

Andrés Ollero, Juan Antonio García Amado, Cristina Hermida del Llano
Derecho y moral: una relación desnaturalizada



32



Andrés Ollero
Juan Antonio García Amado
Cristina Hermida del Llano

*Derecho y moral:
una relación desnaturalizada*



FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO
MADRID

ANDRÉS OLLERO. Es Catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid. Miembro de número de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, así como de la Académie Européenne des Sciences, Arts et Lettres. Doctor honoris causa por la Universidad "1 decembrie 1918" de Alba Iulia (Rumanía). Presidente de la Fundación "Ciudadanía y Valores". Ha recibido la Gran Cruz de la Orden de Alfonso el Sabio y la Cruz de Honor de la Orden de San Raimundo de Peñafort. Autor de más de dos centenares de artículos de teoría y filosofía del derecho, moral y política, accesibles en www.andresollero.es. Entre sus libros figuran *¿Tiene razón el derecho?* (2006), *Bioderecho* (2006), *El derecho en teoría* (2007), *Qué hemos hecho con la Universidad* (2007) y *Un Estado laico* (2009).

JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO. Es catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad de León. Ha sido becario del Servicio Alemán de Intercambio Académico en Múnich y Berlín. Ha realizado estancias de investigación en Maguncia, Aix-en-Provence y Florencia. Ha impartido conferencias y cursos de doctorado, maestría y especialización en la mayor parte de las universidades españolas y en universidades e instituciones europeas e hispanoamericanas. Autor de los libros *Ensayos de filosofía jurídica* (Bogotá, 2003), *Delito político*. Al hilo de la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia de 11 de julio de 2007 (Bogotá, 2007), *El Derecho y sus circunstancias*. Nuevos ensayos de filosofía jurídica (Bogotá, 2010) y de más de un centenar de artículos de temas jurídicos, iusfilosóficos y filosófico-políticos.

CRISTINA HERMIDA DEL LLANO. Es profesora Titular de Filosofía del Derecho en la universidad Rey Juan Carlos de Madrid. Becaria Alexander von Humboldt. Está especializada en el derecho de la Unión Europea, tema del que se ha ocupado en su monografía "Los derechos fundamentales en la Unión Europea" (2005) así como en diversos trabajos de los últimos años.

Presidente

Ernesto Garzón Valdés

Secretario

Celestino Pardo

Secretario Adjunto

Ricardo García Manrique

Patronos

María José Añón

Manuel Atienza

Francisco José Bastida

Paloma Biglino

Alfonso Candau Pérez

Carlos Carnicer

Luis Fernández del Pozo

Jesús González Pérez

Vicente Guilarte

Liborio L. Hierro

Antonio Manuel Morales

Fernando Pantaleón

Antonio Pau

Juan José Pretel

Encarnación Roca

Carmen Tomás-Valiente

Fernando Vallespín

Juan Antonio Xiol

Gerente

María Isabel de la Iglesia

*Derecho y moral:
una relación desnaturalizada*

Andrés Ollero

Juan Antonio García Amado

Cristina Hermida del Llano

*Derecho y moral:
una relación desnaturalizada*



FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO

MADRID

© 2012 FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO

© Andrés Ollero, Juan Antonio García Amado, Cristina Hermida del Llano

I.S.B.N.: 978-84-615-9505-1

Depósito Legal: M-24203-2012

Imprime: J. SAN JOSÉ, S.A.

Manuel Tovar, 10

28034 Madrid

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

ÍNDICE

DERECHO Y MORAL: UNA RELACIÓN DESNATURA- LIZADA (<i>Andrés Ollero</i>)	11
--	----

La separación de derecho y moral como frustrado signo distintivo del positivismo jurídico	13
---	----

Una Ley natural, no se sabe si moral o jurídica	19
--	----

A la búsqueda de un replantea- miento	22
--	----

Volviendo sobre hilos sueltos	42
-------------------------------------	----

IUSPOSITIVISMO SIN MISTERIO Y ANTIPOSITIVISMO CON ENIGMAS. Comentario a las tesis de Andrés Ollero. (<i>Juan Antonio García Amado</i>)	53
--	----

I. Las tesis de Andrés Ollero	54
-------------------------------------	----

II. Dudas y objeciones	63
II. 1. Sale del concepto de derecho la moral, pero entra la ética	63
II. 2. ¿Qué es lo suyo de cada uno?	69
III. A vueltas con el positivismo jurídico	75
IV. Solución de los enigmas: la justicia objetiva	95
V. Equidad, objeción de conciencia, derechos humanos	102
DERECHO Y MORAL: ANOTACIONES TRAS UN DEBATE (<i>Andrés Ollero</i>)	117
DERECHO Y MORAL: TRES DECENIOS DESPUÉS (<i>Andrés Ollero</i>)	133
Un enconado problema fronterizo	134
Las bases ideológicas del dilema	138
Más allá del normativismo	140

Entre justicia y permisividad 144

Una circularidad ineliminable 148

Replantando las 'fronteras' 159

POSITIVISMO JURÍDICO

(Juan Antonio García Amado) 163

1. A cada cosa por lo que es y
con su nombre 163

2. Las dos notas con que el
positivismo caracteriza el
derecho 183

3. A qué no compromete el
positivismo 202

4. Las normas jurídicas, ¿aplicables
pero derrotables? 222

5. ¿Positivismo jurídico inclusivo? ... 227

6. Sobre el trasfondo práctico y
político de un debate aparen-
temente conceptual 254

DEBATE TRAS EL DEBATE. A PROPÓSITO DEL TEXTO DE ANDRÉS OLLERO “ENTRE DERECHO Y MORAL: UNA RELACIÓN DESNATURALI- ZADA” (<i>Cristina Hermida del Llano</i>)	265
BIBLIOGRAFÍA	313

DERECHO Y MORAL: UNA RELACIÓN DESNATURALIZADA

*Andrés OLLERO**

Que las relaciones entre derecho y moral parecen inevitablemente condenadas a la polémica no constituye sin duda una sugerencia demasiado original. Quizá valga la pena, sin embargo, reflexionar sobre las causas del fenómeno. Una respuesta expeditiva nos animaría a considerarlo como mero resultado reflejo de la no menos inevitable polémica entre iusnaturalismo y positivismo jurídico, que habría alimentado el problema con no poca esterilidad. Intentaré, por el contrario, sugerir que la dificultad no deriva tanto de esa extrínseca distorsión polémica, que afectaría a ambos planteamientos, cuanto de defectos intrínsecos del concepto de derecho que con frecuencia los más fervorosos defensores de

* Catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid. Trabajo realizado en el marco del proyecto "Principio de no discriminación y nuevos derechos" MEC (DER2011-26903).

una y otra teoría, de modo más o menos consciente, manejan.

Añadiré a ello otro extremo que sería poco prudente trivializar: desde un punto de vista lingüístico la terminología no ayuda demasiado. Desde que inicié mis primeros estudios jurídicos me ha parecido de capital importancia no olvidar que derecho y moral, sea cual sea la relevancia que a cada ámbito se le tienda a conceder, son realidades distintas. Que no se sepa cuándo estamos hablando de derecho y cuándo de moral no me parece cuestión irrelevante. En este sentido el *colonialismo anglosajón* que nuestra teoría del derecho viene experimentando resulta, a mi juicio, perturbador. Cuando se califica de *moral* a todo aquello que haga referencia a cómo debemos comportarnos, la confusión entre derecho y moral queda garantizada; porque obviamente el derecho tiene no poco que ver con comportamientos debidos. Si, por si faltara algo, canonizamos la expresión *derechos morales*, el que sea aún capaz de mantener la aludida distinción que levante la mano. Por eso he tendido siempre, consciente de lo convencional de todo escarceo terminológico, a optar por el calificativo *ético* para identificar ese ámbito global de la conducta debida, lo que permite distinguir dentro de él las exigencias que tendrían fundamento *jurídico* y las que sólo lo encontrarían en la *moral*.

Aun a riesgo de empobrecerla, mi reflexión tendrá un carácter prioritariamente personal. No me preocuparé por ello demasiado de cómo unos u otros autores han planteado la relación entre derecho y moral, asunto las más de las veces sobradamente conocido. Ocasión habrá, no obstante en que encuentre cabal motivo para caer en la tentación...

La separación de derecho y moral como frustrado signo distintivo del positivismo jurídico

Como es bien sabido, el planteamiento positivista tenía a gala limitarse a *describir el derecho como es*, evitando perder el tiempo con floridas especulaciones sobre cómo debería o no ser. Con tal punto de partida rima, con envidiable coherencia, la opción por una *metodología* de la praxis jurídica diseñada siguiendo una línea lógico-*aplicativa*. Si el operador jurídico se limitara a aplicar la norma respetando los rigores de la *lógica*, con el silogismo por bandera, resultaría fácil garantizar el descarte de inferencias morales, más propias de *intromisiones axiológicas* manipuladoras del efectivo contenido normativo.

Consecuencia obvia de lo anterior será que, dada su connotación moral, no habría en

sentido estricto *obligación* de obedecer al derecho¹. El asunto ha cobrado particular actualidad por su indudable relación con el ejercicio de la *objeción de conciencia*, recurso particularmente proclive a poner en evidencia la dificultad de unos y otros para deslindar lo moral y lo jurídico. Nada más *moral* que la conciencia personal, pero ello no impide que en no pocos ordenamientos jurídicos se reconozca como *derecho* el convertirla en fundamento para exigir un trato excepcional: la justificación de una renuncia al cumplimiento de una norma. Así ocurre en nuestro ordenamiento, ya que la -por el momento notablemente desordenada- doctrina del más alto Tribunal competente afirma que “puede afirmarse que la objeción de conciencia es un *derecho reconocido explícita e implícitamente* en el ordenamiento constitucional español”².

No siendo el momento de adentrarse en cómo acabarán sobrellevándose positivismo

¹ Para Felipe González Vicén, la obligación parece implicar la exigencia de un esquema de conducta, con carácter absoluto y no meramente alternativo, basado en la conciencia individual. Por tanto, en sentido estricto, no habría “obligación” de obedecer al derecho “La obediencia al derecho”, en *Estudios de filosofía del derecho* La Laguna, Universidad, 1979, págs. 385-386.

² STC 15/1982, F.6, a la que se remitirá la STC 160/1987, F.3 y 4. La cursiva es nuestra...

jurídico y constitucionalismo, vaya por delante que el primero huirá de considerar a la objeción de conciencia como el *ejercicio de un derecho* en el marco del ordenamiento jurídico; pese a que lo que con ella se estaría admitiendo es que la excepción confirma la regla. Más bien la contemplará como un *conflicto* entre moral y derecho, que en términos jurídicos tiene un previsible y obligado vencedor. No hace tanto que en nuestro país una alta autoridad gubernamental afirmara enfáticamente que no cabe ejercer la objeción de conciencia contra una ley; parecía con ello dar a entender que frente a realidades menos serias sí cabría objetar. El ciudadano medio quedó sumido en la perplejidad, cavilando sobre qué otro fenómeno podría suscitar, dentro de un sistema democrático, esa objeción que el Tribunal Constitucional le reconoce como “derecho constitucional autónomo”. Daría obviamente por descartado que los resultados del sorteo de la lotería, aun siendo relevantes, quedarían al abrigo de toda objeción...

Por si fuera poco, el positivismo jurídico ha tenido también a gala dejar claro que *sólo es derecho el derecho positivo*. La verdad es que suena bastante bien; es de temer, si embargo, que acabe desnaturalizando a la moral, al incluir en ella todo aquello que no siendo -según tan peculiar concepto- derecho

positivo, aparece sin embargo de modo incuestionable dentro del empírico campo de observación positivista. Si todo lo que no ha sido *puesto* por quien corresponda ha de ser considerado como moral, el positivismo puede acabar generando un inesperado efecto colateral: convertir a los juristas en moralistas de tomo y lomo. El resultado será que elementos obviamente jurídicos, aunque aún no positivados, se vean travestidos como morales cuando se insertan en ese *proceso de positivación* que la ahistoricidad del positivismo tiende a ignorar. Como no por ello van a dejar de estar realmente presentes en el derecho, habrá que admitir dentro de la dinámica jurídica un generoso ámbito de discrecionalidad que paradójicamente se resolvería gracias a juicios morales; lo que no deja de resultar sorprendente, después de haber comenzado dicha teoría convirtiendo el riguroso deslinde de derecho y moral en signo de distinción.

La consecuencia por lo demás no es irrelevante, dada la difundida tendencia, rebosante de fe jurídica y de sumisión a la caligrafía, que lleva a estimar que la posible *captación de exigencias morales* es, no se sabe bien por qué, más subjetiva que la de exigencias jurídicas; es decir, que la *interpretación de los textos legales*.

Esa caracterización de elementos propiamente jurídicos como morales, que asume hoy con generosa amplitud el llamado positivismo incluyente o inclusivo, tiende a desdibujar a la vez la frontera entre *justicia* y *tolerancia*. La justicia es una realidad esencialmente jurídica; de ahí que sirva de fundamento a los derechos. Viene de antiguo que hacer justicia consiste en dar a cada uno lo suyo; o sea, su derecho. La tolerancia, por el contrario, tiene poco que ver con derechos, porque es una generosa actitud moral que incita a conceder a alguien lo no jurídicamente debido, incluyendo lo considerado falso o rechazable.

También la apelación a la *equidad* se entenderá, desde la óptica positivista, como una aceptable irrupción de lo moral en el ámbito jurídico; imprescindible incluso en otras vecinas: la buena fe o el abuso del derecho³. La equidad edulcoraría de modo

³ Tuve ocasión de ocuparme de ello en “Equidad, derecho, ley” *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* (Granada) 1973 (13/2) págs. 163-178, accesible entre los ‘Artículos’ incluidos en las ‘Publicaciones’ disponibles en www.andresollero.es. Particularmente expresiva al respecto la Exposición de Motivos de la reforma del Título Preliminar de nuestro Código Civil de mayo de 1974, presente al actualizar el citado trabajo incluido en el libro *Interpretación del derecho y positivismo legalista* Madrid, Edersa, 1982, págs.131-145.

moralizante la tosca acritud del derecho, evitando algo que siempre sería de temer: *summum ius summa iniuria*.

En resumidas cuentas, se acaba al parecer admitiendo beatíficamente que:

la *descripción del derecho tal cual es*,

sin meternos en jardines de cómo debería ser,

pese a exigir una absoluta distinción entre derecho y moral,

nos acaba presentando la dinámica jurídica como un *proceso de decisión*,

que no pocas veces culminará gracias a la entrada en juego de una resolución discrecional,

posibilitada en realidad por elementos morales,

a los que se considera tales precisamente por estimarlos metajurídicos...

Habría que concluir pues que una caprichosa delimitación de lo moral –imprescindible, al parecer, para seguir afirmando que sólo es derecho el derecho positivo- acabará exigiendo, a todo positivista que se precie,

dejar en ridículo al mismo positivismo jurídico.

Una Ley natural, no se sabe si moral o jurídica

El problema no será muy distinto desde determinada óptica iusnaturalista⁴. La moral, sin necesidad de que nos identifiquemos como anglosajones, abarcaría toda conducta humana debida⁵. Esto explica que al hablar de *ley natural* no se acuda a mayores distinguos, sin deslindar cumplidamente su dimensión moral de la jurídica⁶. Parece como si diera lo mismo hablar de ley natural que de *derecho natural*⁷.

⁴ Ultimadas ya estas líneas, opto por convertir en punto de referencia una de las obras de un autor significado de esta línea doctrinal: Johannes Messner *Ética general y aplicada: una ética para el hombre de hoy* Madrid, Rialp, 1969. Determinados pasajes aflorarán en citas posteriores.

⁵ “Nuestro criterio de moralidad se acredita también desde el punto de vista del mínimo de moralidad requerida por el orden moral, mínimo representado por el derecho” -J. Messner *Ética general y aplicada* (cit. nt. 4), pág. 203.

⁶ “Dado que el derecho moral le es proporcionado al hombre por su naturaleza, se lo denomina también derecho natural. Es lo naturalmente recto impuesto por la naturaleza racional del hombre para ordenar las relaciones sociales, es decir, la ‘ley natural’ moral, en cuanto se refiere a las relaciones sociales” -J. Messner *Ética general y aplicada* (cit. nt. 4), pág. 232.

⁷ Lo pondrá en tono crítico de relieve, aludiendo a

En efecto, el derecho tiende a aparecer como un sector peculiar de las exigencias morales, merecedor de particular protección. De ahí que en muchos tratados neoescolásticos de derecho natural éste aparezca como *ética* (entiéndase, en este caso, moral) *especial*⁸. En este contexto, toda norma jurídica generaría de modo directo un deber moral de obediencia, puesto que en la moral se funda⁹. El derecho es ahora el que se desnaturaliza, al aparecer como mero brazo armado al servicio de algo considerado moral: la justicia. No se la entenderá tanto como *realidad objetiva*, capaz de fundamentar lo suyo de cada uno; o sea, derechos. Será más bien virtud moral; o sea, *hábito subjetivo* de comportamiento.

Ya metidos en jaramagos morales no faltará quien señale, con tanto acierto como falta

la distinción entre derecho y ley de la Ley Fundamental alemana, Arthur Kaufmann: *Gesetz und Recht* "Saarbrücker Universitätsreden" n° 4, 1966.

⁸ No es por ello extraño que *Das Naturrecht* del propio Johannes Messner apareciera en español como *Ética social, política y económica: a la luz del derecho natural* Madrid, Rialp, 1967; o que el libro cuarto de la obra que venimos citando se titule "Ética jurídica" y su epígrafe 68 se ocupe de "Derecho moral y derecho estatal (positivo)", con un solo subepígrafe: "El derecho natural".

⁹ "La obediencia a la autoridad legítima es una obligación moral" -J. Messner *Ética general y aplicada* (cit. nt. 4), pág. 216.

de sentido jurídico, que la *caridad* es sin duda virtud más excelsa. Menos feliz sería que derive de ello como consecuencia que, pues supera a la *justicia*, debe ésta quedar a la caridad subordinada. Habría pues no pocas veces que prescindir de la justicia en aras de más elevados logros¹⁰. En tal contexto la *equidad*, rebotante de moral misericordia, ha entrado ahora en juego bajo palio.

En lo que a la *objeción de conciencia* se refiere, parece surgir un sorprendente acuerdo con el positivismo. Se la considerará también como fruto de un conflicto entre moral y derecho, aunque en este caso debería tener como triunfador tan previsible como obligado a la moral¹¹. O sea, que la conciencia moral de cada cual estaría por encima de cualquier vinculación jurídica, con prometedoras perspectivas ácratas.

¹⁰ El principio de equidad obliga a los individuos a no hacer uso de los derechos que les reconoce el derecho estatal si su uso fuese incompatible con superiores deberes de justicia o de caridad, por ejemplo, a no cargar a un deudor, aunque sea por decisión judicial, con el pago de una deuda si esto significa para él una dureza excesiva -J. Messner *Ética general y aplicada* (cit. nt. 4), pág. 231.

¹¹ “Ninguna ley estatal (positiva) puede tener fuerza moralmente obligatoria o crear verdaderos derechos si se opone a originarios deberes y derechos morales. (En ese caso ‘se debe obedecer a Dios antes que a los hombres’ Hechos de los Apóstoles, 5, 29) -J. Messner *Ética general y aplicada* (cit. nt. 4), pág. 231.

Hay algo, sin embargo, que no parece quedar del todo claro; sirva de prueba la suma perplejidad de mis sufridos alumnos cuando les planteo la cuestión, que parece abocar a una simpática circularidad: el derecho está al servicio de la justicia; ésta consiste en dar a cada uno su derecho, que vendría a su vez determinado por la justicia.

En resumen, esta curiosa delimitación de lo jurídico, imprescindible para seguir afirmando el imperio universal de la moral, acabaría exigiendo a todo iusnaturalista que se precie dejar en ridículo al derecho natural, al convertirlo en absurdo.

A la búsqueda de un replanteamiento

Sugeriría por vía hipotética un planteamiento tan diverso como poco novedoso. Si admitiéramos, siquiera por hipótesis, que *no todo lo jurídico es derecho positivado*, podríamos establecer fructíferamente entre moral y derecho una distinción no meramente *formal* sino de *contenido*.

Habría que identificar a una exigencia como *moral* cuando tuviera como objetivo el logro de la *máxima perfección ética individual*. Obviamente sería una determinada concepción antropológica la que llevaría a asumir uno u otro código moral, en relación a lo que

se considere que perfecciona de modo más excelso al ser humano.

El *derecho* ha de servir de fundamento a exigencias más modestas, lo que ha llevado a que con toda razón se lo caracterice como *mínimo ético*, porque con ese logro se conforma: posibilitar una pacífica y ordenada *convivencia*, que dejaría campo abierto para aspirar a las más ambiciosas metas morales.

Esto explicaría algo tan archisabido, también por los iusnaturalistas, como que *no toda exigencia moral debe verse convertida en jurídica*. Negarlo será manía exclusiva de integrismos fundamentalistas, propios de culturas tan ajenas a la modernidad como al iusnaturalismo que la forjó. Puede que acabe haciéndoles el juego algún iusnaturalista premoderno, menos preocupado por los derechos humanos que por unos intocables *derechos de la verdad*¹². En el ámbito católico, el Vaticano II¹³ dio buena cuenta de tales postu-

¹² Problema que he abordado desde diversos enfoques en “Verdad y consenso democrático”, en *Ciencias humanas y Sociedad* Madrid, Fundación Oriol-Urquijo, 1993, págs. 461-482, accesible entre los ‘Capítulos de Libro’ incluidos en las ‘Publicaciones’ disponibles en www.andresollero.es; así como en otros trabajos que le acompañan en el libro *Derecho a la verdad. Valores para una sociedad pluralista* Pamplona, Eunsa, 2005.

¹³ Declaración *Dignitatis humanae*, 1.

ras. Que la verdad hace libres es tan cierto como que resulta inconcebible poder hacerla propia bajo coacción.

Habría que resaltar también, como consecuencia de lo apuntado, que *no toda exigencia jurídica tendrá directa repercusión moral*, lo que dejará abierto en más de un caso a quien actúe un margen de discrecionalidad para optar estratégicamente entre obedecer a la norma o asumir la consiguiente sanción. Los moralistas clásicos restringieron este supuesto a las que caracterizaron como *leges moere penales*; se referían a normas jurídicas a las que no se reconocía directa relevancia moral, sin perjuicio de que hubiera que aceptar las posibles consecuencias negativas de una sanción con fundamento jurídico.

El cumplimiento de las maximalistas exigencias propias de la moral genera en el actor hábitos virtuosos. Entre ellos el de la virtud de la justicia, hábito moral de comportamiento que lleva a respetar el derecho. De ello es fácil derivar que, lejos de consistir el derecho en una enérgica aplicación de exigencias morales, serán jurídicas las exigencias orientadas al logro de determinados objetivos: posibilitar una convivencia pacífica ajustando las relaciones sociales. El previo conocimiento jurídico de tales exigencias condicionará

pues toda posibilidad de esforzarse después por ser moralmente justo.

En consecuencia *la justicia no implica circularidad* alguna, a condición de no confundir la justicia, como *realidad objetiva* fundamentadora de derechos, con una *virtud subjetiva* que, por consistir en el habitual respeto de sus exigencias, de ella toma nombre. Como ya dejaron claro los herederos de la tradición aristotélica, tal virtud gira en torno a un punto de referencia diverso al habitual en las demás. Consistiendo, como toda virtud, en el logro práctico de un término medio, éste no se concretará en este caso en la disposición subjetiva del agente, que habrá de huir de ignorarlo en su conducta por exceso o defecto; en la justicia, consistirá en un *medium rei*, radicado en la naturaleza de las cosas y racionalmente captable en ella por el sujeto, sin necesaria vinculación a sus disposiciones subjetivas. Se puede hacer justicia con pésimas disposiciones: por vanidad, medro o exigencia de precio.

En ese ajustamiento objetivo de relaciones de convivencia consiste la *justicia objetiva*, que determina jurídicamente lo suyo de cada uno y genera la exigencia moral de respeto propia de la *virtud subjetiva* de la justicia.

Obviamente, las exigencias jurídicas de la justicia objetiva adquieren plenitud y eficacia cuando se ven positivadas por el operador competente; mientras no lo logran, testimonian –con carácter previo a la consiguiente negativa evaluación moral- una situación jurídicamente defectuosa (no reconocimiento de derechos humanos, por ejemplo...). Quienes defienden lo contrario degradan esas exigencias jurídicas a meras exhortaciones morales. La actitud de un gobierno que no respeta los derechos humanos es ante todo, sin perjuicio de la subjetiva inmoralidad de sus protagonistas, objetivamente antijurídica. Sólo esto puede dotar de sentido jurídico a las exigencias derivadas del llamado *principio de justicia universal*, que ha brindado a la judicatura española reiterado protagonismo internacional¹⁴.

Un *derecho positivo* que desconozca *exigencias de justicia objetiva* no se hace merecedor de una mera condena moral, dado que la moral obliga a respetar la justicia; también y antes, se hace merecedor de un drástico

¹⁴ A ello me referí en mi discurso *La Europa del exilio*, al ser investido doctor honoris causa en la Universidad rumana “1 decembrie 1918” en Alba Iulia, recogido luego en *Persona y Derecho* 2010 (63), págs. 219-227, accesible entre los ‘Artículos’ incluidos en las ‘Publicaciones’ disponibles en www.andresollero.es.

reproche jurídico. Esto no significa, a mi modo de ver, que haya que negar a tal norma naturaleza jurídica. Esta actitud es confusamente suscrita por más de un iusnaturalista, precisamente por no distinguir adecuadamente derecho y moral; no muy distinta consideración me merece la discutida *fórmula de Radbruch*¹⁵. Es lógico dar por supuesto que una *lex iniusta* no generará obediencia moral alguna, o incluso puede provocar un deber moral de desobediencia; pero no por ello dejará de ser jurídica. El mismo Tomás de Aquino no diría que no nos hallamos ante una ley, sino que se trata de una ley corrompida; no deja pues de ser jurídica, aunque por serlo de modo deficiente merezca también una negativa evaluación moral.

En consecuencia la norma jurídica positiva que desconoce o vulnera exigencias de justicia objetiva no deja de constituir derecho, pero lo será de modo –jurídica antes que moralmente– deficiente: un pésimo derecho, que desgraciadamente no por ello dejará de serlo, en cuanto seguirá condicionando la solución de un problema jurídico; pero mere-

¹⁵ Una interesante crónica de su resurrección en el proceso por muertes ocasionadas por policías en el muro de Berlín: Robert Alexy “Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal” *Doxa* 2000 (23), págs. 197-230.

cerá ser cuanto antes revisado, no por motivos morales sino por razones estrictamente jurídicas.

Todo ello significa que *describir el derecho como es* en realidad, lleva a reconocer que en su dinámica entran en juego *elementos jurídicos no formalmente positivados*, o a los que sólo cabe considerar positivados de modo implícito. Así ocurrirá con los *valores* y -aún más, dada su mayor operatividad positivadora- con los *principios* jurídicos, a los que sería absurdo conceptuar por ello como morales. Cuando se es positivista (sólo es derecho el derecho puesto) y, a mayor abundamiento, normativista (el derecho puesto consiste en un conjunto de normas), el único modo de considerar jurídicos a determinados valores será suscribir la imaginativa afirmación de que son normas¹⁶; simplemente porque con todo acierto se los considera *derecho proprio vigore*, pero tal cualidad se reserva a la vez capricho-

¹⁶ Arquetípico al respecto el por tantas razones (teoría pura incluida) sorprendente trabajo de Gregorio Peces Barba *Los valores superiores* Madrid, Tecnos, 1984, del que me ocupé en La Constitución entre el normativismo y la axiología *Anuario de Filosofía del Derecho* (Madrid) 1987 (IV) págs. 389-402, accesible entre los 'Artículos' incluidos en las 'Publicaciones' disponibles en www.andresollero.es. Fue luego recogido en el libro *Derechos humanos y metodología jurídica* Madrid, Centros de Estudios Constitucionales, 1989.

samente a las normas. Como consecuencia si se quiere reconocer a los *valores jurídicos* esta condición (obviamente no son estéticos ni meramente morales...) no bastará con que tengan determinado contenido, sino habrá que canonizarlos como normas. La dudosa ventaja de tan bienintencionado esfuerzo será que podemos acabar dejando de tener claro en qué pueda consistir una norma y qué la distingue de lo que –aun siendo jurídico– no es tal.

Desde la perspectiva que proponemos puede resultar más fácil no enredar justicia con tolerancia, evitando que ésta aparezca como dispensadora de derechos, con el resultado final de que no se sepa tampoco muy bien qué puede significar *tener derecho* a algo. No muy diferente es la situación cuando, atribuyendo a la ley un carácter meramente represivo, se pretende que tenemos *derecho a todo lo no prohibido* y no solamente a aquellas pretensiones que puedan verse respaldadas por un título de justicia. Se ignorará pues que la ausencia o desaparición de una prohibición no certifica ni genera la existencia de un derecho, sino que da paso a un mero ámbito de actuar lícito (*agere licere*), como ha puesto de relieve nuestro Tribunal Constitucional¹⁷.

¹⁷ En las STC sobre la huelga de hambre de los terroristas del GRAPO, que hemos analizado en “Todos

Habrá que admitir pues que son las insuficiencias de una *metodología* de la praxis jurídica de cuño *positivista* las que obligan a *disfrazar como morales exigencias propiamente jurídicas*, pretendiendo con ello ocultar su incapacidad para describir el derecho como realmente es. Es hora de reconocer que *plantearse cómo debe ser el derecho positivo es una cuestión estrictamente jurídica* y no moral; cuestión moral sería plantearse qué comportamiento nos exige o deja de exigir personalmente nuestro código moral ante una norma jurídica concreta.

