCORPORACIÓN POR EL DERECHO*

INCORPORATION BY LAW

JOSEPH RAZ
Oxford University

Fecha de recepción: 26-9-06
Fecha de aceptación: 1-10-06

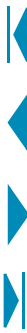
Resumen: *El presente trabajo hace hincapié en un tema clásico dentro de la Filosofía jurídica: las relaciones entre Derecho y moral. No obstante, son dos las novedades que presenta. Por un lado, plantea cómo el Derecho afecta a la moral, es decir, cómo puede afectar a los derechos y obligaciones morales que tienen los seres humanos. Por otro lado, considera cómo la moral afecta al Derecho, esto es, si la moral puede ser incorporada al Derecho. Este último aspecto también es novedoso en cuanto que toma en consideración la cuestión del llamado “incorporacionismo” o, más ampliamente, positivismo jurídico incluyente, ante el que se plantean serias dudas.*

Abstract: *This article emphasizes a classical issue in legal philosophy: the relation between law and morality. Nevertheless, it offers two novelties. Firstly, the author discusses how law affects morality, that is, how it may affects human beings’ moral rights and duties. Secondly, he deals with the way in which morality affects the law, that is, if morality can be incorporated into law. This latter approach is also new, since it takes into account the question of the so-called “incorporationism” or, more extensively, of the inclusive legal positivism, which raises serious doubts.*

PALABRAS CLAVE: derecho, moral, incorporacionismo, positivismo jurídico incluyente, positivismo jurídico excluyente.

KEY WORDS: law, morality, incorporationism, inclusive legal positivism, exclusive legal positivism.

* Este artículo incluye material presentado en la primera de las tres *Storrs Lectures* en Yale en 2003. El presente trabajo -“Incorporation by Law”- fue publicado originalmente en *Legal Theory*, núm 10, 2004, pp. 1-17. Traducción de Ramón Ruiz Ruiz (Universidad de Jaén) y Roberto M. Jiménez Cano (Universidad Carlos III de Madrid). El resumen y las palabras clave han sido elaborados por los traductores.



La banalidad que sostienen muchas teorías respecto a la naturaleza del Derecho –que es una institución social– deja, como es lógico, muchas preguntas sin contestar. Una de las más importantes es la cuestión de si las instituciones sociales o, más en general, las prácticas sociales pueden ser concebidas en términos exclusivamente no evaluativos¹. Otra cuestión que deja abierta esta banalidad, aunque no tan importante, respecto al núcleo de nuestra comprensión del Derecho y de los fenómenos normativos en general, ha sido muy discutida en los últimos años, a saber, si los principios morales pueden llegar a formar parte del Derecho de un país por “incorporación”². Si bien se trata de cuestiones distintas, se puede afirmar que ambas están interrelacionadas en algunos sentidos.

Mi propósito en las páginas que siguen es reflexionar sobre la pregunta de cómo el Derecho puede ser incorporado en la moral y cómo su existencia puede afectar a nuestros derechos y obligaciones morales, una pregunta (o preguntas) que forma parte esencial de la cuestión más amplia de la relación

¹ Carecemos de un término genérico para referirnos colectivamente a conceptos característicos del pensamiento práctico, tales como los que pertenecen a la virtud y a los conceptos relacionados con el carácter (valentía, etc.), la responsabilidad (disculpas, etc.), los valores (admirable, etc.), la razón (racional, etc.) o los conceptos normativos (deber, etc.). Hace algún tiempo, “descriptivo” y “fáctico” eran usados habitualmente para designar aquellos conceptos que no son específicamente prácticos. Esto, sin embargo, empobrece las descripciones (“éste es John” no es una descripción de nada, sin embargo se supone que es un enunciado descriptivo). Calificar a las proposiciones no evaluativas como “fácticas” implica que no hay hechos evaluativos, lo cual es falso. Yo usaré “evaluativo” y “normativo” de manera intercambiable para referirme a todos ellos, al tiempo que los usaré con un sentido más restringido para referirme a elementos de las subcategorías indicadas arriba.

² Que la idea es coherente con la explicación del Derecho de Hart fue señalado por él en su recensión a L. FULLER, *The Morality of Law*, en H.L.A. HART, *Harvard Law Review*, núm. 78, 1965, pp. 1281 y ss., reimpresa en H.L.A. HART, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1983, pp. 361 y ss. y reiterado en el *postscript* a H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Clarendon Press, 1961, p. 250, aunque en ningún momento Hart paró de explorar el significado e implicación de esta idea; véase, D. LYONS, “Principles, Positivism and Legal Theory”, *Yale Law Journal*, núm. 87, 1977, pp. 415 y ss., y P. SOPER, “Legal Theory and the Obligation of a Judge: The Hart/Dworkin Dispute”, *Michigan Law Review*, núm. 75, 1977, pp. 473 y ss. Lo esencial fue adoptado por Jules Coleman en “Negative and Positive Positivism”, *Journal of Legal Studies*, núm. 11, 1982, pp. 139 y ss., y desarrollado y defendido ampliamente en J. COLEMAN, *The Practice of Principle*, Oxford University Press, Oxford, 2001. Para una discusión general del tema, véase el trabajo de K. E., HIMMA, “Inclusive Legal Positivism”, en J. COLEMAN, S. SHAPIRO(eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 125-165.

entre Derecho y moral. Mis conclusiones plantearán algunas dudas respecto a la tesis de la incorporación, esto es, la tesis de que los principios morales pueden llegar a formar parte del Derecho de un determinado lugar por incorporación.

1. INCLUSO LOS JUECES SON SERES HUMANOS

Este modo de plantear la cuestión no trata de ser neutral. Los teóricos jurídicos tienden a empezar por el otro extremo y no se preguntan cómo el Derecho afecta a la moral, sino cómo la moral afecta al Derecho. Al estar centrados en el Derecho, puede ser natural para ellos empezar por éste y preguntar qué espacio deja a la moral; sin embargo, yo propondré que esta forma de plantear la relación entre el Derecho y la moral ha contribuido al surgimiento de algunos errores importantes y que empezar por la moral es una forma mejor de incentivar la reflexión sobre esta relación. Es por esto por lo que he titulado esta sección “Incluso los jueces son seres humanos”, puesto que, al serlo, están sometidos a la moral –éste es el único hecho que el título quiere transmitir–.

1.1. El ámbito de la moral

¿Por qué están los jueces, y los seres humanos en general, sometidos a la moral? La respuesta hay que buscarla en la naturaleza de la moral, que no tiene un ámbito de competencia jurisdiccional que disponga sus condiciones de aplicación, sino que se aplica universalmente a todos los agentes capaces de comprenderla³. Supongamos que las normas de la universidad prohíban que se hable ofensivamente de cualquier miembro de la misma; tendría entonces sentido decir: esta norma sólo se aplica a los estudiantes pero no, por ejemplo, a sus padres, puesto que la Universidad no tiene jurisdicción sobre éstos. Con ello no quiero decir, simplemente, que no tiene jurisdicción para sancionarlos si incumplen la norma, sino que no tiene jurisdicción, ni poder para hacer que las normas se les apliquen; no tiene jurisdicción para obligarles.

