



**Artículo Original**

Recibido para publicación: octubre 20 de 2013.  
Aceptado para publicación: noviembre 15 de 2013

## EL SIGNIFICADO DE “MORAL” EN LA TEORÍA JURÍDICA

Autores: Yezid Carrillo De La Rosa<sup>1</sup>

Correspondencia: Carrillo de la Rosa, Yezid en: [yezidcarrillo@hotmail.com](mailto:yezidcarrillo@hotmail.com)

CvLac

[http://201.234.78.173:8081/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod\\_rh=0000319074](http://201.234.78.173:8081/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0000319074)

### RESUMEN

Estas breves reflexiones intentan precisar el significado que tiene el término “moral” en la teoría jurídica. Registra los tres significados en que usualmente se aplica el término: como sinónimo de moral personal o individual, como equivalente a moral positiva o social y como moral ideal o crítica. Defiende la tesis de que es en este último sentido en que se usa el término moral en la teoría jurídica esta se presenta con serios problemas relacionados con la existencia de los valores morales (ontológicos) y relativos a la posibilidad de la fundamentación racional de los enunciados y proposiciones morales (epistemológicos).

Con este artículo, resultado parcial de un proceso investigativo se pretende mostrar y reflexionar sobre la interpretación que se le está dando a la el significado de “moral” en la teoría. El proceso metodológico que se implementó en el proceso investigativo, en la búsqueda de información fue el de recuperación bibliográfica, la descripción y análisis del material con temas relacionados a la problemática en estudio. La consulta a diversas fuentes permitió organizar una guía de contenido en la que se han tratado los aspectos internacionales y nacionales que desde el punto de vista histórico, teórico, legal y conceptual hacen referencia a la temática.

### Palabras Claves

Teoría jurídica, moral ideal, moral positiva, moral individual, meta ética.

### ABSTRACT

These brief reflections tries to clarify the significance of the term "moral" in legal theory. Record the three meanings in which the term is usually applied: as a synonym for personal or individual morality as equivalent to positive moral or social or moral ideal or critical. Defends the thesis that it is in this latter sense that we use the term moral in legal theory this presents serious problems related to the existence of moral values (ontological) and on the possibility of rational justification of statements and moral propositions (epistemological).

<sup>1</sup> Abogado. Licenciado en Filosofía y Letras. Especialista en Ética y Filosofía Política. Especialista en Derecho Público. Magister en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. . Doctorando en Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Profesor de la Universidad de Cartagena

With this article, partial results of a research process is to show and reflect on the interpretation being given to the meaning of "moral" in theory. The methodology that was implemented in the research process in the search for information was the recovery literature, the description and analysis of the issues material to the issue under study. Consultation with various sources allowed an content guide which have addressed international and national issues from a historical perspective, theoretical, legal and conceptual reference to the subject.

Keywords

Legaltheory, Criticalmoral, positive morale, subjectivemorality, met ethics

## INTRODUCCIÓN

Sin lugar a dudas los horrores de Auschwitz y los posteriores juicios de Núremberg replantearon la concepción que negaba la vinculación entre el Derecho y la moral (tesis de la separación). La doctrina que identificaba el Derecho con su positividad (tesis de las fuentes sociales) va a ser insostenible en el mundo de la posguerra. Radbruch, G. (1932) sostendrá que una ley extremadamente injusta no es derecho.

La nueva concepción del Derecho después de 1945 reconocerá la existencia de principios de justicia, que aunque no estén contenidos en una legislación expresa, tienen la misma o mayor fuerza normativa que la norma que emana de la voluntad del legislador. De suerte que cada vez será mayor la invocación de principios generales del Derecho que ningún texto formula dentro del proceso judicial y el reconocimiento de éstos por parte de los jueces y altas cortes.

A partir de entonces, tanto constitucionalistas como Zagrebelsky (2003) y filósofos Dworki (1967), defenderán en diversas formas, la tesis de que existe una conexión necesaria o por lo menos una conexión circunstancial o contingente entre el derecho y la moral. No obstante, en ocasiones las discusiones sobre este tópico se adelantan confundiendo diversos usos del término moral. En esta breve nota vamos a intentar precisar el sentido en el que debe ser usado el término moral y las implicaciones que tal sentido tiene para la teoría jurídica.