En efecto, el único modo de positivar las exigencias jurídicas no será intentar plasmarlas en normas; cabrá hacerlas también operativas a través de principios, que permitirán interpretar las normas en diálogo con las exigencias no menos jurídicas que han brotado de la pre-compresión del caso concreto¹⁸. Describir el derecho que es nos obliga pues a

tienen derecho a la vida.  Hacia un concepto constitucional de persona?‑ *Iustitia* (Milano, Giuffr ) 1994 (XLVII-2), págs. 121-153, accesible entre los ‘Artículos’ incluidos en las ‘Publicaciones’ disponibles en www.andresollero.es. Luego recogido en *Bioderecho. Entre la vida y la muerte* Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2006.

¹⁸ Inevitable la alusión a Josef Esser, *Vorverst ndnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung* Frankfurt am Main, Athen um, 1972.

preguntamos cómo debemos solucionar con justicia un caso, interpretando ponderadamente el juego de los criterios jurídicos disponibles. En consecuencia *explicitar el derecho que es implica siempre emitir un juicio sobre cómo debe ser interpretado*.

Admitido que de las exigencias jurídicas no derivan siempre necesariamente exigencias morales, sí parece razonable reconocer que el efectivo logro de una convivencia pacífica y ordenada ha de considerarse moralmente positivo. De ello deriva una doble consecuencia: por una parte, a diferencia de la propuesta positivista, la observancia del derecho genera en principio obligatoriedad moral; por otra, no es de extrañar que sean posibles deficiencias jurídicas las que relativicen esa valencia moral. Se generará en todo caso una carga de la prueba para quien se plantee en ese contexto desobedecer al derecho: deberá, para legitimar moralmente su actitud, argumentar esa deficiencia jurídica o, al menos, apelar a exigencias morales de mayor calado que las que cabría derivar del efectivo cumplimiento de la norma jurídica.

En este contexto, el derecho a ejercitar la *objeción de conciencia* se planteará en sentido estricto como consecuencia de una *discrepancia jurídica* y no de un *conflicto entre moral y derecho*. Lo que en realidad estará en

discusión es si una determinada exigencia ha de incluirse en el mínimo ético propio del derecho y es por tanto jurídica. La discrepancia llevará a solicitar una excepción respecto a lo establecido al respecto legítimamente por la mayoría, en beneficio de quien suscribe un planteamiento con fundamento no menos jurídico pero sí minoritario. Lo mismo puede ocurrir cuando la discrepancia se produce por una tensión entre unos u otros principios jurídicos en el marco de una ponderación de derechos. Sería poco razonable considerar que si uno de estos derechos es el de libertad religiosa la discrepancia jurídica se convertiría *ipso facto* en una discrepancia entre moral y derecho. La negativa de unos testigos de Jehová a firmar el consentimiento a la práctica de una transfusión de sangre a su hijo menor, sin resistirse de facto a su realización¹⁹, tenía sin duda motivo religioso, pero precisamente en eso consistía su fundamentación estrictamente jurídica, al entrar en juego un derecho: el de libertad religiosa. La práctica religiosa era en tal caso el bien jurídico protegido, por lo que su protección jurídicamente obligada se erigía, sin irrupción moral alguna, en fundamento de la resolución jurisdiccional.

¹⁹ Se trata, como es sabido, de un caso real, que generó una resolución del Tribunal Supremo anulada más tarde por el Constitucional en la STC 46/2001.

No tendría por tanto ningún sentido caracterizar a la objeción de conciencia como un *derecho moral*, porque la moral no fundamenta ni confiere derechos sino que se limita a exhortar a respetarlos virtuosamente. El derecho a la objeción de conciencia podrá verse -como los demás, al no reconocerse “derechos ilimitados”²⁰- sometido a ponderación con otros. Nos seguimos encontrando sin duda ante una discrepancia jurídica sobre cuál de ambos derechos debe primar o cómo cabe conciliarlos. Lo normal es que sea un juez quien resuelva tal discrepancia. Suele resultar bastante complicado resolverlas al legislador, que no en vano muestra una razonable resistencia a hacerlo²¹. Supone una inusitada circunstancia que lo haga la propia Constitución,

²⁰ La insistencia del Tribunal Constitucional al respecto es continua. Puede verse al respecto “La ponderación delimitadora de los derechos humanos: libertad informativa e intimidad personal” *La Ley* 11.XII.1998 (XIX-4691), págs. 1-4; accesible entre los ‘Artículos’ incluidos en las ‘Publicaciones’ disponibles en www.andresollero.es. Luego recogido en *Derechos humanos. Entre la moral y el derecho* México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2007, págs. 127-141, accesible en <http://info5.juridicas.unam.mx/libros/5/2381/12.pdf>

²¹ Parecen confirmar ese buen sentido los problemas suscitados cuando se ha animado a ello, como ha ocurrido con ocasión de la reciente reforma de la regulación legal del aborto, generando recursos por vulneración del derecho a la objeción de conciencia, a los que en algún caso no ha faltado respaldo judicial.

como sin embargo ocurre en el artículo 30 de la española, que establece una prestación social sustitutoria al entonces vigente servicio militar obligatorio, precisamente como modo de resolver la ponderación entre la objeción de conciencia individual y las exigencias de solidaridad colectiva²².

Aun siendo la discrepancia netamente jurídica, pues lo que se debate es si debe o no incluirse en el *mínimo ético* característico del derecho la imposición o prohibición de determinada conducta, sí podrá ocurrir –como ya hemos visto– que esa discrepancia genere un deber moral de objetar. Será el derecho de libertad ideológica y religiosa el que, como ocurre en más de un convenio internacional²³, facilite ese deber moral respaldando el recurso jurídico a la objeción.

²² De ello nos hemos ocupado en “La objeción de conciencia en la Constitución española en *Objeción de conciencia. Implicaciones biojurídicas y clínicas de la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios* Valladolid, Comisión de Ética y Deontología Médica del Colegio Oficial de Médicos, 2009, págs. 25-35; accesible entre los ‘Capítulos de Libro’ incluidos entre las ‘Publicaciones’ disponibles en www.andresollero.es

²³ No ocurre así, desafortunadamente, en la Constitución española, pese a las enmiendas presentadas en el Senado durante el debate constituyente, como hemos tenido ocasión de detallar en *Un Estado laico. Libertad religiosa en perspectiva constitucional* Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2009, pág. 32.

Sí constituye, por el contrario, un claro ejemplo de *conflicto entre moral y derecho* el recurso, obviamente antijurídico, a la desobediencia civil. Tal circunstancia puede surgir por un doble motivo. El primero se da cuando las exigencias morales generadas por la discrepancia jurídica van más allá de la mera objeción, ya que esta se conforma con la aceptación de un trato excepcional, que a fin de cuentas confirma la regla. En la desobediencia civil, por el contrario, la discrepancia jurídica genera un deber moral de mayor calado, al considerar el cumplimiento de la norma no sólo inaceptable para uno mismo, sino pernicioso para la sociedad en su conjunto. Esto generaría el deber moral de enfrentarse frontalmente a la norma en un contexto en el que no cabrá ajustar solución jurídica alguna. La libertad ideológica o religiosa fundamenta jurídicamente la exigencia de excepción, pero no podrá por sí sola imponerse al principio mayoritario. La moral obligaría a hacer frente a la norma, socavándola ante el sentir social; se aspira pues a lograr en él una reacción por el impacto de la sanción jurídica, precisamente porque el discrepante no duda en asumirla. Quedaría así socialmente cuestionada la justicia objetiva de la norma, cuya continuidad quedará pendiente de la magnitud de la reacción social que llegue a producirse en un ámbito más político que jurídico.

En un contexto jurídico, no tendría pues sentido hablar de la existencia de un *derecho* a la desobediencia civil, porque ir más allá del reconocimiento de una excepción minoritaria implicaría dar por bueno un generalizado derecho a desobedecer al derecho. En un contexto moral la discrepancia jurídica surgida es de tal magnitud que sólo cabría enfrentarse al orden establecido, suscribiendo una desobediencia destinada a provocar la sanción, que convertiría sus efectos en ocasión de denunciar la injusticia. Valga como ejemplo la autoinculpación de un delito, como modo de poner socialmente en cuestión una figura delictiva a la que se considera injusta por represiva.

Cabría sin duda un segundo motivo, que sorprendentemente no suele mostrarse tan activo, para recurrir a la desobediencia civil. Surgiría cuando el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia se ha visto negado por disposición legal o resolución judicial cuya ponderación no ha sido declarada inconstitucional. Se han agotado por tanto las posibilidades de solventar por vía jurídica la discrepancia existente y no queda otra salida que plantear por exigencias de la moral el reto que la desobediencia civil lleva consigo. Resulta, no obstante, sorprendente que el a veces entusiasta recurso a la objeción de conciencia (piénsese, por ejemplo, en las suscitadas en

España por la asignatura de Educación para la Ciudadanía) contraste en exceso con las escasas muestras de desobediencia civil consumadas, una vez que los perjudicados no han llegado a ver reconocido su derecho a la objeción. Si existía un deber moral de exigir por vía jurídica una excepción, parece también coherente asumir el deber moral de llegar a la desobediencia civil una vez que el ejercicio del derecho a la objeción resulte frustrado. Lo contrario abocaría a una conclusión típicamente marxiana (sector Groucho): “soy un hombre de principios pero, si no le gustan, tengo otros...”. Que quien se considere obligado moralmente a ejercer el derecho a objetar, aun estando convencido del carácter pernicioso de la norma para la sociedad en general, no se considere también moralmente obligado a llegar a la desobediencia civil asumiendo sus consecuencias jurídicas, resulta un tanto llamativo (sobre dudas al respecto consúltese al cicerone del Colosseo...).

Si pasamos a ocuparnos de la *equidad*, ésta nos aparecerá igualmente como un fenómeno estrictamente jurídico: la búsqueda de la justicia del caso concreto. No se trataría en modo alguno de un fenómeno moral sino jurídico. No tendría nada que ver con la entrada en juego de una misericordia capaz de condicionar a la justicia, sino con el reconocimiento de la inevitable historicidad que acompaña a toda

captación de la justicia objetiva. No se trata pues de que el derecho ceda el paso a la moral, sino de que la generalidad de la ley exige el complemento de una resolución judicial equitativa. Ya la aludida reforma de nuestro Código Civil, hace casi cuarenta años, concedió jurídica carta de naturaleza a la equidad; desde un decenio después la jurisprudencia constitucional se ha visto obligada a ocuparse de un problema obviamente emparentado con ella: las exigencias del principio *de igualdad en la aplicación de la ley*²⁴.

De lo dicho se desprende, por último, que las exigencias morales de la *caridad* no pueden considerarse como una alternativa capaz de sustituir a las exigencias jurídicas de *justi-*

²⁴ Al respecto “Justicia y seguridad: el trasfondo axiológico de la igualdad en la aplicación de la ley” *Anuario de Derecho Público y Estudios Políticos* (Granada) 1989-1990 (2) págs. 95-123, así como “La igualdad en la aplicación de la ley en la doctrina del Tribunal Constitucional” en *La casación: unificación de doctrina y descentralización. Vinculación de la doctrina del Tribunal Constitucional y vinculación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo* Madrid, Consejo General Poder Judicial, Estudios de Derecho Judicial nº 87, 2006, págs. 229-260; accesibles respectivamente entre los ‘Artículos’ y ‘Capítulos de Libro’ incluidos en las ‘Publicaciones’ disponibles en www.andresollero.es. De modo más amplio: *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial* Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005 (2ª edición aumentada y actualizada).

cia. Que la caridad constituya una virtud moral más exigente no implica en modo alguno que pueda eximir de satisfacer exigencias de justicia. Por el contrario, el respeto a la justicia encierra el grado más elemental de observancia de la caridad; se trata sin duda de un *mínimo ético*, pero sería incoherente ignorarlo en aras de exigencias maximalistas. No es lo mismo sobreabundar que aminorar.

Un ejemplo particularmente penoso de tal corruptela ha sido la irrupción pública de casos de pedofilia clerical en el seno de la Iglesia Católica. No es necesario suscribir la hipocresía de aparentar que se trata de un fenómeno exclusivo de tal ámbito y generado por sus peculiares exigencias disciplinarias; no falta hoy quien en términos jurídicos plantee, al socaire de los pujantes nuevos derechos esgrimidos desde un radicalismo individualista, una despenalización de tales prácticas. Lo que ha producido particular conmoción tiene más que ver con un desacertado ensamble de moral y derecho, que llevó -para empezar- a un encubrimiento de injusticias con excusas pretendidamente morales. Se inspiraron en una desafortunada ponderación moral, marcadamente consecuencialista, deseosa de evitar un posible motivo de escándalo. Habría que entender por tal, de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, todo “dicho o hecho reprehensible que es

ocasión de daño y ruina espiritual del prójimo”. Se habría dado por tanto mayor importancia a posibles daños futuros a terceros, ocasionados por la difusión de los hechos, que a los hechos mismos irreversiblemente consumados y a sus víctimas. Se acabó yendo, sin embargo, más allá por vía aún más cercana a nuestro tema. La desacertada estrategia apuntada se habría conformado con un encubrimiento de los hechos, pero se optó a la vez en más de una ocasión por suscribir medidas de gobierno que disfrazaban de benevolencia moral hacia el autor del delito lo que más bien parecía fruto de mera falta de fortaleza en la asunción de las propias responsabilidades al respecto. Como consecuencia, una presunta caridad suplantadora de la justicia sustituía la persecución del delito por un mero traslado de su autor, dando quizá por hecho que bastaría un cambio de ambiente para dar por cerrado el problema. El resultado fue más bien una lamentable proliferación de la injusticia, que dejó en penosa evidencia una sesgada aplicación de consideraciones morales con notable desprecio de las víctimas ya afectadas o futuras.

No es de extrañar que, aún en el marco de un discurso que –dado el auditorio- había de ceñirse primordialmente al matrimonio, se resaltara “la difundida y arraigada tendencia, aunque no siempre manifiesta, que lleva a

contraponer la justicia a la caridad, casi excluyendo la una a la otra”; o se recordara a los “operadores del derecho” que “deben caracterizarse por un alto ejercicio de las virtudes humanas y cristianas, en particular de la prudencia y de la justicia, pero también de la fortaleza. Esta última se hace más relevante cuando la injusticia parece el camino más fácil a seguir, en cuanto que implica la condescendencia a los deseos y las expectativas de las partes, o también a los condicionamientos del ambiente social”; o, en resumen, que la justicia “no es una vía alternativa o paralela a la caridad”, porque “la caridad sin justicia no es tal, sino solo una falsificación, porque la misma caridad requiere esa objetividad típica de la justicia”²⁵.

No muy distinta puede resultar, por vía oblicua, la situación cuando en el *utilitarismo* la moral se transmuta en cálculo económico. A la consideración de la utilidad como valor supremo, a la hora de plantear racionalmente la conducta humana, seguirá como corolario la sustitución de la *justicia*, no ya por la caridad sino por la *economía*. La fe en la eficacia del *mercado* como vía de asignación óptima de recursos escasos puede llevar a dos conclusiones dispares: considerarlo como in-

²⁵ Benedicto XVI, *Discurso a los miembros del Tribunal de la Rota Romana*, 29 de enero de 2010.

térprete áulico de la justicia, o dar por hecho que la convertirá en superflua, al superar sus logros. Basta bucear en los entresijos de la actual crisis económica para comprobar, una vez más, que sin garantizar por vía jurídica un mínimo ético no cabrá aspirar con sensatez a superiores objetivos. Cuando la fe en el mercado alimenta una desregulación imprudente no cabrá luego asombrarse de que, en vez de artífice racional de una óptima distribución, se convierte en arma eficaz de robo sin necesidad de recurso a la mano armada.

Volviendo sobre hilos sueltos

No dejo de ser consciente de que entre lo ya dicho cabe seleccionar más de una afirmación de cierto tonelaje.

Considero, no obstante, que a estas alturas podrá entenderse mejor que prefiera optar por el calificativo *ético* para identificar el ámbito global de las conductas exigibles o debidas, distinguiendo dentro de él las que tendrían fundamento *jurídico* y las que sólo lo encontrarían en la *moral*. Si se reconoce importancia a la distinción entre uno y otro fundamento, no parece que calificar como moral a todo lo que quepa exigir o pueda vincular la propia conducta sea el camino más adecuado. Más bien, desde una óptica jurídica, se estará degradando lo jurídicamente exigible

equiparándolo a meras *exhortaciones morales*; mientras, desde un punto de vista moral, pueden minusvalorarse las exigencias de *justicia*, como si se tratara de una *ética mínima* susceptible de ser superada por lo que no es sino su burda vulneración.

Entender la *justicia como una realidad esencialmente jurídica* ayuda a recordar que la caracterización del derecho como *mínimo ético* no puede presentarse como una invitación a ignorar sus exigencias; más bien serviría de señal de alarma porque nos estaríamos situando éticamente bajo mínimos, con una inevitable relevancia moralmente negativa, sea cual sea el horizonte maximalista que se suscriba. Hablar de mínimo ético no es necesariamente remitir a exigencias -por mínimas-despreciables, sino muy al contrario resaltar un núcleo de bienes considerados de *orden público*, que han de situarse al margen de toda negociación y cuyo respeto no dejará de exigir esfuerzo. No es difícil encontrar al respecto tanto referencias doctrinales²⁶ como textos jurídicos ya positivados²⁷.

²⁶ Valgan como ejemplo las exigencias de “razón pública” que ayudan a John Rawls a configurar la “justicia política” -*El liberalismo político* Barcelona, Crítica, 1996, págs. 179 y 183.

²⁷ El “mantenimiento del orden público protegido por la ley” como única “limitación” imaginable a las “manifestaciones” de “la libertad ideológica, religiosa y

Pero sin duda el aspecto más polémico puede acabar siendo que mi rechazo del *formalismo jurídico* se haya visto a la vez acompañado por la negativa a admitir que la *ley injusta*, incluso en casos de sintomatología aguda, haya de dejar de ser considerada como derecho. Lo primero -entendido en términos éticos- me alejaría del positivismo que considera derecho todo lo que revista forma de tal, sea cual sea su contenido; he dado, por el contrario, por hecho que existen *elementos jurídicos, aunque aún no positivados*. Lo segundo me expone a recibir la visita de más de un fervoroso iusnaturalista esgrimiendo orden de desahucio, por entender que estaría afirmando precisamente lo anteriormente rechazado.

Esta llamativa contradicción -sólo aparente, a mi modo de ver- invita a plantearse el sentido y alcance de lo *formal* en el derecho. Cabe, como acabamos de recordar, plantearlo como criterio de identificación de lo jurídico, alternativo y excluyente del criterio *material* vinculado al contenido de la norma, que paladinamente he suscrito. Me parece lógico que recurran a esa versión quienes profesan el *no cognitivismo ético*, situando en consecuencia al derecho en el ámbito de la voluntad y

de culto de los individuos y las comunidades”, en el artículo 16.1 de la Constitución española.

negando todo posible ejercicio de *razón práctica*²⁸. Territorio intermedio pretenden marcar, desde una óptica postkantiana, los defensores de una *justicia procedimental*, que no renuncian a exigencias de contenido pero generadas a través de la entrada en juego de determinado procedimiento; éste posibilitaría intersubjetivamente una razón práctica postmetafísica, no entendida como la captación de una realidad objetiva.

He rechazado también la postura contraria, que identificaría drásticamente derecho con justicia, al margen de todo condicionamiento formal. Se confunde en estos casos, a mi modo de ver, exigibilidad jurídica con obligatoriedad moral, entendiendo paradójicamente que no sería concebible reconocer algo como jurídico y negarle a la vez moralmente obediencia. No veo por qué no cabría admitir normas jurídicas de contenido moralmente indiferente; sin perjuicio de la valencia moral que se atribuya a la estabilidad del ordenamiento jurídico en su conjunto. Bien es cierto

²⁸ Arquetípica al respecto la postura de Hans Kelsen, para el que el juez no emite juicio alguno (más propios de la interpretación científica de la norma) sino actos de voluntad constitutivos de normas particulares; de él me ocupé particularmente en los capítulos segundo y tercero de *¿Tiene razón el derecho? Entre método científico y voluntad política* Madrid, Congreso de los Diputados, 2006, (2ª edición).

que no se me indultará, porque de lo que he estado hablando no es tanto de normas jurídicas de contenido moralmente indiferente, sino de otras que cabría considerar de modo tajante como moralmente rechazables.

Me he esforzado en plantear que nos halláramos en realidad ante una discrepancia jurídica, sin que ello sea obstáculo para que tenga una obvia repercusión moral. En consecuencia, a la hora de la verdad ¿qué es lo que hace que la norma pueda considerarse jurídica? ¿Su homologación formal o su contenido material?

Es aquí donde entra en juego un nuevo elemento: no suscribo tal dilema, porque entiendo la homologación formal de la norma como una exigencia de *justicia* material y no como su forzada alternativa, que invitaría a conformarse con una teórica garantía de *seguridad*. Como exigencia de justicia ha de ser entendida, en un doble aspecto...

Por una parte, porque privilegiar la dimensión formal del derecho en perjuicio de la protección de los contenidos materiales que le dan sentido nos llevaría a un “formalismo enervante”. Basta rastrear la jurisprudencia constitucional española sobre el artículo 24 CE para encontrar continuas alusiones al

obligado rechazo de ese tipo de interpretaciones.

Por otra, sin embargo, el respeto a las formas procedimentales es una exigencia material derivada, no de un conformista afán de seguridad, sino primordialmente del respeto a la dignidad ajena, que conlleva someterse a mecanismos garantizadores de un marco general de autoobediencia; sin perjuicio de que sea también, secundariamente, expresión de la conciencia de la propia falibilidad a la hora de captar exigencias de justicia material.

No es lo mismo constatar la existencia de objetivas exigencias prácticas de justicia racionalmente captables, que nos llevarían por ejemplo a rechazar en cualquier circunstancia la tortura o la pena de muerte, que considerarse en posesión de una particular autoridad a la hora de certificarlo. Que considere la pena de muerte jurídicamente deficiente, por ignorar elementales derechos humanos, no habría de llevarme a asumir que las normas que la hacen posible en Estados Unidos no son derecho. En este aspecto, si se me permite la broma, un civilista español, partidario extremo de la fórmula de Radbruch, podría encontrarse en incómoda situación a la hora de explicar su asignatura; porque si prescinde de ocuparse de la regulación legal del divorcio, por no considerarla derecho (al estimar

meridianamente injusto vulnerar la indisolubilidad del matrimonio), y del matrimonio homosexual, que aun no habiéndose pronunciado el Tribunal Constitucional tampoco sería derecho (en tanto ignora la dimensión heterosexual de la institución) etc., puede acabar consiguiendo que la asignatura pase en el *curriculum* de troncal a optativa.

No suscribo con ello una justicia procedimental, sino que subrayo algo muy distinto: que el respeto al procedimiento formal es una exigencia de justicia material. Esto marca, por ejemplo, la frontera entre la *desobediencia civil*, que respeta procedimentalmente la norma al asumir la sanción, y un presunto *derecho de resistencia*, heredero del tiranicidio, que permitiría recurrir a la violencia privada para defender contenidos que estarían siendo vulnerados por los poderes públicos. Por mucho que discrepe de su contenido, la existencia de normas que apuntan al logro de una convivencia ordenada respetando los procedimientos establecidos, que es deseable privilegien al principio de mayorías, me impedirá negarles carácter jurídico.

Me ayuda sin duda a rechazar el dilema entre dimensión formal y material del derecho la relevancia que a la vez concedo a un tercer elemento: el arraigo estable inseparable del

derecho como práctica social. Serían pues tres los elementos en juego, y la deficiencia de alguno de ellos –aun repercutiendo sin duda en la calidad jurídica del resultado– podría verse subsanada por los otros dos. Así una exigencia de justicia material, racionalmente captada a través de una *opinio iuris* socialmente arraigada, a pesar de su precario formalismo, no ha dejado de ser considerada como derecho: consuetudinario. Una exigencia de justicia material formalmente positivada no dejará de ser jurídica, aunque se oponga a tópicos socialmente arraigados, como con frecuencia ocurre al entrar en juego con respaldo constitucional la dimensión utópica de los derechos humanos²⁹. Sirva como argumento respecto a la tercera posibilidad (norma positivada y no carente de arraigo social, pero deficiente desde un punto de vista de justicia material) lo ya apuntado sobre la pena de muerte.

Desde esta perspectiva, no me cuesta demasiado trabajo dar por bueno, con previsible escándalo iusnaturalista, que *sólo es derecho el derecho positivo*. No concibo en efecto una

²⁹ Así queda de manifiesto al proyectarse sobre el artículo 14 CE las exigencias derivadas del artículo 9.2, como he puesto de relieve en *Discriminación por razón de sexo. Valores, principios y normas en la jurisprudencia constitucional española*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.

exigencia jurídica que no incluya la pretensión de verse positivada, tanto formalmente como por el logro de un arraigo social. Por otra parte, no se me ocurre suscribir la *positividad instantánea*³⁰ que el formalismo extremo llevaría consigo, sino que entiendo el derecho como fruto de un *proceso de positivación*; en consecuencia el hecho de que ese proceso se halle en un estadio incipiente no me llevará a motejar de moral lo que es, por su contenido, obviamente jurídico. Los que sí defienden ese ahistórico concepto de positividad se ven, por el contrario, obligados a suscribir una caprichosa delimitación de lo moral, que la identifica con lo no positivado, como condición para seguir afirmando que sólo es derecho el derecho positivo.

Planteadas así las cosas, habré de terminar insistiendo en convertir como quicio del engranaje entre derecho y moral ese ajustamiento objetivo de relaciones de convivencia en que consiste la *justicia objetiva*. Ella es la que determina jurídicamente lo suyo de cada uno y es así capaz de generar esa exigencia moral de respeto propia de la *virtud subjetiva* de la justicia. Será en consecuencia lógico dar por supuesto que una *lex iniusta* no generará

³⁰ He criticado tal planteamiento en *El derecho en teoría* Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2007, págs. 53 y 63.

obediencia moral alguna, o incluso podrá provocar un deber moral de desobediencia, sin dejar por ello de ser jurídica.

Es obvio, por último, que la distinción entre ser y deber ser, esgrimida tajantemente por el positivismo de viejo cuño, amenazando con enviar al infierno de la *falacia naturalista* al que osara relativizarla, pierde a su vez bastante fuerza si se reconoce, como es obligado al describir el derecho como es, que explicitar el derecho que *es* –si no se quiere incurrir en *falacia positivista*– implica siempre emitir un juicio sobre cómo *debe ser* interpretado; porque el proceso de positivación del derecho resulta ininteligible sin el continuo juego de unos criterios de justicia material que le sirvan de motor.

IUSPOSITIVISMO SIN MISTERIO Y ANTIPOSITIVISMO CON ENIGMAS. COMENTARIO A LAS TESIS DE ANDRÉS OLLERO

*Juan Antonio GARCÍA AMADO**

Agradezco muy sinceramente a mi estimado colega y amigo Andrés Ollero que me haya propuesto para que sea su interlocutor en este debate, al igual que expreso mi gratitud a la Fundación Coloquio Jurídico Europeo, y a su presidente, Ernesto Garzón, por esta nueva oportunidad que se me ofrece para participar en tan estimulante foro.

El escrito y ponencia del profesor Ollero, que lleva por título el de “Derecho y moral: una relación desnaturalizada”, se presta a buen debate, por supuesto, pero tal vez más por lo que en él se presupone que por las tesis expresamente sostenidas. Con buen ánimo retador y con planteamientos originales, nos propone una salida distinta para la vieja polémica entre positivistas y iusnaturalistas acer-

* Catedrático de Filosofía del Derecho, Universidad de León.

ca de las relaciones entre el derecho y la moral y, correspondientemente, un concepto de derecho que intenta superar las aporías y las que, en opinión de Ollero, son las contradicciones más evidentes de aquellas dos doctrinas ya clásicas y en sempiterna rivalidad.

I. Las tesis de Andrés Ollero

Comenzaré por enunciar, en nada menos que dieciocho pasos o apartados, las tesis de Ollero y, seguidamente, manifestaré mis dudas y mi postura sobre diversos aspectos de su teoría y sobre las referidas tesis.

Mantiene Ollero que:

1. Derecho y moral “son realidades distintas”, sea cual sea “la relevancia que a cada ámbito se le tienda a conceder”.

2. Lo *ético* es lo referido a la conducta debida, “el ámbito global de las conductas exigibles y debidas”. Dentro de ese ámbito ético, referido a los deberes, se encuentran la moral y el derecho. Es decir, entre las conductas exigibles y debidas unas tendrían “fundamento *jurídico*” y otras “sólo lo encontrarían *moral*”.

3. El positivismo pretende “*describir el derecho como es*”, en la idea de que se puede

identificar y describir el derecho que es al margen de toda consideración sobre cómo debería ser. Esa distinción impide al positivismo considerar la objeción de conciencia “*como el ejercicio de un derecho en el marco del ordenamiento jurídico*”, ya que supondría considerar que desde la moral (la de objeto, entiendo) se puede excepcionar la regla jurídica.

4. El positivismo jurídico “ha tenido también a gala dejar claro que *sólo es derecho el derecho positivo*”. Esa tesis conduce al positivismo a tres grandes dificultades:

a) Desnaturaliza la moral, pues entendería el positivismo que todo lo que no es derecho positivo es moral.

b) Deja a la moral “todo un generoso ámbito de discrecionalidad que se resolvería gracias a juicios morales”. Tal ocurriría, por ejemplo, en el campo de la interpretación de los textos legales.

c) Se considera la apelación a la equidad “como una aceptable irrupción de lo moral en el ámbito jurídico, imprescindible también para que puedan jugar las ideas de buena fe o de abuso del derecho. De esa forma, también por esta vía acaba el positivismo admitiendo que la dinámica jurídica depende de elemen-

tos morales, aquellos que, se decía, deben considerarse separados del derecho, de un derecho que puede ser descrito sin ellos.

