

El problema del derecho injusto

Yezid Carrillo de la Rosa¹
Universidad de Cartagena



Para citaciones: Carrillo, Y. (2020). El problema del derecho injusto. *Revista Jurídica*, 17. 149-157.

Editor: Riccardo Perona. Universidad de Cartagena-Colombia.

Copyright: © 2020. Carrillo, Y. Este es un artículo de acceso abierto, distribuido bajo los términos de la licencia [Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivados 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/) la cual permite el uso sin restricciones, distribución y reproducción en cualquier medio, siempre y cuando que el original, el autor y la fuente sean acreditados.



RESUMEN

En este artículo se aborda el tema del derecho injusto, también denominado injusto legal o ley injusta, que constituye uno de los problemas más acuciantes en torno al concepto de justicia. El autor realiza un acercamiento descriptivo y analítico a las cuatro principales tesis que se han planteado acerca de este problema.

Palabras clave: Justicia; derecho injusto; moral; validez.

The problem of unfair law

ABSTRACT

This article addresses the issue of unjust law, also called unjust legal or unfair law, which constitutes one of the most pressing problems around the concept of justice. The author makes a descriptive and analytical approach to the four main theses that have been raised about this problem.

Key words: Justice; unjust law; morality; validity.

INTRODUCCIÓN

El asunto de la justicia es uno de los problemas más antiguos de la humanidad. En el mundo griego esta preocupación estuvo presente en todos los períodos y pensadores, también constituyó una de las cuestiones reiterativas de la filosofía estoico-romana, sin embargo, las discusiones sobre un derecho positivo injusto surgen en la edad media cuando aparece con nitidez la oposición entre un derecho natural superior que sirve de parámetro de corrección del derecho positivo y que permite sostener que la ley injusta no es ley (San Agustín). En relación al problema del injusto legal, de la ley injusta o del derecho injusto, es necesario distinguir, de manera reconstructiva, cuatro tesis que se enuncian a continuación.

¹ Docente Facultad de Derecho y Ciencia Políticas de la Universidad de Cartagena.

I. Ley injusta no es derecho

Esta tesis presupone un concepto de derecho muy parecido a los defendidos por aquellas concepciones del derecho que consideran que existe una conexidad conceptual necesaria entre el derecho (ordenamiento jurídico positivo) y alguna forma de moral crítica o doctrinal, de suyo que si existe contracción entre el primero y el segundo, tanto por parte de las normas individuales como como del sistema jurídico, se debe entender que es derecho injusto y no válido y, por tanto, es como si no existiera o no estuviera vigente o, en el caso de las normas individuales, no perteneciera al ordenamiento jurídico o, si existiera, estuviera vigente o perteneciera a un ordenamiento jurídico, no se puede obedecer o aplicar. *La conclusión es que el derecho injusto no es derecho.* En este caso la conexidad se produce porque la moral incluye al derecho y se produce una moralización del derecho.

Esta tesis se ha manifestado de muchas maneras.

- a. *Equivalencia entre ley y justicia* (Moreso, 2017, p.103). Esta interpretación tiene una versión fuerte o extrema y otra débil o moderada. La interpretación extrema está representada por el pensamiento de San Agustín, quien sostiene que una ley injusta no es ley y, por tanto, no debe obedecerse. Una versión parecida se puede hallar en Cicerón y Suarez (Ridall, 2000, p.93).
- b. *Equivalencia entre ley injusta y ley corrupta*. Tomás de Aquino identificó la ley injusta con una ley defectuosa, pero al fin ley (Garzón,1998, p. 21) porque son contrarias al bien del hombre o se oponen al fin natural de las cosas, por ello, a pesar de su injusticia deben ser obedecidas por razones prudenciales, sin embargo, cuando las leyes humanas se oponen a la ley divina, en este caso de ningún modo deben observarse (Betegón, 1997, p. 48)
- c. *Equivalencia entre ley y razón*. Esta fue la posición asumida por las teorías del derecho natural racional quien concibieron la idea de que los derechos y obligaciones naturales de los individuos surgen de la razón. (Betegón,1997, p.93) A partir de la cual deducen reglas racionales y universales de justicia que sirven de guía a la conducta humana. Obviamente entre ellos existen matices y diferencias que dependen de la forma como se configure esa naturaleza (Betegón, 1997, p.55); sin embargo, lo

significativo de esta posición es que identifica el derecho válido con el derecho racional o de la razón.

