

Hart

HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, 2ª edición, trad. G. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, pp. 259-261.

«Cuando nos enfrentamos a exigencias moralmente inicuas, ¿por qué es mejor pensar: “esto no es derecho en ningún sentido”, en lugar de “esto es derecho, pero es demasiado inicuo para ser obedecido o aplicado”? El primer modo de pensar, ¿hará que los hombres vean las cosas más claras o que estén más dispuestos a desobedecer cuando la moral lo exige? ¿Conduciría ello a mejores maneras de resolver problemas tales como los que el régimen nazi dejó tras suya? Sin duda que las ideas tienen su influencia; pero no parece que el esfuerzo para adiestrar y educar a los hombres en el uso de un concepto más restringido de validez jurídica, en el que no caben normas jurídicas válidas aunque moralmente inicuas, haya de conducir a robustecer la resistencia frente al mal ante las amenazas del poder organizado, o a una comprensión más clara de lo que está moralmente comprometido cuando se exige obediencia. Mientras que los seres humanos puedan obtener suficiente cooperación de algunos para permitirles dominar a otros, usarán las formas del derecho como uno de sus instrumentos. Hombres malvados dictarán reglas malvadas que otros aplicarán. Lo que por cierto más se necesita para que los hombres tengan una visión clara al enfrentar el abuso oficial del poder, es que conserven la idea de que al certificar que algo es jurídicamente válido no resolvemos en forma definitiva la cuestión de si se debe obediencia, y que por grande que sea el halo de majestad o de autoridad que el sistema oficial pueda poseer, sus exigencias, en definitiva, tienen que ser sometidas a un examen moral. Esta idea de que fuera del sistema oficial hay algo que, en última instancia, deberá proporcionar al individuo el criterio para resolver sus problemas de obediencia, es más probable, por cierto, que permanezca viva entre quienes piensan que en ningún caso algo inicuo puede tener *status* de derecho.

Pero quizás una razón más fuerte para preferir el concepto amplio de derecho, que nos permite pensar y decir: “esto es derecho pero es inicuo”, es que negar reconocimiento jurídico a las reglas inicuas puede simplificar en forma excesiva y tosca la variedad de cuestiones morales a que ellas dan lugar. Los autores del pasado que, como Bentham y Austin, insistieron en la distinción entre lo que el derecho es y lo que debe ser, en parte lo hicieron porque pensaban que si los hombres confundían estas cosas era posible que, sin reparar en el costo para la sociedad, juzgaran apresuradamente que las normas jurídicas eran inválidas y no debían ser obedecidas. Pero al lado de este peligro de anarquía, que bien puede haber sido sobrestimado por ellos, hay otras formas de simplificación excesiva. Si restringimos nuestro punto de vista y únicamente pensamos en la persona a quien se pide que *obedezca* las reglas malas, podemos considerar que es indiferente determinar si esta persona piensa o no que tiene frente a sí una regla válida de “derecho”, mientras advierta su iniquidad moral y haga lo que la moral exige. Pero además del problema moral de obediencia (¿He de hacer esta cosa mala?), está el problema del sometimiento al castigo, el de Sócrates: ¿Qué debo hacer, someterme al castigo por haber desobedecido, o escapar? También está el problema que enfrentaron los tribunales de postguerra alemanes: “¿hemos de castigar a quienes hicieron cosas malas que eran permitidas por leyes perversas entonces en vigencia?”. Estas preguntas plantean muy diferentes problemas de moral y de justicia, que es menester considerar en forma independiente los unos de los otros: no pueden ser

resueltos mediante la negativa absoluta a reconocer que las leyes malas pueden ser válidas para algún propósito. Esta es una manera demasiado tosca de lidiar con cuestiones morales delicadas y complejas.

Un concepto de derecho que permite distinguir entre la invalidez de las normas jurídicas y su inmoralidad, nos habilita para ver la complejidad y variedad de estas distintas cuestiones; mientras que un concepto restringido que niega validez jurídica a las reglas inicuas puede cegarnos frente a ellas. Puede concederse que los delatores alemanes, que guiados por móviles egoístas procuraron el castigo de otros por aplicación de leyes monstruosas, hicieron algo prohibido por la moral; sin embargo, la moral puede exigir también que el estado castigue únicamente a aquellos que, al hacer el mal, hicieron lo que estaba prohibido por el Estado en ese momento. Este es el principio de *nulla poena sine lege*. Si hemos de introducir fisuras en este principio para impedir algo que se considera un mal mayor que su sacrificio, es vital que las cuestiones en juego sean identificadas claramente. Un caso de castigo retroactivo no debe ser presentado como si se tratara de un caso ordinario de castigo por un acto que era ilegal en el momento de su realización. Por lo menos puede argüirse en favor de la simple doctrina positivista de que las reglas moralmente inicuas pueden ser derecho, que ella no oculta la elección entre males que, en circunstancias extremas, podemos vernos en la necesidad de efectuar»