En este artículo, considerado un producto parcial de un proceso investigativo que tiene como tema central el significado de "moral" en la teoría, en su construcción se orientó por mostrar y reflexionar – como objetivo- sobre la interpretación que se presenta la moral en los sistemas y discursos jurídicos actuales, en el marco de la teoría jurídica.

La metodología implementada en la búsqueda de información fue de recuperación bibliográfica, la descripción y análisis del material con temas relacionados a la problemática en estudio. La consulta a diversas fuentes permitió organizar una guía de contenido en la que se han tratado los aspectos internacionales y nacionales que desde el punto de vista histórico, teórico, legal y conceptual hacen referencia a la temática

## RESULTADOS Y DISCUSIÓN

### LA PROBLEMÁTICA DE LA MORAL EN LA TEORÍA JURÍDICA COLOMBIANA

El reconocimiento de la presencia de la moral en los sistemas y discursos jurídicos actuales ha causado un malestar en la teoría jurídica nacional y transnacional. Esta situación ha generado varios debates uno de ellos ha enfrentado a quienes se consideraban partidarios de un nuevo derecho más justo y dinámico y aquellos que advertían la pérdida de seguridad jurídica como el debate entre López Medina y Tamayo Jaramillo. Publicado en la revista de la facultad de derecho y ciencias políticas, (2006) donde afirma el profesor Tamayo Jaramillo:

El profesor López Medina sienta lo fundamental de su concepción del Derecho en su adhesión a la teoría del nuevo derecho teoría que al igual que la del uso alternativo del derecho y otras más como el realismo norteamericano desconocen la obligatoriedad de las normas vigentes, para dar campo a una aplicación del derecho basada en corazonadas, valores y principios generalísimo, doctrina que de alguna manera aplica la Corte Constitucional en sus sentencias modulativas y en el desconocimiento expreso de textos constitucionales absolutamente claros, lo que hace que la Corporación más que ser un intérprete de la Carta, sea un nuevo legislador ilegítimo (367)

Y líneas más adelante:

Afirma el profesor López Medina que el derecho tradicional hace completa separación entre el derecho y la moral, mientras que en el nuevo derecho ambos conceptos se acercan. Esa afirmación es falsa como está planteada y resuelta. En efecto, es innegable que los imperativos morales no pueden ser coercitivos y exteriores al individuo, como si lo es el derecho, y que por tanto nadie puede desconocer el derecho positivo vigente so pretexto de que su conducta se rige por sus reglas morales. De igual manera un conflicto de intereses no se puede resolver exclusivamente a partir de principios morales del juez... (...) De otro lado, así el derecho y la moral se acerquen como lo afirma el Doctor López Medina, es imposible que un caso concreto se resuelva dentro del Estado de Derecho, con base en las reglas morales que el juez crea válidas, pues así vayan en contra de sus convicciones morales, el juez está obligado a aplicar el derecho vigente. Sólo en la medida en que se aplique el nuevo derecho, la moral del juez suplantarán las normas, y entonces todos los conflictos de intereses se resolverán de acuerdo con los principios morales del juez, pero entonces ya no podremos hablar de Estado de Derecho sino de 'Estado de moral subjetiva de los jueces', o si se prefiere de 'Estado de Derecho Natural' (377)

Un segundo foco de debate ya superado se suscitó entre quienes defienden la creación judicial del derecho como algo novedoso y positivo y quienes ven en

ello una extralimitación del juez constitucional; usualmente quien defiende la creación judicial están de acuerdo con el precedente como fuente principal del derecho, sea a través de la tesis de los derechos fundamentales innominados o de la creación de reglas adscritas, y quienes comparten el segundo argumento consideran que el precedente debe servir solo de criterio auxiliar, en virtud de lo dispuesto por el artículo 230 de la Constitución Política de Colombia (1991).

Un tercer foco se ha dado entre justicia constitucional (constitucionalismo) y democracia. Los partidarios de la primera defienden un control fuerte de constitucionalidad y una limitación a los poderes públicos, que se manifiesta fundamentalmente en el control de constitucionalidad de las leyes y decretos de excepción y el amparo de los derechos fundamentales, y quienes ven en lo anterior una vulneración del principio democrático, que se expresa particularmente en la voluntad de las mayorías.