- d. *Equivalencia entre moralidad interna o formalidad y validez legal.* Fuller sostuvo que un sistema jurídico debe tener ciertas características para poder ser calificado como tal, características que conforman una moral interna del derecho, ellas se refieren a ciertos criterios formales que deben cumplir las leyes para ser obedecidas que ya fueron mencionadas en su momento, y según las cuales éstas deben ser generales, publicadas, prospectivas, no retroactivas, inteligibles, consistentes, acatables, duraderas, sin cambios indebidos y aplicados en la administración de la sociedad. (Ridall, 2000, p.111, 114 y 115, Moreso, 2017, p. 107)

II. Ley injusta es derecho

Esta tesis presupone un concepto de derecho muy parecido a los defendidos por aquellas concepciones del derecho que consideran que el derecho y la moral constituyen órdenes validos en contextos determinados, pero distintos y diferenciables y, por tanto, separables, por consiguiente, existe separación conceptual necesaria entre el derecho y la moral, de suyo que es una contradicción de carácter analítico o conceptual confundir el uno con el otro. El derecho puede ser injusto o justo de la misma manera que una doctrina moral puede ser considerada legal o ilegal. En consecuencia, lo que interesa es que el derecho exista o esté vigente o pertenezca a un sistema jurídico de conformidad con la regla de reconocimiento para que sea usado por los tribunales y aplicado. *La conclusión es que el derecho injusto es derecho.*

Esta tesis se ha manifestado de muchas maneras.

- a. *Argumento analítico:* sostiene que *no existe ninguna conexión conceptual necesaria entre derecho y moral*, es decir, que el derecho debe ser definido con exclusión de elementos morales o pueden ser independientemente identificados y analizados sin tener que recurrir a referencias recíprocas (Coleman, 1982, p. 139); por tanto, es posible incorporar al derecho cualquier contenido independiente de las exigencias de la justicia, y si existiera una influencia de contenidos morales en un derecho, ésta se da como una cuestión de hecho y meramente contingente, nunca de manera necesaria. (Alexy, 1997, p. 1 y 2)

- b. Argumento normativo: sostiene que *existen buenas razones para definir el derecho sin incorporar elementos morales* (Alexy, 1997, p. 1 y 2) o que la exclusión de elementos morales en la definición del derecho es necesaria para alcanzar cierta claridad lógico-conceptual o que ella garantiza la seguridad jurídica (Alexy, 1997, 27 y 28)
- c. Argumento empírico: sostiene que el derecho y la moral son fenómenos empíricos distintos que pueden estar conectados circunstancial o contingentemente en las prácticas sociales de una comunidad.

Mientras el argumento (a) puede ser atribuida a los positivistas, (b) y (c) no harían parte de los argumentos centrales del positivismo. La segunda ha sido sostenida sólo por el positivismo ideológico y recientemente por el positivismo prescriptivista. En relación a la tercera, debe señalarse que la mayoría de los positivistas aceptan que el derecho y la moral interactúan en la sociedad y en ocasiones hay una superposición contingente, ello es, no necesaria, de su contenido y sus funciones sociales (Cambell, 2002, p.309), por ello es posible que de vez en cuando, la legislación ha prohibido lo que moralmente lo está y ha hecho obligatorio lo que moralmente se considera obligatorio. (Hart, 1980, p.5)

Hay que señalar a su vez, que el argumento analítico, ha sido expresado de otras maneras o a partir de otras subtesis:

- a. *Tesis de la existencia y el mérito del derecho*: sostiene que hay que distinguir entre el derecho que “es” y el derecho que “debe ser”, porque una cosa es la existencia del derecho y otra su mérito, por tanto, que algo sea derecho no depende de que satisfaga determinados valores morales universales (MarcComick, 1986, p. 128) sino que se haya sido producido conforme a la regla de reconocimiento de una comunidad política (Cambell, 2002, p. 308). También Austin sostuvo que: “la existencia del derecho es una cosa; su mérito o demérito otra” (Austin, 1861, p.184) y Hart que no hay conexión necesaria entre el “derecho como es y cómo debe ser”. (Hart, 1980, 593 a la 601)
- b. *Tesis de la falibilidad moral o del “todo vale”*: sostiene que el derecho es moralmente falible o cualquier contenido puede ser

derecho; es decir, nada es derecho simplemente porque sea justo o nada deja de ser derecho simplemente porque sea injusto. (Bayón, 2002, p. 38)

III. Ley injusta es ley, pero ley extremadamente injusta no es derecho

Esta tesis presupone un concepto de derecho muy parecido a los defendidos por aquellas concepciones del derecho que sostienen que en los estados constitucionales y democráticos de derecho existe una conexidad conceptual necesaria entre el derecho positivos y principios de moralidad política y social que se encuentran en documentos fundacionales, tratados y convenios de derechos humanos, catálogos de valores, libertades y derechos fundamentales y de participación política democrática, incorporado a los constituciones, los cuales tienen fuerza vinculante al igual que las reglas positivas y no pueden ser desconocidos por las mayorías legislativas (legislador político y mutable) en sus decisiones, ni de facto por quien detenta el poder político, pues ellos constituyen el límite de la injusticia tolerable, más allá de los cuales se está en la injusticia extrema. La conclusión es que el derecho injusto es derecho vigente y aplicable, pero el derecho en extremo injusto (Ej. el derecho nazi) no es derecho. En este caso la conexidad se produce porque el derecho incluye a la moral y se produce una *juridificación* o positivización de la moral.