En cambio, supongamos, por ejemplo, que si yo me entero confidencialmente de las intenciones de una persona, no sería moral que se las contara a

³ Y, para los agentes, entenderla implica la capacidad de guiarse por ella.



los demás. Ahora bien, si lo hago, no tendría sentido decir: hablando en términos morales, no debería descubrir sus intenciones, pero afortunadamente la moral no me incumbe a mí, no tiene jurisdicción sobre mí; si yo sé que tal acto, o cualquier otro, es moralmente incorrecto o, incluso, si no lo sé pero puedo saberlo, entonces sí que me incumbe.

Algunos pueden pensar que la moral tiene un ámbito de competencia jurisdiccional y que yo acabo de afirmar el que yo creo que es –la moral se aplica a todos los agentes que son capaces de entenderla–. Pero esto es un malentendido. Las razones son consideraciones por las que debe guiarse el comportamiento de los agentes; pero obligan sólo a los agentes que pueden, en principio⁴, conocer su existencia, pues de lo contrario éstos no pueden guiarse por ellas. De ahí que el hecho de que las razones morales se apliquen a las personas y no a los leones no sea el resultado de un ámbito de competencia jurisdiccional ni un reflejo de ningún aspecto del contenido de la moral, sino simplemente una consecuencia del hecho de que las razones morales son razones⁵.

Éste es, repito, el motivo por el que los jueces estén sometidos a la moral. La moral, a diferencia del Derecho o de las normas que rigen la Universidad, o cualquier otra institución social, no es un sistema de reglas, sino que hablar de moral es sólo un modo de hablar de algunas de las razones que tienen las personas. Aquéllas incumben a quienquiera se dirijan, si bien, no todas las razones morales atañen a todos, sino que su ámbito de aplicación viene determinado por su contenido, por lo que unas se dirigen sólo a las mujeres embarazadas, otras a los padres, algunas a los profesores. Así, si se trata de razones para respetar a tu hijo, éstas se aplican sólo a quienes tienen hijos. Por ello, y esto es evidente, cuando digo que los jueces, al ser humanos, están, quieran o no, sometidos a la moral, no quiero decir que todos ellos deberían respetar a sus hijos, sino sólo aquéllos que tienen hijos. Pero esto no niega que estén todos sujetos a la moral.

⁴ Una palabra engañosa que encubre la dificultad de especificar la fuerza del “puede en principio” en esta condición.

⁵ Otras propiedades morales, tales como la generosidad y el esmero, se aplican a los agentes en virtud de su propensión a reaccionar ante las razones morales o al modo en el que ellos lo hicieron adecuada o inadecuadamente. Algunas propiedades hacen a los objetos o eventos moralmente afortunados o desafortunados, y pueden aplicarse a cosas que no son agentes morales, pero que en última instancia también derivan su significado de sus relaciones con las circunstancias en las que los agentes racionales se enfrentan a sus elecciones.



1.2. Sobre los puntos de vista

Parto de la base de que nadie niega que la moral vincula a los jueces; sin embargo, el problema es cómo entender esta afirmación. Algunos pueden decir: por supuesto que la moral vincula por sí misma a los jueces; desde el punto de vista moral, los jueces están obligados por ella exactamente igual que cualquier otra persona. Pero el punto de vista moral es simplemente eso, un punto de vista entre otros muchos. La cuestión es si la moral se aplica a los jueces o a otras personas desde un punto de vista, digamos, prudencial; esto es, si guiarse por la moral es algo que va en su propio interés. O alguien puede preguntar: ¿es el Derecho el que prescribe que la moral obliga a los jueces? ¿Están legalmente obligados a seguir la moral?

Para examinar la solidez de tales preguntas necesitamos dedicar algún tiempo a analizar la noción de punto de vista normativo o perspectiva normativa⁶. Existen varios usos de la expresión “un punto de vista” que son útiles y pacíficos; éstos pueden ser divididos en dos tipos. El primero consiste en un discurso en el que el efecto de la matización “desde este y ese punto de vista las cosas son de tal y cual manera” es poner entre paréntesis la cuestión de la verdad: desde un punto de vista cristiano o desde un punto de vista kantiano o desde el punto de vista de la ciencia cognitiva, las cosas son de tal y cual manera -lo que implica que si el Cristianismo, o las tesis de Kant o la ciencia cognitiva son verdaderos, entonces las cosas son así, pero sin comprometerse con su verdad⁷-. El segundo tipo de uso aísla diferentes aspectos de un problema, a menudo como forma de ayudar a pensar sobre el mismo y de avanzar hacia su solución. Podemos decir, por ejemplo, “desde el punto de vista económico, sería bueno para la Universidad clausurar el departamento de filosofía, puesto que sus antiguos alumnos raramente ganan mucho dinero, por lo que la pérdida de sus donaciones a la Universidad no la perjudicaría mucho; desde un punto de vista académico, no obstante,

⁶ Las opiniones que siguen se aplican también a puntos de vista no normativos, pero no me preocuparé por precisarlo.

⁷ Aunque, por supuesto, uno se compromete a que es verdad desde ese punto de vista. Nótese que las condiciones de certeza de las proposiciones desde un punto de vista (así entendido) no son las mismas que las de la implicación material correspondiente; por ejemplo, “si la doctrina cristiana es verdadera, entonces...”. En primer lugar, aquéllas no afirman simplemente que la proposición es cierta sino que (en este caso) es el cristianismo el que es el fundamento de esta verdad. Además, la falsedad del cristianismo, lejos de garantizar la verdad de la proposición, no tiene nada que ver con la cuestión de su veracidad.

tal decisión no estaría justificada". Podemos, entonces proceder a tomar una decisión una vez que se han tenido en cuenta todas las perspectivas.

El empleo de cualquier punto de vista posible puede cumplir esta segunda función, esto es, indicar que las consideraciones a las que se refiere no tienen por qué ser las únicas ni necesitan ser las más importantes⁸. Pero hay algunos puntos de vista a los que no se puede hacer referencia para cumplir la primera función, la de dejar en suspenso la cuestión de la verdad. Esto es obvio si se piensa en los puntos de vista definidos artificialmente o "inventados" tales como "desde el punto de vista de las razones válidas, tienes razón en hacer esto y aquello". Las razones válidas son razones reales, y una vez que te has comprometido a hablar de razones válidas ya no puedes decir "pero no sé si hay alguna razón para hacerlo así". Comparemos esto con "desde un punto de vista católico, debería dársele". Decir esto no implica necesariamente la creencia en que hay una razón para que se lo dé; el punto de vista católico puede ser falso, es decir, las doctrinas y creencias específicas de la Iglesia católica pueden ser falsas o, en caso de ser verdaderas, sólo accidentalmente, esto es, no serlo por las razones que da la doctrina católica. Así, es perfectamente válido decir "desde un punto de vista católico deberías dársele, pero en realidad yo no sé si tienes alguna razón para hacerlo".

Hay muchas expresiones que pueden indicar un punto de vista en el segundo sentido, pero no en el de la suspensión de la cuestión de la verdad. Por ejemplo, si decimos "desde el punto de vista de mis propios intereses, hay razones para la primera opción", mi afirmación está matizada por el reconocimiento de la posibilidad de que existan otros intereses contrarios, pero no puedo continuar mi frase con "pero no sé si hay ninguna razón para esa opción", puesto que ya he dicho que la hay: mi interés me proporciona las razones para ello.