El debate entre constitucionalismo y democracia se ha manifestado en Colombia también en lo que se ha venido a llamar la judicialización de la política, que se manifiesta en el hecho de que muchas decisiones judiciales afectan aspectos importantes de la esfera política en especial deben resaltarse los aspectos relacionados con la protección de los grupos minoritarios y la autonomía individual, y el manejo de la política económica debido a la protección judicial de los derechos sociales.

Estas circunstancias exigen que la teoría jurídica nacional se plantee el lugar y los límites de la moral en el derecho y construya un marco analítico y conceptual que explique y permita comprender la presencia de la moral en el sistema jurídico colombiano. Para resolver esta problemática se planteado cuatro cuestiones:

- Cuando se habla de “moral” en el ámbito de la teoría del derecho se está hablando de un concepto unívoco que debe entenderse en un sentido obvio o es un concepto ambiguo y vago que debe precisarse su sentido.
- El lenguaje y los enunciados morales son susceptible de fundamentación racional, que conduce a discutir los problemas meta-éticos.
- Los criterios de corrección moral.
- Cuáles han sido los criterios de corrección moral más relevantes que han sido acogidos por los diversos enfoques de las teorías del derecho.
- Cuál ha sido el desarrollo y el estado actual del debate sobre la vinculación, separación o inclusión de la moral en el derecho. Ahora bien, en este escrito solo se va a ocupar, como se señalo en la introducción, del primero y tangencialmente del segundo.

## MUNDOS POSIBLES DE LA MORAL

Normalmente se usa el término “moral” de tres formas diferentes. Por ejemplo, para referirse al estado de conciencia o al estado mental de un individuo que se refleja en lo que desea o valora o piensa y opina, como cuando afirmamos: “Z es liberal” o “yo pienso que x es correcto” o “ella cree que x es bueno”. En un segundo sentido la locución “moral” puede ser usada para referirse a la conducta ya no individual sino colectiva de un grupo social, como cuando se sostiene que: “el grupo social Z cree en x no es correcto” o “la mayoría de nosotros pensamos que x es bueno”. Pero también podemos usar el término moral ya no para referirnos a algo subjetivo u objetivo sino intersubjetivo, a la moral como doctrina, como cuando alguien sostiene que: según la moral Z hacer o pensar x es lo correcto.

Como se ha señalado un posible uso del término moral puede hacerse para aludir a un estado de conciencia o un estado mental; usualmente se hace referencia a ella como “moral subjetiva” o “moral particular” de un individuo. Apelando a la terminología popperiana, se podría llamar a este uso del término “el mundo número uno de la moral”. En esta esfera se el conjunto de creencias, ideas y principios de vida buena o virtuosa que han sido interiorizadas por el individuo y que determinan su forma de pensar, sentir y comportarse socialmente.

Este mundo número uno de la moral se caracteriza por la pluralidad y la diversidad de puntos de vistas que hacen de cada ser una individualidad insustituible. Como ejemplo de esta forma de entender la moral se recuerda el debate al que ya se hizo alusión entre los profesores Tamayo Jaramillo y López Medina sobre la idea de un nuevo derecho en Colombia, en el que parecería que la locución moral se usa en éste sentido de moral subjetiva y personal.

Usualmente se recurre, para invalidar la tesis de la necesaria vinculación del derecho a la moral al argumento que afirma que no existe un criterio objetivo para saber cuándo un juicio moral es correcto o no, pues lo moralmente correcto depende de lo que piense cada sujeto y, específicamente, cada juez. Esta tesis si bien fue defendida por algunos reputados positivistas quienes consideraron a los enunciados y conceptos morales como meras proyecciones subjetivas y relativas que simplemente reflejan estados emocionales de individuos, no hace parte de las tesis centrales del positivismo según Nino (1999) En relación a esta forma de entender la moral, hay que decir claramente, que cuando en la teoría del derecho discute la presencia de la moral o la conexidad conceptual necesaria entre el derecho y la moral, o se sostiene o se niega que una decisión judicial debe o de hecho incorpora un mínimo de moralidad o una pretensión de corrección moral, el término “moral” no se usa en el sentido que hemos asignado al mundo número uno de la moral.