Esta versión atenuada de la tesis del injusto legal fue planteada por Gustav Radbruch, quien sostuvo que una norma “extremadamente injusta” (Moreso, 2017, p. 105) no es derecho y por el Tribunal Constitucional alemán, que ha afirmado que la justicia y el derecho no se encuentran a disposición del legislador constitucional y, con fundamento en ello, ha declarado inválidas muchas normas del nacionalsocialismo extremadamente injustas que contradicen de manera evidente principios fundamentales de justicia (Alexy, 1997, p. 15)

Esta tesis se ha manifestado de muchas maneras.

- a. *Equivalencia entre la pretensión de corrección y la pretensión de validez.* Alexy ha sostenido, como se dijo páginas atrás, que tanto el sistema jurídico como las normas individuales, e incluso las decisiones jurídicas incorporan, necesariamente, una *pretensión de rectitud o corrección*. En relación con el sistema jurídico la pretensión de corrección tendría un carácter definitorio, de suerte que, si ésta es desconocida, implícita o explícitamente, no puede considerarse a

un sistema jurídico como tal; no así en el caso de las normas jurídicas individuales y las decisiones judiciales, en relación con las cuales la pretensión de rectitud es calificativa, ello es, trata a las normas individuales y a las decisiones judiciales como normas defectuosas. (Moreso, 2017, p. 127 y 128)

- b. *Equivalencia entre discurso jurídico y discurso práctico o moral.* Desde una perspectiva diferente, Alexy ha sostenido esta conexión entre derecho y razón. La teoría del discurso racional presupone una situación ideal de diálogo regido por reglas y principios éticos que facilitan el desarrollo de la discusión dentro del marco de racionalidad y que garantizan la legitimidad del resultado, sin embargo, las reglas del discurso no pueden cumplirse sino de manera parcial (Moreso, 2017, p.201), de allí la necesidad de un discurso que tenga carácter vinculante. De lo anterior infiere que la existencia del derecho resulta ser una exigencia de la razón práctica, en la medida en que el sólo uso del razonamiento moral no permite resolver todas las controversias normativas, ni resolver las indeterminaciones y deficiencias de la argumentación práctica general en las discusiones específicas, exigiendo ello apelar a normas generales instituidas mediante procedimientos reglados y preestablecidos, para superar estas debilidades (Berthea, 2013, p. 108). La teoría del discurso sostiene que la jurisprudencia y la argumentación jurídica versan sobre cuestiones prácticas, esto es sobre la corrección de enunciados normativos y valorativos, y por ello es un caso especial del discurso práctico general (Alexy, 1997, p.35), de lo que se sigue que existe una conexidad entre discurso jurídico y discurso moral.
- c. *Equivalencia entre conexión justificatoria y razones morales.* Moreso denomina la *conexión justificatoria*, a la tesis defendida por los “neoconstitucionalista”, según la cual las decisiones judiciales (o jurídicas) están justificada si se puede inferir de una norma moral, de lo que se sigue que “sólo las razones morales justifican las decisiones jurídicas” (Moreso, 2017, p.119). La tesis de la justificación presupone la unidad del razonamiento práctico y puede entender de tres maneras (Moreso, 2017, p. 120 y 121): como justificación lógica, como justificación jurídica y como justificación moral.

- d. *Equivalencia entre principios morales y normas jurídicas.* Dworkin ha sostenido que los principios morales son normas jurídicas vinculantes, los cuales son usados por los jueces en los casos difíciles (Dworkin, 1999, p. 72). La tesis de Dworkin es que los principios son vinculantes para los jueces y, por tanto, cuando los jueces hacen uso de ellos, lo que hacen es aplicar normas jurídicas obligatorias, ello es, derechos y deberes. También el positivismo incluyente ha admitido que es conceptualmente posible aunque *no necesario* que el derecho y la moral estén conectados (Jiménez, 2008, p. 215) y, por ello, admite los principios de moralidad política se pueden usar para criticar, justificar y evaluar las instituciones sociales y sus productos, además de que juegan un papel fundamental en la determinación de la existencia y contenido del derecho válido. (Moreso, 2017, p. 114)

IV. Ley extremadamente injusta es derecho, pero no aplicable por razones morales o prudenciales

Esta tesis presupone un concepto de derecho muy parecido a los defendidos por aquellas concepciones del derecho que sostienen que existe una separación conceptual necesaria entre el derecho positivo y la moral crítica, pero que contingentemente, puede el ordenamiento incluir pautas de moralidad política que deben ser usada por los jueces y juristas para identificar el derecho y el contenido de éste. El derecho puede ser injusto o injusto a la luz de cualquier doctrina moral y sigue siendo derecho, pero cuando el derecho raya lo intolerable, es decir, cuando está en la injusticia extrema puede ser considerado derecho vigente pero no aplicable por razones morales o prudenciales.