Tampoco se puede usar la referencia a la moral para dejar en suspenso la verdad, pues la "moral" se usa para referirse sólo a la verdad o a consideraciones válidas. Cuando digo esto, estoy simplemente aclarando el sentido en el que usaré este término, puesto que si bien es en éste en el que se usa cuando se toman en consideración las relaciones entre el Derecho y la moral, no es el único en el que la gente usa este término. Así, por ejemplo, cuando

⁸ Excluyendo algunas creaciones artificiales tales como "desde el punto de vista decisivo".



Dolittle responde a la acusación de Pickering “¿no tienes moral, hombre?”, con “no puedo permitírmela”⁹, está diciendo que la moral, lo mismo que la educación, son lujos que sólo las clases acomodadas pueden permitirse. No es éste, sin embargo, el sentido en que se usará aquí este término.

1.3. Los puntos de vista jurídico y moral

A veces, cuando las razones en pro y en contra de una acción chocan, no existe una solución racional para el conflicto; ninguna de las razones derrota a la otra. Es muy común que se dé esta situación cuando las razones enfrentadas son inconmensurables, pues derivan frecuentemente de valores distintos. A veces, por ejemplo, no hay ninguna respuesta correcta a la cuestión de si en este momento es más importante que el gobierno incremente sus inversiones en educación o en sanidad. Estos son hechos conocidos, verificados por el análisis.

Algunas personas, incluidos algunos filósofos, van más allá y asumen que nunca hay un modo racional de averiguar lo que uno puede hacer cuando razones de categorías diferentes, por ejemplo, razones morales y razones del propio interés, apuntan en direcciones distintas. Si desde un punto de vista moral uno debería actuar de un modo desaconsejado por razones del interés propio, entonces, después de todo, no hay una conclusión respecto a como debería uno comportarse. Algunos suponen que es esto lo que sucede cuando nos encontramos con razones jurídicas y morales¹⁰.

Estas ideas comportan dos errores. Suponen, en primer lugar, que realizar una acción es algo racional, esto es, que es racionalmente correcto realizar una acción sólo si lo exige la razón (en el sentido de que las razones a favor de su realización superan a todas las razones en contra de ella). Según esta opinión, no es racional escoger una lata de judías cocidas Heinz de un estante de un supermercado a menos que sea la única lata de su tipo; si hay más de una colocada convenientemente, entonces no hay más razones para elegir una de ellas que para elegir cualquiera de las otras y, por tanto, no es correcto, hablando en términos racionales, elegir ninguna. Esto es obviamente absurdo, puesto que también es racionalmente correcto realizar una acción con

⁹ G.B. SHAW, “Pygmalion”, en *The Complete Plays of Bernard Shaw*, Odham Press, Londres, 1934, p. 729.

¹⁰ Ésta puede haber sido la opinión de Hart en su obra más reciente; véase H.L.A. HART, *Essays on Bentham*, Clarendon Press, Oxford, 1983.



tal de que las razones en contra no sean más convincentes. Por tanto, si una acción es aconsejada por una razón y desaconsejada por otra y ninguna de ellas derrota a la otra, entonces es correcto tanto realizar la acción como omitirla, y esto es así tanto si las dos razones enfrentadas pertenecen al mismo punto de vista como si pertenecen a diferentes puntos de vista¹¹.

El segundo error es la suposición de que las razones jurídicas y morales constituyen puntos de vista en el mismo sentido. Sea lo que sea el Derecho, éste está integrado, al menos en parte, por normas dictadas por el hombre, que tienen como finalidad imponer obligaciones a las personas y lo hacen en virtud de decisiones tomadas por instituciones estatales con la intención de imponer deberes a las personas, incluyendo a personas distintas a las que toman las decisiones.

Ciertamente, algunas personas tienden a pensar que en los países democráticos la gente está sometida sólo a las leyes que ellos mismos han hecho. Pero quienes viven en países democráticos saben que están sujetos a leyes promulgadas cien años antes de que nacieran y que sus hijos están sometidos a leyes sobre las que no pudieron opinar, y ellos mismos están obligados por las leyes tanto si participaron en el proceso que condujo a su aprobación como si no, y ni que decir tiene que lo están tanto si las apoyaron como si se opusieron a ellas.

Es evidente que nadie puede imponer una obligación a otro sólo por el hecho de expresar su voluntad de que el otro tenga tal obligación. Si los gobiernos pueden hacerlo, esto sólo sucede en la medida que hay principios válidos que fundamentan su derecho a hacerlo. Esos principios, los principios que fundamentan la legitimidad de las leyes humanas y de los gobiernos que las hacen, son ellos mismos, independientemente de otras consideraciones, principios morales. Pueden también ser principios que derivan del interés personal de los individuos; por ejemplo, los hobbesianos piensan que toda moral deriva del interés personal y que todos los principios morales son también principios de interés personal indirecto. Y pueden asimismo ser principios jurídicos. No deseo prejuzgar la cuestión de qué pertenece y qué no pertenece al Derecho; lo único que digo es que los principios que dotan a los gobiernos de legitimidad son principios morales tanto si son jurídicos como si no.

¹¹ La única alternativa que se me ocurre es negar que las razones que pertenecen a un punto de vista tengan nada que ver con lo que uno debería hacer. Pero en tal caso, no está claro en qué sentido se les puede denominar razones.



¿Cómo lo sabemos? Por su contenido. Son principios que permiten, quizás incluso exigen, que algunas personas interfieran de varias e importantes maneras en las vidas de otras personas. O los principios válidos que tienen tal contenido son principios morales o nada lo es. No creo que la moral sea un cuerpo sistemático unificado de principios; pero, sea lo que sea que honremos con el título de “moral”, los principios que imponen o dan a unas personas poder para imponer a otras obligaciones que afectan a ámbitos esenciales de la vida, son principios morales. Todo esto está claro respecto a la naturaleza de la moral.

El resultado es que no podemos concebir el Derecho como un punto de vista válido normativamente que contraste con la moral. Quizás sea posible pensar en las razones de interés propio como un punto de vista distinto que contraste con el de la moral, pero eso, si es posible, lo es sólo porque se piensa que el propio interés constituye un fundamento de razones independiente de la moral. Pero no es igualmente posible pensar en el Derecho como en un fundamento de razones independiente de la moral; dado que en buena parte es producto de los hombres, al menos los derechos jurídicos creados por éstos vinculan a sus destinatarios sólo si los principios morales de legitimidad los hacen vinculantes.

Por supuesto, podemos aplazar el juicio sobre si el Derecho es vinculante para sus destinatarios, sobre si las normas jurídicas proporcionan a alguien las razones que pretenden instituir. Podemos, así, tratar al Derecho como un punto de vista normativo en el sentido en el que podríamos tratar a la moral musulmana como un punto de vista normativo distinto, esto es, si es legítima o válida, entonces tenemos las razones que, conforme a ella, tenemos. Pero en ese sentido el Derecho no choca con cualesquiera otras consideraciones normativas, puesto que cuando es considerado así, no se asume que incluya o cree ninguna consideración normativa.