2 moral

“La chapucera carrera de Rex como legislador y juez demuestra que el intento de crear y mantener un sistema de normas legales puede frustrarse por lo menos de ocho maneras; hay en esta empresa, si se quiere, ocho caminos que conducen al desastre. El primero y más obvio consiste en dejar del todo de crear leyes, de manera que cada causa deba fallarse sobre bases *ad hoc*. Los otros caminos son : b) la falta de publicar , o al menos de poner a disposición de la parte afectada, las leyes que se espera que observe; c) el abuso de legislación retroactiva, la cual no sólo es incapaz de guiar la acción, sino que socava la integridad de las leyes de efecto presunto, puesto que las coloca bajo amenaza de cambio retroactivo; d) el no hacer las leyes comprensivas; e) la promulgación de leyes contradictorias, o f) leyes que están fuera de la capacidad de conducta de la parte afectada; g) la introducción de cambios tan frecuentes en las leyes que el súbdito no pueda orientar sus actos por medio de las mismas, y, finalmente, h) la falta de congruencia entre las reglas conforme se promulgaron y su verdadera administración.

Un fracaso total en cualquiera de estos sentidos no produce simplemente un mal sistema de derecho, sino que produce algo que no puede llamarse propiamente sistema jurídico...Realmente no puede haber una base racional para aseverar que un hombre puede tener obligación moral de obedecer una norma legal que no existe, o que se mantiene en secreto para él, o que se creó después de que él hubo obrado, o que era ininteligible, o estaba en

contradicción con otra ley del mismo sistema, u ordenaba lo imposible, o cambiaba a cada minuto. Puede no ser imposible para un hombre obedecer una ley de la cual hacen caso omiso los que están encargados de su administración, pero en ciertas ocasiones la obediencia se hace inútil -tan inútil, de hecho, como emitir un voto que nunca será contado"

FULLER, L.L., *La moral interna del Derecho*, trad. F. Navarro, Trillas, México, 1967, p. 49.

3 moralidad

“En el debate del Parlamento Federal de 1 de octubre de 1982 sobre el voto constructivo de desconfianza de las fracciones de la CDU/CSU y del FDP, la diputada del FDP Hamm-Brucher sostuvo la siguiente concepción con respecto a lo que ella calificó de “procedimientos”, es decir, que “Helmut Schmidt fuera derribado sin voto de los electores” y que “Helmut Kohl, sin voto de los electores, asumiera el cargo de canciller”: “Sin duda, los dos procedimientos, que se condicionan recíprocamente, son constitucionales. Pero, me parece que sobre ambos pesa la sombra de la violación de la decencia democrática. Dañan casi la integridad ético-moral del cambio de poder”.

Esta manifestación fue objeto de fuerte réplica en debates. Por lo pronto, por parte del diputado Kohl, quien interrumpió la exposición de la diputada con la afirmación: “¡Es escandaloso que usted califique de inmoral a la Constitución!”. Luego, en una declaración del diputado Geissler, quien vio en la citada manifestación un “ataque a nuestra Constitución” y formuló la concepción que se encuentra detrás de esta tesis de la siguiente manera:

“La Constitución de la República Federal de Alemania...y el goce de los derechos de acuerdo con esta Constitución no pueden ser nunca inmorales, ¿nunca inmorales!”

A esta concepción adhirió otra intervención el diputado Kohl, quien expresó:

“Si se decide, se trabaja, se lucha dentro del marco de esta Constitución, le guste ello a uno más o menos en una situación concreta, no se puede nunca ser inmoral”.

En una carta del lector dirigida al semanario *Der Spiegel*, el filósofo del derecho Norbert Hoerster, profesor de la Universidad de Maguncia y decidido iuspositivista, básicamente objetó dos cosas contra esta concepción. En primer lugar, no es posible excluir *a priori* que una norma constitucional sea inmoral. En segundo lugar, “bajo determinadas circunstancias concretas”, el “recurrir” a una norma jurídica moralmente inobjetable puede ser inmoral, por ejemplo, la realización de una ejecución forzosa contra un deudor, a raíz de la cual su familia se suicida. La carta de Hoerster concluía con algunas observaciones de tipo retórico-polémico que apuntaban a la necesidad de no ignorar las conexiones y diferencias entre derecho y moral”.