Esta tesis se ha manifestado de muchas maneras.

- a. *Tesis del “valor moral” contingente:* sostiene que la virtud o bondad del derecho es circunstancial y eventual. (Bayón, 2002, p. 38) que un sistema jurídico puede incluir y dotar de estatus jurídico a ciertas pautas morales, tanto generales como específicas (derechos fundamentales o libertades individuales), la cuales deben ser reconocidas por los tribunales como criterios de validez jurídica, pudiendo incluso invalidar los actos de los legisladores que no estén conforme a tales principios, pero en todos estos casos, la relevancia jurídica de éstos últimos es algo contingente y depende de que de hecho hayan sido incorporadas en un sistema jurídico, por

cualquiera de los medios establecidos y no de que sean moralmente correctos o aceptables. (Bayón, 2002, p.5 y 6)

- b. *Tesis de la pretensión de autoridad*: sostiene que el derecho supone que las normas jurídicas constituyen razones excluyentes para dejar de observar otro tipo de razones para actuar de manera diferente (Raz, 2011, p. 47 y 48), y que esta pretensión de autoridad constituye un atributo que forma parte de la naturaleza del derecho. Raz reconoce que es posible que el derecho puede no tener autoridad legítima, si le faltan los atributos morales necesarios, (Raz, 2011, p.233) pero debe poseer los demás rasgos de la autoridad, de lo contrario no puede afirmarse que tiene una pretensión de autoridad (Raz, 2011, p. 238). Esta pretensión se muestra en la forma como se les designa, en que ellas pretenden ser autoridades y fuentes de obligaciones para sus gobernados, y en que presupone que el derecho debe poseer la capacidad de tener autoridad o debe ser el tipo de sistema capaz de poseer los atributos morales requeridos para la autoridad (Raz, 2011, p. 234). Moreso denomina a esta tesis “la conexión normativa”. (Moreso, 2017, p. 110)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alexy, Robert. “Derecho y moral. Reflexiones sobre el punto de partida de la interpretación constitucional”, En, FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Interpretación constitucional. Tomo I. Editorial Porrúa y Universidad Autónoma de México, 2005
- Alexy, Robert. El concepto y la validez del derecho, Traducción de Jorge M Peña, editorial Gedisa, Barcelona, segunda edición, 1997.
- Austin, J. The Province of jurisprudence Determined, 1861
- Bayón, Juan Carlos. “El contenido mínimo del positivismo jurídico”, en V. Zapatero (ed.), Horizontes de la filosofía del Derecho: Homenaje a Luis García San Miguel. Vol. II, Ediciones de la Universidad de Alcalá de Henares, 2002
- Betegón, Jerónimo y otros. Lecciones de teoría del derecho. Ediciones McGraw-Hill, Madrid, 1997.

- Cambell, Tom. "El sentido del positivismo jurídico", En, Revista DOXA, núm. 25 2002
- Carrillo De La Rosa, Y. y Ariza Orozco, O. (2019). Teorías aplicables al derecho internacional e interamericano de Derechos Humanos. Revista Jurídica Mario Alario D' Filippo, Vol. 11, número 21, p.p. 110-122. <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.11-num.21-2019-2503>
- Carrillo, Y. (2018) Filosofía del derecho. Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá.
- Dworkin, Ronald. Los derechos en serio. Editorial Ariel S. A., Barcelona, 4ª reimpresión, 1999
- Ferrajoli, Luigi (2016). Los derechos y sus garantías. Conversación con Mauro Barberis. Editorial Trotta.
- Garzón Valdés, Ernesto. "Derecho y moral", En: Vázquez, Rodolfo. Derecho y moral. Ensayo sobre un debate contemporáneo. Editorial Gedisa, Barcelona, 1998.
- Hart, H. L. Positivism and the Separation of Law and Morals" en: Harvard Law review, num. 71, 1958
- Hart, H. L. El nuevo desafío del positivismo. Traducción, Liborio HIERRO, Francisco Laporta y Juan R. Páramo. Original inédito, Sistema, núm. 36, Mayo de 1980.
- MacCormick, Neil y Weinberger, Ota. (1986). An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism., D. Reídle Pub. Co. (Kluwer), Dordrech
- Nino, Carlos Santiago. Introducción al análisis del derecho. Editorial Ariel, S.A. Barcelona. 1999.
- Riddall, J. G. Teoría del derecho. Editorial Gedisa, 2000