Es evidente que si se reduce la moral a los estados mentales, de conciencia o corazonadas personales, la tesis que defiende la conexidad conceptual del

derecho y la moral no debe ser aceptada y concluir que definitivamente no es bueno incluir la moral en el derecho, pero, se insiste la aceptabilidad o no de la tesis por lo menos desde la teoría del derecho no está haciendo alusión a este tipo de moral. El argumento del profesor Tamayo Jaramillo, (2006) sin quererlo, reduce un debate profundo y académico a una caricatura inaceptable, pues nadie podría sostener que ni la Corte Constitucional, ni el profesor López Medina, (2006) ni aquellos que exigen un mínimo de corrección moral y de justicia en las normas jurídicas generales y las decisiones judiciales, se refieran a esta noción de moral subjetiva y personal.

Un segundo modo en que puede ser usado éste término moral es para referirse a la moral positiva o social. A esta segunda forma de entender la moral la se designara como el mundo número dos de la moral y se concreta en la existencia de un conjunto de principios y valores morales compartidos por los miembros de un grupo social (sociedad o un grupo de esta). La moral se considera desde esta perspectiva como un hecho fáctico, como un conjunto de fenómenos sociales o culturales que pueden ser objetivados y constatados empíricamente como cualquier otro objeto social o cultural. Desde esta perspectiva, es evidente que se puede afirmar que X sociedad tiene una moral más liberal o más conservadora que Z, o que en una X comunidad determinados valores morales son considerados correctos. Como se ve, en contraposición al mundo número uno de la moral, que se centra en el individuo y es extremadamente diversa y cambiante según el individuo, el mundo número dos de la moral tiene como protagonista al grupo social y es relativamente más homogénea y estable.

Debe reconocerse que entre estos dos mundos de la moral se producen tensiones que de hecho conducen a que cada esfera sufra modificaciones; así un individuo puede modificar su moral particular al entrar en contacto con un determinado grupo social, de la misma manera que la visión moral de un individuo pueden afectar y modificar el comportamiento colectivo de un grupo social. No se puede podernos tratar a profundidad las relaciones que se producen en estas dos esferas de la moral, por lo pronto no interesa señalar, que por lo menos existe un uso del vocablo moral con un significado totalmente diverso a la idea tradicional de que la moral es subjetiva y depende de cada individuo en particular. Hay que admitir que por lo menos se hace uso de la locución moral para referirse a algo distinto de la mera subjetividad, en este caso, para referirnos a un conjunto de pautas que no dependen de las preferencias individuales.

Ahora bien, cuando la teoría del derecho hace uso del concepto moral no está haciendo alusión a este sentido o significado. Un juez no puede tomar una decisión judicial amparado en las encuestas de opinión o las investigaciones empíricas sobre lo que piensa o cree la mayoría que es lo correcto. Evidentemente el juez es un ser social, cultural y político que vive dentro de una contingencia histórica que de alguna manera le afecta, pero de allí no se puede

suponer que el juez deba actuar –aunque pueda demostrarse que de hecho lo hacen- teniendo en cuenta el estado de la opinión como si es obvio que lo hacen los políticos.

Para la generalidad de los positivistas y no-positivistas el derecho y la moral interactúan en la sociedad permitiendo que en ocasiones pueda darse una superposición en los contenidos de un sistema jurídico y la moral de un grupo social, de suerte que en ocasiones la legislación o las decisiones judiciales prohíben lo que moralmente lo está y hacen obligatorio lo que moralmente se considera correcto.

El tercer significado del uso del término moral hace alusión a la moral ideal, crítica o doctrinal. Este tercer mundo de la moral está compuesto por un conjunto de principios y valores y por un conjunto de sistemas conceptuales, situaciones problemáticas y argumentos prácticos que permiten justificar racionalmente ese conjunto de principios, y también evaluar, criticar o justificar la moral positiva, la moral personal, las doctrinas morales y los demás sistemas normativos. Este mundo número tres de la moral es independiente de la moral individual de cada sujeto (mundo uno) y de la moral compartida por un grupo social (mundo dos) y es a éste uso al que se refiere la discusión en la teoría del derecho.