KUHLEN, L., “Violaciones de normas en el derecho y en la moral”, *Derecho y Filosofía*, comp. E. Garzón, Alfa, Barcelona, 1985, p. 177.

RADBRUCH, G., *Filosofía del Derecho*, 4ª edición, traducción de J. Medina, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, p. 112.

«Para el juez es un deber profesional actualizar en la realidad la voluntad de vigencia de la ley, sacrificar su sentimiento jurídico al mandato imperativo del derecho establecido, preguntarse por lo que es jurídico, pero nunca si es también justo. Podría interrogarse si este deber mismo del juez, si esta *sacrificium intellectus*, si esta entrega plena de la propia personalidad a un orden jurídico cuyas futuras transformaciones no pueden sospecharse, es moralmente posible. Empero, por injustamente que haya podido el derecho formar su contenido, ya se ha mostrado que, por su mera existencia, cumple siempre un fin, el de la seguridad jurídica. El juez, por el hecho de constituirse en servidor de la ley sin consideración a su justicia, no se convierte, a pesar de esto, en mero servidor, a los fines accidentales de la arbitrariedad. Aunque él deje de estar, porque la ley lo quiere, al servicio de la justicia, permanece siempre, sin embargo, al servicio de la seguridad jurídica. Despreciamos nosotros al sacerdote que predica contra su convicción, pero honramos al juez que no se deja perturbar en su fidelidad a la ley por la pugna de su propio sentimiento jurídico; pues el dogma tiene únicamente valor como expresión de la fe, mas la ley no lo tiene sólo como precipitado de justicia, sino como garantía de la seguridad jurídica y particularmente como tal ha sido puesta en manos del juez»

RADBRUCH, G., *Arbitrariedad legal y Derecho supralegal*, trad. de M.I. Azareto, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1962, pp. 30 y 34.

«El Fiscal General del Land de Sajonia, Dr. J.U. Schroeder, anunció en efecto por la prensa “Tägliche Rundschau” del 14-III-1964) la intención de hacer valer “La responsabilidad penal por sentencias inhumanas”, aun cuando tales sentencias hubiesen sido dictadas en base a leyes del partido nacional socialista sobre cuya base se dictaron sentencias de muerte tales como las mencionadas, carece de toda validez jurídica...

Dicha legislación se funda en la llamada Ley de Facultamiento, que no fue creada con la necesaria mayoría constitucional de dos tercios. Hitler, por medio de la violencia impidió a los diputados comunistas del Reichstag tomar parte en la reunión y con menosprecio de su inmunidad mandó arrestarlos. Los restantes diputados, especialmente los del centro fueron forzados mediante amenaza de los SA a dar su voto en favor de la ley. Nigún juez podía apelar a una ley y dictar sentencia de acuerdo con ella, cuando esa ley no solamente era injusta, sino delictiva. Nosotros apelamos a los derechos

humanos que están por encima de toda norma escrita, al inalienable e inmemorial derecho que niega validez a las órdenes delictivas de los tiranos inhumanos...

Partiendo de estas consideraciones, creo yo que deben ser acusados aquellos jueces que han dictado sentencias incompatibles con los mandatos de la humanidad, y condenado a penas de muerte por motivos insignificantes...

Se informa desde Halle, que los verdugos Kleine y Rose han sido condenados a muerte por su activa participación en innumerables ejecuciones ilegales.

Kleine tomó parte desde abril de 1944 hasta marzo de 1945 en 931 cumplimientos de sentencias, por los cuales cobró como remuneración 26.433 RM.

Las condenas, según parece, se fundan en la ley 10 del Consejo de Control Aliado (Delitos contra la Humanidad). “Ambos acusados ejercían su triste profesión espontáneamente, ya que todo verdugo es dueño de renunciar a su actividad por razones de salud o cualquier otro motivo” (“Liberaldemokratische Zeitung”, Halle, 12-VI-46)

Se conoce además del siguiente caso del Land de Sajonia (artículo del Fiscal General Dr. J.V. Schroeder, del 9-V-46): en el año 1943 un soldado sajón, que luchaba en el frente oriental y estaba encargado de la custodia de los prisioneros de guerra, desertó “asqueado por el tratamiento inhumano que experimentaban los prisioneros y quizá también cansado del servicio en las tropas de Hitler”

En la huida no pudo dejar de entrar a descansar a casa de su mujer, allí fue descubierto y un guardia vino a detenerle. El soldado consiguió adueñarse, sin ser advertido, de su pistola de servicio, y derribó de un tiro por la espalda al guardia.