1.4. El Derecho presupone la moral

Lejos de mi intención está el afirmar que todos los ordenamientos jurídicos disfrutan de legitimidad moral, lo que significa que las obligaciones jurídicas son realmente obligaciones que vinculan a los individuos antes que exigencias que los gobiernos les imponen. Lo único que estoy diciendo es que cuando se admite que cualquier ordenamiento jurídico es legítimo y vinculante, que impone las obligaciones que pretende imponer –y yo, en tér-



minos generales, daré por sentado en esta discusión que los ordenamientos jurídicos que estamos considerando gozan de tal legitimidad-, en tales casos no podemos separar el Derecho de la moral como dos puntos de vista normativos independientes, porque el jurídico deriva la validez que tenga de la moral.

Ésta, entonces, es finalmente la respuesta completa a la pregunta de por qué los jueces también son seres humanos, de por qué están sometidos a la moral: no estarían sometidos al Derecho si no estuvieran sometidos a la moral.

Que no se malinterprete esta respuesta: no se niega que podamos discutir y describir el Derecho desde un punto de vista independiente. Podemos hablar del sistema jurídico que se aplica en un determinado país y de sus exigencias e implicaciones sin necesidad de asumir que tiene categoría normativa¹². Tal discurso, que no da por sentada la categoría normativa del Derecho, es el equivalente a hablar de lo que unas personas exigen a otras sin implicar que estas exigencias tengan ninguna categoría normativa, que éstos tienen razón en acatarlas tal y como se pretende que hagan. Pero –y ésta es mi opinión– donde el Derecho es normativamente válido, lo es en virtud de un principio moral y, por tanto, *si consideramos al Derecho como normativamente válido no podemos interpretar que sus requisitos constituyen un punto de vista independiente de la moral, un punto de vista normativo independiente que no tiene nada que ver con la moral, y entonces preguntar si reconoce que la moral es vinculante para sus funcionarios*. Las tornas han cambiado; la cuestión es si la moral, que se dirige a todos los seres humanos simplemente por el hecho de serlo, tiene sitio para el Derecho. ¿Cómo puede la moral acomodar al Derecho dentro de ella?

2. LOS ROMPECABEZAS DE LA LLAMADA “INCORPORACIÓN”

2.1. El rompecabezas

Pero antes de que analicemos esta cuestión (que sólo puede ser examinada someramente en este artículo), conviene tomar en consideración algunas cuestiones que puede plantear la trivialidad de que los jueces son seres humanos y, como tales, sometidos a la moral. Sostuve que no podemos rechazar la pretensión de que los jueces están sometidos a la moral diciendo que

¹² Considero que ésta era la posición de Kelsen.



desde un punto de vista moral lo están, pero no necesariamente desde uno jurídico, porque el punto de vista jurídico no puede ser opuesto con la moral de ese modo. Si están vinculados por el Derecho es porque están moralmente vinculados por él; la moral viene primero. ¿Significa eso que los jueces están jurídicamente sometidos a la moral? En cierto modo, quiero decir que eso no tiene sentido. El Derecho no puede habilitar a la moral; es todo lo contrario, él es habilitado por la moral. Pero sería erróneo dejar las cosas así. Seguramente el Derecho puede ordenar a los jueces que no sigan la moral, y puede ordenarles que sí lo hagan, y puede hacer una cosa u otra o ambas de formas más sutiles; esto es, puede ordenarles que decidan algún asunto por referencia a la moral y que no lo hagan en otros casos, o que decidan algunos casos con especial referencia a algunas partes o aspectos de la moral, por ejemplo, la buena fe entre las partes o el interés público en la seguridad, etc.

En otras palabras, ¿cómo la opinión de que los jueces también son seres humanos se acomoda con la legislación o los precedentes que al menos parecen excluir la moral o con la legislación o los precedentes que parecen incorporar la moral?

2.2. La exclusión antes que la inclusión

Como es evidente, la inclusión es posible gracias a la capacidad del Derecho para excluir y modificar legítimamente la aplicación de la moral. Así, empecemos con unas pocas observaciones respecto a la exclusión. Tentado de ser provocador más que preciso, uno puede decir que la existencia misma del Derecho, incluso del Derecho moralmente legítimo, significa la exclusión de la moral. Piénsese en ello: los jueces están vinculados por la moral; así, en ausencia de norma jurídica, decidirían sobre la base de consideraciones morales. ¿No se deriva de aquí que donde hay Derecho, éste o bien no afecta a sus decisiones o bien les fuerza a apartarse de lo que ellos harían sobre la base exclusiva de la moral –que éste, en efecto, excluye la moral–? ¿No es cierto que siempre que la aplicación del Derecho provoca una diferencia en el resultado está excluyendo a la moral? Si la intención del Derecho es hacer una diferencia en nuestras vidas, ¿no se sigue de ahí que el logro de su finalidad depende de su capacidad para excluir la moral?

Pocas personas secundan la opinión de que el Derecho no pretende hacer una diferencia en nuestras conductas; pero nadie se siente desconcertado por mi paradójica inferencia. Ante todo, se señalará que el Derecho es obli-

gatorio, lo reconozco, sólo si es moralmente legítimo (por supuesto, no quiero decir que sólo entonces sea jurídicamente obligatorio; lo que digo es que afirmar que es jurídicamente obligatorio significa que éste pretende ser moralmente obligatorio, y que es obligatorio sólo si es moralmente obligatorio, y que es considerado obligatorio, como pretende, sólo por quienes piensan que es moralmente obligatorio). El Derecho, repito, es obligatorio sólo si es moralmente legítimo. De esto se deduce que si es legítimo y a la vez excluye a la moral, no hay problema, porque la exclusión es moralmente permisible.

Puede ser relevante aquí mencionar que la moral no es una tela sin costuras cuyo tejido es sólo liso o rugoso. Nosotros simplemente nos referimos a algunas de las innumerables consideraciones que nos incumben como consideraciones morales, no porque ellas tengan un origen o finalidad común o alguna unidad sistémica, sino simplemente a causa de su contenido como, por ejemplo, cuando nos exigen tener en cuenta los intereses de los demás, independientemente de nuestros propios objetivos o intereses. Para el pluralismo de valores es evidente que las consideraciones morales chocan de distintos modos, que la acción correcta requiere compromisos entre varias consideraciones morales y que algunas veces requiere renunciar a algunas a favor de otras. Cuando pensamos en las responsabilidades específicas de los jueces, se nos recuerda que éstas son análogas en algunos aspectos a las responsabilidades específicas de los profesores, médicos, padres, amigos y demás, en que cada uno de estos roles requiere priorizar algunas consideraciones morales a expensas de otras. Los derechos y obligaciones de un médico respecto a sus pacientes son diferentes de los derechos y obligaciones que tenemos respecto a los extraños, y en parte las reemplazan. Hay modos de actuar que son permisibles entre extraños pero no entre médico y paciente.

No estoy sugiriendo que el modo en que el Derecho afecta a la aplicación de la moral sea absolutamente análogo al modo en que lo hacen los roles, tales como los de los médicos o los abogados. Saco a colación la analogía sencillamente para ilustrar el punto más general, a saber, que la aplicación de principios morales abstractos se ve afectada y modificada por estipulaciones institucionales específicas tales como los roles. Antes he tratado de describir el modo en que la presencia de autoridades legítimas afecta a la aplicación de los principios morales¹³, por lo que seré breve y esquemático aquí.