5. Sin embargo, esos elementos que guían la discrecionalidad son “elementos objetivamente jurídicos”, aunque no estén positivados. ¿De qué instancia jurídica no positiva o positivada provienen esos elementos? De la justicia, que “es una realidad esencialmente jurídica” y que sirve, por ser jurídica, “de fundamento a los derechos”.

“Habrá que admitir que son las insuficiencias de una *metodología* de la praxis jurídica de cuño *positivista* las que obligan a *disfrazar como morales exigencias propiamente jurídicas*, pretendiendo con ello ocultar su incapacidad para describir el derecho como realmente es. Es hora de reconocer que *plantearse cómo debe ser el derecho positivo es una cuestión estrictamente jurídica* y no moral; cuestión moral sería plantearse qué comportamiento nos exige o deja de exigir personalmente nuestro código moral ante una norma jurídica concreta”.

6. “Hacer justicia consiste en dar a cada uno lo suyo; o sea, su derecho”. Dar a alguien lo que en justicia le corresponde es concederle lo jurídicamente debido. La justicia es “*realidad objetiva*”. La justicia objetiva radica

“en la naturaleza de las cosas” y es “racionalmente captable en ella por el sujeto, sin necesaria vinculación a sus disposiciones subjetivas”. “En ese ajustamiento objetivo de las relaciones de convivencia consiste la *justicia objetiva*, que determina jurídicamente lo suyo de cada uno y genera la exigencia moral de respeto propia de la *virtud subjetiva* de la justicia”.

7. El problema del iusnaturalismo (o de una “determinada óptica iusnaturalista”) es que, bajo su visión, la moral abarca toda la conducta humana. Al considerar la ley natural, no deslinda “su dimensión moral de la jurídica” y “parece como si diera lo mismo hablar de ley natural que de *derecho natural*”. El derecho sería moral especial y, por tanto, “toda norma jurídica generaría de modo indirecto un deber moral de obediencia, puesto que en la moral se funda. El derecho es ahora el que se desnaturaliza, al aparecer como mero brazo armado al servicio de algo considerado moral: la justicia”, entendida esta no como “*realidad objetiva*, capaz de fundamentar lo suyo de cada uno; o sea, derechos”, sino vista como virtud moral, “o sea, *hábito subjetivo* de comportamiento”.

8. Ese iusnaturalismo tiene dos importantes inconvenientes:

a) Puesto que se fija en la justicia como virtud subjetiva, la subordina a la caridad, virtud suprema, de modo que la justicia puede ser sacrificada, en el derecho, por razón de caridad.

b) En materia de objeción de conciencia, concebida como resultado de un conflicto entre moral y derecho, el iusnaturalismo acaba poniendo la conciencia moral de cada cual “por encima de cualquier vinculación jurídica, con prometedoras perspectivas ácratas”.

9. Las normas de la moral se dirigen a la conciencia individual. Una exigencia moral tiene “como objetivo el logro de la *máxima perfección ética individual*”. Por su parte, el derecho tiene como misión “posibilitar una pacífica y ordenada *convivencia*”, sin impedir al individuo “aspirar a más ambiciosas metas morales”. Ese es el “*mínimo ético*” del derecho.

10. “*No toda exigencia moral debe verse convertida en jurídica*” y “*no toda exigencia jurídica tendrá directa repercusión moral*”. “Lejos de consistir el derecho en una enérgica aplicación de exigencias morales, serán jurídicas las exigencias orientadas al logro de

determinados objetivos: posibilitar una convivencia pacífica”.

11. Las exigencias de la justicia objetiva “adquieren plenitud y eficacia” al ser positivadas por el operador jurídico competente. La discrepancia entre la justicia objetiva y el derecho positivo “testimonian -con carácter previo a la consiguiente negativa evaluación moral- una situación jurídicamente defectuosa (no reconocimiento de los derechos humanos, por ejemplo)”. “La actitud de un gobierno que no respeta los derechos humanos es ante todo, sin perjuicio de la subjetiva inmoralidad de sus protagonistas, objetivamente antijurídica”. Un derecho positivo desconocedor de las exigencias de la justicia objetiva no sólo merece condena moral, “dado que la moral obliga a respetar la justicia”, sino que, también y antes que nada, “se hace merecedor de un drástico reproche jurídico”, lo que no quiere decir que las correspondientes normas no sean jurídicas. Esas normas serán derecho, pero lo serán “de modo deficiente”: un mal derecho, pero derecho al fin.

12. “El efectivo logro de una convivencia pacífica y ordenada ha de considerarse moralmente positivo”. Por tanto, “la observancia del derecho genera en principio obligatoriedad moral” y la carga de la prueba cae del lado

del que se plantee desobedecer la norma jurídica, quien deberá argumentar la deficiencia de esas normas jurídicas “o, al menos, apelar a exigencias morales de mayor calado”.

13. Por tanto, la objeción de conciencia resulta “de una *discrepancia jurídica* y no de un *conflicto entre moral y derecho*. Lo que en realidad estará en discusión es si una exigencia ha de incluirse en el mínimo ético propio del derecho y es por tanto jurídica. La discrepancia llevará a solicitar una excepción respecto a lo establecido al respecto legítimamente por la mayoría, en beneficio de quien suscribe un planteamiento con un fundamento no menos jurídico pero sí minoritario. Lo mismo puede ocurrir cuando la discrepancia se produce por una tensión entre unos y otros principios jurídicos en el marco de una ponderación de derechos”. Por eso la objeción de conciencia no es un derecho moral, es plenamente jurídica.

14. En cambio, la desobediencia civil sí implica un conflicto entre moral y derecho. Por eso el recurso a la desobediencia civil tiene carácter antijurídico. La desobediencia civil resulta de un deber moral de mayor calado. Mientras que la objeción de conciencia supone invocar una excepción que confirma la regla, la desobediencia civil es un

rechazo de la norma misma como perniciosa para la sociedad en su conjunto. Por eso ha de haber derecho a la objeción de conciencia, de base ideológica o religiosa, pero no a la desobediencia civil, que supondría reconocer un derecho generalizado a desobedecer el derecho.

15. La equidad es “un fenómeno estrictamente jurídico: la búsqueda de la justicia del caso concreto”. No es un fenómeno moral, sino jurídico. “No se trata pues de que el derecho ceda el paso a la moral, sino de que la generalidad de la ley exige el complemento de una resolución judicial equitativa”.

16. La justicia objetiva es una realidad esencialmente jurídica, estén o no formalmente positivadas como derecho sus exigencias. Ahora bien, la norma jurídico-positiva que contravenga esas exigencias no deja de ser jurídica, no deja de ser derecho. La ley injusta sigue siendo derecho. “La homologación formal” de la norma es también “exigencia de justicia material”, “el respeto al procedimiento formal es una exigencia de justicia material”. Constituye, además, una necesidad derivada de “la conciencia de la propia falibilidad a la hora de captar exigencias de justicia material”. “Por mucho que discrepe de su contenido, la exigencia de normas que apuntan al logro de una convivencia ordenada

respetando los procedimientos establecidos, que es deseable privilegien al principio de mayorías, me impedirá negarles carácter jurídico”.

17. El “quicio del engranaje entre derecho y moral” es “ese ajustamiento objetivo de relaciones de convivencia en que consiste la *justicia objetiva*. Ella es la que determina jurídicamente lo suyo de cada uno y es así capaz de generar esa exigencia moral de respeto propia de la *virtud subjetiva* de la justicia. Será en consecuencia lógico dar por supuesto que una *lex iniusta* no generará obediencia moral alguna, o incluso podrá provocar un deber moral de desobediencia, sin dejar por ello de ser jurídica”.

18. La tesis positivista de la separación entre ser y deber ser olvida que al describir el derecho es obligado reconocer que “explicitar el derecho que *es* (...) implica siempre emitir un juicio sobre cómo *debe ser* interpretado; porque el proceso de positivación del derecho resulta ininteligible sin el continuo juego de unos criterios de justicia material que le sirvan de motor”.

II. Dudas y objeciones

II. 1. Sale del concepto de derecho la moral, pero entra la ética

Un sistema conceptual teórico se justifica por su utilidad en cuanto mapa o modelo con el que sistematizar e interrelacionar los fenómenos que se analizan. Ollero juega aquí con tres grandes conceptos: ética, moral y derecho. El concepto de ética o de lo ético es utilizado para abarcar el conjunto de las conductas exigibles y debidas. Dentro de lo ético, así caracterizado, dichas conductas debidas se dividen en morales y jurídicas. Derecho y moral son las dos partes de ese territorio ético. La diferencia entre derecho y moral está, según Ollero, en que las normas de la moral rigen la conducta individual, se dirigen a la conciencia de los individuos que buscan su perfección ética personal. En cambio, el campo de las normas jurídicas es el de la convivencia pacífica y ordenada.

Para Ollero, los mandatos de la ética ponen a los individuos ante dos requerimientos distintos y que a veces pueden chocar en su conciencia. Por un lado, en tanto que imperativos morales, les indican cómo deben guiar su conducta personal; por otro, en cuanto que mandatos jurídicos, les impelen a sacrificar partes de esa su autonomía en aras de la

interrelación pacífica y en orden. Cada uno de esos ámbitos es autónomo y ni depende la moral del derecho ni depende el derecho de la moral. Por un lado, hay normas jurídicas sin relevancia moral, igual que hay normas morales que no precisan ni buscan el respaldo de la coacción jurídica. Por otro lado, los conflictos que a un sujeto se le planteen en caso de contradicción entre la norma moral y la norma jurídica están llamados a resolverse en conciencia y podrá quien los experimenta optar por dar prioridad a la moral y, en consecuencia, elegir el comportamiento moral y, al tiempo, antijurídico. Lo que no cabe es que el derecho reconozca con carácter general la juridicidad de esa desobediencia por razones morales, pues ese “derecho” general a la desobediencia tendría efectos disolventes del derecho mismo y, por extensión, del orden social y la convivencia organizada.

Me parece que hasta aquí pocas objeciones de fondo podría proponer un positivista. Se está planteando la separación conceptual y práctica del derecho y la moral y, en principio, no parece que esa separación sea puesta en cuestión por el común encaje de los deberes de conducta en el terreno genérico de la ética. Esa ética omniabarcadora tendría un valor meramente clasificatorio y serviría, todo lo más, como pauta para la ulterior distinción

entre estos ámbitos de lo normativo, frente a los de lo no normativo.

Pero en el planteamiento de Ollero las cosas no son tan sencillas, pues el de ética no es un concepto neutro o formal ni puramente descriptivo. La ética es sede o fuente de mandatos objetivos para el derecho, y parece que también para la moral. Hay un orden ético objetivo que, en lo que se refiere al derecho, tiene su centro en la idea objetiva de justicia. El buen derecho, el derecho no defectuoso o deficiente, no reprobable, será aquel cuyas normas estén en consonancia con la justicia objetiva. Es más, esas normas objetivas de justicia son parte del derecho aunque no estén positivadas como derecho o aunque el derecho positivo las desatienda. Lo que la justicia objetiva determina es qué sea o deba ser lo suyo de cada uno, los derechos de cada cual. Está anclada en “la naturaleza de las cosas” y es racionalmente captable por el sujeto con independencia de los condicionamientos que supongan las disposiciones subjetivas de tal sujeto. Esa captación de los contenidos de la justicia objetiva da pie a que el individuo que quiera obrar de acuerdo con ella desarrolle la justicia como virtud subjetiva. La justicia objetiva no es mera virtud subjetiva, pero su captación se traduce en mandato moral para el sujeto individual que se quiera virtuoso.

Así que la justicia objetiva da alimento tanto al derecho, insuflándole su mínimo ético en cuanto rector de la convivencia, como a la moral, que es siempre moral residenciada en el individuo, marcándole una pauta de conducta individual en lo referido a la convivencia intersubjetiva.

Las viejas disputas sobre la relación entre derecho y moral renacen aquí, pero referidas al encaje del derecho y la justicia objetiva. Parece que se supera una parte de la polémica, al menos desde el punto de vista positivista, cuando Ollero insiste en que no por injusta deja de ser jurídica la norma que formalmente lo sea. Pero, sin embargo, resulta también que:

a) Aunque todo derecho positivo sea derecho, justo o injusto, pero derecho, hay más derecho que el derecho positivo, ya que la justicia objetiva también brinda preceptos que son derecho, aunque no estén positivados. Esto conduce a inevitables tensiones dentro de ese sistema jurídico de doble composición.

b) Un derecho positivo defectuoso por contrario a la justicia objetiva se compone de normas que son jurídicas, eso no se niega, pero que merecen “un drástico reproche jurídico”. Si no lo entiendo mal, serían, pues, normas que son jurídicas y jurídicamente

reprochables al mismo tiempo; no meramente reprochables desde el punto de vista moral o ético, sino “jurídicamente” reprochables. ¿Cómo puede un sistema jurídico fundamentar a la vez la juridicidad y la reprochabilidad jurídica de sus normas? Tendrá que ser porque el sistema jurídico es bifronte. Por una parte, las pautas formales que el mismo sistema sienta fundan la juridicidad de las normas positivas formalmente correctas; por otra, la justicia objetiva, que viene de la ética y que también aporta contenidos jurídicos, aunque no sean contenidos positivados en ese sistema, enseña que esas normas que formalmente constituyen derecho son derecho defectuoso por injusto.

¿Nos conformamos, entonces, con la desconcertante idea de que una misma norma jurídica puede recibir un juicio jurídico doble y contradictorio? El tradicional esquema iusnaturalista o iusmoralista resolvería esa tensión al poner en la cúspide del sistema jurídico las normas morales que también son jurídicas aunque no estén positivadas, de manera que la compatibilidad de las normas positivas inferiores con esas normas morales superiores opera como criterio de juridicidad o validez de las normas positivas. Ollero no quiere transitar por ese camino.

Ollero, como muchos iusmoralistas de ahora mismo y diferencias terminológicas y conceptuales al margen, trata de resolver el problema no en el campo de la validez (expresión que no emplea en ningún momento en el escrito que comentamos), sino en el de la aplicabilidad. La norma jurídica injusta no deja de ser jurídica, no pierde su juridicidad o validez, sino que tal vez no deba ser aplicada o, vía interpretación, debe reformularse para ser aplicada con justicia.

Este reimplantarse de la justicia objetiva, que por sí es también derecho, dentro del derecho positivo que no la contemplaba o que la contravenía, puede acontecer por tres caminos que el positivismo entrega a la discrecionalidad: la interpretación de las normas al aplicarlas a los casos, la equidad y la ponderación “entre unos y otros principios jurídicos en el marco de una ponderación de derechos”. Lo que para el positivismo se presenta como ámbito de la discrecionalidad del juez aquí es caracterizado como espacio de la justicia objetiva, que es derecho, que penetra en el razonamiento y el discernimiento del juez y lo guía hacia la decisión acorde con la justicia y superadora de la injusticia de la norma meramente positiva. Si la discrecionalidad significa preferencia subjetiva del juez, según su personal sentido de lo justo, allí donde el derecho ya no le propor-

ciona pauta objetiva o no se la proporciona completa o clara, la discrecionalidad desaparece, porque sí existe dicha pauta objetiva y la aporta la justicia objetiva, que es derecho también.

También en Ollero vemos, a fin de cuentas, ese giro peculiar del iusmoralismo actual: el debate no se suscita en el terreno de la validez de las normas, sino en el de su aplicabilidad a los casos. Ya no importa tanto la etiqueta formal de la norma como válida o jurídica, sino la vía para excepcionarla en su aplicación cuando sea injusta o aboque a una solución injusta del caso. Dichas excepciones no suponen desacato del juez al derecho que lo vincula, siempre y cuando que la norma jurídica excepcionada lo sea desde o por otro parámetro normativo que también sea jurídico, que también sea derecho. Para los iusnaturalistas se trata del derecho natural, para la mayor parte del iusmoralismo contemporáneo será la moral objetiva u objetivable por algún procedimiento del razonar, y para Ollero será la “justicia objetiva”, esa que determina qué es y ha de ser lo suyo de cada uno en el marco de las normas de convivencia, en el de la ética.

II. 2. ¿Qué es lo suyo de cada uno?

Supongamos que yo afirmo que el “XXX” forma parte del derecho aunque no esté

positivado, y que ofrece pautas de corrección de las normas del derecho positivo o de sus soluciones para los casos. Antes de que con cualquier interlocutor quepa debatir sobre lo pertinente y fundado de tal tesis mía, tendré que precisar algunos extremos ineludibles. En primer lugar, deberé definir o delimitar a qué me refiero cuando digo “XXX”. Imaginemos que lo hago del siguiente modo: “XXX es lo que objetivamente a cada cual compete”. Si se me replica repreguntándome que lo que compete desde qué punto de vista, y respondo que lo que compete desde el punto de vista de XXX, no habremos avanzado gran cosa y mis interlocutores seguirán en la inopia. Así que, en segundo lugar, podré desplegar algunas estrategias para hacerles ver lo que todavía no han visto. Como las siguientes.

a) Podré indicar que XXX es otra forma de llamar a los preceptos que componen las creencias morales mayoritariamente sentidas y seguidas en una sociedad en un momento histórico determinado. Entonces, me pueden replicar que acabáramos y que por qué digo “XXX” en lugar de “las creencias morales sentidas y seguidas en una sociedad en un momento histórico determinado”. Y, después de esa objeción expresiva, podremos discutir si la moral común o moral positiva, relativa a una sociedad y un tiempo, es parte o no del sistema jurídico de esa sociedad y si es dicha

sociedad suficientemente homogénea como para que sea su moral tan común como su derecho y pueda imponerse con la fuerza del mismo. O, en otras palabras o desde otro punto de vista, para qué necesitamos un derecho si ya tenemos una moral común que cumple su función aglutinadora y de orden de la convivencia. Porque si esa moral no es suficientemente común o suficientemente precisa, no complementa el derecho, pues cabe pensar que en lo que el derecho no diga o no precise –y que sea relevante para la convivencia–, tampoco va a hablar dicha moral con una voz uniforme; y si insistimos en que sí lo complementa y hasta puede corregirlo, aunque no sea tan precisa y tan común, nos preguntaremos cómo se obtiene la moral que vale para todos, hasta para los discrepantes, allí donde ni siquiera alcanza el derecho que es de todos porque entre todos se ha elaborado, como solución común frente a las discrepancias morales.

b) Podré decir que XXX alude a contenidos normativos cuya objetividad está por encima y es independiente de los dictados de la moral comunitaria o de los del coyuntural derecho positivo, contenidos que incluso sirven de referencia a la moral comunitaria y al derecho positivo a la hora de fijar correctamente lo que a cada individuo compete en la respectiva sociedad, de modo que sólo serán

correctos aquella moral o aquel derecho cuyos mandatos casen con esos contenidos objetivos de XXX. Entonces las preguntas que puedo esperar serán principalmente dos. Una, la de si puedo desarrollar con más amplitud mi razonamiento, para salir de esa su forma circular consistente en afirmar, al tiempo, que XXX es lo que a cada uno compete y que lo que a cada uno compete se determina según XXX.

En esa circularidad no cae el positivismo jurídico cuando insiste en que los derechos (jurídicos) de cada uno serán los que las normas del derecho positivo le atribuyan en cada momento, pues al decir “las normas del derecho” no se está tomando como referencia un conjunto formalmente determinado, pero materialmente vacío. Las normas del derecho positivo son normas que materialmente asignan y distribuyen derechos; de modo distinto en cada época, en cada sociedad y en cada sistema jurídico, pero con contenido siempre, sea contenido que nos guste o nos disguste, que nos parezca justo o injusto.

Cuando alguien, como yo mismo en este ejemplo que estamos manejando, insiste en que XXX es parte del derecho y tiene capacidad para encauzarlo hacia la corrección y hasta de enmendarlo para lograr los mejores resultados, no puede estar presuponiendo que

los contenidos materiales de cualquier concreto derecho positivo se complementan y hasta se corrigen en sus resultados desde una entidad que es al tiempo normativa pero que carece de contenidos predeterminados o determinables de modo subjetiva e intersubjetivamente cognoscible. Y, si hay tales contenidos y son racionalmente cognoscibles, hace falta explicar el error de los que están en el error y justificar por qué y cómo han de ser sometidos, por el derecho, a la verdad. Y más si es la mayoría la que yerra.

Dejemos ahora los ejemplos y las comparaciones y vamos con lo que sobre estos asuntos mantiene Andrés Ollero. Hay, dice, una ética que para el derecho toma la forma de justicia objetiva. Esa justicia determina qué es lo suyo de cada uno y, en consecuencia, tales determinaciones no son el mero resultado de preferencias morales o de actitudes subjetivas, sino que marcan con objetividad lo que a cada uno debe reconocérsele como suyo y como lo que *jurídicamente* le es debido. La objetividad de la justicia no se asienta ni en la conciencia moral de los individuos ni en datos de una moral objetiva, en su caso, que sólo regiría para los individuos y no para la organización de la convivencia entre ellos –para el derecho, en suma-, ni, mucho menos –creo- en el coyuntural conjunto de creencias comunes en una sociedad dada acerca de cómo es mejor

organizar esa convivencia. Porque, además, si fuera así, sería mejor explicarlo así, para poder al menos discutirlo mejor.

Aceptemos sin reparos las dos tesis en este punto más importantes que nos ofrece Ollero: que la justicia es objetiva y dicta qué es lo suyo de cada uno, y que esos dictados de la justicia, amén de objetivos, son jurídicos *per se* y aunque no estén positivados, recogidos como derecho positivo. Sumado, si se quiere, a que son esos contenidos los que guían la discrecionalidad del juez cuando interpreta, cuando aplica la equidad o cuando pondera principios, de forma que la discrecionalidad propiamente no es tal, como piensan los positivistas, sino toma en consideración y aplicación de la justicia.

Mi pregunta es esta: ¿está en mejor y más clara posición Ollero cuando así dice “justicia” que yo cuando, en el ejemplo, decía “XXX”, y cuando la define como dar a cada uno lo suyo que cuando yo definía XXX como “sentar lo que a cada uno compete”? La superioridad o el mayor valor de su postura creo que sólo se podrán basar en una de estas dos vías: o bien se explica más en detalle cuáles son y cómo se conocen los contenidos objetivos de la justicia objetiva, o bien se dan por supuestos y por tan evidentes, tan accesibles además al conocimiento humano, sea por

vía de intuición, de reflexión o de razón natural (la vía procedimental o que también podría llamarse constructivista parece que la rechaza Ollero), que se piensa que no hace falta mayor explicitación: lo evidente ni se comenta.

Pero, puestos ante las evidencias, evidente es también que desde concepciones del mundo, la vida y la sociedad dispares se pensará distintamente qué debe reconocerse a cada uno como lo suyo. Y muchos tendrán como evidente lo que nada más que parece tal a los de su idea o su grupo. Y, entonces, ¿qué será lo *objetivamente* suyo de cada uno, descartado que no será lo que objetivamente a cada uno el derecho positivo atribuya?

III. A vueltas con el positivismo jurídico

Naturalmente que coincido con Andrés Ollero en su voluntad de defensa de los derechos humanos o en su cita de la tortura o la pena de muerte como incompatibles con ellos. Pero yo dicha coincidencia, que me complace, la denominaría ideológica, en el más positivo sentido de la expresión. No diría que coincidimos en la verdad objetiva, sino en una convicción personal reflexiva y bien arraigada. Me sorprenden y me congratulan también, aunque sea sin coincidir en los fundamentos, sus críticas a la fórmula de Radbruch. Qué

decir, sino dar parabienes positivistas, de su insistencia en que el derecho positivo injusto no deja de ser derecho si posee los necesarios (a tenor del respectivo sistema) atributos formales. Pero quien, como este que suscribe, se considera positivista, no se extasiará demasiado tiempo con tales coincidencias, ya que desde el principio el positivismo jurídico es objeto de las críticas de Ollero. Pues hablemos de iuspositivismo.

El positivismo jurídico, el de los grandes autores positivistas del siglo XX, como Kelsen, Hart o Bobbio, es una doctrina que, en cuanto doctrina del derecho o teoría del derecho, es de una extrema modestia. El positivismo dice que el derecho es lo que es y que como tal puede conocerse y describirse con objetividad. Para dicho conocimiento no hace falta recurrir a la razón práctica, pues el derecho es un fenómeno cognoscible y describible aquí mismo, tal como se nos presenta “a la vista”. El derecho es un conjunto de normas que forman un sistema, en cuanto que guardan cierto orden interno y que las hay de distintos tipos y con diversas funciones dentro de tal conjunto. Tales normas lo son, son parte del sistema y, por tanto, derecho de ese sistema, por cuanto que han sido “puestas” por quien, por un lado, el sistema señala como competente para ponerlas en él y que dentro de él cuenten como jurídicas, y, por otro, porque

esas fuentes de producción en el sistema son reconocidas por el grupo social como productoras de normas que socialmente se tienen por derecho y se viven como derecho y no como normas de otro tipo (normas religiosas, normas morales, normas de cortesía, etc.). Y que solamente esas normas son derecho. Sin su transformación por vía de positivación jurídica, aquellas otras normas (morales, religiosas...) no son derecho.

Y nada más. Es mucho menos lo que el positivismo (al menos el del siglo XX) afirma que aquello que para nada mantiene, aunque a veces, muchas, se le impute. Enumeremos algunas tesis que a este iuspositivismo contemporáneo son *ajenas*:

- Que derecho sea normatividad única o que en sus normas se sinteticen y se superen cualesquiera otras normatividades (moral, religiosa, etc.). El derecho deja su espacio a los otros sistemas normativos.

- Que el derecho sea normatividad racional o valorativamente suprema en términos de mayor merecimiento de acatamiento de sus normas por los sujetos. El derecho deja sitio a la conciencia moral libre de los sujetos. Es más, hasta la presupone.

- Que el derecho constituya un sistema normativo regulativamente perfecto, en el sentido de que sus normas dicten siempre solución y solución única e indubitada para cada caso que en derecho o conforme a derecho haya que decidir. El derecho deja espacios, inevitablemente, a la discrecionalidad del juez y de los operadores jurídicos en general. Más que determinar unívocamente las soluciones de cualquier caso, pone límites al listado de las soluciones pensables, delimitando el margen de las soluciones jurídicamente posibles.

En otras palabras: se puede ser, como teórico del derecho, positivista y, al tiempo, anarquista, revolucionario, tradicionalista, persona de fuertes convicciones religiosas, individualista, etc., etc. Es más, todo ello se podrá ser con mayor coherencia si se parte de diferenciar el derecho que hay, el que está “ahí afuera”, del derecho que se quiere o se pretende para conseguir la sociedad que se desea.

Es muy poca cosa el positivismo en lo que propone. Por eso las iras antipositivistas, si se me permite la expresión, suelen más bien deberse a aquello a lo que el positivismo se opone. Y a lo que se opone, como consecuencia de eso tan simple que propone, es a cosas tales como las siguientes:

- Que se llame derecho y se pretenda hacer valer como tal lo que como tal no ha sido puesto y no resulta, en consecuencia, intersubjetivamente cognoscible con una mínima objetividad. No hace falta oponerse a la metafísica para ser positivista; basta sostener que el derecho no puede ser metafísico si ha de regir, como derecho, nuestra convivencia aquí y ahora.

- Que se retire, al margen de los procedimientos del derecho, la condición jurídica a las normas que como derecho están puestas y cuentan. Mejor dicho, el positivista pide que a la revolución se la llame revolución y que el revolucionario se diga revolucionario. Pero el alterar revolucionariamente el derecho que hay, a base de decir que en realidad el sistema jurídico no se cambia, sino que se aplica en su verdadera esencia por la vanguardia de los “esencialistas” jurídicos, supone ir contra el derecho, no aplicar derecho. Cuestión diferente es que pueda haber buenísimas razones morales o políticas para hacer la revolución, razones que el positivista puede perfectamente compartir y apoyar. Pero a cada cosa por su nombre y las luchas políticas y sociales, tantas veces deseables, de frente y a la cara. No hace falta ser conservador para ser positivista; ni se precisa dejar de ser positivista para hacer la revolución.

- Que se confundan las categorías, categorías tales como jurídico/antijurídico, moral/inmoral, económico/antieconómico, bello/feo, justo/injusto, etc. Una norma jurídica no deja de ser jurídica por ser inmoral, del mismo modo que una norma moral no deja de ser tal (si lo es a tenor del correspondiente sistema) por ser antijurídica, de contenido contrario a derecho. Y así con las otras categorías citadas. La respectiva categorización no supone más que la aplicación de los patrones establecidos por el correspondiente sistema. Así, la calificación de una obra artística como estéticamente bella proviene del sistema estético y para nada está condicionada por los juicios del sistema jurídico o el moral o el religioso, etc., o condiciona a estos.

Vamos ahora con las apreciaciones que sobre el positivismo formula Andrés Ollero.

Comienza así el apartado titulado “La separación de derecho y moral como frustrado signo distintivo del positivismo jurídico”: “Como es bien sabido, el planteamiento positivista tenía a gala limitarse ascéticamente a *describir el derecho como es*, evitando perder el tiempo con floridas especulaciones sobre cómo debiera o no ser. Con tal punto de partida rima, con envidiable coherencia, la opción por una *metodología* de la praxis jurídica diseñada siguiendo una línea lógico-

aplicativa. Si el operador jurídico se limita a aplicar la norma respetando los rigores de la *lógica*, con el silogismo por bandera, resultaría fácil garantizar el descarte de injerencias morales, más propias de *intromisiones axiológicas* manipuladoras del efectivo contenido normativo”. Convendrá hacer más de una puntualización a este párrafo de entrada.

(i) El positivismo no sólo supone que se puede describir, “ascéticamente”, “el derecho como es”. Lo mismo vale, bajo la óptica positivista, para cualquier otro sistema normativo. También es posible describir “ascéticamente” la moral como es. Describir el derecho como es significa describir los contenidos de un sistema jurídico dado en un momento preciso. También puede referirse la descripción, en un plano más abstracto, a los conceptos que en ese sistema se manejan o a los que los operadores jurídicos emplean para aclarar, sistematizar o resumir ciertos contenidos normativos (derecho subjetivo, obligación jurídica, derecho fundamental, garantías institucionales, etc., etc.).