En el año 1945 volvió de Suiza a Sajonia. Fue detenido y el ministerio Fiscal se dispuso a presentar una acusación contra él por el asesinato alevoso del funcionario.

El Fiscal General dispuso, empero, la libertad del detenido y la suspensión del procedimiento. Consideró reunidos los extremos del artículo 54. Funcó la inimputabilidad en el estado de necesidad, afirmando que “lo que ayer los juristas hacían pasar como derecho, hoy ya no rige más. La deserción a los ejércitos de Hitler y Keitel no encierra para nuestro concepto ningún delito que deshonne al desertor y justifique su castigo, pues no redundaría en su culpabilidad”.

Por doquier se entabla la lucha contra el positivismo desde el punto de vista de la “arbitrariedad legal y el derecho suprallegal”»

HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, 2ª edición, trad. G. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, pp. 259-261.

«Cuando nos enfrentamos a exigencias moralmente inicuas, ¿por qué es mejor pensar: “esto no es derecho en ningún sentido”, en lugar de “esto es derecho, pero es demasiado inicuo para ser obedecido o aplicado”? El primer modo de pensar, ¿hará que los hombres vean las cosas más claras o que estén más dispuestos a desobedecer cuando la moral lo exige? ¿Conduciría ello a mejores maneras de resolver problemas tales como los que el régimen nazi dejó tras suya? Sin duda que las ideas tienen su influencia; pero no parece que el esfuerzo para adiestrar y educar a los hombres en el uso de un concepto más restringido de validez jurídica, en el que no caben normas jurídicas válidas aunque moralmente inicuas, haya de conducir a robustecer la resistencia frente al mal ante las amenazas del poder organizado, o a una comprensión más clara de lo que está moralmente comprometido cuando se exige obediencia. Mientras que los seres humanos puedan obtener suficiente cooperación de algunos para permitirles dominar a otros, usarán las formas del derecho como uno de sus instrumentos. Hombres malvados dictarán reglas malvadas que otros aplicarán. Lo que por cierto más se necesita para que los hombres tengan una visión clara al enfrentar el abuso oficial del poder, es que conserven la idea de que al certificar que algo es jurídicamente válido no resolvemos en forma definitiva la cuestión de si se debe obediencia, y que por grande que sea el halo de majestad o de autoridad que el sistema oficial pueda poseer, sus exigencias, en definitiva, tienen que ser sometidas a un examen moral. Esta idea de que fuera del sistema oficial hay algo que, en última instancia, deberá proporcionar al individuo el criterio para resolver sus problemas de obediencia, es más probable, por cierto, que permanezca viva entre quienes piensan que en ningún caso algo inicuo puede tener *status* de derecho.

Pero quizás una razón más fuerte para preferir el concepto amplio de derecho, que nos permite pensar y decir: “esto es derecho pero es inicuo”, es que negar reconocimiento jurídico a las reglas inicuas puede simplificar en forma excesiva y tosca la variedad de cuestiones morales a que ellas dan lugar. Los autores del pasado que, como Bentham y Austin, insistieron en la distinción entre lo que el derecho es y lo que debe ser, en parte lo hicieron porque pensaban que si los hombres confundían estas cosas era posible que, sin reparar en el costo para la sociedad, juzgaran apresuradamente que las normas jurídicas eran inválidas y no debían ser obedecidas. Pero al lado de este peligro de anarquía, que bien puede haber sido sobrestimado por ellos, hay otras formas de simplificación excesiva. Si restringimos nuestro punto de

vista y únicamente pensamos en la persona a quien se pide que *obedezca* las reglas malas, podemos considerar que es indiferente determinar si esta persona piensa o no que tiene frente a sí una regla válida de “derecho”, mientras advierta su iniquidad moral y haga lo que la moral exige. Pero además del problema moral de obediencia (¿He de hacer esta cosa mala?), está el problema del sometimiento al castigo, el de Sócrates: ¿Qué debo hacer, someterme al castigo por haber desobedecido, o escapar? También está el problema que enfrentaron los tribunales de postguerra alemanes: “¿hemos de castigar a quienes hicieron cosas malas que eran permitidas por leyes perversas entonces en vigencia?”. Estas preguntas plantean muy diferentes problemas de moral y de justicia, que es menester considerar en forma independiente los unos de los otros: no pueden ser resueltos mediante la negativa absoluta a reconocer que las leyes malas pueden ser válidas para algún propósito. Esta es una manera demasiado tosca de lidiar con cuestiones morales delicadas y complejas.