¹³ Véase, por ejemplo, J. RAZ, *The Morality of Freedom*, Clarendon, Oxford, 1993, capítulos 2 a 4.



Es hora de abandonar la metáfora dramática del Derecho que excluye a la moral. Lo que sucede –y reacuérdese que aquí estamos hablando sólo del Derecho moralmente legítimo– es que el Derecho modifica el modo en que la moral se aplica a los individuos. Ciertamente, algunas consideraciones morales que se aplican cuando existe un vacío legal, no se aplican en presencia del Derecho o no se aplican del mismo modo. Pero excluyendo los errores y otras disfunciones que pueden darse incluso dentro de un ordenamiento justo y legítimo, el Derecho modifica más bien que excluye el modo en que las consideraciones morales se aplican y, al hacerlo, fomenta, considerándolo bien, más que socava las consideraciones morales.

Mencionaré tres modos en los que esto sucede. Primero, el Derecho concreta las consideraciones morales generales, determinando, para aquéllos a los que se aplica, cómo estas consideraciones afectan a sus vidas. Arrebata a los individuos el derecho y la carga de decidir en diversas circunstancias cómo la moral reaccionaría ante una determinada situación –qué exige exactamente–. Por ejemplo, cuál es la forma más adecuada de repartir las acciones de una empresa entre sus directores o empleados o qué información necesita un médico desvelar a un paciente antes de que su consentimiento pueda considerarse voluntario y vinculante.

Segundo, al dar a las consideraciones morales una forma concreta y pública, el Derecho también las hace relativamente uniformes y su aplicación relativamente segura, reforzando la confianza en ellas y evitando la deslealtad en las relaciones entre quienes están de acuerdo con ellas y quienes no lo están.

Tercero, hace que los objetivos morales y las condiciones moralmente convenientes sean más fáciles de lograr y a veces hace posible lo que sería imposible sin él¹⁴. El modo más simple y comentado en el que el Derecho logra tales fines tiene que ver con su capacidad para asegurar una conducta coordinada que solucione, por decirlo así, los que son conocidos como problemas de coordinación y el dilema del prisionero. Pero hay muchos más supuestos aparte de éstos, relativamente simples. Incluso algunas instituciones jurídicas tan elementales como el Derecho de contratos posibilita la creación de relaciones comerciales que no existirían fuera de contextos institucionales; no es preciso decir que ni las sociedades mercantiles ni la

¹⁴ Esto es, sin algún tipo de respaldo institucional, no necesariamente sin este ordenamiento jurídico.



propiedad intelectual podrían existir, excepto en formas rudimentarias, fuera del Derecho. Estos ejemplos pueden servir para ilustrar la capacidad del Derecho para facilitar actividades y relaciones económicas satisfactorias; pero éstas y otras instituciones jurídicas hacen mucho más: han hecho posible la civilización urbana tal como la hemos conocido durante los últimos cien o doscientos años –grandes multitudes de personas que viven en relativo anonimato unos junto a otros, disfrutando de libertades y de magníficos servicios públicos juntos y al mismo tiempo separadamente, cada uno por su cuenta, una civilización urbana de un tipo que el mundo no ha conocido antes y que es improbable que disfrute mucho más tiempo–.

2.3. ¿Cuándo la incorporación no es incorporación?

Hay mucho más que decir respecto a los modos en que el Derecho modifica la moral al posibilitar la realización de ideales. Pero permítaseme volver a la cuestión de la llamada incorporación. El artículo 1 (1) de la Constitución alemana estipula que: “la dignidad humana es inviolable. Respetarla y protegerla es el deber de toda autoridad del Estado”. La primera enmienda de la Constitución de los EE.UU. dice, entre otras cosas, que “el Congreso no aprobará ninguna ley [...] que limite la libertad de expresión”, asumiendo, como es generalmente asumido, que la libertad de expresión a la que se refiere no es la libertad de expresión existente en el *Common law* antes de la aprobación de la Declaración de Derechos, sino un derecho moral a la libertad de expresión. Esta enmienda es también tomada a menudo como ejemplo de la incorporación de la moral por medio del Derecho.

Tales supuestos de aparente incorporación plantean una pregunta obvia: ¿qué efecto pueden tener, dado que los jueces están sujetos a la moral de todos modos? Antes de que entre a analizarla, permítaseme responder otra pregunta derivada de mi terminología: ¿por qué llamo yo a estos casos “supuestos de incorporación aparente”? ¿No son supuestos claros de incorporación? La respuesta es que no lo son. Esto es, no son casos de incorporación si “incorporación” significa legislar o bien convertir un estándar en una norma del pertinente sistema jurídico por medio de una regla que se refiere a él y le da algún efecto jurídico.

Las leyes británicas o norteamericanas dan efectos jurídicos a los estatutos de las sociedades mercantiles o de las universidades y a muchos otros tipos de normativas sin incorporarlos al Derecho del Reino Unido o de los Es-



tados Unidos; las normas de conflicto otorgan efectos jurídicos al Derecho extranjero sin convertirlo en parte del Derecho interno. Tales referencias hacen jurídicamente exigible la aplicación de las normativas a las que se refieren, y entre los derechos y obligaciones reconocidos jurídicamente se incluyen, por tanto, algunos determinados por aquéllas. Pero estas normas no pasan a formar parte del Derecho, como no lo hacen los contratos jurídicamente vinculantes, a pesar de serlo y de que transforman los derechos y deberes de las personas sin ser ellos mismos parte del Derecho interno.

Hay muchas formas distintas de dar efectos a estas normativas. Un ejemplo interesante y relativamente reciente que ilustra tal diversidad es la *Human Rights Act* del Reino Unido de 2000, que prescribe en su artículo primero:

(1) En esta ley se entiende por “los derechos de la Convención” los derechos y libertades fundamentales recogidos en:

- (a) Artículos 2 a 12 y 14 de la Convención
- (b) Artículos 1 a 3 del Primer Protocolo y
- (c) Artículos 1 y 2 del Sexto Protocolo

Interpretados en conformidad con los artículos 16 a 18 de la Convención.

(2) Esos artículos serán aplicables a los efectos de esta ley sujetos a cualquier derogación o reserva que se indique.

¿Convierte este artículo los “derechos de la Convención” en parte del Derecho británico? Su lenguaje es cauto y matizado. El resto de la Ley especifica qué efectos jurídicos tienen los derechos en el Derecho británico. Por ejemplo, el artículo 3 dispone:

(1) En la medida en que sea posible, la legislación primaria y la legislación subordinada deben ser interpretadas y aplicadas de forma compatible con los derechos de la Convención.

(2) Esta sección:

- (a) se refiere a la legislación primaria y a la subordinada que sea aprobada;
- (b) no afecta a la validez, continuidad o ejecución de ninguna legislación primaria; y
- (c) no afecta a la validez, continuidad o ejecución de ninguna legislación subordinada incompatible si (sin tener en consideración ninguna po-

sibilidad de derogación) la legislación primaria previene la eliminación de la incompatibilidad.