Esto mismo que con el derecho ha de poder hacerse, describirlo en sus contenidos y en sus soportes conceptuales, cabe también con la moral. Yo puedo responder con una descripción a preguntas como estas: ¿qué prescribe principalmente el sistema moral S? o

¿qué dicen las normas del sistema moral S respecto de la conducta consistente en comer carne de vaca? Idénticamente, si un aborigen de Papúa-Nueva Guinea me preguntara cuáles son en mi país los usos sociales en la mesa durante las comidas, le podría *describir* que se considera debido, por cortesía y buena educación, no coger ciertos alimentos con las manos, usar cuchillo y tenedor, masticar con la boca cerrada, no emitir regüeldos, etc.; él, a su vez, podría describirme el suyo y contarme que allí se consideran debidas y de buena educación algunas de estas acciones que aquí se tienen por descortes.

¿Dónde está el problema o el grave pecado del positivismo en este punto? Al parecer, en que cuando el positivista habla de descripciones del derecho, propone no perder el tiempo “con floridas especulaciones sobre cómo debería o no ser”. Pero eso no es una manía del positivista, se trata simplemente de lo que pedimos a alguien y presuponemos cuando le solicitamos una descripción de algo. Supóngase que yo le pregunto al amigo Ollero que me cuente, que me describa resumidamente, el último partido de fútbol entre el Betis y el Sevilla. Si él se pone a decirme que el Betis ganó por dos a cero, pero que debió ganar el Sevilla porque es un equipo mucho mejor y con más empaque y tiene jugadores que son mejores personas, le tendría que replicar así:

bien, si quieres hablamos también de eso, de lo que debería ser o haber sido, pero yo te estaba pidiendo que me describieras el partido, que me contaras lo que en él pasó. ¿O es que toda descripción de un partido de fútbol y su resultado está irremisiblemente mediada y mediatizada por las opiniones sobre cómo debió ser o sobre el resultado que habría sido más justo?

El positivista no requiere que se eviten las consideraciones sobre lo debido o deseado, sino que se distinga lo que es el objeto del que se da cuenta de la valoración que sobre ese objeto se hace. No es que no quiera que se valore, lo que le parece metodológica y hasta funcionalmente inadecuado es que la valoración se presente como descripción o sustituya de tapadillo la descripción. Si el profesor Ollero o yo mismo llevamos al geólogo una piedra que nos regalaron, para que nos diga si es pirita o cuarzo, buscamos ese experto para que nos diga lo que *es*, y no admitiríamos que *en lugar de ello* nos dijera: es un pedrusco feísimo, tíralo a la basura; o es una roca preciosa, colócala en tu vitrina. Queremos que nos aclare, desde su saber de experto, una cosa: si *es* pirita o cuarzo. Una vez que nos ha *descrito lo que es*, no tendremos por qué poner inconveniente a que, si hay confianza, opine también sobre la belleza o fealdad de ese mineral. Pero cada juicio es cada juicio, la

descripción es la descripción y la valoración es la valoración.

Un iuspositivista puede ser tan dado como el que más a las “floridas especulaciones” sobre cómo debería ser tal o cual norma del Código Civil o del Código Penal. Un positivista no es un incapaz para valorar, o un conservador irredento que presuponga que lo que es, es además lo bueno y no hay por qué darle más vueltas. Él simplemente no quiere que se confunda el objeto con la valoración del objeto. Pero, sentado esto, puede razonar así: el actual Derecho penal español castiga con tal pena la conducta C, así *es* el derecho en este punto; pero yo considero, y tengo buenas razones para ello, que dicha norma debería ser reformada, o que los jueces deberían inaplicarla por motivos morales o que deberíamos hacer la revolución para que nunca más pueda haber en este Estado una norma penal como esa.

(ii) Hay que matizar aquello de que el positivismo opta “por una *metodología* de la praxis jurídica diseñada siguiendo una línea lógico-*aplicativa*” y que, de esa manera, “con el silogismo por bandera” resultará fácil “garantizar el descarte de injerencias morales”. Puede que el retrato sirva para alguna corriente importante del iuspositivismo decimonónico, como el de la Escuela de la

Exégesis, pero esa reducción de la aplicación del derecho a pura lógica o mero silogismo no la ha sostenido ni la ha propuesto ningún autor positivista relevante desde comienzos del siglo XX. Bien al contrario, el énfasis machacón del positivismo en la discrecionalidad de los jueces, consecuencia de las porosidades, indeterminaciones, antinomias y lagunas de las normas y los sistemas jurídicos, es precisamente la marca que diferencia al iuspositivismo contemporáneo y que lo aleja de los iusmoralismos que se oponen a la discrecionalidad y la creen evitable o muy restringible, sean iusmoralismos *à la* Dworikin, sean al estilo del llamado “realismo clásico”, en la estela de Villey a Hervada, sean iusmoralismos de inspiración neoconstitucionalista, en la senda de Alexy.

Admitido que el “derecho positivo” no determina, no puede determinar, cualquier decisión y que deja márgenes de libertad a su aplicador en muchos, la mayor parte o, si se quiere, todos los casos, lo que en verdad ha de debatirse son estas dos cuestiones: hasta dónde determina el derecho y qué condición o naturaleza tienen las pautas con las que el juez colma esos espacios decisorios que el derecho positivo le deja.

Comencemos por el primero de esos dos asuntos. Imaginemos que el profesor Ollero le

dice a un estudiante suyo de la Universidad Rey Juan Carlos: “Mañana deberá entregarme usted un resumen escrito de la lección cinco y, si no lo hace, no aprobará la asignatura”. El interpelado no da señales de vida sino dos meses después y le entrega un resumen de la lección seis, escrito a mano en dos cuartillas. Entonces el profesor Ollero, con muy comprensible indignación docente, le dice: usted ha incumplido mi indicación y, por tanto, debo calificarlo con un suspenso. A lo que el estudiante, que había leído con fruto al profesor, le replica: usted es un positivista rehén de la lógica y el silogismo. ¿Tendría el amigo Ollero que frenar su ímpetu y suspender el suspenso que ya iba a aplicar? Meditemos sobre ello.

Llamemos N a aquella prescripción que dictó el profesor para ese alumno y tratémosla como norma “de pleno derecho”, pues para lo que hemos de analizar no hace falta que nos compliquemos con otros problemas y la comparación vale perfectamente. N prescribe a su destinatario que:

a) Debe entregar un resumen escrito.

b) Debe entregarlo mañana (es decir, debía entregarlo al día siguiente, llamémoslo día D).

c) Debe versar sobre la lección cinco.

Para el caso de incumplimiento, la “sanción” era el suspenso en la asignatura.

¿Cuándo se vulnera N, en qué circunstancias? Por ejemplo, las siguientes: no se entrega el resumen, no se entrega por escrito (por ejemplo, se entrega una grabación de voz), se entrega más tarde del día D, no versa sobre la lección cinco. ¿Estaríamos de acuerdo el profesor Ollero y todos nosotros en que en todos esos casos se vulneró *esa* norma, N? Quiero pensar que sí, pues en caso contrario el normar sería una acción perfectamente fútil y no servirían las normas para calificar comportamientos por referencia a ellas. ¿Y por qué estaríamos, creo, de acuerdo en que *esa* norma N fue incumplida? ¿Cómo podemos saber tal cosa? Pues porque así nos lo indica la lógica, con sus “rigores”. O, si somos más precisos, porque así nos lo muestran la semántica y la lógica que presuponemos al hablar con sentido. *El positivista no dice más que eso.*

Lo que el positivista no afirma es que no pueda tener el profesor buenas razones para hacer una excepción ante el incumplimiento de N, absteniéndose de aplicar el suspenso que era su sanción. Esas razones pueden ser de “derecho positivo” o de otro tipo: razones

morales, prudenciales, de justicia o similares; o hasta razones de pura conveniencia individual.

Una razón de “derecho positivo” la habría si el mismo profesor hubiera formulado una norma N' que rezara, por ejemplo: “Los alumnos ciegos están exentos de escribir sus trabajos y podrán entregarlos en grabaciones de voz”. Si ese concreto alumno era ciego y entregó en plazo su resumen grabado de la lección cinco, se está aplicando a su caso “derecho positivo”: la norma N' que excepciona la norma N. Seguimos bajo el imperio y los “rigores” de la lógica. Son esos rigores lógicos los que llevarían al profesor a perder el pleito ante ese alumno si no le aplicara N' en su caso y por mucho que el profesor insistiera, por ejemplo, en que ese estudiante es mala gente y merece de todos modos el suspenso por su maldad.

Pero también puede haber otras razones para que el docente no sancione al incumplidor claro y manifiesto de N. Razones como estas, mismamente: es un estudiante esforzado al que no conviene desanimar en este momento; es un estudiante que trabaja por las noches y no dispone de tanto tiempo libre como los demás de su curso; es un estudiante con salud quebradiza y tal vez no se ha sentido bien estos días; es primo del Consejero de Educa-

ción y más vale no indisponerse con él y con su familia. Etc. Demos por sentado que ninguna de dichas razones aparece recogida en una norma $N' \dots N^n$. Desde luego, la última, la del parentesco del infractor, difícilmente lo estará.

¿Qué diría el positivista en esa situación, si N se inaplica y frente a ella vence alguna de esas otras razones que no están en otra norma del “derecho positivo”? Simplemente, que no se ha aplicado el derecho, que el profesor no ha decidido conforme a derecho. ¿Estará por ello mal su decisión, será una mala decisión? Ahí el positivista matizará: la decisión es antijurídica, es contraria a lo que para ese caso el derecho prescribía; ahora bien, desde otros puntos de vista, no jurídicos, bajo otras ópticas normativas, puede ser una decisión admisible o, incluso, una decisión loable. Porque lo que el derecho impone, con la ayuda de la lógica y la semántica, no es ni lo justo, ni lo moralmente debido, ni lo personalmente conveniente, ni lo compasivo, ni lo caritativo...; es, sencillamente, lo jurídico. Una acción antijurídica puede ser, al tiempo, moralmente aceptable, políticamente recomendable, personalmente ventajosa, económicamente rentable, etc.; pero cada cosa es lo que es y cada calificación proviene de donde proviene. Ni deja de ser jurídica la acción del estudiante que entrega su resumen en tiempo

y forma, según lo prescrito en N (o en N', en su caso), aunque él sea un mal bicho, ni deja de ser antijurídica la conducta del estudiante que no lo entrega conforme a lo requerido por N (o N', en su caso), aunque sea un santo o primo del presidente del gobierno o de un miembro del CGPJ.

Pasemos a las cuestiones de interpretación. Vigente N, el estudiante de marras entregaba su trabajo en plazo, pero con esta peculiaridad: el “resumen” ocupa nada más que media cuartilla. Para mayor desconcierto, pongamos que la lección cinco ocupa treinta páginas del manual de la asignatura y, además, ha sido explicada en el aula durante horas. ¿Cumplió N el alumno? Dependerá básicamente de cómo interpretemos “resumen”. Un escrito de doscientos folios sobre la lección cinco no sería un resumen, sino otra cosa. Una sola palabra (por ejemplo “justicia”; o, si lo queremos aún más fácil, pensemos en que la página entregada no tiene ni una palabra siquiera, está en blanco) tampoco podríamos verla razonablemente como un “resumen”, a tenor de N. Entre esos dos polos, podremos hacer una interpretación más amplia o más restrictiva de “resumen” y, en función de ella, la media cuartilla servirá o no como tal. El profesor que hace esa interpretación dirimente (o el juez, si preferimos que el intérprete de N no sea juez y parte en el caso) podrá tomar en

consideración muy diversas razones para inclinarse por una de las interpretaciones posibles de “resumen”, y muchas de esas razones podrán ser por él expresamente empleadas para la justificación de su opción interpretativa (otras no, como la del parentesco, que podrán operar sobre ese “juez” como móviles, pero que no servirán como razones justificadoras hacia el exterior, hacia la comunidad jurídica).

Algunas de esas razones interpretativas podrán estar en ese sistema jurídico previstas como debidas o posibles, al modo como algunos ordenamientos recogen los tradicionales cánones de interpretación o hasta tratan de jerarquizarlos. Otras podrán tener su asiento en consideraciones de justicia socialmente asentadas o en la moral personal del juzgador o en sus preferencias subjetivas de cualquier tipo. La pregunta importante es esta: ¿son todas esas razones que dirimen la interpretación y, por extensión, el fallo del caso, razones jurídicas? ¿Es derecho todo lo que sirve de base o razón para la decisión del juez? ¿O es todo moral?

Según Ollero, si lo interpreto bien, el positivismo viene a contarnos que todo lo que sirve de base a la decisión discrecional del juez, en lo que esta tenga de discrecional, es moral, que se trata de juicios morales y nada

más que morales. Con ello, el positivismo acabaría admitiendo una enorme presencia en el derecho de aquella moral que precisamente trataba de separar del derecho, e incurriría en flagrante contradicción, pues ya no sería derecho solamente el “derecho positivo”. Pero no es así. Simplemente hay que afinar las distinciones.

Para empezar, en el uso que el juez haga de su discrecionalidad pueden influir grandemente razones morales, por supuesto que sí, pero también razones de otro tipo, y hasta razones inmorales, como aquella del parentesco. Puede haber razones de conveniencia personal que difícilmente podremos tildar de razones morales, salvo que nos empeñemos en llamar moral a todas las razones que no sean razones estrictamente jurídicas. Pero cualquier persona tiene preferencias e inclinaciones subjetivas que pueden determinar su conducta y sus decisiones en un momento dado, incluso con conciencia de que esas razones no son morales o hasta de que se oponen a la propia moralidad.

Pero lo más importante es otra distinción. Cuando el positivista mantiene que sólo es derecho el “derecho positivo”, está describiendo como derecho un “objeto” que está “ahí afuera”, está refiriéndose a un conjunto de normas que forman parte de un determina-

do sistema jurídico. Y ya he insistido bastante en que de esa tesis no se sigue en absoluto ninguna de estas secuelas: que esas normas que están ahí y podemos “ver” sean justas o moralmente meritorias, ni que esas normas, por sí y sin más, determinen al cien por cien una única solución jurídicamente correcta para cada caso. Por esto último insiste el positivismo en la inevitabilidad de la discrecionalidad; discrecionalidad mayor o menor según las normas y los casos, pero discrecionalidad.

Alguien puede defender un concepto de derecho completamente diferente, según el cual derecho es cuanto en la conciencia y la actitud del juez concurre como determinante para sus soluciones de los casos. Entonces del derecho podrá formar parte el “derecho positivo”, pero también todo aquello que el juez aplique para colmar su discrecionalidad o, incluso, para decidir contra el “derecho positivo” en lo que este claramente prescriba para el caso: normas morales, concepciones de la justicia, criterios económicos, patrones estéticos..., y hasta pautas de conveniencia personal, como aquella de la consideración del parentesco del enjuiciado. Algo de eso venían a decirnos los realistas escandinavos, cuyo positivismo era de signo empirista y no normativista, como es bien sabido. ¿Se habrá pasado Ollero al realismo escandinavo o a

alguna de sus versiones mediterráneas? No lo creo así.

El positivismo del “derecho positivo”, el positivismo normativista que Ollero tiene en el punto de mira, lo que proclama es que las razones del juez, y en especial las razones con las que rellena ese margen de discrecionalidad que el derecho positivo le deja, no son las razones del derecho, no son parte del sistema jurídico, aun cuando la decisión del juez se convierte en plenamente jurídica, en norma jurídica, especialmente cuando deviene cosa juzgada. De la misma manera que las razones del legislador no son normas del sistema jurídico, aunque por sus razones el legislador produzca normas del sistema jurídico cuando procede de la forma para ello marcada por el sistema jurídico mismo.

Me parece que soy fiel a los propósitos teóricos de Ollero cuando opino que no es el realismo a la escandinava el que él abraza al criticar el positivismo de corte normativista. Tampoco lo concibo deseoso de proponer un concepto de derecho tan disolvente, “ácrata” o poco operativo como ese que sostendría que derecho es cualquier cosa que los jueces “apliquen” en sus decisiones discrecionales dentro de los márgenes de la ley o, incluso, saltándose esos límites y haciendo su discrecionalidad plena. Si me apuran, algo de

eso acabó propugnando Kelsen cuando se enredó en los vericuetos de la cláusula alternativa tácita, precisamente para intentar dar cuenta de las paradojas a que nos aboca la idea de cosa juzgada o de ley patentemente inconstitucional no anulada por inconstitucional por quien sea competente para ello, o de reglamento materialmente ilegal pero no anulado en vía contenciosa. Pero sería mucha sorpresa ver a Andrés Ollero circulando por los caminos de Kelsen para criticar el positivismo jurídico.

IV. Solución de los enigmas: la justicia objetiva

Recordemos el párrafo final del escrito de Ollero: “Es obvio, por último, que la distinción entre ser y deber ser, esgrimida tajantemente por el positivismo de viejo cuño, amenazando con enviar al infierno de la *falacia naturalista* al que osara relativizarla, pierde a su vez bastante fuerza si se reconoce, como es obligado al describir el derecho como es, que explicitar el derecho que *es* –si no se quiere incurrir en *falacia positivista*– implica siempre emitir un juicio sobre cómo *debe ser* interpretado; porque el proceso de positivación del derecho resulta inteligible sin el continuo juego de unos criterios de justicia material que le sirvan de motor”.

La afirmación de que “explicitar el derecho que *es* (...) implica siempre emitir un juicio sobre cómo *debe ser* interpretado” me llena de dudas. Francamente, no veo tal ligazón ineluctable. Yo puedo decir qué características tiene un cuadro que contemplo en un museo -dimensión, colores, formas, figuras, estilo al que se adscribe, influencias que denota...- sin tener que comprometerme con una “interpretación” de dicho cuadro o sin tener que tomar partido por cuál es la “interpretación” mejor del mismo. Puedo igualmente describir una norma de un sistema jurídico cualquiera sin necesidad de tener que aventurarme en su interpretación preferible, en abstracto o para un caso dado. Mas aquella afirmación de Ollero no debe ser descontextualizada, pues tiene un propósito de más alcance.

Aunque fuera cierto que explicitar el derecho que es presupone siempre un juicio sobre cómo debe interpretarse, se trataría de una afirmación que o bien es trivial por sus consecuencias para lo que se discute, pues el derecho “que es” es el que es y luego vienen las preferencias sobre su interpretación, que ya no “son” derecho, o se trataría de una afirmación cargada de impulso “ácrata” y “disolvente”, pues vendría a señalar lo poco que “es” el derecho “que es”, dado que hay que interpretarlo y cada uno lo interpretará

como le parezca. En otras palabras, si no imputamos a Ollero ni trivialidad ni acracia (y no se las imputo en modo alguno) debemos suponer y suponemos que en alguna parte comparece en su planteamiento la objetividad: el elemento objetivo que, por formar parte del derecho, aunque no necesariamente del derecho positivo, guía la interpretación como interpretación objetivamente debida y no como actividad discrecional.

Tal elemento objetivo es, creo, la justicia objetiva. Es la justicia objetiva la que dirige y hace inteligible el “proceso de positivación del derecho”, proceso que sería “ininteligible sin el continuo juego de unos criterios de justicia material que le sirvan de motor”. No es la moral, ni una moral objetiva ni la vivencia subjetiva de la moral lo que orienta y torna inteligible la interpretación (recordemos la insistencia de Ollero en este punto), sino que es la justicia objetiva la que desempeña ese papel de guía y referencia “objetiva”. Esa justicia objetiva que es derecho también y que como derecho se suma al derecho positivo.

Si la justicia es objetiva, y lo es además en cuanto derecho, la pauta o referencia normativa que supone no consiste en la mera búsqueda subjetiva de la justicia, en la simple asociación que el juez hace entre la constata-

ción del derecho que es y la pregunta por el derecho que debe ser. Tampoco será la justicia objetiva una referencia puramente formal, la etiqueta que se coloca al resultado, el que sea, de esa búsqueda subjetiva. No bastará la convicción personal de haberla encontrado, habrá que haber dado verdaderamente con ella y con la solución que ofrece.

El problema es que la caracterización que Ollero hace de la justicia objetiva es una caracterización que podría calificarse como formal. Del mismo modo que se puede catalogar como formal la tesis positivista de que las soluciones jurídicas están en el derecho positivo, entendiendo que lo serán sea cual sea el contenido que coyunturalmente presente el derecho positivo, Ollero nos indica que también en la justicia objetiva hay soluciones que son, además de mandatos de la justicia, soluciones jurídicas. Entiendo que la diferencia está en que la justicia objetiva no puede exigir cualquier cosa, como el derecho positivo, sino que el contenido de lo que sea objetivamente justo tendrá que estar de alguna manera o en buena medida predeterminado, ya sea como inserto en la “naturaleza de las cosas”, en la razón, en el orden necesario del mundo o en el algún plan preceptivo y no contingente de la convivencia humana. Sólo así tendrá sentido afirmar que la justicia, en cuanto “ajustamiento objetivo de las relacio-

nes de convivencia”, “determina jurídicamente lo suyo de cada uno”. Únicamente si la justicia objetiva dirime por sí de antemano, antes de traducirse a virtud subjetiva de la justicia, se podrá decir cabalmente que “las exigencias de la justicia objetiva adquieren plenitud y eficacia cuando se ven positivadas por el operador competente” y que “mientras no lo logran, testimonian -con carácter previo a la consiguiente negativa evaluación moral- una situación jurídicamente defectuosa (no reconocimiento de derechos humanos, por ejemplo)”. Un defecto sólo se acredita por comparación con un modelo de perfección o de plenitud.

Llegados aquí, el debate trasciende con mucho las polémicas entre el iuspositivismo y sus rivales. El positivista discutirá seguramente que pueda ser derecho o verse como derecho ese contenido objetivo de justicia, en cuanto no esté positivado en normas jurídicas positivas. Pero, dejando a un lado tal cuestión relativa al concepto de derecho, el positivista no tiene necesariamente que ser escéptico en materia “ética” o de razón práctica, aunque suelen coincidir esas dos notas en los iuspositivistas. Un positivista puede estar genuinamente interesado en esos ámbitos de objetividad normativa que trascienden lo “positivo” o positivado como derecho. Los podrá buscar para que dirijan su posible labor como

legislador, si es que tal le toca, o su uso de la discrecionalidad en tanto que operador jurídico, con independencia de que él esté dispuesto a llamarlos también derecho o que prefiera decir que es extrajurídica esa otra guía suya “objetiva”.

Quiero decir que, si tal objetividad existe y tiene tan potente virtualidad, resultará secundario que la consideremos parte del derecho mismo o elemento normativo también imperativo para la convivencia y distinta de él. Pero tendremos, positivistas o no positivistas, que saber dónde se halla esa justicia objetiva y cómo podemos conocer con un mínimo rigor sus exigencias. Y esto, hasta donde yo veo, Ollero no nos lo indica. Volvemos, más que a un reproche, a la constatación de una laguna o de un silencio. Si hay una justicia objetiva (para otros sería una moral objetiva, con terminología distinta) capaz de servir de pauta al derecho y a sus operadores y que complementa el derecho positivo desde otro modo de ser derecho, estamos necesitando una teoría ética suficiente y consistente que vaya más allá de la afirmación de que haber, haylo y dice lo que tiene que ser. Porque algunos, positivistas o no, ni estamos fácilmente dispuestos a asumir que una parte del derecho sea mero objeto de fe, como creencia en lo que no se ve ni se demuestra, ni nos sentimos muy complacidos al pensar que no-

sotros no vemos en toda su objetiva claridad lo que para otros es evidente y no necesita mayor explicación.

No pretendo buscarle a la teoría de Ollero parentescos doctrinales que puede que ni sean del agrado del autor, pero me atrevo a decir que esa “carencia” que señalo es bastante habitual en muchos de los mejores autores antipositivistas de esta época. Caso claro es el de Alexy y su empeño en que toda norma jurídica expresa una pretensión de corrección (de corrección material, se entiende, no de corrección meramente formal o procedimental) y que por eso ni es jurídica la norma que claramente no satisfaga dicha corrección ni debe aplicarse la norma que para un caso lleve a una solución manifiestamente incorrecta en lo material, en términos de justicia. Una pretensión así solamente deja de ser trivial o irrelevante si entendemos que el pretender presupone lo pretendido; es decir, que la pretensión no se autosatisface con la mera emisión de una norma que tenga cualquier contenido que al “pretendiente” le parezca justo, sino que se requiere la correspondencia, al menos mínima, de tal pretensión de justicia para la norma con la justicia objetiva de la norma. Objetiva en función de la preconstitución y/o posible averiguación objetiva (aunque sea mediante algún procedi-

miento de razonamiento intersubjetivo) del patrón de medida de lo justo.

Ollero se dice alejado del procedimentalismo constructivista al que acaba apelando Alexy; tampoco está conforme con la “fórmula de Radbruch”, tan cara a Alexy también. Con su escasa simpatía por la teoría anglosajona del derecho, no lo veo en mucha sintonía con Dworkin. Del iusnaturalismo de toda la vida también se proclama distante porque este reduce el derecho a moral y no ve más que moral por todas partes. Con todos esos descartes, es inevitable que nos preguntemos: ¿de dónde saca Ollero la “justicia objetiva”, dónde la encuentra, cómo la conoce y cómo podemos descubrir nosotros sus exigencias? Nuestro juicio definitivo tendrá que quedar en suspenso hasta que conozcamos esas respuestas. Mientras, algunos nos mantendremos en la prudente y muy medida tesis de que derecho es el derecho positivo (igual que la moral es la moral o la estética es la estética, por ejemplo) y de que lo demás ya veremos lo que es cuando lo conozcamos o nos lo enseñen.

V. Equidad, objeción de conciencia, derechos humanos

Por la vía de la equidad también estaría el positivismo aceptando una especie de caballo

de Troya que lo destruye o lo condena a la incongruencia: “También la apelación a la *equidad* se entenderá, desde la óptica positivista, como una aceptable irrupción de lo moral en el ámbito jurídico; imprescindible incluso en sus vecinos: la buena fe o al abuso del derecho. La equidad edulcoraría de modo moralizante la tosca acritud del derecho, evitando algo que siempre sería de temer: *summum ius summa iniuria*”.

¿Qué significa “irrupción de la moral en el ámbito jurídico”? Las únicas de tales irrupciones, de la moral (o de cualquier otro producto de la razón práctica), que el positivismo pone en solfa son las irrupciones en el concepto del derecho. Ya hemos dicho que el juez que decide *en derecho*, es decir, como juez propiamente dicho, no tiene bastante con el derecho (positivo) para solucionar sus casos, o la mayoría de ellos, y debe acudir a otro tipo de normatividades o consideraciones. Lo que, insisto, el positivista nos cuenta es que no por estar en boca del juez son derecho todas esas instancias de las que se vale, desde la moral hasta la economía, desde la justicia hasta sus personales conveniencias, etc. Que el derecho no cae del cielo es tesis que acostumbra a ser del agrado del positivismo contemporáneo, de Jhering en adelante. Que la justicia o la moral probablemente tampoco, suelen los positivistas sospecharlo.

Los sistemas jurídicos a menudo contienen normas que, como elementos de juicio para determinados casos o como complemento de las pautas jurídicas, proponen otros tipos de parámetros. Unas veces hablan a este propósito de equidad, otras veces de buena fe, otras de enriquecimiento injusto, etc. También pueden referirse a que se tomen en consideración las necesidades del tráfico mercantil o las conveniencias económicas de la empresa. ¿Podemos, por causa de estos dos últimos ejemplos, pensar que el la economía forma parte del derecho o que no existe separación conceptual posible entre derecho y economía o que no podemos describir las normas jurídicas sin formular simultáneamente un juicio de deber ser económico?

Más de una vez un juez inaplicará la ley que formalmente era aplicable, por pensar que su solución para ese caso es *summa iniuria*. Si lo hace habilitado por una norma jurídico-positiva que para ese caso se lo requiere o se lo permite, seguirá aplicando derecho y derecho positivo, conforme a la pauta regla-excepción que el propio derecho positivo le señala. Si no tiene tal habilitación y decide *contra legem*, el positivista puede pensar que esta magnífica decisión es antijurídica y el antipositivista, si también está de acuerdo con el contenido de la sentencia, exclamará que será *contra legem*, pero que es según *ius*. Si el contenido de dicha

sentencia no es del agrado del positivista, por sus razones morales o políticas o su idea de la justicia, continuara calificándola como antijurídica, pero ya no dirá que es magnífica desde otros puntos de vista. El antipositivista, cuando esa sentencia formalmente *contra legem* le repele, dejará de decir que es conforme al *ius*, pues, en ese caso y para él, la *lex* y el *ius* coincidían. Pero le parecerá raro que no coincidan para todo el mundo.

Considera Ollero que la tesis positivista de la separación entre derecho y moral o la insistencia en distinguir entre el derecho que es y el derecho que debiera ser traen como consecuencia que “dada su connotación moral, no habría en sentido estricto *obligación* de obedecer al derecho”. Estamos, a mi modo de ver, ante otra de las confusiones que suscitan perplejidad en el lector, confusión a la que antes y rotundamente han sucumbido positivistas como González Vicén.

¿Tengo yo obligación de obedecer la norma N? Para el sistema normativo al que pertenezca N sí, salvo que el mismo sistema prevea (en N') una excepción para algún caso y esa excepción se me aplique en mi caso. Para todo sistema normativo sus normas obligatorias son obligatorias. Con esta tautología debería bastarnos para salir del enredo. Y la obligación correspondiente es una obligación

nada más que para ese sistema, desde ese sistema, a tenor de los parámetros de ese sistema. El sistema jurídico al que pertenece N, norma obligatoria en ese sistema, nada dice de si yo estoy *moralmente* obligado a obedecer N; solo que estoy jurídicamente obligado a obedecer N.