## **EL CONCEPTO DE MORAL QUE LE INTERESA A LA TEORÍA JURÍDICA**

Nino (1999) ha sugerido una serie de tesis que no reflejan correctamente las tesis sobre las que se discute en la teoría jurídica entre las cuales se encuentra (a) la tesis que afirma que el derecho debe reflejar la moral social de la comunidad o la de los grupos de poder en ella imperante, (b) la tesis que afirma que el derecho debe amoldarse a los valores y principios de justicia válidos universalmente independientemente de su aceptación social, (c) la tesis que afirma que no se puede distinguir conceptualmente entre normas jurídicas y normas morales vigentes en un grupo social humano y (d) la tesis que dice que los jueces aplican de hecho principios morales en sus decisiones. Estas tesis tienen en común que intentan vincular el derecho a la moral social (el mundo número dos de la moral).

Según Nino, las tesis que reflejan correctamente la discusión son aquellas que relación entre el derecho y la moral crítica, son (a) la que afirma que los jueces deben recurrir, en los casos en que el derecho positivo no da una solución, a normas y principios morales para justificar sus decisiones, (b) la que sostiene que los jueces deben negarse a aplicar las normas positivas que contradigan los principios morales, (c) la que dice que si una norma jurídica pertenece a un sistema jurídico tiene fuerza obligatoria y debe ser obedecida y aplicada por los jueces cualquiera sea su origen y contenido moral, (d) la que expresa que la ciencia jurídica debe explicitar principios universales de justicia aplicables a situaciones concretas y formular valoraciones sobre la conformidad o no del derecho positivo a esos principios, y, finalmente, (e) la que sugiere que para

identificar un orden normativo como un sistema jurídico se requiere, además de verificar los criterios fácticos, formular juicios de valor acerca de la justicia y moralidad de sus normas .

## CONCLUSIONES

### METAÉTICA Y TEORÍA JURÍDICA

Se ha mostrado como la moral, cuya presencia se discute en la teoría jurídica, es la moral denominada idea o crítica. Ahora bien, este mundo de la moral, ha sido objeto de intensas discusiones metaéticas que tienen repercusiones en el ámbito de la teoría jurídica. Tres han sido los problemas que se han discutido. Primero, el de si los predicados o conceptos morales hacen referencia a propiedades reales de cosas, segundo, si los juicios morales son aptos para la verdad y la falsedad y tercero si podemos fundamentar racionalmente las proposiciones morales y nuestros juicios de valor. Los desarrollos más importante de la metaética han sido aglutinados bajo dos grandes corrientes: descriptivistas (o defincionistas) y no descriptivistas (o no definicionista).

El descriptivismo o definicionismo trata a los juicios de valor como enunciados impersonales que no dependen de quien lo emite sino de hechos, de allí que sostenga que los términos éticos designan propiedades observables (realismo moral) y que los juicios de valor constituyen enunciados descriptivos de hechos que tienen un significado cognoscitivo y por ello pueden verificarse o contrastarse y valorarse como verdaderos o falsos. De lo anterior se infiere que los juicios de valor pueden ser justificados racionalmente lo que permitiría un acuerdo racional sobre ellos se ha expresado Nino, (1999) Las más importantes teorías descriptivistas son el naturalismo y el intuicionismo.

Las teorías no descriptivistas priorizan la dimensión práctica del discurso moral. Para ellos los términos éticos no tienen exclusivamente un significado cognoscitivo porque no designan propiedades empíricas o metafísicas, objetivas o subjetivas y los juicios de valor no ni principal ni únicamente descriptivos de ciertos hechos, por ello los juicios morales no pueden ser verdaderos o falsos porque no tienen como propósito transmitir una información sobre la realidad, su propósito no es cognoscitivo sino de otro tipo como el de influir en la conducta de la gente. Generalmente se asocia a un escepticismo sobre el papel que juega la racionalidad en materia ética. Las más importantes posiciones son el emotivismo y el prescriptivismo de acuerdo a Nino, (1999)