Si alguna ley dijera “en la medida en que sea posible, la legislación primaria y la secundaria deben ser interpretadas y aplicadas de forma compatible con los edictos del Papa o con los escritos de Kant”, no habríamos estado tentados en ningún caso de pensar que gracias a ello los edictos del Papa y los escritos de Kant habrían llegado a formar parte del Derecho interno, aunque sin duda éstos habrían adquirido, en virtud de esta ley imaginaria, algún efecto jurídico.

Pienso que el efecto acumulado de los distintos artículos de la *Human Rights Act* le autoriza a uno a decir que incorpora “los derechos de la Convención” en el Derecho británico, esto es, que el Derecho británico incluye ahora tales derechos¹⁵. Pero espero que estas observaciones muestren que la decisión sobre esta cuestión no es sencilla y que no todo lo que parece incorporación lo es, así como que la diferencia entre convertir a una determinada normativa en parte del Derecho y meramente darle algún efecto jurídico sin integrarla en el sistema jurídico no está en el lenguaje de la medida legislativa “incorporativa” –que depende en parte de nuestra concepción general de lo que es un sistema jurídico y de cómo se relaciona con los estándares normativos externos, tales como el Derecho extranjero, las consideraciones morales, o la Constitución y las normas de organizaciones no estatales–.

Quizás debería añadir que la distinción entre lo que forma parte del Derecho y las normas que obligan de acuerdo con el Derecho es particularmente vaga, lo cual no es sorprendente dado que a menudo no nos es necesaria. Aunque a veces hay diferencias de procedimiento respecto a, por ejemplo, las evidencias notorias o el Derecho probatorio que se aplican o no a normas que forman parte del Derecho o que son meramente aplicables de acuerdo con el Derecho, la mayor parte de las veces las consecuencias prácticas de un estándar son las mismas de una manera u otra. Esto no quiere decir que podamos prescindir de la distinción o que no tiene importancia; en tanto que mantenemos que lo que es exigido de acuerdo con el Derecho lo es en virtud del Derecho, no podemos prescindir de ella y en tanto que el Derecho mantiene su lugar en el corazón de la organización política de la sociedad y si-

¹⁵ Aunque no tienen el mismo efecto o fuerza en el Derecho británico como si fueran promulgados de un modo sencillo ni el mismo efecto que tienen en otros países que han adoptado la Convención Europea de Derechos Humanos.



que siendo un foco de actitudes de identificación y alienación, la distinción tiene una importancia más allá de cualquier tecnicismo jurídico.

Creo que las referencias llamadas “incorporativas” a la moral pertenecen, junto con la doctrina de los conflictos de leyes, a una forma no incorporativa de dar a diferentes estándares normativos efecto jurídico sin integrarlos en el Derecho interno. Para ver las razones de esta opinión, necesitamos examinar primero el efecto jurídico de tales referencias.

2.4. La llamada incorporación como exclusión modulada

Retomamos así la pregunta principal: ¿cuál es el sentido de las provisiones que otorgan efectos a las consideraciones morales si los jueces están sujetos a la moral de todas formas? El sentido es que tales referencias ayudan al Derecho a modular su intervención y modificación del modo en que las consideraciones morales nos afectan. Usaré tres ejemplos para ilustrar esto. Por regla general el Derecho, como hemos visto, puede modificar la aplicación de los principios morales a sus destinatarios. El Derecho es, sin embargo, una institución compleja, un *conjunto* complejo de instituciones. ¿Qué órganos jurídicos tienen tales poderes? Generalmente, todas las instituciones dotadas de potestad normativa tienen el poder de modificar las consideraciones morales y pueden usar este poder siempre que crean nuevas normas; de hecho, la creación del Derecho implica el uso de tales poderes¹⁶. La llamada “incorporación” de la moral modula la aplicación de esta regla general.

Mi primer ejemplo tiene que ver con el hecho evidente de que las funciones de creación normativa están desigualmente distribuidas entre varios organismos. Algunos son federales y otros estatales, algunos legislativos y otros judiciales, algunos superiores y otros inferiores. Estas divisiones implican la existencia de límites a las potestades normativas de algunas instituciones. Un ejemplo de estos límites es la creación de una regla de conflicto que priorice las normas elaboradas por un organismo sobre las de los demás, cuando entran en conflicto; así, el Congreso no puede hacer normas contrarias a la Constitución. Cuando la Constitución “incorpora” una consi-

¹⁶ Conviene aquí apuntar algunas matizaciones porque una ley puede ser reciente pero su contenido antiguo, siendo una mera reafirmación de una ley “vieja” y puede, aunque más raramente de lo que tendemos a imaginar, simplemente, reafirmar preceptos morales como tales sin ninguna modificación y sin ninguna implicación (para el proceso de ejecución e implementación) que modifiquen la aplicación de las consideraciones morales.

deración moral, tal como la libertad de expresión, está limitando el poder del Congreso y otros centros de producción normativa para modificar este aspecto de la moral. Las referencias a consideraciones morales en las constituciones son casos típicos no de incorporación de la moral, sino de blindaje frente a su exclusión o modificación por parte de la legislación ordinaria.

Mi segundo ejemplo se refiere a la práctica común de asociar tales provisiones constitucionales con el control de constitucionalidad. El control de constitucionalidad no solamente hace exigible el blindaje a la exclusión o modificación de consideraciones morales constitucionalmente protegidas por parte de la legislación, sino que, además, al conferir a los tribunales poderes para hacer respetar ese blindaje, les otorga, cuando deciden sobre la compatibilidad de la legislación con las consideraciones morales constitucionalmente protegidas, el poder de modificar la aplicación de esas mismas consideraciones morales. Así, una segunda función de la llamada incorporación de la moral en el Derecho es distribuir poderes entre los centros de producción normativa.

Pero la referencia legislativa a consideraciones morales tiene otras funciones jurídicas distintas. Mi tercer y último ejemplo es de nuevo típico y sencillo: es el equivalente jurídico del procedimiento de decisión escalonado con el que estamos todos tan familiarizados en nuestra vida cotidiana. La última vez que decidí cambiarme de casa, mi decisión final para comprar y mudarme al apartamento en el que ahora vivo no fue tomada de una sola vez, sino en distintos pasos, de los cuales al menos tres son fácilmente discernibles. Primero, decidí cuánto podía permitirme gastar. Entonces, en vista de esta decisión y de otros factores, decidí sobre el barrio en el que comprar el apartamento. Finalmente, recogí información sobre viviendas disponibles dentro de mis posibilidades en ese barrio y elegí, finalmente, el que compré sobre la base de un amplio abanico de consideraciones funcionales y estéticas. Cada uno de los dos primeros pasos terminaron con una decisión parcial sobre qué apartamento comprar (un apartamento que no costara más que alrededor de... y que estuviera en este barrio) que reducían las opciones que tomaría en consideración en el paso siguiente. Cada paso aportó consideraciones que no jugaron una parte en la decisión previa (o jugaron sólo una parte indirecta). Y, lo que es crucial, cada decisión concluyó mis deliberaciones respecto al impacto de algunas razones, que no volvía a tener en cuenta posteriormente. Nosotros recurrimos con frecuencia a procedimientos de decisión escalonados, pues nos hacen la vida más sencilla y mejoran nuestra capacidad para tomar decisiones razonables.