Ahora pongamos que N sea una norma moral, perteneciente a un sistema de normas morales. Si N es norma obligatoria de ese sistema moral, N es moralmente obligatoria en ese sistema. Pero tal sistema moral nada dirá de si estoy *jurídicamente* obligado a la obediencia de N. Eso se determina desde el sistema jurídico. Por eso pueden existir y convivir en nosotros y en la sociedad sistemas normativos diversos y esa es la razón por la que a menudo nos vemos ante dilemas normativos, ante el dilema de si obedecer la norma moral o la jurídica; o las de otros tipos (normas religiosas, “normas” del trato social, normas nacidas de promesas nuestras, etc.).

Cuestión diferente es que cualquiera de esos sistemas incorpore una razón de otro sistema para justificar un incumplimiento de alguna norma propia. Así ocurre si en un sistema moral hay una norma que dice que una acción contraria a la moral (a una norma moral de ese sistema moral) está moralmente

justificada en caso de que suponga el cumplimiento de una norma jurídica (del sistema jurídico) y que tal prioridad de esa norma jurídica en el caso se justifica por los efectos dañinos de la desatención al derecho, efectos que se valoran moralmente, que se han valorado desde ese sistema moral para justificar esa excepción.

Exactamente igual ocurre, a la inversa, con la objeción de conciencia. Un sistema jurídico establece una obligación general de hacer algo quien se encuentre en determinada situación (estar en condiciones de prestar el servicio militar, ser cirujano y tener que practicar cierta intervención a un paciente, etc.) y en una norma de ese mismo sistema se indica que aquellos a los que el cumplimiento de la norma jurídica les suponga un choque con una norma de otro sistema determinado estarán justificados, como excepción, para el incumplimiento de la norma jurídica. El mismo sistema jurídico que tipifica la regla, tipifica la excepción y configura un derecho a la excepción, un derecho a no cumplir con la conducta en que la obligación jurídica consistía. La objeción de conciencia es el paradigma de esto.

He dicho “un choque con una norma *de otro sistema determinado*” porque la objeción de conciencia puede obedecer a que el sistema

jurídico tome, como base de la excepción, el lugar que en la conciencia del sujeto en principio llamado a cumplir con el derecho juega o bien una norma de un sistema normativo religioso o una norma de un sistema normativo moral. Si es lo primero, no es desde la mera moral, de cualquier sistema moral, desde donde, mediante la objeción de conciencia, se excepciona la obligación jurídica, sino desde las normas religiosas o desde una moral de base religiosa.

¿Qué problemas de coherencia plantea la objeción de conciencia al positivismo jurídico? Ninguno. Si en un sistema jurídico se reconoce -estableciéndolo por cualquiera de las vías de creación normativa contempladas en ese sistema- un derecho *jurídico* a la objeción de conciencia, no es que la moral -o la religión, en su caso- hayan penetrado en el concepto del derecho o que se hayan fundido y confundido esos dos sistemas normativos, sino que el sistema jurídico ha regulado la regla y la excepción, todo ello mediante normas de ese mismo sistema. Si yo afirmo que en el derecho español se reconoce, en el art. 30 de la Constitución, la objeción de conciencia al servicio militar obligatorio, sigo *describiendo* el derecho y no contradigo en nada los planteamientos del positivismo. Así que no veo, en modo alguno, que, como afirma Olle-ro, el positivismo tenga que huir “de conside-

rar a la objeción de conciencia como el *ejercicio de un derecho* en el marco del ordenamiento jurídico” y que “más bien la contemplará como un *conflicto* entre moral y derecho, que en términos jurídicos tiene un previsible y obligado vencedor”, se supone que el derecho. ¿Acaso los positivistas niegan que el art. 30 de la Constitución reconoce el *derecho* a la objeción de conciencia al servicio militar obligatorio? ¿Quizá deben estar en contra de dicho derecho así estipulado, porque supone un ataque a los fundamentos del positivismo? No veo por qué.

Si hablamos de derechos aquí, hablamos de derechos jurídicos. Además, el profesor Olle-ro se dice contrario a la idea de “derechos morales”. Y los derechos jurídicos son los derechos de hacer o no hacer que prevén las normas del sistema jurídico. También podremos llamar derechos, si queremos, a las facultades que otorgan otros sistemas normativos (yo puedo decir, desde el sistema vigente de normas de cortesía, que tengo “derecho” a que el comensal que conmigo comparte mesa no erupite ante mí brutalmente), pero eso son nada más que elecciones terminológica y maneras de hablar que no tienen mayor importancia si no creemos que cada vez que decimos “derechos” estamos refiriéndonos a derechos jurídicos, a derechos reconocidos o concedidos por el sistema jurídico.

Como explica Ollero, un iusnaturalista “también” considerará la objeción de conciencia “como fruto de un conflicto entre moral y derecho, aunque en este caso debería tener como triunfador tan previsible como obligado la moral. O sea, que la conciencia moral de cada cual estaría por encima de cualquier vinculación jurídica, con prometedoras perspectivas ácratas”. Parece que Ollero, por tanto, no es partidario de un derecho generalísimo a la objeción de conciencia, a que cualquiera pueda poner su conciencia moral por encima de la ley como razón para evadirse lícitamente de las obligaciones jurídicas. No habría, entonces, un derecho genérico a la objeción de conciencia, sino sólo en los casos en que el sistema jurídico prevea ese *derecho* (jurídico).

En mi opinión, el iusnaturalista de toda la vida no pone la conciencia moral de cada cual por encima de cualquier vinculación jurídica, sino que pone el derecho natural por encima de la ley positiva, de forma que cuando la ley positiva atribuye a un sujeto una obligación que contraviene el derecho natural, dicha obligación jurídica deja de ser tal por ser “antinatural”, opuesta a lo que a ese mismo sujeto le manda el derecho natural.

Vamos a algo más esencial y en lo que muchas veces no se repara. No es lo mismo

hablar de conflicto en la conciencia de un sujeto individual que de conflicto entre normas de dos sistemas normativos o, incluso, de un mismo sistema normativo. Las normas no “viven” en la conciencia y, por eso, el modo como un sujeto en conciencia resuelva un conflicto entre normas nada cambia de las relaciones “objetivas” entre esas normas o entre sus respectivos sistemas. Si yo en conciencia me veo ante el dilema de obedecer la norma moral (del sistema moral al que me someto) que me manda no hacer X o la norma del sistema jurídico que me vincula (jurídicamente) que me impone hacer X, y si decido guiarme por la norma moral y no hago X, no es que la moral venza al derecho o que tengamos ahí una prueba de la superioridad del sistema moral sobre el jurídico. De la misma manera que no es indicio de la superioridad del derecho si decido lo contrario. Esos conflictos no los deciden los sistemas mediante acuerdos entre ellos ni tales resoluciones dan cuenta de la preeminencia “externa” u “objetiva” del que ganó. Es simplemente el modo en que yo soluciono subjetivamente un conflicto objetivo. Indica qué norma me importa más a mí, no cuál es objetivamente superior. Porque objetivamente ni son superiores las normas morales a las jurídicas ni éstas a aquéllas. Cada sistema está en lo suyo y con sus normas.

Así que un conflicto entre moral y derecho (o entre religión y derecho, o entre religión y moral, o entre derecho y reglas del trato social, o entre moral y reglas del trato social, etc.) es un conflicto objetivo cuando hay dos normas que en su contenido prescriptivo se oponen. Y es un conflicto subjetivo o en conciencia cuando soy yo el llamado a decidir cuál de ellas acato, si estoy obligado “objetivamente” por las dos. Ni todo conflicto objetivo entre normas se traduce en conflicto en conciencia ni la resolución subjetiva del conflicto cambia nada de aquella contraposición objetiva.

Lo que en ocasiones pasa, como ya he indicado, es que uno de esos sistemas normativos puede contener para ciertos casos una previsión del posible conflicto en conciencia; es decir, puede considerar acorde con ese sistema que el sujeto resuelva el conflicto dando prioridad a la norma del otro. Si es el derecho el que así regula ese caso, su solución no dejará de ser una solución jurídica y jurídico-normativa. Si es la moral la que contempla tal excepción, tampoco diremos que la moral se juridifica por esa causa; al menos, si hablamos con rigor y propiedad.

Es probable que con las anteriores consideraciones esté traicionando el enfoque de Olle-ro o no considerándolo en su integridad.

Trataré ahora de hacerle mayor justicia. Para él, el conflicto entre la conciencia moral de un individuo y una norma jurídica no es apto para engendrar ningún derecho de objeción de conciencia. “La moral no fundamenta ni confiere derechos sino que se limita a exhortar a respetarlos virtuosamente”. La objeción de conciencia no es el resultado o no debe verse como el resultado de un enfrentamiento entre moral y derecho; o sólo secundariamente será así. Pues a nadie se le puede reconocer un derecho a poner su conciencia por encima de las normas jurídicas que regulan la convivencia en paz y orden. Entonces, ¿no hay objeción de conciencia o carece de fundamento cualquier invocación de ese derecho o lo hay solamente cuando esté expresamente reconocido por el derecho positivo? Estimo que no es esa la conclusión a la que Ollero quiere llevarnos.

Para Ollero, cuando se ejercita la objeción de conciencia “en sentido estricto”, estamos ante “una *discrepancia jurídica*” y no ante un conflicto entre moral y derecho. Así pues, el conflicto es propiamente jurídico. ¿Es un conflicto, una antinomia, dentro del derecho positivo? Creo que no, se trata de un conflicto entre el derecho positivo y el “mínimo ético” que también es derecho, aunque no esté positivado o lo esté deficientemente. O sea, la justicia objetiva.

Dentro de ese “mínimo ético” o justicia objetiva están, según Ollero, los derechos humanos. Así pues, los derechos humanos son derecho aun cuando no hayan recibido reconocimiento o reconocimiento suficiente en un sistema jurídico. Los derechos humanos son derechos jurídicos, no derechos morales, pretensiones personales o sociales o cosa similar. La objeción de conciencia únicamente es tal, como “discrepancia jurídica”, cuando el que objeta no lo hace desde su mera conciencia, sino desde ese elemento jurídico objetivo, desde esa justicia objetiva, desde ese “mínimo ético” que ha sido recibido en su conciencia y que en ella opera como mandato moral. Se objeta desde la conciencia, pero por conciencia de la juridicidad del “mínimo ético”. La objeción de conciencia es un conflicto de derechos, no la excepción, por razones meramente morales individuales, a la obligación jurídica. El fundamento jurídico lo tiene, desde luego, la ley, pero también lo tiene el objetor: “Lo que en realidad estará en discusión es si una exigencia ha de incluirse en el mínimo ético propio del derecho y es por tanto jurídica. La discrepancia llevará a solicitar una excepción respecto a lo establecido al respecto legítimamente por la mayoría, en beneficio de quien suscribe un planteamiento con fundamento no menos jurídico, pero sí minoritario”.

¿Qué puede estar proponiendo Ollero más o menos implícitamente? Por una lado, restringe el alcance de la objeción de conciencia, al señalar que no debe bastar la mera discrepancia en conciencia para que un sujeto pueda verse “beneficiado” por la excepción correspondiente frente a la obligación legal. Pero, por otro, su enfoque es palmariamente antinormativista, si así se puede decir. No se conforma con entender que habrá objeción de conciencia cuando para algún supuesto tasado el sistema jurídico reconozca la excepción al cumplimiento de su norma. El derecho a objetar y su correspondiente excepción han de estar reconocidos con carácter general, pero su titular no es la conciencia moral individual a secas, sino la conciencia moral individual que haya “captado” ese mínimo ético o esa justicia objetiva que también es derecho, y que lo haya traducido a deber moral subjetivo.

A la mayoría que hizo la ley se le reconoce su legitimidad y no se niega la condición de derecho a esa ley suya. Pero se justifica que haya de hacerse la excepción con aquellos que objetan a la ley desde algún derecho humano, desde esa justicia objetiva o mínimo ético del que forman parte como derechos de pleno derecho.

Podríamos estar de acuerdo en las intenciones. Seguramente discreparíamos de vez en

cuando al bajar a la arena de los ejemplos y los casos. Pero ese acuerdo, en lo que de tal haya, será a condición de que no debatamos sobre las etiquetas. Por *mis* razones morales y políticas puedo respaldar un amplio campo de autonomía de los ciudadanos frente al imperio de la ley que los gobierna en común. Pero, como positivista, prefiero tener claro lo que el derecho es y el derecho dice. Luego, al margen de las categorías, debatiremos qué debería formar parte del mínimo ético o de la justicia que sería bueno que el derecho reconociera. Mas eso será en otra ocasión. Por hoy, podemos dejarlo aquí.

DERECHO Y MORAL: ANOTACIONES TRAS UN DEBATE

Andrés OLLERO

Debo, ante todo, agradecer al Profesor García Amado que haya abordado la crítica a mi ponencia anterior con un rigor fácilmente previsible. Con ello, aparte de incidir en los aspectos más discutibles de mi propuesta, ha podido dejar en evidencia pasajes en los que no haya sabido expresarme con la imprescindible claridad.

Me sorprendió que en el debate pareciera sugerir que al aludir a la *ética*, como fundamento de la *moral* y del *derecho*, la situaba en la “cúspide” de ambos ordenamientos. La verdad es que en el propio texto de su ponencia no he encontrado respaldo a tal sugerencia sino más bien lo contrario. Constata, con riguroso acierto, que en mi planteamiento “el concepto de ética o de lo ético es utilizado para abarcar el conjunto de las conductas exigibles y debidas”. Lo hago, tras insistir en que entiendo por ética la dimensión deóntica

de una filosófica concepción antropológica, que nos señala qué es el hombre y por tanto, al margen de toda falacia naturalista, cómo debe jurídica o moralmente comportarse; teniendo igualmente en cuenta cómo ha de entenderse su relación con sus semejantes y con la sociedad en su conjunto.

En esa antropología radicará el fundamento, que no la cúspide, de toda exigencia jurídica o moral. En consecuencia no cabe dar por supuesto que el fundamento del derecho es la moral, que es lo que como jurista me niego a aceptar frente a la conceptualización anglosajona predominante, curiosamente compartida desde muy distinta perspectiva por más de un iusnaturalista.

Se tiende a afirmar que lo justo es inevitablemente deudor de un concepto de lo bueno. Me parece que es fruto de lo que metafóricamente cabría caracterizar como efecto óptico. En realidad la ética o concepción antropológica fundadora es el fundamento directo de lo bueno y de lo justo, sin que esto se apoye en ella de modo indirecto a través de lo bueno. Sugeriría incluso que lo bueno no determina lo justo sino al revés: es bueno (virtud de la justicia) respetar lo (jurídicamente) justo. Cabría incluso observar que en la convivencia social lo bueno influye menos sobre lo justo (porque se lo puede marginar, como actitud

propia de la conciencia subjetiva de cada cual), que lo justo sobre lo bueno; la despenalización de una conducta por vía jurídica suele influir en la valoración moral que tal conducta venía en la sociedad mereciendo, mitigando su reproche.

Obviamente si cambia la ética, la concepción antropológica fundamentadora, cambiará lo que nos aparezca como mínimo ético exigido por la justicia objetiva y lo que nos aparezca como exigencia maximalista de perfección moral. La cuestión tiene ciertamente que ver con los cimientos y no con la cúspide de derecho o moral alguno.

Algo de ello afloró en las postrimerías de nuestro debate cuando se trajo, incidentalmente y no sin algún estrépito, a colación el matrimonio. Una ética que resalte la dimensión solidaria y socializadora del matrimonio, generador de una comunidad familiar abierta a los hijos, justificará con creces una regulación jurídica de dicha institución, que no podría resultar ajena al mínimo ético expresado por la justicia objetiva. Por el contrario, una ética radicalmente individualista puede vaciar la institución matrimonial hasta el punto de llevar a poner en cuestión por qué la amistad puede trabarse o romperse sin necesidad de un papelito del juez, o lo mismo pueda ocurrir con una relación sexual de fin

de semana entre adultos, mientras que el matrimonio deba seguir exigiendo una regulación jurídica. Parece coherente que determinados programas políticos hayan llegado a considerar superfluo el libro de familia. Puede que la familia haya llegado a perder todo motivo para verse jurídicamente protegida. Parece tenerse todavía claro lo que es la “familia tradicional”; sobre todo a la hora de considerarla como un modelo más en una sociedad plural. Nos quedamos sin embargo con la duda de qué pueda ser realmente una “familia”, para poder luego homologar uno u otro de sus modelos. Quizá haya que entender por tal todo aquello que se muestre capaz de situar a cualquier relación sexual socialmente a cubierto de intentos discriminatorios. En tal caso, el motivo más sólido para que quepa justificar (justicia objetiva) una regulación jurídica del matrimonio sería la previsible eficacia de un mantenimiento de tal institución, utilizada para contrarrestar el rechazo potencialmente discriminatorio del ejercicio individual de determinadas orientaciones sexuales. En ese contexto, el matrimonio entre personas del mismo sexo, lejos de implicar una amenaza a la institución, como algunos pacatamente sugieren, se convertiría en el más sólido argumento para perpetuarla en un marco de radical individualismo.

Quizá fui yo el que no captó adecuadamente la sugerencia de García Amado, ya que éste ha dejado escrito que “el tradicional esquema insnaturalista o iusmoralista resolvería esa tensión al poner en la cúspide del sistema jurídico las normas morales que también son jurídicas aunque no estén positivadas, de manera que la compatibilidad de las normas positivas inferiores con esas normas morales superiores opera como criterio de juridicidad o validez de las normas positivas”; pero, como él mismo con su habitual rigor señala, yo no me he prestado a “transitar por ese camino”.

Reitero pues que para mí el derecho o justicia objetiva tiene un fundamento ético con trasfondo antropológico. Genera además una exigencia moral, al menos indirecta, de obediencia; en consecuencia, desde un punto de vista lógico lo jurídico no sería consecuencia sino fundamento de determinadas exigencias morales. Para ejercitar la virtud moral de la justicia, dando a cada uno lo suyo, habrá antes que reclamar al jurista que nos explicité la justicia objetiva determinando qué es lo suyo de cada uno. Obviamente hablar, en este contexto, de *derechos morales*, ha de sonar a disparate. Se tratará más bien de derechos con fundamento ético y no basados en meras razones de oportunidad o eficacia. Llamarlos morales resulta tan esotérico como llamarlos

estéticos; aunque sin duda, en más de una ocasión, tengamos que consolarnos pensando que quedan muy bonitos.

Para mí lo más enjundioso de la crítica de García Amado reside en su insistencia en que “el positivismo dice que el derecho es lo que es y que como tal puede conocerse y describirse con objetividad. Para dicho conocimiento no hace falta recurrir a la razón práctica, pues el derecho es un fenómeno cognoscible y describible aquí mismo, tal como se nos presenta *a la vista*”. Se nos muestra convencido de que el derecho “está *ahí fuera*”, lo que justifica con creces que se mostrara -a propósito del derecho puesto- preocupado por localizar *dónde vive*, una vez dado por supuesto que sus “normas no *viven* en la conciencia”. Ello le llevó a insistir en una metáfora que alguno podrá considerar desafortunada. A mí, por el contrario, me pareció particularmente oportuna para caracterizar el enfoque positivista. Ya la afirmación, sobre la que habrá que volver, de que el conocimiento del derecho no obliga a entrar en juego a la razón práctica resultaba elocuente, pero no viene mal este refuerzo.

Nos insistirá en que “cuando el positivista mantiene que sólo es derecho el *derecho positivo*, está describiendo como derecho un *objeto* que está *ahí afuera*”. No necesito

sorprender declarándome discípulo de Rorty¹ para mostrar mi extrañeza. Claro que el derecho, si no tiene nada que ver con la razón práctica, no tendrá mucho que ver con la verdad. El corolario será que si “llevamos al geólogo una piedra que nos regalaron, para que nos diga si es pirita o cuarzo” nos sacará de dudas, evitando “que se confunda el objeto con la valoración del objeto”. La coherencia con la metodología científico-positiva resulta encomiable; la duda surge al preguntarse si la *inventio iuris* tiene mucho que ver con encontrarse ante un trozo de mineral.

García Amado me tienta con una metáfora futbolística, aunque se equivoque de equipo (soy sevillista, sin ser antibético...). Preguntarse por el derecho positivo sería cómo inda-

¹ R. Rorty no dudará en afirmar que la verdad no está «ahí afuera», sin importarle que ello le lleve a «caer bajo la sospecha de relativismo y de irracionalismo». «Hay que distinguir entre la afirmación de que el mundo está ahí fuera y la afirmación de que la verdad está ahí afuera». “Decir que la verdad no está ahí afuera es simplemente decir que donde no hay proposiciones no hay verdad, que las proposiciones son elementos de los lenguajes humanos, y que los lenguajes humanos son creaciones humanas». Aunque mitiga el alcance de su provocación: “Decir que debíamos excluir la idea de que la verdad está ahí afuera esperando ser descubierta no es decir que hemos descubierto que, ahí afuera, no hay una verdad» -*Contingencia, ironía y solidaridad*, Barcelona, Paidós, 1991, págs. 63, 25 y 28.

gar el resultado de un partido; nada más fácil u objetivo. El problema es que no creo que en eso consista la pregunta auténticamente jurídica. Hace unos días, gracias a la amabilidad del profesor Gregorio Robles, pude contemplar el clásico derbi madrileño en el Bernabeu. El problema jurídico allí planteado no tiene mucho que ver con si quedó o no 4 a 1, asunto poco discutible. Lo que se prestó a discusión no poco jurídica es si el derribo provocado por el portero atlético a Benzema, aparte de acarrear penalti, merecía expulsión, dejando así al dominador equipo visitante en inferioridad numérica con más de una hora aún por jugar. Me temo que ni un geólogo ni un contable nos podría sacar de dudas.

Para mi oponente el problema radicaría en que yo, como tantos otros, trato de “resolver el problema no en el campo de la validez”, expresión que –señala- no empleo en ningún momento, “sino en el de la aplicabilidad”. O sea, que considero imposible captar el derecho sin recurrir a la razón práctica; plenamente de acuerdo. Lo que me llama la atención, relativamente, es que no se detenga a ahondar en tan notable discrepancia.

Digo relativamente, porque me viene a la mente una curiosa anécdota vivida cuando, en la VIII Legislatura, formé parte -a propuesta de los grupos parlamentarios del Congreso de

los Diputados- de la Junta Electoral Central. Como es sabido, forman parte de ella ocho magistrados del Tribunal Supremo, venturosamente seleccionados por sorteo, y cinco catedráticos de universidad. Lo normal era que los magistrados, dada su mayoría y su tendencia a confluir al dictaminar, dejaran resuelta cualquier cuestión. Sin embargo uno de ellos, con patente de progresista, discrepaba ocasionalmente. En una ocasión se quedó defendiendo una solución en solitario frente a la docena mayoritaria. Lo que me sorprendió, hasta considerarlo casi una provocación teórico-jurídica, fue que actuando con mentalidad más positivista que crítica afirmara, más o menos: “lo que ocurre en realidad es que estamos contraponiendo el sentido de la norma con la interpretación que vosotros le atribuíis”. Mi respuesta fue tajante: lo que se contrapone es tu interpretación de la norma con la de nosotros doce; porque la norma, sin tu interpretación y sin la nuestra, no tiene sentido propio alguno.

No viene mal recordarlo, ya que el vulgo tiende a dar por hecho que una de las principales diferencias entre derecho y moral derivaría de que los planteamientos morales son siempre subjetivos (en línea, consciente o no, con el no cognitivismo del *sobre gustos no hay nada escrito*); el derecho positivo sería, por el contrario, objetivo y en consecuencia

fácilmente compartible. Cuando tal impresión ha surgido en debate con los alumnos no he dejado de sugerir, con obvia intención provocativa, que doy por hecho que -por muy plural que sea una sociedad- quienes asistieran a una sesión de tortura difícilmente dejarían de coincidir en considerarla una actividad moralmente rechazable. Por el contrario, rara vez la víspera de que un tribunal deba pronunciarse sobre un tema jurídico controvertido habrá quien pueda anticipar con mediana certeza cuál será su objetiva solución.

La cuestión tiene sin duda que ver con la entrada en juego de la razón práctica. Uno de los participantes en el debate ha sentenciado, muy en clave anglosajona, con intención crítica: hablar de razón práctica es inevitablemente hablar de moral. La verdad es que no acabo de entender por qué. Hablamos de razón porque se trata de captar unas exigencias objetivas y no de formular un arbitrario acto de voluntad; la llamamos práctica porque tiene una dimensión conformadora o performativa. A la captación racional de las exigencias jurídicas la caracterizamos con toda propiedad como *hacer justicia*. En eso consiste la diferencia entre razón teórica y práctica y no en que los juicios morales anden por en medio de esa tarea prudencial, llena de discreción jurídica y ajena a imperativos morales. Si lo que hace que una exigencia sea

moral y no jurídica es su maximalista búsqueda de la perfección, no entiendo por qué a la captación racional del mínimo ético en que la justicia objetiva consiste hay que endosarle carácter moral.

Sirva ello de respuesta a una retadora consideración: “tendremos, positivistas o no positivistas, que saber dónde se halla esa justicia objetiva y cómo podemos conocer con un mínimo rigor sus exigencias”. En su búsqueda consiste, cuando merece tal nombre, toda actividad jurídica. Difícilmente podremos apropiarnos de ella, no sólo por nuestras limitaciones racionales sino también por la historicidad interpretativa de nuestro conocimiento. De ahí el resignado recurso, en aras de una indispensable seguridad jurídica, a la *cosa juzgada*; en el fondo equivale a dictaminar: hasta aquí hemos llegado, razón práctica mediante.

No deja de sorprenderme que -dentro de mi distinción entre la positividad, inseparable de todo elemento jurídico que se precie, y la consumación del proceso de positivación en que toda realización del derecho consiste- constituya un problema admitir que hay “normas que son jurídicas y jurídicamente reprochables al mismo tiempo; no meramente reprochables desde el punto de vista moral o ético, sino *jurídicamente* reprochables. ¿Cómo

puede un sistema jurídico fundamentar a la vez la juridicidad y la reprochabilidad jurídica de sus normas?”.

Debo comenzar por reconocer humildemente que, así como se ha señalado que no aludo en ningún momento a la *validez* del derecho (por reconocerle una dimensión sin duda relevante pero meramente formal, que no da cuenta acabada de lo que es derecho), tampoco menciono ni una sola vez la palabra *sistema*. Quizá porque leí a Ihering muy joven, contemplo con escepticismo los intentos de caracterizar al derecho como sistema, para hacerse la ilusión de que sin abandonar el legalismo podemos disponer de una plenitud de respuestas a cualquier problema planteable. Por si fuera poco, leí luego a Viehweg y, para colmo, me dio por agotar la primeras oleadas del sistémico Luhmann. Demasiado para que no se genere cierta alergia...

Aunque, siendo andaluz, se me pueda acusar de gallego recurriría a otra pregunta. ¿Tiene alguna lógica calificar como artística una determinada creación y pasar a continuación a considerarla estéticamente deficiente? No creo que los críticos de cine se dediquen a otra cosa. Claro que se deberá a que ni el cine ni el arte son, a Dios gracias, un sistema. Es obvio que todo legislador pretender ajustar las relaciones sociales haciendo frente a los

desajustes detectados en uno u otro ámbito. Lo mismo hará el juez cuando le toque hacer justicia de modo más concreto ante un caso determinado. ¿Tiene sentido sugerir que una ley o una sentencia es desde el punto de vista jurídico –y no moral o estético– manifiestamente mejorable? A mí me parece obvio...

Me ayuda sin duda a ello mi distinción entre la *justicia objetiva*, que se manifiesta siquiera de modo incipiente ya como derecho positivo en todo arranque del proceso de positivación, y el *derecho positivado* con mayor o menor fortuna. El problema surge por la dogmática y apriorística identificación entre derecho y derecho positivado, ya que a éste, por muy deficientemente que haya sido positivado, no tendrá sentido negarle tal condición. Quizá así se pueda entender que, si nos empeñamos en considerarnos ante un sistema, haya que reconocer que un “sistema jurídico es bifronte. Por una parte, las pautas formales que el mismo sistema sienta fundan la juridicidad de las normas positivas formalmente correctas; por otra, la justicia objetiva, que viene de la ética y que también aporta contenidos jurídicos, aunque no sean contenidos positivados en ese sistema, enseña que esas normas que formalmente constituyen derecho son derecho defectuoso por injusto”; o por no suficientemente justo... Y aún habría que añadir un tercer factor: el arraigo social

que consolida la legitimidad del ajustamiento y presta vigencia a la validez meramente formal, que sin ella sería mero papel mojado.

Con ello no “nos conformamos, entonces, con la desconcertante idea de que una misma norma jurídica puede recibir un juicio jurídico doble y contradictorio”. En realidad nos limitamos a admitir que, si la razón teórica aspira siempre a superar sus logros, sería empobrecedor que la razón práctica resultara menos ambiciosa.

Exige respuesta el escepticismo sobre “si hay una justicia objetiva (para otros sería una moral objetiva, con terminología distinta) capaz de servir de pauta al derecho y a sus operadores y que complementa el derecho positivo desde otro modo de ser derecho”. No creo que la justicia objetiva sea moral, ni objetiva ni subjetiva. El derecho se limita a fijar un mínimo ético, al que llamamos tal no por su escasa ambición sino porque sin su garantía la sociedad quedaría bajo mínimos; es tan mínimo como exigente e indispensable. La justicia objetiva no sirve de pauta al derecho, porque es su mismo punto de arranque. Cuando un ciudadano ante una situación injusta exclama “no hay derecho” ha comenzado a positivarla; hará avanzar el proceso de positivación cuando vote a quien promete subsanarlo por vía legislativa; o cuando com-

parezca ante un juez para que satisfaga su justa pretensión. Todo derecho es ya positivo cuando entra en juego, sin perjuicio de que pueda resultar laborioso el proceso hasta que, quizá con la cosa juzgada, quede definitivamente positivado.