Un concepto de derecho que permite distinguir entre la invalidez de las normas jurídicas y su inmoralidad, nos habilita para ver la complejidad y variedad de estas distintas cuestiones; mientras que un concepto restringido que niega validez jurídica a las reglas inicuas puede cegarnos frente a ellas. Puede concederse que los delatores alemanes, que guiados por móviles egoístas procuraron el castigo de otros por aplicación de leyes monstruosas, hicieron algo prohibido por la moral; sin embargo, la moral puede exigir también que el estado castigue únicamente a aquellos que, al hacer el mal, hicieron lo que estaba prohibido por el Estado en ese momento. Este es el principio de *nulla poena sine lege*. Si hemos de introducir fisuras en este principio para impedir algo que se considera un mal mayor que su sacrificio, es vital que las cuestiones en juego sean identificadas claramente. Un caso de castigo retroactivo no debe ser presentado como si se tratara de un caso ordinario de castigo por un acto que era ilegal en el momento de su realización. Por lo menos puede argüirse en favor de la simple doctrina positivista de que las reglas moralmente inicuas pueden ser derecho, que ella no oculta la elección entre males que, en circunstancias extremas, podemos vernos en la necesidad de efectuar»

5

TEORÍA DEL DERECHO

“Validez, eficacia y justicia“

Textos tomados de ANSUÁTEGUI, F.J. ed., *Textos básicos de Teoría del Derecho*, B.O.E.- Universidad Carlos III, Madrid, 1994.

“Como dice San Agustín, “la ley que no es justa no parece que sea ley”“. Por tanto, la fuerza de la ley depende del nivel de su justicia Y tratándose de cosas humanas, su justicia está en proporción con su conformidad a la norma de la razón. Pues bien, la primera norma de la razón es la ley natural, como consta por lo ya dicho. Por consiguiente, toda ley humana tendrá carácter de ley en la medida en que se derive de la naturaleza; y si se aparta en un punto de la ley natural, ya no será ley, sino corrupción de la ley“

TOMAS DE AQUINO, *Suma de Teología*, I-II, q. 95, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1989

“...defino la ley civil de esta manera: la ley civil es, *para cada súbdito, aquella serie de reglas que el Estado le ha mandado de palabra, o por escrito, o con otros signos suficientes de la voluntad, para que las utilice a la hora de distinguir lo que está bien y lo que no está bien, es decir, lo que es contrario y lo que no es contrario a la regla.*

En esta definición no hay nada que no sea evidente a primera vista. Pues todo hombre puede ver que algunas leyes están dirigidas a todos los súbditos en general, que otras se dirigen a provincias particulares, que otras se refieren a vocaciones específicas, y que otras se dirigen a individuos en particular; son éstas, por tanto, leyes para cada persona o grupos a los que están especialmente dirigidas, y para nadie más. Es, asimismo, evidente, que las leyes son normas para establecer lo justo y lo injusto, no pudiéndose decir que algo es injusto si no es contrario a alguna ley. Y también, que nadie puede hacer las leyes excepto el Estado, pues nuestra sujeción es debida, únicamente, al Estado; y que los mandatos deben darse con signos suficientemente claros, ya que, de otro modo, un hombre no sabría cómo obedecerlos. Por tanto, todo lo que pueda deducirse necesariamente de esta definición como consecuencia suya, debe ser reconocido como verdadero“.

HOBBS, T., *Leviatan*, trad. C. Mellizo, Alianza, Madrid, 1989, p. 216.

“La confusión a que me refiero pone en crisis concepciones supuestamente jurídicas. Tomad, por ejemplo, la pregunta fundamental “¿Qué es el Derecho?”. Encontraréis que ciertos autores os dirán que es algo distinto de lo que dicen los tribunales..., que es un sistema de razón, que es deducción a partir de principios de ética o axiomas universalmente aceptados, o cosa parecida, que puede o no coincidir con las sentencias judiciales. Pero si adoptamos el punto de vista de nuestro amigo el mal hombre, veremos que a éste le importan un bledo los axiomas o deducciones, pero que en cambio le interesa saber qué es lo que en efecto han de resolver probablemente los tribunales... Yo opino de manera bastante parecida. Yo entiendo por “Derecho“ las profecías acerca de lo que los tribunales harán en concreto; nada más ni nada menos“

HOLMES, O.W., *La senda del Derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1975, p. 21