Las instituciones tienen aún más razones para usar estos procedimientos. Algunas instituciones son mejores que otras a la hora de evaluar algunos aspectos de la decisión. La responsabilidad política exige que ciertas instituciones tomen parte en la decisión, pero están demasiado desbordadas de trabajo para analizarla concienzudamente, por lo que puede ser mejor dejarles que establezcan un marco que será completado por otras. Parte de la información que puede ser útil no estará disponible hasta más adelante, cuando decidir desde cero ya no sea racionalmente posible, y algunas veces puede ser aconsejable posponer algunos aspectos de una decisión hasta que se aproxime el momento de su aplicación. Habitualmente, encontramos que tales consideraciones se usan para justificar, al menos en parte, la delegación de potestades legislativas y reglamentarias a organismos subordinados y a los tribunales. Esto es lo que sucede siempre que se aprueba una norma que debe ser ejecutada prestando atención a ciertas consideraciones morales, por ejemplo, la legislación de contratos determina quién puede perfeccionarlos y bajo qué condiciones son válidos, pero añade que los contratos contrarios al orden público no serán ejecutados, delegando en los tribunales un poder residual para rechazar contratos por esta razón.

Las referencias a la moral en este contexto indican a los tribunales o a los órganos con potestades legislativas o reglamentarias delegadas que mientras el legislador ha tenido en cuenta consideraciones morales y de otro tipo y ha resuelto que éstas justifican las normas promulgadas, no consideró, o no consideró exhaustivamente, el impacto de las llamadas consideraciones morales incorporadas, de modo que es a aquéllos a quienes corresponde hacerlo¹⁷. De nuevo, lo que parece incorporación no es más que una indicación de que ciertas consideraciones no son excluidas. Los tribunales no pueden oponerse a la legislación y darle de lado porque piensen que debería aprobarse una norma mejor; la legislación les prohíbe hacerlo, pues ésta, en efecto, excluye su acceso a las consideraciones morales con las que el

¹⁷ Un ejemplo muy simple en la práctica (sobre el que me llamó la atención T. Endicott) es el artículo 23.13 del Código de Procedimiento Civil (*Civil Procedure Rules*) del Reino Unido que dice: "El tribunal puede tomar medidas para asegurar los costes conforme a la norma 25.12 si (a) está convencido, habiendo considerado todas las circunstancias del caso, de que es justo tomar tales medidas". Es evidente que podría haber dicho, sencillamente: "el tribunal puede, discrecionalmente, tomar medidas para asegurar los costes...". En tal caso, también, el tribunal habría tenido que hacer lo justo. El lenguaje de la norma simplemente recuerda a los tribunales que su discreción no está restringida. No "incorpora" nada.

legislador debería haber contado al aprobar la ley, pero pueden complementar o modificar la ley a la luz de las consideraciones no excluidas.

Para concluir, los jueces son seres humanos y están sujetos a la moral sin ninguna incorporación específica de la misma, como lo estamos todos nosotros. Lo que parece incorporación son varios supuestos de no exclusión.

3. EL POSITIVISMO INCLUYENTE Y LOS LÍMITES DEL DERECHO

Los argumentos y conclusiones de este artículo guardan relación con una de las cuestiones más antiguas e importantes en nuestra búsqueda por comprender la naturaleza del Derecho: la cuestión de su relación con la moral. Uno de sus aspectos es la cuestión de los límites del Derecho y especialmente los límites entre el Derecho y la moral. He intentado, en el transcurso de este debate, evitar prejuzgar esta cuestión, la cuestión del límite entre lo que forma y lo que no forma parte del Derecho. Mis observaciones preliminares sobre “la llamada incorporación” explican por qué centrarse en el problema de los límites del Derecho es infructuoso para un debate teórico-jurídico. No obstante, también he señalado que la distinción entre lo que pertenece y lo que no pertenece al Derecho es ineludible, una conclusión ineludible de cualquier teoría sensata del Derecho. Merece la pena insistir un poco más en la naturaleza del problema y sus dificultades.

Como ya se ha señalado, para los tribunales la diferencia entre las normas que ellos tienen que aplicar porque forman parte del Derecho interno y las que tienen que aplicar “solamente” de acuerdo con el Derecho no tiene ninguna diferencia práctica, por lo que no se preocupan por distinguir los conceptos nítidamente. Es cierto que esto no siempre es así. Estándares tales como el Derecho extranjero, los estatutos de otras organizaciones, los acuerdos privados y similares, a veces dan lugar a la aplicación de diferentes normas probatorias o procesales o jurisprudenciales que imponen la validez de un tipo de normas y no de otras (por ejemplo, que están sometidas a la jurisprudencia constitucional federal si, y sólo si, son parte del Derecho interno, o a las previsiones sobre el orden público sólo si no lo son). Para aquellos cuya reflexión sobre el Derecho se centra exclusivamente en la práctica de los tribunales, puede parecer que eso es todo lo que puede importar a alguien, y pueden dudar de que la distinción tenga utilidad alguna. En la medida en que nosotros lo encontramos en nuestro razonamiento sobre el Derecho, en nuestras prácticas legales, sólo tiene, podrían afirmar aquéllos, un interés particular y sin ninguna relevancia teórica.



El Derecho no es, sin embargo, únicamente un conjunto de guías para las decisiones judiciales. Es una institución política de gran importancia para el funcionamiento de las sociedades y para sus miembros. Desde este punto de vista, un británico no puede decir “el Derecho polaco es mi Derecho” sólo porque será aplicado por los tribunales británicos cuando sus normas de conflicto así lo indiquen. La distinción entre normas que los tribunales tienen que aplicar y normas que forman parte del Derecho interno es vital para nuestra capacidad de identificar el Derecho como la institución política que es.

Las distinciones vitales no son necesariamente nítidas. Puede ser que en muchos casos tengamos que resistir la tentación de juzgar si una materia es parte del Derecho o simplemente ha de ser seguida de acuerdo con el Derecho. Se puede decir que no hay diferencia y que podría ser considerado de cualquier manera; podemos sentir que ninguna opinión puede ser proclamada como estrictamente correcta.

¿No es la llamada incorporación de la moral un supuesto de este tipo, donde tanto monta una cosa como la otra? Por el contrario, me parece que la cuestión del estatus de la incorporación de la moral proporciona una buena casuística que muestra la necesidad de prestar atención a veces a la cuestión de los límites del Derecho y al modo en que esa necesidad surge sólo al servicio de otras cuestiones, más que porque el hecho mismo de fijar tales límites tenga una importancia inherente.

Cuando la cuestión debatida es la relación entre el Derecho y la moral, parece inevitable que diferentes opiniones sobre esta relación impliquen diferentes demarcaciones de los límites del Derecho, al menos en el punto de contacto entre éste y la moral¹⁸. En tanto que admitimos que es posible que una sociedad no sea gobernada por el Derecho, debe haber una diferencia entre los estándares jurídicos y los no jurídicos, los que no son parte del Derecho. Si la sociedad tiene Derecho, entonces tiene un sistema jurídico que puede dejar de existir¹⁹. La moral, en cambio, no puede dejar de existir o de

¹⁸ Por supuesto, una sociedad o una cultura que no maneje los conceptos de moral y de Derecho no tiene una opinión sobre su demarcación. Tal sociedad puede incluso estar sometida al Derecho. La existencia de un Ordenamiento jurídico en cualquier país no depende de la posesión del concepto de Derecho por la población de ese país. Pero de esto no se deduce, evidentemente, que en ese país no hay una frontera que fije los límites del Derecho, y que distinga entre lo que es parte de éste y lo que no lo es. El argumento del texto también es relevante para esto.