No hay un derecho a la objeción de conciencia al ya inexistente servicio militar, reconocido por la Constitución, y *otro* reconocido por el Tribunal Constitucional como “derecho constitucional autónomo”². Es obviamente el mismo, sin perjuicio de que primero quedara formalmente positivado de modo específico en 1978; de que en 1985 fuera reconocido en el contexto de la objeción a intervenir en abortos y de que dos años después se insistiera en su fundamento constitucional, ya sin referencia tan específica y lógicamente abierto a un posible desarrollo legislativo. No son pues dos derechos sino el mismo dentro de sucesivos procesos de positivación.

No me resta sino reiterar mi agradecimiento a quienes, como organizadores o como selecto grupo de participantes, me brindaron una oportunidad de exponer muy reflexiones de las que, desgraciadamente, no es fácil hoy día disponer.

² STC 160/1987, F. 4, a veces pintorescamente citada como expresiva de lo contrario.

DERECHO Y MORAL: TRES DECENIOS DESPUÉS...

Andrés OLLERO

Tras un estimulante debate con colegas de primer nivel es fácil sentirse invitado a una reflexión sobre la propia trayectoria en torno al tema objeto de discusión. A comienzos de los ochenta -hace pues ya una treintena de años- tuve oportunidad de publicar unas páginas sobre derecho y moral de las que me había servido en las tareas docentes. No vendrá pues mal contrastarlas desde mi actual punto de vista. Lo haré recurriendo a este formato, sangrado y con espaciado más reducido que el del texto originario, en el que resaltaré en negrita los motivos de obligada glosa. No podrá extrañar que resulte fácil descubrir en aquel texto muchos puntos de coincidencia con el ahora debatido. Las discrepancias, que llegarán a convertirse en reiteradas, girarán sobre todo en torno al papel que -para bien o para mal- concedo ahora a la ética (y niego a la moral) como fundamento de las exigencias jurídicas, y de la moral misma... Creo que resultaría superficial reducir este cambio de enfoque a mera cuestión terminológica. Sobre todo después de haber hecho bandera durante siglos el positivismo jurídico del necesario deslinde entre derecho y moral.

Un enconado problema fronterizo

La relación entre derecho y moral se ha convertido en un problema clásico de la filosofía jurídica. La falta de una solución medianamente compartida ha llevado a algunos a sospechar que pueda tratarse de un 'seudoproblema'; si no se llega a una solución sería simplemente porque no hay nada que resolver. Sin llegar a suscribir esta actitud cientificista, parece lícito sospechar que el problema no haya sido siempre correctamente planteado. No vendrá mal intentar comprobarlo, preguntarse por las razones del desenfoque y detectar sus consecuencias.

La relación *derecho-moral* suele revestir con frecuencia el aspecto de un litigio 'fronterizo'. Se trataría de establecer dónde termina la moral y dónde comienza el derecho; hasta dónde deben llegar uno y otro. Se busca con afán una fórmula mágica que consiga mantener establemente dentro de su propio ámbito a tan belicosos vecinos. Entre las fórmulas que han hecho historia, sin lograr frenar del todo la aparente tendencia de ambos contendientes a inmiscuirse en asuntos 'ajenos', podemos señalar:

Relevancia *individual* o *social*: La moral afectaría al individuo y el derecho a la sociedad; la primera estaría más atenta a los actos

unilaterales y el segundo a los bilaterales, a los que tienen una dimensión de relación y coordinación. Este criterio, que con frecuencia distingue lo jurídico de lo moral en niveles de conocimiento vulgar, resulta insuficiente. El enfoque de las relaciones que un individuo mantiene con sus semejantes no es irrelevante para su perfeccionamiento moral. Aplacemos la incógnita paralela: si cabe **entablar relaciones con nuestras semejantes sin suscribir inevitablemente una concepción moral**. Esta posible 'frontera' resulta, en todo caso, diluida.

Adelantemos nuestra actual respuesta: por supuesto que sí. No faltarán relaciones reguladas por el derecho, por razones funcionales de oportunidad o eficacia, que no tengan directa implicación moral. Asunto distinto es que la valoración moral positiva que pueda merecer la finalidad perseguida por el derecho –ajustar de modo pacífico y ordenado las relaciones sociales de convivencia- pueda generar de modo reflejo exigencias morales de obediencia. En todo caso, podrían verse debilitadas o neutralizadas por una discrepancia jurídica –que no moral- sobre el grado de acierto con que el proceso de positivación del derecho se haya llevado a cabo.

Interioridad y exterioridad: La moral bucearía en el fondo de la conciencia individual, mientras que el derecho se mantendría en la superficie de la conducta exteriorizada. Se

trata de una de las fórmulas más exitosas; sus limitaciones inclinan al desaliento sobre las posibilidades reales de resolver el problema. El derecho no puede renunciar a realizar incursiones en la interioridad individual; desterrar de su ámbito toda referencia al ‘dolo’ y a la ‘culpa’, o a la ‘buena fe’ del que actúa, lo haría irreconocible. Pretender, por otra parte, que la moral renuncie a ocuparse de lo exterior es también inimaginable.

Exhortación y coercibilidad: La moral anima a realizar conductas, mientras el derecho exige e impone coactivamente su cumplimiento. Por ello el jurista tiende a denominar ‘morales’ a las obligaciones que *no llegan* a ser jurídicas; una especie de derecho incoado o frustrado. Pero lo que algunos autores llaman ‘**moralidad positiva**’ –principios o convicciones efectivamente vigentes en una comunidad- cuenta con frecuencia con una garantía de obediencia y cumplimiento social que para sí quisieran bastantes normas jurídicas, que -faltas de ese arraigo en la moralidad social- no sólo son incumplidas, sino que no encuentran respaldo efectivo que actualice su teórica coercibilidad.

El recurso al término ‘moralidad positiva’ no hace sino constatar sociológicamente la ausencia de una adecuada distinción entre derecho y moral. Sin duda determinadas exigencias morales pueden resultar hegemónicamente sus-

critas en la vida social, generando peculiares sanciones de marginación u ostracismo. Las más de las veces, sin embargo, se identificarán como moralidad positiva auténticas exigencias jurídicas aún no suficientemente positivadas, fruto de esa misma *opinio iuris* que distingue a un mero uso social del derecho consuetudinario. Ya hemos visto, por lo demás, en nuestra ponencia anterior cómo el arraigo social se convierte en uno de las decisivas vías del proceso de positivación del derecho.

Subjetividad y objetividad: La moral estaría constituida por un conjunto de principios fabricados o aceptados ‘autónomamente’ por el sujeto, mientras el derecho (tantas veces sinónimo de derecho ‘objetivo’) impondría ‘heterónomamente’ sus dictados, fijando con precisión y publicidad su contenido y alcance. Aparte de que no faltan planteamientos morales con pretensiones de objetividad, la exclusión del sujeto del mundo jurídico –a la que este criterio invita– amenaza con diseñar un derecho construido a espaldas del sujeto, o incluso contra él.

Se mire por donde se mire, el intento secular de separar a tan ambiciosos rivales parece condenado al fracaso. No pocas propuestas de ‘despenalización’ de conductas acaban revistiendo cierto aire de encuentros de la máxima rivalidad. Sin duda el fenómeno no es casual; pero ¿puede realmente considerarse como rivales a derecho y moral?

Las bases ideológicas del dilema

Intentar resumir las claves ideológicas que ambientan el planteamiento de la cuestión obligaría a exponer en unas líneas el sentido de la Modernidad, ya que es su espíritu el que las anima. Aunque sea someramente, resulta obligado aludir a algunos de sus elementos:

Secularización: El entronque del derecho con las **bases del mundo ético** –característico ya de la filosofía jurídica griega- cobraría luego un acusado signo religioso al reelaborarse en el marco de la teología cristiana. La conveniencia de un reflujo del protagonismo público del mundo eclesiástico –obligado en un ambiente de guerras de religión- es uno de los factores históricos que empujaron a ‘independizar’ el derecho de la moral. Que siglos después perduren ciertos resabios de discriminación laicista resulta ya menos explicable.

Aparte de ese valioso legado moderno que consolida una laicidad de matriz cristiana, he de resaltar la referencia hace ya tres decenios a una fundamentación ética del derecho, a la que como podrá verse no atribuí la debida relevancia.

Razón de Estado: estrechamente relacionada con lo anterior, brota la necesidad de una fundamentación autónoma de las instancias

políticas (y de las jurídicas, engullidas por ellas) que renuncian a aparecer como meras aplicadoras de unos fundamentos éticos obligados. El asentamiento de la soberanía estatal, como poder político legítimo con criterios propios de 'racionalidad', respalda este proceso. Las mezclas jurídico-morales serán sospechosas de 'irracionalidad', e incluso de ataque encubierto a la soberanía nacional por parte de fuerzas sociales en irreversible declive.

Individualismo: Pero no todo este proceso puede interpretarse como un afán de lo jurídico de 'liberarse' de tutelas morales. La articulación de derecho y moral se había visto acompañada por un modelo social *comunitario* y estamental, por el que el individuo (y sus mismas posibilidades prácticas) se veía condicionado. La separación de moral y derecho se planteará, por ello, como el cauce de progreso ético del individuo en un modelo de convivencia *societario*. Por otra parte, fundir derecho y moral equivaldría a dar paso a una ética 'legalista', cuyo único horizonte –empobrecido– sería el cumplimiento de las normas jurídicas. El derecho, como 'mínimo ético', habría de ser, por el contrario, el punto de partida de una riqueza ética necesariamente maximalista.

Junto a estas claves de la Modernidad, aún actualmente vigentes, juegan otros factores específicos de la reflexión jurídica. El empecinamiento en plantear la relación derecho-moral como un problema de 'fronteras' es fruto también del *normativismo* dominante en la teoría jurídica. Si el derecho es –sobre todo– norma jurídica, lo decisivo será distinguirlo drásticamente de otras normas que inciden a la vez sobre la conducta. Al intentar distribuir equitativamente los ámbitos sobre los que unas y otras tendrían competencia, se ha iniciado una compleja operación de disección de lo humano con escasos resultados clarificadores.

Más allá del normativismo

Una de las exigencias básicas para poder replantear la cuestión sería, pues, renunciar a un esquema teórico-jurídico normativista. Fenómenos jurídicos como la interpretación de la ley o el juego efectivo de los derechos humanos hallan difícil encaje desde esa perspectiva; lo mismo ocurre con la relación derecho-moral, difícil de aclarar si se olvida que el derecho es ante todo una dimensión de la existencia humana, uno de los aspectos de la actividad práctica del hombre en el mundo, dando sentido a lo que le rodea, a los que le rodean y –como consecuencia– a sí mismo. Moral y derecho no son dos tipos de normas

(aunque las impliquen) sino dos dimensiones de la existencia práctica del hombre; dos maneras de dar y captar el sentido de la realidad que le rodea y de la suya propia. Esta dación, o captación, de sentido se verá facilitada y orientada por unas normas; pero querer entender la realidad jurídica o la moral como un conjunto de normas es tomar la parte por el todo y arruinar la concepción del conjunto.

La *moral* orienta el esfuerzo del hombre por encontrar el sentido de su existencia. Para lograrlo *debe* comportarse de una manera determinada, planteando su conducta hacia las cosas, hacia los otros hombres y hacia sí mismo (y, lógicamente, hacia Dios, en los planteamientos transcendentales) con arreglo a una concepción peculiar del sentido que cosas, hombres y yo (y Dios...) tienen. Esta dimensión moral de la existencia humana es ineludible, y *no cabe* aspirar a *neutralizarla*. **Todo hombre, en la medida en que vive** (en que trata de una manera determinada las cosas, los hombres...), en la medida en que selecciona sus posibilidades de actuación, **engendra una moral**; bien sea porque sus acciones se ciñen conscientemente a determinada imagen del hombre y del mundo, bien sea porque el resultado práctico de ellas la implica, quizá inconscientemente.

Así es, en efecto, en la medida en que busca el bien y en que su conducta puede en consecuencia ser evaluada desde un concepto de lo bueno. No es menos cierto, sin embargo, que todo hombre, en la medida en que vive, engendra una actividad jurídica; se ve obligado a ajustar su conducta con la de los que le rodean, siendo así susceptible de ser valorada desde un concepto de lo justo.

En este sentido amplio, **la moral abarca todo el ámbito del actuar humano libre:** toda acción humana acaba teniendo una dimensión moral, siquiera sea por su conexión con una línea de acción determinada. En cualquier caso, respecto al tema que ahora nos interesa, resulta claro que el derecho no puede limitarse a jugar dentro de lo moralmente ‘indiferente’, sino que se verá obligado a intervenir con frecuencia precisamente en aquellos aspectos que más repercuten sobre el sentido de la vida humana y de la realidad social.

Aunque sí es claro que existe lo moralmente indiferente y que el derecho debe ocuparse de ello, por razones funcionales de oportunidad o eficacia; sin perjuicio de que, en la medida que con ello se contribuye a garantizar una ajustada convivencia pacífica y ordenada, lo que era indiferente acabe cobrando indirectamente relevancia moral.

Esta amplitud –prácticamente ilimitada– del ámbito de la moral no reduce al derecho a

simple 'aplicación', o reforzamiento ocasional, de sus principios. Lo jurídico mantiene una clara 'autonomía', porque apunta a una finalidad específica. El derecho no pretende dar un sentido último a la vida humana; ni siquiera a un aspecto de ella. Sólo el individuo, fijando los límites de su acción (gracias a su reflexión libre o a una práctica inconsciente) con la obligada exigencia ética personal, puede intentarlo y lograrlo. El derecho, como dimensión de la conducta del hombre, aspira a lograr un ámbito de convivencia social, armonizando sus pretensiones individuales con las de los demás, en un juego que es a la vez condicionamiento (no puedo hacerlo todo) y potenciación (se encuentra en condiciones de 'poder' hacer realmente más). Pero ese ámbito de convivencia es un marco que no puede dar por sí solo sentido a la existencia humana, aunque sea uno de sus puntos de partida ineludibles. Por eso se caracteriza al derecho como un *mínimo ético*: porque es 'mínimo' en sus aspiraciones -al no ofrecer el horizonte ilimitado y maximalista de la vida moral- y marcar un 'mínimo' de exigencias, sin las que no sería posible dar sentido alguno a la vida social, situada 'bajo mínimos' hasta hacerse inevitablemente inhumana.

Sólo lo que afecta a esa convivencia social tiene relevancia jurídica; de ahí la especifici-

dad del derecho como dimensión de la existencia humana. Apoyado en ese mínimo, el hombre podrá aspirar al máximo en sus pretensiones de provecho económico, participación política, realización cultural, religiosa etc. Por eso será el derecho el que justifique la existencia y necesidad del Estado, y no a la inversa, como acaba insinuando tantas veces el normativismo. Cuando ocurre lo contrario, están en peligro los mínimos de la convivencia social y, con ellos el sentido mismo de la vida humana. Ligar el derecho a una sociedad fruto de la solidaria convivencia interindividual, en vez de dejarla engullir por el Estado, es condición imprescindible para una relevancia humana de lo jurídico. Cuando el normativismo no es consciente de este riesgo puede acabar reduciendo al derecho a instrumento estatal represivo.

Entre justicia y permisividad

Este planteamiento de lo jurídico como realidad específica –ni mera aplicación de opciones morales, ni simple instrumento de presión estatal– nos ayuda a situarnos ante las caricaturas más frecuentes que malentienden la relación derecho-moral.

Para muchos, cuando se afirma que la *justicia* es el fin o valor peculiar de lo jurídico, el derecho se está convirtiendo en satélite

de la moral, puesto que tendría como finalidad realizar una de sus 'virtudes'. La verdad es que cuando se habla de la justicia en este contexto no se está aludiendo a una *virtud del sujeto*, sino que se entiende la justicia como ese *ajustamiento objetivo* de las *relaciones* que posibilita la *convivencia*. Cabe respetar y cumplir perfectamente las exigencias de esa justicia jurídica sin ser moralmente 'justo': sin ejercitar virtud alguna; por miedo, por coacción o por motivaciones nada virtuosas. Es más, si recordamos la definición clásica de la justicia (dar a cada uno su derecho, o lo suyo) entendemos que el *derecho* (lo debido a cada uno en una convivencia humanamente ajustada) es anterior a la *justicia* (virtud que lleva a dar a cada uno su derecho); sólo habiendo encontrado el derecho de un caso concreto podremos ser justos respetándolo. La ambigüedad del término 'justicia', tan pronto utilizado en su dimensión subjetiva (virtud del sujeto), como en su dimensión objetiva (orden ajustado de relaciones) es la culpable de algunos infundados recelos.

Enlazando con lo anterior, la única manera de salvaguardar la especificidad de lo jurídico sería, para otros, 'liberarlo' a cal y canto de toda interferencia moral. Son los que hablan del **derecho como un instrumento técnico, moralmente 'neutral'**, al que habría que depurar de los restos de planteamientos

moralizantes ya superados. Las reivindicaciones ‘fronterizas’ entran a sí en juego, al denunciarse cualquier atisbo de resabio moral, sin reflexionar sobre los **valores humanos en juego**, sobre la conveniencia de que el derecho los respalde e, incluso, sobre la indefensión en que el propio derecho se sitúa si se ve efectivamente privado de **legitimidad moral**.

Negar un carácter meramente técnico del derecho no obliga a reconocerle una obligada dimensión moral. Existen sin duda exigencias jurídicas moralmente neutrales, sin perjuicio de que el ordenamiento en su conjunto genere una obligación moral de obediencia, siempre que haya expresado las exigencias de la justicia objetiva de modo aceptable; esto último será lo que le brinde una legitimidad obviamente jurídica. Los valores humanos en juego cobran una dimensión ética cuya repercusión jurídica no implica la mediación de la moral, sino que más bien podrá merecer como secuela su refrendo.

Este planteamiento *permisivo* -para el que la inhibición del derecho en todo problema moralmente cuestionable sería una exigencia obligada de la especificidad de lo jurídico- se apoya en un ingenuo optimismo antropológico. Para el liberalismo clásico el ‘laissez faire’ en materia económica era causa y condición del enriquecimiento colectivo, al generar una prosperidad general; cualquier intervencionismo económico estatal sería per-

turbador, al desvirtuar el libre juego del mercado. Esta propuesta –abandonada ya, en buena medida, en la esfera económica– perdura hoy en versión ética: es preciso ‘dejar hacer’ al individuo, en la fijación de su comportamiento ético-social, evitando cuidadosamente cualquier intervención jurídica, que produciría distorsiones represivas. El resultado sería un florecimiento ético en un ambiente de libertad.

La realidad es bien diversa. El individuo demuestra menos capacidad armonizadora de lo que pronosticaban los viejos liberales; no sólo a la hora de orientar su actividad económica, sino también la hora de fijar el horizonte ético de su actividad. El resultado es, no pocas veces, un empobrecimiento ético que llega a afectar a valores elementales del hombre; ni su propia vida queda a salvo en medio de este forzado permisivismo. Con ello, paradójicamente, no sufre sólo una determinada concepción moral sino que es el derecho mismo el que pierde todo sentido, porque cuando la vida humana y otros valores básicos no merecen respeto, la convivencia ha dejado de ser ‘humana’; el logro de este objetivo era, precisamente, lo que justificaba la existencia de lo jurídico con sus peculiares posibilidades coactivas.

Por otra parte, este permisivismo acaba siendo antidemocrático. No sólo por su posible instrumentalización por el estatalismo –que ofrece esferas individuales de ‘liberación’ a cambio de recortar o de inhibir la auténtica participación de los ciudadanos en la vida pública– sino porque la opción permisivista elude el necesario debate democrático sobre el contenido de ese ‘mínimo ético’ que especifica a lo jurídico.

Una circularidad ineliminable

El derecho aparece, pues, como una actividad ‘previa’ a la moral, en un doble sentido: porque es esa condición ‘mínima’ que posibilita el cumplimiento de las exigencias maximalistas de la moral, y porque suministra a la moral los contenidos que serán objeto de una de sus virtudes (la justicia). El derecho tiene como misión específica posibilitar una convivencia ‘humana’ mediante el logro del ajustamiento (‘justicia’ en sentido objetivo) de las relaciones sociales.

El problema parecería resuelto en una línea bien diversa de la habitual: el derecho no es una actividad que tenga como finalidad garantizar el ejercicio de una virtud moral, sino que la moral incluiría entre sus exigencias el cumplimiento de los dictados jurídicos. Todo ello partiendo, lógicamente, de que se entien-

da por derecho una dimensión de la existencia humana posibilitadora de la convivencia y no sólo un simple conjunto de normas, con determinados caracteres formales revistiendo a un contenido fruto de una voluntad arbitraria. Es aquí donde el problema se muerde la cola. Si es el logro de una convivencia 'humana' lo que caracteriza a la actividad jurídica y define su alcance, ¿qué debemos entender por convivencia 'humana'?

Indudablemente no cabe responder a esta pregunta sin partir de una determinada concepción de lo humano, de una imagen del hombre, de un planteamiento de su relación con lo que le rodea (las cosas, los hombres...), sin una noción, en suma, de cuál sea el **sentido de la vida humana**. Todo ello, como recordamos, constituye el núcleo de cualquier concepción moral. La consecuencia es obvia: sólo formulando una **antropología de la que derivará inevitablemente un esquema moral**) cabe delimitar el ámbito de lo jurídico: establecer los ingredientes mínimos imprescindibles para lograr una convivencia 'humana' y diseñar así un ajustamiento de las relaciones sociales.

El sentido de la vida humana no constituye sólo el núcleo de una concepción moral, sino también el fundamento del mínimo ético exigible por una justicia objetiva y con ello el

contenido esencial de los derechos fundamentales. De esa antropología no deriva sólo un esquema moral sino también, de modo inmediato y no a través de él, unas exigencias objetivas de justicia que delimitan lo jurídico.

Sin duda, la moral individual lleva consigo un componente maximalista, al invitar al logro de la mayor perfección humana alcanzable. El derecho se conforma, por su parte, con plantear el mínimo ético que es condición de toda convivencia que merezca el nombre de humana. El problema radica en que sólo partiendo de una concepción de lo humano –llena de exigencias éticas- cabe delimitar un ámbito de convivencia que no sitúe a la sociedad bajo mínimos. Es obvio, por tanto, que no cabe **un derecho sin ética** y que proponerlo, de no ser un engaño, **sería una abierta inmoralidad**.

Sólo partiendo de una concepción de lo humano –llena de exigencias éticas- cabe delimitar lo jurídico, por lo que proponer un derecho sin ética sería paradójicamente antijurídico.

Siendo **el derecho** una realidad específica y –en varios aspectos- ‘previa’ a la moral, su contenido y alcance **dependerá siempre de una opción moral ‘previa’**. También cuando se considera al derecho como imposición de la voluntad de quien dispone de la fuerza social

organizada (y se preconiza, como consecuencia, su **manejo 'neutral'**) se está realizando una opción moral; aunque, en vez de suscribir conscientemente una determinada imagen del hombre, se produzca un abandono inconsciente en otra que el autor de la norma acabará engendrando pragmáticamente, quizá a su pesar. Todo ello no desvirtúa nuestras conclusiones anteriores, simplemente nos obliga a plantearnos **cómo se formulará** esa opción moral y **quién está legitimado para establecerla**.

Me enfrento a mi mayor discrepancia respecto a lo que hace decenios dejé escrito. El derecho es deudor de un punto partido ético de fundamento antropológico y no de una opción moral. En primer lugar, porque el derecho no tiene como fundamento una opción, sino que —como fruto de la razón práctica— implica una tarea de conocimiento cuya virtualidad performativa contribuye a conformar su contenido. En segundo lugar, porque ese ejercicio de razón práctica es jurídico y no moral, al apuntar a la delimitación de un mínimo ético ajeno a maximalismos morales. Su resultado se formulará a través de las vías procedimentales y de praxis social por las que discurre su proceso de positivación, en el que intervienen legítimamente —cumpliendo cada uno el papel que es propio— desde el más bisoño ciudadano hasta el operador jurídico de mayor rango.

Nos enfrentamos, pues, al problema clave: la articulación práctica de moral y derecho en

la vida social. Consideramos rechazables dos posturas contrapuestas.

En primer lugar, la solución *autoritaria*, que parte de una determinada imagen del hombre –verdadera por definición- y establece imperativamente, de acuerdo con ella, lo que afecta o no a la convivencia ‘humana’: los perfiles de un ajustamiento de las relaciones sociales. Esta actitud resulta habitual en determinadas personas que se consideran propietarias exclusivas de lo que es ‘natural’ o ‘democrático’, por ejemplo.

Se le contrapone, con frecuencia, la solución permisivista. Los problemas morales deben ser resueltos en la intimidad de la conciencia individual; equivaldría a forzarla **intentar que las normas jurídicas reflejen algún contenido moral**. Se ignora así la **raíz inevitablemente moral de todo planteamiento jurídico**.

Se ahonda en la ya señalada discrepancia. Las normas jurídicas han de garantizar el mínimo ético exigido por una convivencia humana, sin intentar reflejar contenido moral alguno; tampoco les preocupará que sus contenidos jurídicos sean a la vez objeto de exigencias morales, al ser obvio que determinadas conductas (no matar, por ejemplo) son tan netamente antijurídicas que serán en consecuencia consideradas inmorales. Ello no puede extrañar,

dado la común raíz antropológica que sirve de fundamento ético a derecho y moral.

El impacto social de esta segunda postura puede llevar a un retraimiento a la hora de llevar a la vida pública las propias convicciones, por miedo quizá a perturbar con ellas un diálogo tejido de aparentes silencios. Se induce a pensar que formular propuestas no carentes de fundamento llevaría en la práctica, inevitablemente, a un 'fundamentalismo' negador de la tolerancia. Se consolida así la pintoresca idea de que en una democracia nada es verdad ni mentira; que sugerir que algo pueda ser verdadero encierra una inmediata amenaza a la democracia. De admitirlo, podríamos acabar olvidando que si la democracia no es una estrategia más es porque enraíza en una gran verdad: la dignidad de la persona humana, que excluye toda imposición que no pueda legitimarse mediante un mecanismo de autoobediencia. Tomado en serio, el permisivismo nos condenaría a una política consistente en la formulación de las propuestas más variadas, aunque -eso sí- a condición de que no cuenten con fundamento alguno.

La solución deseable, asumiendo sus inevitables limitaciones, nos parece el logro de una **articulación democrática de moral y derecho**. Si toda delimitación del derecho implica

una opción moral, ésta ha de surgir del consenso intersubjetivo de los ciudadanos. No porque rechacemos la posibilidad de principios morales objetivos, sino porque descartamos su imposición autoritaria, como consecuencia de uno de ellos: la dignidad humana.

Habré de insistir en el descarte, ya manifestado, de que para delimitar el derecho sea necesaria una opción moral. No se trata de una opción, sino un proceso de razón práctica, ni tiene finalidad moral sino jurídica. Queda en pie que ese proceso, cognoscitivo y performativo, delimitador del derecho ha de ceñirse a los procedimientos democráticos capaces de garantizar las exigencias de los derechos fundamentales. Los procesos electorales plasman las exigencias de intersubjetividad y autoobediencia con su respaldo al legislador. Los jueces resaltan aún más la dimensión cognitivista de la determinación de las soluciones jurídicas, en la medida en que su condición de tales se hace depender de sus conocimientos y experiencia práctica y no de un respaldo político; aunque la actual configuración del Consejo General del Poder Judicial tienda más bien a arruinar esa deseable imagen. Los ciudadanos colaboran a la positivación del derecho, no sólo a través de posibles iniciativas legislativas populares, sino brindando arraigo social a los resultados de dicho proceso. Se trata pues de articular democráticamente el proceso de positivación del derecho, sin que la moral tenga por qué salir a relucir.

Las limitaciones de este planteamiento son dobles: formales y de contenido. En cuanto al contenido, porque las **normas jurídicas** se convierten así en **reflejo del nivel de convicciones éticas** (quizá lastimoso) de la sociedad, tendiendo a perpetuarlo. En cuanto a la forma, porque la imperfección de los esquemas democráticos en nuestra sociedad tecnificada implica el riesgo de que se pueda ‘fabricar’ artificialmente un consenso que suplante a las opciones auténticamente arraigadas en la sociedad. Aun reconociendo tales límites, la solución parece conservar una ventaja suficiente: ser mejor que sus contrarias.

La dimensión cognoscitiva que el proceso lleva consigo, que encuentra particular expresión en el control de constitucionalidad, permite que encuentre salida la dimensión utópica (capaz de desbordar los tópicos sociales vigentes) de la garantía y protección de los derechos humanos. Baste aludir, por ejemplo, al amparo constitucional que han encontrado vulneraciones del principio de no discriminación por razón de sexo, más allá de arraigados tópicos machistas, esgrimidos en más de una ocasión por las propias mujeres perjudicadas.

Esta solución democrática no es en absoluto incompatible con planteamientos iusnaturalistas, a no ser que recurrieran a una imposición autoritaria de sus principios. Cuando, fieles a exigencias de la propia naturaleza

humana, se esfuercen por arraigarlos en la conciencia social, tal dilema es artificial y caprichoso.

Resulta, por el contrario, radicalmente contraria a un planteamiento democrático la solución permisivista, que convierte a la inhibición 'neutral' en la clave de esta articulación. Si en una sociedad grupos diversos discrepan –al considerar que el 'mínimo ético' jurídicamente asumido debería ser 3, 5 ó 7- la solución salvadora no podría ser nunca un 'neutral' 0. Aparte de imposible en la práctica, tal opción –si no cuenta con un respaldo mayoritario- implica, en realidad, que al resto de los ciudadanos se les impone autoritariamente un -3, -5 ó -7, respectivamente.