El constructivismo pone al realismo moral que defienden las teorías descriptivistas. El constructivismo rechaza al realismo moral que identifica el significado de los juicios morales con la descripción del mundo (hechos morales) y

supone la existencia de hechos morales externos que pueden ser descritos y que constituyen el fundamento último del discurso moral, de suerte que nuestros desacuerdos morales se reducen a una descripción correcta del universo de los hechos morales. El constructivismo se opone al realismo moral del naturalismo que sostiene que los hechos (morales) sobre los que se fundan los juicios valorativos son naturales, de suerte que “bueno” es lo que aprueba una serie de individuos. Los naturalistas creen que los hechos morales existen como una realidad empírica observable que se manifiesta en el hecho psicológico y/o sociológico que revela que una o algunas personas aprueban una conducta de la cual se infiere la corrección o verdad del juicio moral.

También se opone a las teorías descriptivistas no naturalistas como el intuicionismo que a pesar de no suscribir la idea de que los hechos morales son naturales creen que lo “bueno” o la “bondad” son categorías simples similares a la noción “amarillo”, reconocibles mediante nuestra intuición. Mientras el naturalismo conduce a un relativismo moral, el intuicionismo a un dogmatismo ético. García, (2009)

El constructivismo también se opone a las teorías metaéticas no descriptivistas como el emotivismo que considera que los juicios morales expresan sentimientos y emociones o como el prescriptivismo que sostiene que los juicios morales son órdenes o prescripciones. Según el constructivismo la reducción de los juicios morales a emociones u órdenes conduce al escepticismo y excluye la objetividad que es un presupuesto de la racionalidad del discurso moral y que nos permite diferenciar entre un asesinato y la preferencia por un helado García, (2009)

Las anteriores teorías tienen implicaciones en la concepción del derecho y muy especialmente, en el problema de la fundamentación racional de las decisiones judiciales, cuando estas implican valoración y ponderación de valores y principios morales, como es el caso de los derechos fundamentales. Para terminar este breve escrito voy a poner un ejemplo. De que la escogencia que se haga de una u otra concepción dependerá si se admite o no que la una Constitución repleta de principios morales, sea o no considerada una norma jurídica aplicable. Una concepción escéptica o subjetivista lo considerará inconveniente debido a que se le otorga al juez un poder enorme para que imponga su visión moral del mundo, lo que conduce, dicen algunos, a una especie de dictadura moral de los jueces o a una aristocracia judicial; para estos la Constitución debe ser una especie de documento político en manos del congreso que posee la legitimidad democrática.

Una concepción intuicionista podría estar de acuerdo en que los jueces tengan ese poder si creen que éstos se hayan dotados de ciertas facultades internas que les permiten saber en determinadas circunstancias históricas que es lo correcto y que no lo es.

## BIBLIOGRAFÍA

Constitución Política de Colombia, publicada en la Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991 Consultado en agosto 2013 en [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/cp/constitucion\\_politica\\_1991.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/cp/constitucion_politica_1991.html)

Dworkin, R. M. (1967): "The Model of Rules", University of Chicago Law Review 35, p. 14.

García, A. (2010). *Criaturas de la moralidad*. Madrid: Editorial Trota.

López Medina, Diego E. (2006). *Derecho de los jueces*. Segunda Edición Bogotá: Legis 2006

Nino, C.S. (1999). *Introducción al análisis del derecho*. Barcelona: editorial Ariel.

Radbruch, Gustav (1932): *Rechtsphilosophie*, Leipzig, tercera edición alemana (trad. cast., Filosofía del Derecho, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 2ª edic. 1944).

Tamayo Jaramillo, J (2006). El Nuevo Derecho, el escepticismo ante las normas y el uso alternativo del derecho. En: *Revista Facultad De Derecho y Ciencias Políticas*. 36, (105), 361 – 397. Consultado en agosto 2013 en [http://www.upb.edu.co/pls/portal/docs/PAGE/GP\\_NOTICIAS/PG\\_NOTI\\_ARCHIVOS/nuevoderecho.pdf](http://www.upb.edu.co/pls/portal/docs/PAGE/GP_NOTICIAS/PG_NOTI_ARCHIVOS/nuevoderecho.pdf)

Zagrebelsky, Gustavo, *Derecho dúctil*. (Traducción de Marina Gascón, 5ª edición, Madrid, Editorial Trotta, 2003), 156 págs