¹⁹ Yo doy por sentada la opinión de que el Derecho existe, donde lo hace, como un ordenamiento jurídico, esto es, que no hay leyes aisladas que no sean parte de un sistema.



ser relevante para nosotros. Además, en cualquier país sujeto al Derecho hay derechos morales y obligaciones que no son derechos y obligaciones jurídicas o, al menos, puede haberlos. De ahí que exista una frontera entre el Derecho y la moral. De ahí que el Derecho tenga límites.

Una perspectiva simple da por supuesto que el Derecho se distingue por su conexión con ciertas instituciones y que esta conexión se manifiesta de dos modos: primero, sólo los estándares, las normas promulgadas o aceptadas por ciertas instituciones (las instituciones normativas, entre ellas los tribunales) son Derecho y lo son porque así se ha aceptado. Segundo, sólo los estándares, normas, que son relevantes para ciertas instituciones (las instituciones aplicadoras del Derecho, entre ellas los tribunales) son Derecho. Cualquier teoría que acepta esta perspectiva tiende a considerar la conexión entre el Derecho y la moral como en gran medida contingente, aunque no necesita negar, y no debería hacerlo, que existan algunas conexiones necesarias entre el Derecho y la moral.

Las principales alternativas a esta perspectiva simple renuncian a la primera condición de la validez jurídica; encuentran sólo una conexión necesaria entre el Derecho y las instituciones sociales, la conexión con instituciones que aplican el Derecho, concentrándose casi siempre exclusivamente en los tribunales. Hay un gran número de variaciones posibles sobre este tema. Uno podría, por ejemplo, argüir que el Derecho está formado por todas las normas que la perspectiva simple admite, pero que, además, contiene también los principios morales que son relevantes para la conducta de las instituciones jurídicas, tales como los tribunales. Reglas tales como *audi alteram partem*, por ejemplo, forman parte, según esta tesis, de quizás todos los sistemas jurídicos, independientemente de si son respetadas o no y de si fueron integradas en el Derecho por sus instituciones jurídicas, simplemente porque es una norma moral vinculante para instituciones tales como los tribunales. Otra variante de este enfoque sostiene que el Derecho está formado por todas las normas que los tribunales deberían aplicar. Éstas pueden incluir esos estándares que la perspectiva simple reconoce que, a su vez, pueden comprender los estándares morales que son relevantes para los tribunales. Pero incluyen más, a saber, los estándares que, afecten a quien afecten, los tribunales tienen el deber moral de aplicar, o algo así.

Ambas alternativas a la perspectiva simple reconocen que las normas morales son parte del Derecho simplemente porque son normas morales; no obstante, ambas –y son sólo dos ejemplos entre muchos– respetan la natura-



leza institucional del Derecho al admitir que las normas morales son parte del Derecho sólo si son conectadas específicamente con instituciones jurídicas. Los puntos de vistas conocidos como positivismo jurídico incluyente parecen estar más cerca de la perspectiva simple, pues, al igual que ésta, insisten en la conexión dual entre instituciones jurídicas y estándares jurídicos –las normas jurídicas lo son en virtud de instituciones jurídicas, al tiempo que son aplicadas e impuestas por instituciones jurídicas–. De hecho, estas posiciones pueden reclamar ser defensoras puras de la perspectiva simple: si, conforme a ellas, una norma jurídica requiere que suficientes sectores de la población la acaten y que los tribunales la apliquen, entonces forma parte del Derecho. Y si la norma jurídica “incorpora” estándares morales, entonces esos estándares morales son parte del Derecho. Si hay una ley que estipula que uno debería, en todas sus relaciones con las personas con respecto a las que no tiene especiales responsabilidades, observar todas las obligaciones morales que son pertinentes en las relaciones con los extraños, entonces los estándares morales que disponen tales obligaciones se han convertido en parte del Derecho. Llamaré a esta versión de la tesis positivista jurídica incluyente la tesis de la incorporación²⁰.

Las conclusiones de la parte anterior de este artículo plantean una dificultad para la tesis de la incorporación. Si la moral vincula igualmente a los individuos y a los tribunales, de todos modos, entonces todos nosotros, incluidos los tribunales, estamos obligados por ella incluso antes de su incorporación. ¿De qué manera puede la incorporación convertirla en Derecho? El hecho de que la tesis de la incorporación es la más pura expresión de la perspectiva simple le perjudica más que ser un punto a su favor. Sabemos que la perspectiva simple es demasiado simple. Sabemos que el Derecho polaco no forma parte del Derecho griego simplemente porque las normas griegas de conflicto exigen a los individuos y a los tribunales aplicar el Derecho polaco en ciertas ocasiones.

La tesis de la incorporación reivindica que los estándares morales se transforman en Derecho simplemente a causa de su incorporación. Parece

²⁰ Estas observaciones se refieren sólo a lo que HIMMA, *supra*, nota 3, llama la condición de suficiencia del positivismo jurídico incluyente, esto es, a la opinión de que la llamada “incorporación” puede convertir a la moral en Derecho. En este artículo no tomo en consideración los argumentos a favor o en contra de la opinión de que la validez de las normas jurídicas puede depender, bien porque algún otro Derecho así lo determine o por otras razones, de su coherencia con alguna norma no jurídica, moral o de otro tipo.

que carece de recursos para distinguir entre Derecho que nos obliga a nosotros y a los tribunales a seguir alguna ley extranjera o a obedecer las normas de alguna asociación, por ejemplo, y la incorporación de la moral. De hecho, tiene una dificultad especial con esto último, porque la moral se aplica en cualquier caso, en tanto que la tesis de la incorporación sugiere que se aplica sólo si está incorporada.

El argumento de este artículo ha mostrado que las llamadas normas incorporativas tienen su sentido –que su efecto no es incorporar sino más bien evitar la exclusión de la moral por parte del Derecho–. Esto priva a la tesis de la incorporación de otro posible argumento, a saber, que sólo puede dar cuenta de la existencia de leyes que parecen incorporar estándares morales. Por el contrario, no puede explicar su función. Dado que la moral se aplica en cualquier caso, su función no puede ser incorporarla. Nada de esto *demuestra* que la tesis de la incorporación sea falsa; pero plantea serias dudas sobre ella, dudas que sus partidarios todavía no han aclarado satisfactoriamente²¹.

JOSEPH RAZ
Balliol College
Oxford University Oxford OX1 3BJ
Reino Unido
e-mail: joseph.raz@balliol.ox.ac.uk

²¹ Yo planteé esencialmente la misma pregunta en *The Authority of Law*, Oxford University Press, 1979, pág. 47, nota 8, aunque lo hice más bien brevemente y sin el apoyo de los argumentos expuestos arriba.