El permisivismo intenta presentarse como solución obvia argumentando que el derecho no puede desconocer la 'realidad social'. Se pretende que lo jurídico no ha *imponer* al ciudadano un determinado deber hacer, sino que debe *facilitar lo que realmente hace*. Pero no pocas veces se acaba presentando como conducta socialmente vigente la que sólo practica una minoría que aspira a generalizarla. La minoría se impone a la mayoría, cuando se intenta proponer como deber lo que es sólo germen del arraigo social de un modelo social que se aspira a consolidar. El respaldo jurídi-

co de esas conductas, que distan de contar aún con un efectivo consenso social, provocará –gracias a la capacidad ‘normalizadora’ de conductas que la norma jurídica lleva consigo- que se fabrique finalmente el citado consenso, garantizándose así la permanencia del nuevo modelo.

Nos encontramos en realidad ante dos sofismas simétricos. La siembra de sospechas de ‘fundamentalismo’ no conduce nunca en la práctica a una política sin fundamento –inevitablemente absurda- sino a una política que se autoexime –antidemocráticamente- de aportar el suyo, generando una actitud acrítica y conformista de aceptación de sus ‘neutrales’ propuestas. Defender la **incontaminación moral del derecho** no es sino un modo –antidemocrático, en cuanto que excluye todo debate- de ‘moralizarlo’ con arreglo a un **código ético** que, de exhibirse ante la mayoría, sería **rechazado por ‘inmoral’**.

La conversión del debate sobre la delimitación de las exigencias jurídicas en un conflicto entre códigos morales lleva a estas aparentes aporías. El reconocimiento de la juridicidad de la justicia objetiva y el desarrollo a través de cauces democráticos de su proceso de positivación, las evita, dejando al margen las repercusiones morales que obviamente podrá en uno u otro caso suscitar. Debates en torno a si todo ser humano, de cualquier edad y estado de salud, ha de ser tratado como persona; o si

el matrimonio ha de ser indisoluble, heterosexual y monogámico, o reunir sólo alguna de esas características, son debates jurídicos; sin perjuicio de la valoración moral que las soluciones propuestas puedan a unos u otros merecer.

El doble sofisma encuentra con frecuencia su coartada en una fórmula en apariencia irrefutable: nadie debe imponer sus convicciones a los demás. Esto sólo puede significar dos cosas. Que consideramos posible convivir con los demás sin que nadie nos imponga nada. En tal caso, la consecuencia lógica no sería un derecho 'neutral' sino la simple y llana eliminación del derecho, ya que éste existe -en buena medida- para que hagamos lo que no queremos hacer; para que cada cual haga lo que quiera hay instrumentos más lúdicos que los jurídicos. La alternativa restante sería propugnar que sólo se puede imponer a los demás aquello sobre cuya bondad o utilidad no quepa poseer convicción alguna. Acabaríamos así autoimponiéndonos las convicciones de quien nos prohíbe imponer a los demás las nuestras, sin necesidad siquiera de un mínimo debate. Tan particular visión de la tolerancia mereció la ironía de Machado, cuando aconsejaba que, al que nos amonestara "zapatero a tus zapatos...", le preguntáramos con cortés inocencia cuáles eran los suyos...

Replantando las 'fronteras'

El *derecho* como *actividad humana* logra su intento de posibilitar la *convivencia* en la medida en que consigue coordinar las relaciones que pueden repercutir sobre ella, orientándolas mediante normas heterónomas de cumplimiento garantizado.

Afectará especialmente a la *conducta exteriorizada*, porque los factores interiores repercuten menos sobre la convivencia; **pero logrará mejor sus propósitos si la imagen del hombre que suscribe responde a las opciones morales de los ciudadanos**, degenerando de lo contrario en fuerza represiva.

Valga lo ya dicho sobre 'opción' y 'moral'. El derecho logrará mejor sus propósitos si suscribe una imagen del hombre con arraigo social. Su posible repercusión moral tendrá si acaso un efecto alimentador de dicho arraigo.

El derecho establecerá una coordinación bilateral mediante el respaldo de unas expectativas de reciprocidad; pero éstas sólo tendrán fundamento si el **consenso social** (las **concepciones morales** socialmente vigentes) invita al cumplimiento de la norma jurídica. De lo contrario, el incumplimiento previsible de los demás se convertirá en excusa del propio.

Decisivo para ese arraigo, tan relevante en el proceso de positivación del derecho, será la existencia de un consenso social centrado, no de modo directo sobre concepciones morales, sino sobre los perfiles jurídicos que expresan una justicia objetiva posibilitadora de la convivencia.

El derecho aspira a *garantizar coactivamente* el *cumplimiento* de sus normas, pero sólo consigue ser obedecido en la medida en que la actualización de esa coercibilidad sea tolerable. Cuando -al no lograr su cumplimiento por otras vías- se ve obligado a imponerse coactivamente de continuo, acaba perturbando la convivencia. El derecho ha de apoyarse en otros factores de *control social* y muy especialmente en las **convicciones morales**, gracias a una sintonía con sus contenidos.

El apoyo social al derecho dependerá de su posible apoyo en la *opinio iuris* vigente en la sociedad, basada en una concepción antropológica de la que también será deudora una moral social, a la que el derecho aporta más de lo que recibe.

El derecho implica el *establecimiento heterónomo de normas* de conducta; pero sólo cuando logra suscitar una actitud de **auto-obediencia**, como la que caracteriza al **actuar moral**, puede cumplir eficazmente su función. Ese es, precisamente, el sentido de los **mecanismos democráticos**.

Los mecanismos democráticos no responden a imperativos morales sino a exigencias jurídicas derivadas de la dignidad humana. La coercibilidad del derecho resulta, cuando se hace efectiva, absolutamente ajena e incluso contradictoria respecto a todo proceso moral de decisión; ninguna conducta fruto de la coacción cobra valor moral. La obligatoriedad moral que tiende a generar el derecho, en cuanto expresa con fidelidad la justicia objetiva, suplirá positivamente la entrada en juego de cualquier mecanismo coactivo, haciéndolo relativamente superfluo.

Los criterios apuntados no pueden resolver el litigio 'fronterizo' que el normativismo obliga a plantear. El *derecho* es, por su función posibilitadora de la convivencia 'humana', una *realidad específica*; pero no puede por sí mismo definir cuándo una convivencia merece o no tal calificativo, ni establecerla efectivamente. Sólo enlazando con las opciones morales de la sociedad cabe pues delimitar el derecho y hacerlo efectivo.

Valga lo ya dicho sobre 'opción' y 'moral'. El derecho resultará efectivo gracias a la capacidad legitimadora de la justicia objetiva que sea capaz de expresar, deseablemente reforzada por el arraigo social de sus exigencias. Es el reconocimiento y garantía de esas exigencias de justicia objetiva lo que permitirá considerar como 'humana' la convivencia social. Su re-

percusión en el ámbito moral contribuirá sin duda a consolidar el arraigo de su proceso de positivación.

* * *

En resumen, las exigencias jurídicas generan de modo inmediato o derivado una obligación moral de obediencia, que sólo se verá cuestionada por una posible discrepancia sobre la delimitación del mínimo ético que lleva consigo. Esa repercusión moral incidirá sin duda sobre el arraigo social necesario para que el proceso de positivación del derecho se culmine con plenitud y eficacia.

POSITIVISMO JURÍDICO

*Juan Antonio GARCÍA AMADO**

1. A cada cosa por lo que es y con su nombre

Los debates sobre el positivismo jurídico no cesan. En ellos abundan los equívocos, seguramente por parte y parte. En este escrito sólo intentaré poner algo de claridad sobre lo que el iuspositivismo significa y sobre lo que no implica. En adelante, cuando diga positivismo me referiré siempre al positivismo jurídico, salvo que le asigne otro calificativo.

El positivismo pretende antes que nada fijar el nombre de una cosa, nombrar antes que calificar en términos morales, políticos, económicos, etc. Comencemos con unas comparaciones.

* Catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad de León. Este trabajo se encuadra en el proyecto de investigación DER2010-19897-C02-01, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

En el idioma español existe el término “cuchillo” y está establecida su referencia del mismo modo que para cualquier otro término del lenguaje ordinario. Cuando cualquiera de nosotros ve un cuchillo paradigmático no tiene duda de que tal objeto es un cuchillo, de que “cuchillo” es el nombre que a ese objeto corresponde. Pero pueden surgir algunos problemas en la comunicación cuando el objeto en cuestión está en el límite o zona de confluencia de “cuchillo” y del término que designa otro tipo de objetos con alguna propiedad coincidente con las propiedades definitorias de los cuchillos. Ese es el problema de hasta dónde llega la referencia de “cuchillo” y de ante qué objetos con alguna similitud debemos dejar de hablar de cuchillo y tenemos que usar otras palabras para designarlos, como bayoneta, puñal, navaja, etc.

Cuestión distinta de esa de la referencia o designación es la que se suscita cuando se entremezcla la semántica, el nombre apropiado para el objeto, con la pauta de correcto uso de dicho objeto. Es decir, si se entrecruzan el correcto nombrar y la correcta utilización del objeto en cuestión, sea cual sea esa pauta material o no lingüística de uso. Tal pasa, por ejemplo, si vemos que alguien pretende emplear un cuchillo perfectamente normal para con él talar un árbol con un tronco de enorme grosor. Ahí el hablante ordinario no dirá que

eso no es un cuchillo, sino que un cuchillo no es para eso, no sirve o no es apropiado para dicha tarea, está siendo impropriamente utilizado. Una variante más de ese problema se puede dar cuando vemos que alguien usa un cuchillo para asesinar alevosamente a otra persona. En este último caso no tendrá sentido que neguemos que el arma homicida es un cuchillo, y tampoco que discutamos que un cuchillo puede servir para asesinar, que es instrumentalmente apto para eso. Lo que sí tiene pleno sentido que sostengamos es que se trata de un uso inmoral de ese objeto que es un cuchillo.

Ahora pasemos al terreno del derecho. Socialmente se reconoce cuándo nos encontramos ante una norma que es jurídica, que es derecho. Por ejemplo, el Parlamento español aprueba, siguiendo las formas y procedimientos que para ello se prescriben y se conocen, una ley que establece un nuevo impuesto. Si a cualquier ciudadano español que recibe información suficiente de lo acontecido se le pregunta si esa ley es una ley, va a responder que sí. Si se le añade la cuestión de si esa ley es derecho, va a contestar que obviamente, pues qué son las leyes sino derecho o parte del derecho.

Ahora bien, todo sistema jurídico regula los mecanismos y condiciones de creación,

modificación, supresión y aplicabilidad de sus elementos, de las normas jurídicas, de las normas de ese respectivo sistema. Esos mecanismos y condiciones son de dos tipos, formales y sustanciales. Son formales los que fijan qué órganos, instituciones o sujetos pueden realizar dichas operaciones de creación, modificación y supresión del tipo de norma jurídica de que se trate y qué procedimientos o trámites han de llevarse a cabo para esos propósitos. Condiciones sustanciales son las que disponen o bien requisitos de encaje de las normas con otras normas del sistema (por ejemplo, cuando se sientan las condiciones del desarrollo reglamentario de las leyes), o bien condiciones de no contradicción de las normas con otras normas del sistema. Para el positivismo las normas jurídicas lo son por cumplir esas condiciones puestas por el propio sistema, y no dejan de serlo o lo son meramente por razón de su mérito moral o de cualquier otro tipo¹.

¹ En palabras de Gardner, se trata de la tesis nuclear del positivismo: “In any legal system, whether a given norm is legally valid, and hence whether it forms part of the law of that system, depends on its sources, not its merits” (John Gardner, “Legal Positivism”, en Aileen Kavanagh, John Oberdiek (eds.), *Arguing About Law*, Londres y Nueva York, Routledge, 2009, pág. 153).

No se pierda de vista un matiz importante respecto de las que acabamos de llamar condiciones sustanciales: como dice Gardner, “The validity of legal norms *can*

El incumplimiento de alguno de tales requisitos o condiciones puede dar lugar a que la que se pretendía norma jurídica integrante del sistema jurídico en cuestión acabe no siendo tal o no pudiendo operar como tal. Pero para que esa invalidación como jurídica de la norma que así se quería pueda acontecer, el mismo sistema jurídico fijará nuevas condiciones: dispone qué órganos pueden declararla y en el seno de qué procedimientos. Mientras tal declaración, así regulada, no acontezca, la norma de marras podrá ser invocada y aplicada. Cuestión diversa, y dependiente de los pormenores de cada sistema, será que, según quién y cómo declare la invalidez de la norma, esta resulte eliminada del sistema mismo con efectos generales o sólo dejada de lado en su aplicación a un caso concreto que se discute. Esa diferencia se aprecia, por ejemplo y en materia de control de constitucionalidad de las leyes, según que estemos ante un sistema de control concentrado o de control difuso de constitucionalidad. También es asunto variable, de sistema a sistema, el de la regulación de los efectos que la norma invalidada o preterida pueda surtir para el periodo anterior a dicha declaración o preterición.

depend on their content so long as it does not depend on the *merits* of their content" (ibid., pág. 158).

El tema que aquí nos interesa es el de a qué podemos llamar derecho, a qué normas podemos nombrar como jurídicas. Lo que el positivismo propone es que llamemos jurídicas y nombremos como parte del derecho (del sistema jurídico de que se trate) a aquellas normas que:

(i) Tengan la presencia o aspecto de tales por haber sido creadas con básico cumplimiento de los requisitos formales y procedimentales puestos en el sistema y socialmente reconocidos como tales a partir de la efectiva vigencia general de dicho sistema.

(ii) No hayan sido invalidadas, privadas de su condición de normas de ese sistema por los órganos para ello competentes y con arreglo al procedimiento para ese fin establecido.

(iii) O que surtan efectos por ser aplicables a hechos acontecidos con anterioridad a esa declaración de invalidez, como sucede, por ejemplo, cuando una declaración de inconstitucionalidad tiene efectos *ex nunc* y no *ex tunc*.

¿Qué consecuencias tendría un nombrar distinto? Respecto de (i) nos encontraríamos con que los sujetos, los ciudadanos, no sabrían cómo denominar una norma que parece claramente derecho porque tiene las propie-

dades formales de una norma jurídica, de una norma de ese sistema vigente. Ante la pregunta que un ciudadano se hiciera sobre si esa norma es derecho y como tal, meramente en cuanto derecho, lo obliga, tendría que responder que parece que sí es derecho pero que a lo mejor no lo es y que, por tanto, mejor no calificarla hasta que llegue una declaración posterior del órgano de control competente, declaración que puede no acontecer nunca. Habría que dejar de llamar derecho a lo que derecho parece y como tal se reconoce generalmente y que, además, nos va a ser aplicado mientras no acontezca, si es que acontece, su invalidación.

En lo anterior es importante y va implícita la diferencia entre normas con apariencia de derecho, pero que pueden acabar siendo nulas, invalidadas porque no cumplen concretamente algunos de aquellos requisitos y condiciones formales o sustanciales, y normas que nada tienen de aquella pretensión de juridicidad, o de apariencia de tal, por provenir de fuentes radicalmente inidóneas, según ese sistema vigente², o por no haber sido

² Hablamos aquí de fuentes en el sentido en que, entre tantos, ya lo hiciera Bobbio hace décadas: “*son fuentes del Derecho los hechos o los actos a los que un determinado Ordenamiento jurídico atribuye idoneidad o capacidad para la producción de normas jurídi-*

creadas ni con el más mínimo respeto a las formas y los procedimientos. Tal ocurriría, por ejemplo, si en el sistema español alguien se empeñara en llamar norma legal a la sentada por un consejo de ancianos municipales o por los parlamentarios, pero reunidos en un hotel rural en ruidosa y desordenada asamblea. Lo mismo tendríamos si una reunión de párrocos castellanos, pongamos por caso, decidiera derogar determinada norma del Código Civil. Mientras el sistema esté vigente en sus términos fundamentales, no se reconocerá socialmente como derecho ni será dentro de él efectiva como tal ninguna de esas que

cas. (Decimos *hechos o actos* según si se prescinde o se incluye el elemento subjetivo –conocimiento y voluntad–, propio del obrar humano, en los fenómenos a que el Derecho se refiere; con respecto a los hechos decimos *idoneidad* con respecto a los actos decimos *capacidad*)” (Norberto Bobbio, *El positivismo jurídico*, Madrid, Debate, 1993, trad. de R. de Asís y A. Greppi, pág. 169). Añade: “La importancia del problema de las fuentes del Derecho consiste en que con él se puede determinar la pertenencia de las normas que encontramos en la práctica cotidiana a un Ordenamiento jurídico: esas normas pertenecerán o no a un Ordenamiento según deriven o no de aquellos hechos o de aquellos actos a los que el propio ordenamiento atribuye la producción de sus normas” (ibid., pág. 169). “Por otra parte, los Ordenamientos jurídicos que han alcanzado una cierta complejidad y madurez, como los modernos, establecen por sí mismos las fuentes del Derecho, lo que significa que establecen por sí mismos los criterios de validez de sus propias normas” (ibid., pág. 170).

serían mutaciones básicas del mismo. Y si se reconocieran, el sistema habría cambiado, habría acontecido una revolución.

También interesa diferenciar entre reconocimiento social y reconocimiento técnico-especializado. Socialmente va a contar como derecho y va a ser nombrado así lo que tenga la mencionada apariencia mínima de juridicidad. Son los expertos, con su saber especializado y su dominio minucioso de los mecanismos intrasistemáticos, los que pueden apreciar que una norma aparentemente jurídica puede merecer la declaración de invalidez porque en ella no se cumpla uno de esos abundantes y complejos requisitos atinentes a los procedimientos o la ausencia de incompatibilidad con otras normas del sistema.

En cuanto a (ii), dejar de denominar norma jurídica a la que hipotéticamente puede ser un día invalidada o inaplicada por el órgano pertinente y en el marco del procedimiento al efecto establecido implicaría, nuevamente, no llamar derecho a lo que como tal se aplica por los órganos del sistema jurídico y a los ciudadanos y las instituciones, en ausencia de tal declaración, que tal vez nunca se dé, o mientras no acontezca. Decir que mi caso no ha sido por el juez resuelto conforme a derecho, ya que se me aplicó una norma que no es jurídica porque estimo o estiman muchos que

merecería tal invalidación supone quedarse sin nombre para una parte importante de las normas que socialmente son vistas como jurídicas y que por la Administración, los tribunales y los particulares cotidianamente se cumplen y se hacen valer. Si no es derecho, ¿cómo lo llamamos? ¿Por qué no llamarlo como lo llama la gente y como lo consideran esos órganos aplicadores?

En lo que se refiere a (iii) estamos en una tesitura similar. Si me dicen que la norma que a mi caso se aplicó es a partir de hoy, día de la publicación de la sentencia de inconstitucionalidad, norma inválida y por tanto, no parte del derecho español, pero que para mi caso, anterior a esa declaración, surte plenos efectos, ¿podré congruentemente mantener que no se resolvió en derecho y conforme a derecho mi asunto y que no fue nunca parte del sistema jurídico esa norma que se me aplicó? De la necesidad de sentar aquí distinciones da buena cuenta la diferencia conceptual que Alchourrón y Bulygin trazaron entre sistema jurídico y ordenamiento jurídico, pero repárese en que bajo su óptica positivista el apellido “jurídico” lo llevan ambas categorías.

Regresemos a aquellas comparaciones que hacíamos con lo que se puede denominar cuchillo. Por un lado, decíamos que podemos

toparnos con casos en los que dudemos de si a un objeto es mejor y más propio llamarlo cuchillo o bayoneta, puñal o navaja. Este tipo de dudas son relevantes cuando hablamos de derecho y sistemas jurídicos, pero en dos aspectos distintos, que no deben confundirse, aunque estén relacionados. Una cosa es preguntarse si una norma es jurídica o no, si pertenece o no al conjunto de tales que llamamos sistema jurídico, y otra es plantearse qué quiere decir la palabra o expresión "x" presente en la norma N de dicho sistema.

Para la resolución del primer tipo de dudas los sistemas jurídicos establecen los aludidos requisitos formales y sustanciales y disponen los órganos competentes para, en el marco del proceso correspondiente, efectuar la declaración dirimente, en la idea de que la norma con mínima apariencia de jurídica se considerará derecho y se aplicará como tal mientras dicha declaración no tenga lugar, dependiendo también de esa regulación la retroactividad o no de los efectos de dicha declaración.

En las cuestiones del segundo tipo no está en liza la juridicidad de la norma, sino su alcance y efectos para tales o cuales hechos. Ahí los problemas son estrictamente de interpretación y lo que el sistema fija es quién tiene la última palabra o la palabra decisiva a la hora de precisar el significado de las expre-

siones normativas para los casos que bajo las normas hayan de enjuiciarse y resolverse. El propio sistema jurídico da pautas muchas veces sobre cómo o con qué criterios pueden o deben interpretarse sus normas, y siempre fija quién puede hacer la interpretación última y determinante, la que vaya a misa, por así decir, y zanje en términos práctico-jurídicos la cuestión, sea para el caso concreto, sea para casos futuros.

Tenemos, pues, que la diferencia entre la disputa que en un grupo de individuos puede surgir sobre si un determinado objeto debe contar o no como un cuchillo y la que aparece sobre si una determinada norma es o no jurídica radica en que para esta última el sistema jurídico prevé mecanismos decisorios que dictaminan con autoridad, con la autoridad que el propio sistema les otorga. Podrá un sujeto seguir convencido de que esa norma que se dice que es jurídica no merece la consideración de tal, pero para el sistema lo será mientras no se declare su invalidez o, más radicalmente, cuando positivamente su validez haya sido ratificada.

Con esto último arribamos a un aspecto muy importante para nuestro asunto, el de si tiene sentido y resulta mínimamente funcional, en términos prácticos y operativos, que un sujeto o un grupo de individuos se empecine

en no llamar derecho o no calificar como jurídicas aquellas normas que para el propio sistema lo son y que socialmente se imponen y tienen vigencia y son aplicadas en cuanto que tales. Será algo parecido a si alguien se empecina en que no se denomine cuchillo a un objeto que para la generalidad lo es sin duda, y que tal empeño responda a que algo hay en ese concreto cuchillo que a esa persona no le agrada o porque posee una propiedad que en su opinión particular no lo hace merecedor de ser un verdadero cuchillo, como pueda ser la de no estar bien afilado y no servir para cortar con comodidad.

Recordemos que del cuchillo decíamos que alguien puede estimar que es usado para un cometido que no le es propio o para el que no es instrumento adecuado, como talar un árbol de muy grueso tronco, o que se utiliza con fines moralmente reprobables, como asesinar a alguien. Nos planteábamos si esas serían razones aptas para justificar que a ese cuchillo dejara de llamárselo cuchillo y se lo denominara, por ejemplo, no-cuchillo, puro metal con mango o cuchillo que por aberrante deja de ser tal. Parece que no. ¿Y qué sucede en el caso del derecho, de las normas jurídicas? ¿Dejan de ser jurídicas esas normas cuando no se emplean para los fines apropiados a su naturaleza o cuando se ponen al servicio del mal moral, de la inmoralidad?

No interesan aquí tanto las consideraciones sobre las funciones del derecho, sean la funciones posibles, sean las que demanda un determinado modelo de Constitución y de Estado, sino si la insuficiente satisfacción de las funciones que se le asignen o el uso de sus normas para objetivos que se entienden para el derecho inadecuados privan a las respectivas normas de la cualidad de jurídicas y al respectivo sistema de su catalogación posible como derecho, como sistema jurídico. Si afirmamos que un derecho que no cumpla tales o cuales funciones concretas deja de ser tal, tendríamos que reconocer que lo que generalmente se entiende como derecho de muchos países o Estados no es verdadero derecho, sino otra cosa. Deberíamos, entonces, ponernos de acuerdo en el nombre de esa otra cosa, sea dicho nombre el de fuerza bruta, arbitrariedad, dominación ajurídica o el que se quiera, y, al tiempo, habría que plantearse una estrategia para que le gente, tanto del propio país como de los otros, dejara de llamar “derecho” de ese Estado a las normas que no son jurídicas por carecer de esa función definitoria de lo jurídico. Una quimera, tanto lingüística como práctica o comunicativa. Tendríamos que terminar por usar circunloquios o expresiones del tipo “las normas de ese Estado E que parecen derecho pero no lo son en modo alguno o que no lo son del todo”. Confuso y poco práctico proceder,

sin duda. O incurrir en contradicciones expresivas y pragmáticas como la de decir que “el *derecho* de E no es derecho”. Si no es derecho ese derecho, ¿por qué partimos de llamar derecho a lo que luego mantenemos que no es tal?

Un derecho que no se emplee para lo que sean o nos parezcan sus funciones propias y viables es como aquel cuchillo que utilizábamos para talar en gran árbol: no deja de ser cuchillo aunque su usuario sea necio.

En la teoría del derecho del siglo XX ha habido algún debate muy interesante sobre otro aspecto instrumental o práctico del derecho, el de si este puede llegar a autosabotearse por razón del torpe o inadecuado modo en que disponga su propio funcionamiento. Igual que de un cuchillo extraordinariamente mellado o muy roto podemos empezar a preguntarnos cuándo deja de ser un cuchillo o, al menos, un cuchillo que valga para cualquiera de las cosas que con los cuchillos propiamente se hacen, cabe que nos interroguemos sobre en qué momento aproximado un sistema jurídico se autoorganiza de tal manera inadecuada o tiene unos caracteres que hacen inviable su propia operatividad efectiva.

Dos son en este punto las cuestiones a las que merece la pena aludir, aunque sea nada

más que de pasada. Una, la discusión sobre las relaciones entre eficacia y juridicidad o condición de derecho de un sistema de normas. Kelsen y Ehrlich, por ejemplo, se enfrentaban a propósito de ese tema y tuvo el muy normativista Kelsen que hacer determinadas concesiones al condicionamiento fáctico de la juridicidad.

El otro debate sí versa sobre si un sistema jurídico puede autosabotearse y volverse inoperante por motivo de sus contenidos y modo de organización. A tal cuestión parece que están aludiendo Fuller o Hart, aun con sus notables diferencias, cuando el primero habla de la moralidad interna del derecho o el segundo del contenido mínimo de derecho natural, expresiones ambas poco afortunadas, pues no quieren tanto decir que un derecho, para sobrevivir como tal, tenga que adecuarse mínimamente a alguna moral material u objetiva, cuanto a que se desactivaría a sí mismo un derecho cuyas normas fueran todas retroactivas, o cambiaran cada día, o carecieran todas de sanciones para su incumplimiento, etc.³; o, podría añadirse, desarrollando otro

³ “Cabe distinguir entre dos tipos de exigencias morales que pueden estar en una relación necesaria con el sistema jurídico: formales y materiales. Un ejemplo de una teoría que sostiene una conexión necesaria entre criterios morales formales y el sistema jurídico es la de

aspecto de la teoría de las normas de Hart, que no tuviera normas de cambio y normas de adjudicación.

Pero alrededor de estos asuntos anteriores no suele girar la polémica entre positivistas y antipositivistas, sino que versa más que nada sobre si el uso inmoral del derecho priva a las correspondientes normas de ese carácter de derecho. Recordemos que aquí la comparación era con el problema de si el cuchillo que se utiliza para asesinar sigue siendo o no un cuchillo. Nos extrañaría que alguien defendiera que desde el momento en que ese objeto, el cuchillo, se usa con propósitos de asesinato deja de ser un cuchillo, que se afirmara algo así como que “este cuchillo ya no es un cuchillo, sino un metal asesino”. Las razones para negarle al objeto la condición de cuchillo provendrían de la inmoralidad de su uso. No podríamos, pues y según esa postura, procla-

Fuller sobre la moralidad interna del derecho (*internal morality of law*). Aquí incluye Fuller los principios del Estado de derecho (*legality*) tales como la generalidad de la ley (*generality of law*), la publicidad (*promulgation*) y la prohibición de la retroactividad (*retroactive laws*). En cambio, se trata de la conexión entre criterios morales materiales y el sistema jurídico cuando Otfried Höffe afirma que sistemas normativos que no satisfacen determinados criterios fundamentales de la justicia no son órdenes jurídicos” (Robert Alexy, *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1997, trad. de Jorge M. Seña, págs. 37-38).

mar nunca que el asesinato se cometió con un cuchillo, y habría que decir que el asesinato se perpetró con lo que al cualquiera le parecerá un cuchillo, pero que no lo es, pues a los cuchillos les es ontológicamente inmanente que no pueden ser empleados para asesinar.

Esa confusión entre la cosa y los juicios morales sobre su utilización es la que viene a cuestionar el positivismo, simplemente eso. Pero a nuestra comparación se podría quizá objetar que mezcla el objeto externo con las intenciones o prácticas de su usuario y que no va por ese camino la vinculación inmanente entre derecho y moral; que la analogía podría ser pertinente si se diera con una norma y su uso torticero o mal intencionado. Es decir, que el ligamen entre normas jurídicas y moral se aplica respecto de las propiedades definitorias de las normas jurídicas. Expliquemos esto un poco mejor.

Cabría la comparación, se objetará, si entre las propiedades definitorias del cuchillo hubiera una de carácter moral. Pues lo que el antipositivismo hace es añadir una propiedad moral constitutiva y definitoria al “objeto” norma jurídica. Para los antipositivistas, entre esas propiedades constitutivas y definitorias del “objeto” norma jurídica está la de que su contenido no puede ser inmoral, o fuertemente inmoral. En consecuencia, la norma jurídi-

ca o el objeto que en principio parezca tal no será en verdad norma jurídica si carece de esa propiedad, si no cumple dicha condición.

Trabajemos con otro ejemplo. Los curas de mi colegio solían contarnos que la práctica sexual sin amor no es propiamente sexo, sino mera genitalidad. No admitían que pudiera darse verdadero sexo sin amor, aunque amor sin sexo sí cabía y hasta era en muchos casos lo más recomendable. Similarmente, los antipositivistas proclaman que no puede haber derecho sin un mínimo de moralidad, aunque sí existe la moral sin juridicidad. O sea, que una norma jurídica deja de ser jurídica si es inmoral, pero una norma moral no deja de ser moral si resulta antijurídica, esto es, de contenido opuesto al derecho, a alguna norma jurídica. La moralidad (o una moralidad mínima) es condición definitoria de lo jurídico, pero la juridicidad no es condición definitoria de lo moral. De esa forma, lo que el antipositivismo propugna es una superior jerarquía de la moral sobre el derecho, ya que aquella puede condicionar los contenidos de este, pero no a la inversa.

Las variantes de las doctrinas antipositivistas se derivan del tipo de naturaleza u ontología que atribuyan a esa moral que ponen como condición de lo jurídico. Para el iusnaturalismo teológico era la moral

cristiana, bajo la forma de ley eterna y su reflejo en la ley natural, grabada por Dios en la naturaleza humana. Para el iusnaturalismo racionalista se trataba de las pautas morales, insertas “naturalmente” en la naturaleza humana, parte constitutiva de esa naturaleza humana y cognoscible mediante la razón. Para el iusmoralismo no iusnaturalista o bien se trata de una moral objetiva, en sí subsistente y cognoscible mediante la intuición o una reflexión ética metódicamente guiada, o bien de algún tipo de moral social positiva común a todos los pueblos en un momento histórico dado (tal era la postura de Radbruch o del llamado derecho natural de contenido variable) o de la moral socialmente vigente en el Estado o grupo humano en el que surge un sistema jurídico, moral que da su sentido último al respectivo sistema jurídico, lo complementa y, en su caso, lo corrige o condiciona (Dworkin). El neoconstitucionalismo va un paso más allá y, presuponiendo o bien el tipo de moral a que se refieren Dworkin o Radbruch, o bien algún género de moral objetiva como la que la alemana Jurisprudencia de Valores ponía en la base de los sistemas jurídicos, insiste en que esa moral está presente como sustancia o esencia última de las constituciones vigentes.

Sea como sea, el elemento común y característico es ese de colocar un componen-

te de moralidad como condición definitoria del derecho. Por consiguiente, para el antipositivismo no serán parte del derecho, no serán con propiedad jurídicas, las normas de contenido inmoral o fuertemente inmoral y no se deben aplicar las normas jurídicas que, aun no siendo en su contenido abstracto inmorales, conduzcan en el caso concreto que se enjuicie a una solución incompatible con la moralidad de referencia.

2. Las dos notas con que el positivismo caracteriza el derecho

El positivismo jurídico es una manera de nombrar, es una opción sobre qué es funcional y comunicativamente más razonable llamar derecho. Su razón fundamental es que no se debe confundir la denominación socialmente establecida sobre lo que cuenta como derecho con las pretensiones que se tengan sobre cómo debería ser o cómo debería usarse y para qué el derecho. Es, pues, antes que nada, una tesis conceptual y semántica. Cada persona o grupo pueden tener su opinión sobre el cuchillo mejor, sobre el sexo ideal o sobre el amor perfecto, pero no está en su mano determinar las propiedades del concepto de cuchillo y, en consecuencia, la referencia de términos como “cuchillo”, “amor” o “sexo”.

Desde ese núcleo de la tesis se pueden comprender las dos notas con que el positivismo acostumbra a presentarse, la de la separación conceptual entre derecho y moral y la del carácter convencional del derecho.

La separación conceptual se capta bien si volvemos al caso del sexo y el amor. Conceptualmente somos perfectamente capaces los hablantes de nuestro idioma de diferenciar y separar amor y sexo y de ver los dos términos como alusivos a prácticas o sensaciones distintas. Una cosa es la práctica sexual y otra el sentimiento amoroso. Gracias a que poseemos esos dos conceptos podemos distinguir y catalogar tres situaciones diversas, atinentes a la relación entre esas dos “cosas”. Así, discernimos cuando se da amor sin sexo, sexo sin amor o lo uno junto con lo otro. Correlativamente, la presencia del concepto de moral y del de derecho (o de norma moral y norma jurídica) nos capacita para determinar cuándo estamos ante una norma moral que no es jurídica o que es antijurídica (opuesta al contenido de una norma jurídica), ante una norma jurídica que no es moral o que es inmoral (opuesta al contenido de una norma moral), o ante un contenido normativo que se corresponde tanto con el de una norma moral como con el de una norma jurídica.

Lo que decimos de esa separación conceptual vale también para distinguir el derecho de otras “cosas”, como la economía. Una norma jurídica cuyo contenido esté en pugna con los dictados de la economía no deja de ser jurídica por ser antieconómica, inconveniente o contraproducente desde el punto de vista económico⁴. Y una ley de la ciencia económica tampoco pierde su validez científica, si la tiene, por estar reñida con los dictados del derecho vigente. Por las mismas, también distinguimos el sexo del placer y, aunque muchas veces vayan de la mano, podemos entender que haya sexo sin placer y placeres sin sexo, placeres no sexuales. Tal capacidad para distinguir es perfectamente independiente de las convicciones que cada cual pueda tener sobre cuáles son las mejores o más adecuadas vivencias o prácticas del amor, del sexo y del placer. Más aun, si tales concepcio-

⁴ En palabras de Alexander Somek, “Morality is not a necessary condition of legal validity. The separability thesis extends to other modes of evaluating norms on their merits, for example, on grounds of either economic efficiency or comprehensibility. Inefficient norms are just as legally valid as regulations that are too complex to make any sense” (Alexander Somek, “The Spirit of Legal Positivism”, *German Law Journal*, vol. 12, n° 2, 2011, pág. 733). Similarmente, Jon Gardner: “Legal positivists line up equally against views according to which the validity of law depends upon, for example, its economic or aesthetic merits” (John Gardner, “Legal Positivism”, cit., pág. 168).

nes pueden afirmarse y desarrollarse es precisamente gracias a ese arsenal de conceptos diferenciables y combinables en relaciones variadas.

No parecería razonable que alguien adujera que expresiones de nuestra lengua, como la que permite llamar “hacer el amor” a ciertas práctica sexual sean prueba de que sexo y amor están inescindiblemente unidos en un concepto único y complejo, de modo que no pueda existir sexo sin amor, sin sentimiento amoroso. La presencia de dicha expresión sólo prueba que la palabra “amor” es ambigua, tiene significados distintos. Otro tanto ocurre con la expresión “no hay derecho”, que usamos para indicar que una situación nos parece injusta. Lo único que aquí se comprueba es que también la palabra “derecho” es ambigua y no solo se emplea para aludir a un conjunto de normas pertenecientes a un sistema jurídico. Lo que no resulta fácilmente comprensible es que alguien use tales ambigüedades semánticas para sostener que todo sexo tiene necesariamente una dimensión amorosa o que a todo derecho le es inmanente un contenido mínimo de justicia.

Algo parecido sucede con las teorías tridimensionales del derecho cuando se invocan como tesis opuestas al positivismo. En su formulación estándar esa teoría tridimensional

dice que el derecho es norma, y como tal calificable en términos de validez o invalidez formal o propiamente jurídica; hecho, y como tal calificable en clave de eficacia o ineficacia; y valor, y como tal tildable de bueno o malo, justo o injusto, moral o inmoral. Perder de vista cualquiera de esas dimensiones supondría, se dice, dejar de lado un aspecto esencial de la ontología de lo jurídico, pues el derecho propiamente dicho sólo se da en aquellas normas que reúnen las tres condiciones positivas: validez, eficacia y justicia.

Se trata de una grosera confusión entre el objeto y los puntos de vista sobre el objeto. Un cuadro, por ejemplo, una obra pictórica, puede ser contemplado y calificado desde múltiples ópticas o puntos de vista: su belleza a tenor de los cánones estéticos, la moralidad de la escena que represente, conforme a los patrones morales, el precio o valor económico, según los dictados económicos o del mercado del arte. ¿Tendría sentido que defendiéramos que un cuadro es arte nada más que si combina las propiedades de ser bello, de representar escenas o situaciones no inmorales y de ser económicamente valioso? De esa forma, si el artista representó una violación o una estampa sacrílega o si por su cuadro no le dan más de cuatro euros, no sería artística su obra en modo alguno, aunque para los

estándares estéticos pudiera considerarse una obra de primera.

Además, suena arbitrario, ya puestos, que se limiten a tres las dimensiones de lo jurídico. ¿Por qué no igualmente una dimensión estética, ya que de las normas o su redacción podemos hacer juicios en términos de belleza o fealdad literaria? ¿Y una dimensión económica, puesto que podemos juzgar de sus efectos económicos positivos o negativos? ¿Y una religiosa, pues sus contenidos pueden verse como pecaminosos o acordes con el dogma de tal o cual religión? Y así sucesivamente. Un cuchillo será un cuchillo al margen de que se use mucho o poco, de que nos parezca moral o inmoral que se fabriquen cuchillos, de que se venda caro o barato, de que sea hermoso o feo, etc., etc. Sobre un cuchillo, una práctica sexual, un sentimiento amoroso o una norma jurídica pueden combinarse múltiples puntos de vista y juicios de muy diverso tipo. Pero cuando se nos pregunta qué es un cuchillo sólo podremos caracterizarlo con propiedad si enumeramos las notas del concepto y las claves de la referencia del término “cuchillo” en nuestra lengua.

Imaginemos que encuentro una piedra y que deseo saber de qué mineral se trata o qué minerales la componen. Voy al geólogo y,

tras los análisis pertinentes en su laboratorio, dictamina que se trata de cuarzo; mas añade: “pero este cuarzo es tan feo que en realidad se trata de un cuarzo que no es cuarzo, sino que sólo lo parece, ya que el verdadero cuarzo sólo puede ser hermoso”. Tendríamos a dicho geólogo por un chalado que no sabe distinguir los objetos de su ciencia de sus juicios estéticos personales. Si para la comunidad científica de los geólogos y para la gente en general esa piedra tiene las propiedades del cuarzo, acreditadas además por los procedimientos de análisis de la ciencia geológica, no será de recibo negar que sea cuarzo porque es un pedrusco muy feo o porque una vez alguien mató a otro golpeándolo con una piedra de cuarzo o con esa misma piedra de cuarzo.

¿Y si a usted le preguntan si el derecho español permite el aborto voluntario dentro de un plazo? ¿No incurre en el mismo sinsentido si contesta que hay en el derecho español una norma que sí lo permite pero que en realidad esa norma no es jurídica ni forma parte de tal derecho porque el aborto es suprema inmoralidad? Su interlocutor sigue con el interrogatorio: ¿Acaso esa norma ha sido anulada por el órgano competente para tales anulaciones? Usted dice que no, que no lo ha sido (supongamos, además, que el Tribunal Constitucional ha sentenciado que dicha norma no es inconstitucional), pero que

en realidad nadie necesita anularla porque ya es nula de por sí. Y sigue, pertinaz, el interrogador: ¿qué le sucede, entonces, a la mujer que se somete voluntariamente a un aborto dentro de ese término o bajo esas condiciones, o al médico que lo practica? Usted: no les sucede nada, no los condenan, conforme al derecho vigente, sólo que ese derecho vigente en realidad no es derecho y esas personas deberían ser sancionadas si el derecho fuera como debería ser, si en lugar de regirnos por el derecho vigente nos gobernáramos por el verdadero derecho. ¿No sería mejor que usted dijera que el derecho es el que es, pero que a usted no le gusta nada y que piensa que debería cambiarse?

Ahora supóngase que es derogada la norma que permite el aborto voluntario en ciertos casos o dentro de determinado plazo. Todo aborto voluntario pasa a ser delito y a acarrear sanción penal. Viene un conciudadano y le pregunta si en nuestro derecho está permitido el aborto voluntario, al menos en alguna circunstancia. Usted le aclara que no, pues hay en nuestro ordenamiento una norma que lo veda y lo castiga. Pero resulta que ese que con usted dialoga es un declarado defensor del derecho al aborto y no ve inmoralidad o injusticia en su práctica, sino en su prohibición. No son pocas las personas que así opinan, en razón de su sistema moral, de su

concepción de la moralidad, del bien y de la justicia. Ese interlocutor suyo es un iusmoralista y un antipositivista como usted, solo que su moral es bien distinta de la suya, de la de usted. Así que ante su referencia a la norma jurídica positiva, él le replica que, de tan injusta, esa norma prohibitiva del aborto no es auténtico derecho y que el verdadero derecho no prohíbe el aborto, sino que lo permite, por lo cual, las condenas de quienes abortan voluntariamente o practican abortos no son condenas conforme a derecho, sino puros actos de poder antijurídico o ajurídico. Entonces usted aduce que la norma vigente no solo es derecho, sino que es además derecho justo y, por consiguiente, derecho genuino.

¿Tiene salida ese debate? Parece que sólo es pensable una: que se pongan de acuerdo sobre los hechos y su nombre y que distingan los hechos de su calificación moral, económica, política, estética o cualquier otra. El hecho es que aquí y ahora el derecho dice que el aborto está prohibido o permitido. Y también es un hecho que el juicio moral sobre la respectiva norma puede ser discrepante. Pero la discrepancia moral sobre los hechos no tiene que ser confundida con la constatación de los hechos, con el juego de los conceptos y con los nombres de las cosas. Si cada uno llama derecho nada más que a las normas que a él le parecen moralmente admisibles, inclu-

so desde su concepción personal del objetivismo moral y de la verdad moral, y si ese modo personalizado de nombrar se impone generalmente, deja de haber en la sociedad derecho, por no existir un concepto común de derecho: el término pierde su referencia en el lenguaje que compartimos. Pero lo cierto es que en cada sociedad, y en la nuestra, el término derecho sí tiene una referencia común compartida, pese a quien pese.

Pongámonos ante una sociedad en la que tal situación se produjera, en la que cada uno sólo considerara derecho aquellas normas que son acordes con su moral. Sería imposible saber, en los casos de discrepancias entre las morales de los individuos o los grupos, si el derecho permite o prohíbe el aborto, ya que el veredicto de cada persona o cada grupo será discordante. No sería raro que de tal caos práctico se intentara salir mediante un acuerdo: el acuerdo de dar a la norma jurídica el contenido que determine la mayoría. Se inventaría la democracia como procedimiento para crear derecho positivo vinculante para todos por encima de los juicios morales de cada uno. Por eso puede sostenerse que, en su fundamento como sistema jurídico-político de una sociedad reconocidamente pluralista, la democracia exige el positivismo en el modo de identificar y nombrar el derecho. *La democracia supone el acuerdo para sentar y hacer*

en común vinculantes, bajo la forma de derecho, las normas sobre las que discrepamos, pero que, por versar sobre asuntos importantes para la convivencia colectiva, tienen que ser normas que rijan para todos. Por eso en democracia se legisla el derecho de todos, pero no, en modo alguno, la moral de cada uno. Porque el derecho es de todos y para todos, guste o disguste a unos o a otros, mientras que la moral es de cada uno y desde la moral de cada uno hace cada cual sus propuestas para todos y participa en las reglas del juego común de la legislación. Quien pone condiciones personales de validez a las normas democráticamente legisladas se sustrae al juego compartido de la democracia y coloca sus valores personales por encima del valor de ese sistema⁵.

⁵ Resulta de lo más tentador reproducir aquí la clasificación propuesta por Ulises Schmill ("El positivismo jurídico", en Ernesto Garzón Valdés, Francisco J. Laporta (eds.), *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, 1996, pág. 74). Dice:

"Si consideramos la posición que, pragmáticamente puede asumirse con respecto a las relaciones posibles entre un conjunto personal de principios o máximas personales y un orden de normas válido preexistente, podemos encontrar, en general, que estas relaciones tipifican posturas que han sido asumidas en el ámbito de la política:

1) considerar el orden personal de normas como *idéntico* al orden normativo preexistente; es la consideración que haría un *conservador optimista*.

Naturalmente, la democracia no es impepible y ese sistema de decisiones en común sobre los asuntos concernientes a la convivencia de todos y sobre los que individual y grupalmente discrepamos no es insoslayable. Hay una alternativa, la del autoritarismo y la dictadura: que la persona o grupo que se considere en posesión de la verdad moral suprema imponga su ley a los otros, aunque estos otros sean mayoría. Pero en ese caso la pretendida razón necesitará el soporte de la fuerza, de la represión. En democracia legisla la mayoría porque es mayoría, no porque tenga razón o sea propietaria de la verdad moral. Las dictaduras, en cambio, se legitiman por la posesión, pretendida, de la verdad y reprimen la discrepancia, sea de minorías, sea de la mayoría, por considerarla sinrazón, aberración pura, supremo descarrío. La dictadura, a diferencia de la democracia, presupone la división de la sociedad entre seres superiores, llamados a mandar, y seres infe-

2) considerar el orden personal de normas existiendo *independientemente* del orden normativo preexistente; es la consideración que haría un *pluralista democrático*.

3) considerar el orden personal de normas como *supraordenado* al orden normativo preexistente, el cual deriva su validez de aquél; es la consideración del *autoritarismo*.

4) considerar que el orden personal de normas está supraordenado al orden normativo preexistente y lo *deroga* en caso de contradicción entre ellos; es el caso del *autoritarismo intolerante*".

riores, abocados a obedecer. Superiores son, por supuesto, los que conocen la verdadera moral, e inferiores los que no la conocen o no son capaces de conducirse en conformidad con ella.

Una rama muy potente del iusmoralismo de nuestros días transita por una ruta que puede parecer intermedia y no antidemocrática, no contramayoritaria. Lo hace basándose en las doctrinas llamadas constructivistas. Los constructivistas parten de que, al comunicarnos y convivir, todos asumimos ciertos presupuestos, presupuestos que tienen valor normativo. Por ejemplo, y dicho sea con suma sencillez, cuando optamos por hablar con otro, en lugar de emplear con él la violencia para forzarlo a obrar en nuestro interés o según nuestras preferencias, lo estamos reconociendo como un igual cuyas razones valen como las nuestras y merecen ser ponderadas con imparcialidad. Lo que tendríamos que preguntarnos, según el constructivismo, es a qué acuerdos llegaríamos sobre esos temas a propósito de los cuales inicialmente podemos discrepar por razón de nuestros intereses o nuestras convicciones individuales; qué acuerdos alcanzaríamos si nuestro razonar conjuntamente y dialogar se llevara a cabo de conformidad con algún procedimiento discursivo que garantizara la imparcialidad del resultado, para que ese resultado ya no sea expresión

de alguna forma de dominación o del simple cómputo de mayorías y minorías, sino manifestación de lo que aquí y ahora la razón exige para el objeto de nuestro debate. En otras palabras, nos preguntamos a qué acuerdos arribaríamos si nos encontráramos, por ejemplo, en la habermasiana situación ideal de habla o en la rawlsiana posición originaria y bajo el velo de ignorancia. En cuanto estemos de acuerdo sobre lo que acordaríamos en esa situación hipotética e ideal en la que se respetaran plenamente las condiciones de imparcialidad del razonamiento, habremos dado con lo que buscábamos, a saber, cuál es la solución racional para nuestro debate aquí y en este momento.

¿Sobre qué pueden tratar esas discusiones nuestras aquí y ahora? Pues sobre cosas tales como si el aborto debe estar prohibido o permitido por el derecho o sobre si debe ser delito o no la apología del terrorismo o sobre si debe ser delito o no la negación de holocausto o sobre si es preferible modificar los tramos del impuesto sobre la renta o aumentar los impuestos indirectos. Aquí y ahora, mortales, prejuiciosos y parciales, no nos ponemos de acuerdo, pero si no estuviéramos obnubilados por prejuicios e interesadas ideologías, sí que lo lograríamos, se supone. ¿Cómo sale el constructivista del embrollo? ¿Cómo puede llegar a saber, él solo, lo que él

mismo preferiría si en lugar de ser él mismo, una persona marcada por su particular situación, fuera él y fueran todos los interlocutores posibles sujetos perfectamente racionales y capaces de razonar de modo plenamente imparcial? No sé, pero lo sabe. Lo sabe, ya que nunca oímos a un constructivista decir que sus personales convicciones sobre el asunto en disputa son tales, pero que una vez pasadas por el tamiz del diálogo plenamente intersubjetivo y racional se ha dado cuenta de que estaba equivocado y de que la postura correcta es la que otro mantenía. No, lo que el constructivista hace siempre es tildar como racional o razonable su postura subjetiva, puesto que ya la habría pasado por ese filtro hipotético de la intersubjetividad y, en consecuencia, su idea subjetiva ya no es meramente subjetiva, sino la intersubjetivamente racional. Por eso son tan divertidas y aleccionadoras las discrepancias entre constructivistas, porque todos se dicen respaldados por el mismo experimento hipotético, por la misma imaginación de lo que nacería de un diálogo perfecto entre sujetos imparciales. El proceder constructivista siempre da a los constructivistas la razón; le da la razón a cada uno y no hay manera de que se pongan racionalmente de acuerdo entre ellos. Quizá necesitarían un metaconstructivismo: un constructivismo para constructivistas, un constructivismo de segundo grado; y así sucesivamente.

Nos hemos alejado bastante del punto que tratábamos, el de la tesis positivista de la separación conceptual entre derecho y moral, pero los temas estaban relacionados. Vamos ahora con la tesis del carácter convencional de todo derecho. Consiste en mantener que el derecho es cosa de este mundo y no de otros mundos hipotéticos o imaginarios, y que se hace en las sociedades o por las sociedades. El derecho por tanto, no es natural, sino obra social, y no se basa en constataciones, sino en decisiones y acuerdos. Derecho es lo que la sociedad entienda como derecho y no lo que como tal exista en alguna otra parte independiente y separada de los acuerdos sociales efectivos y del imaginario social. Derecho es, en suma, lo que una sociedad piensa, vive y practica como derecho⁶. Por eso los caracteres de los sistemas jurídicos y, por supuesto, los contenidos de las normas jurídicas cambian de sociedad a sociedad y de época a época.

⁶ La tesis del carácter convencional del derecho se llama también tesis del carácter social del derecho y, en cuanto elemento nuclear del positivismo jurídico, Raz, entre tantos, la describe así: “In the most general terms the positivist social thesis is that what is law and what is not is a matter of social facts”, y tal tesis expresa “the view that the law is posited, is made law by the activities of human beings” (Joseph Raz, “Legal Positivism and the Sources of Law”, en Aileen Kavanagh, John Oberdiek (eds.), *Arguing About Law*, Londres y Nueva York, Routledge, 2009, pág. 117).

Lo que el positivismo defiende es, repito, que todas las normas son de este mundo y que se trata de “objetos” socialmente creados, en su forma y en sus contenidos, que son hechos sociales de cierto tipo, constructos del imaginario social que gobiernan las prácticas sociales. En otras palabras, que no hay parámetros extra o suprasociales que determinen lo que en tal o cual sociedad puede ser o no derecho. El derecho es social porque cada sociedad tiene y pone en práctica el suyo, y su carácter convencional indica que ninguna normatividad puede socialmente operar si no es colectivamente reconocida como tal: como normatividad que permite calificar las conductas como debidas o indebidas. Con la evolución de las sociedades y hasta llegar a la época moderna, lo que habría tenido lugar es un proceso de decantación de distintos tipos de normatividades, de forma que en estas sociedades más complejas se reconoce de hecho la diferencia entre diversos patrones y sistemas normativos: religioso, moral, jurídico, etc. Gracias a esas convenciones establecidas y vigentes socialmente, podemos diferenciar, por ejemplo, entre moral y derecho, y decir cosas tales como que la conducta X es acorde con la moral, pero no con el derecho, o que la conducta Y es conforme con el derecho pero contraria a los preceptos de la religión.

Cuando el antipositivismo rebate el carácter convencional de todo derecho posible ha de estar presuponiendo algún tipo de normatividad no convencional, por sí subsistente y existente al margen del pensar y las prácticas de las sociedades. Para el iusnaturalismo teológico esa normatividad vive, bajo la forma de ley eterna y ley natural, en el orden de la Creación, en cuanto proviene de la razón y voluntad de Dios. Para el iusnaturalismo racionalista el derecho natural no es convencional porque está presente en la naturaleza humana, igual que en ella se hallan el hígado o el corazón, si bien bajo forma no empírica o fáctica de existencia. Al fin y al cabo, la naturaleza humana se componía de cuerpo, la parte empírica, y alma, la parte no empírica pero igualmente “natural”. Del mismo modo que el alma debía gobernar el cuerpo para que la naturaleza del hombre no se rebajara a naturaleza meramente animal, las normas ideales o no empíricas del derecho natural tenían que primar sobre las normas positivas o de creación social. El humano, un ser con dos naturalezas o con una compleja naturaleza doble, tenía que estar guiado por dos normatividades que se concilian en una normatividad compleja en la cual el derecho natural está por encima y pone límites al derecho positivo.

Pero el iusmoralismo antipositivista de hoy no es solo o no es todo iusnaturalismo. Ese iusmoralismo tiene que presuponer, sin embargo, algún tipo de objetividad de las normas morales, si es que éstas pueden y deben acotar los caracteres o contenidos posibles de las normas jurídicas, de las normas que resultan de las convenciones sociales. Dicho de otra manera, para que el antipositivismo pueda objetar seriamente, desde la moral, la tesis positivista del carácter convencional de todo derecho, debe dar por sentada una moral de carácter no convencional, que no sea también un producto contingente de las respectivas sociedades. Porque si la moral también es convencional, al igual que el derecho, se pierde irremisiblemente la base para sostener que hay una parte del derecho que es moral y, por tanto, no convencional. Si esas normas morales no convencionales y, por tanto, distintas de la moral social positiva viven en la mente o la voluntad de Dios, retornamos al iusnaturalismo teológico. Si están insertas en la naturaleza humana o en un orden natural y necesario del mundo, en la naturaleza de las cosas, no hemos salido del iusnaturalismo racionalista. Si están en otra parte, ¿dónde están, cómo son y cómo cabe conocerlas? ¿Y cómo es posible que unos lleguen a su preciso conocimiento y a otros no se les alcance?

El iusmoralismo sólo dejará de ser o parecer una doctrina con endeble fundamento si va de la mano de un bien desarrollado y adecuadamente explicitado objetivismo y cognitivismo ético. No será misión imposible, pero es misión necesaria si sus invocaciones de la moral como límite al derecho y a su carácter convencional tienen que parecer algo más que interesado argumento para hacer pasar las preferencias morales subjetivas del iusmoralista por tesis objetivas sobre el bien y la justicia.

3. A qué no compromete el positivismo

Recapitulemos. Lo que el positivismo viene a proponer es algo extremadamente sencillo. Por una parte, nos plantea que por qué vamos a dejar de llamar derecho lo que aquí y ahora, en la sociedad que sea, se entiende como derecho, se aplica como derecho y se denomina derecho; que por qué vamos a prescindir del concepto delimitado de derecho, una vez que se ha llegado, en los hechos sociales, a esa delimitación. Y, en segundo lugar, que si se sostiene que hay derecho “fuera de aquí”, independiente de las convenciones sociales en las que se asienta la convivencia de unos u otros grupos, habrá que fundamentar muy convincente y detalladamente dónde está ese derecho que no es de aquí, sino de todas partes, y que no es de este

tiempo nuestro, sino de cualquier tiempo. Porque afirmar que existe puesto que yo creo en él no parece que pueda ser razón suficiente para imponerlo como derecho de todos o como límite de los contenidos posibles de nuestras convenciones, acuerdos y procedimientos de decisión.

Con nada más nos compromete el iuspositivismo. No compromete: (i) con el juicio moral positivo sobre el derecho como tal o con los contenidos de sus normas y, por tanto, con la preferencia por la obediencia a las normas jurídicas; (ii) con el juicio político positivo sobre la aplicación de las normas jurídicas o la obediencia a ellas; (iii) con el escepticismo o el relativismo moral; (iv) con el ateísmo o la oposición a las religiones; (v) con una determinada opción política, ni siquiera con la preferencia por la democracia.

(i) A uno le enseñan un cuchillo y le preguntan qué es. Responde que es un cuchillo y le replican así: ah, entonces te gusta. Le muestran una pareja haciendo el amor y le interrogan sobre qué hacen. Contesta que están haciendo el amor o teniendo una relación sexual completa, según como queramos llamarlo, ante lo que le dicen esto: ah, por tanto estás diciendo que se aman, que se quieren con verdadero amor. Luego ponen ante él un precepto del Código Civil y, siendo

evidente que se trata del Código Civil en vigor, el interpelado explica que se trata de una norma jurídica, momento que aprovechan sus interlocutores para espetarle: ah, caramba, por consiguiente te parece justo el contenido de ese precepto o, al menos, no lo tienes por muy injusto.

¿Están o no están claramente emparentados los anteriores supuestos? ¿No pasa en todos esos casos que se confunde la identificación de un objeto, comportamiento o estado de cosas (un cuchillo, un acto sexual, una norma que forma parte de un sistema jurídico) y el correspondiente nombrarlo conforme al nombre que lleva en nuestro idioma, con la calificación que desde parámetros ajenos a ese objeto se puede hacer o que algunos hacen?

El positivismo pide que no se caiga en esa confusión cuando nos referimos al derecho, a normas jurídicas; que, si existen y compartimos criterios de identificación de las normas jurídicas socialmente reconocidos y, por tanto, vigentes y operantes, no hagamos ese tipo de razonamiento con esta estructura: esta norma jurídica N no es una norma jurídica en realidad, aunque cumpla con todos los requerimientos del sistema jurídico y del sistema de fuentes reconocido, porque tiene la propiedad negativa P (es antieconómica, estéticamente

horrible, políticamente inconveniente, pecaminosa, inmoral...). Nada más que eso.

A usted le enseñan una adelfa y le recuerdan que es un arbusto muy decorativo para los jardines. Usted, buen conocedor de los secretos de la botánica, responde que la adelfa es venenosa y que, en consecuencia, no es arbusto decorativo en modo alguno. ¿Qué le replicarían? Que el concepto de planta decorativa es independiente de propiedades como la de ser venenosa o no; que las propiedades que la hacen decorativa (tamaño, tipo y color de las hojas, belleza de las flores...) son independientes de otras que esa misma planta puede tener (ser cara, ser apta sólo para terrenos arcillosos, requerir abundante riego, ser venenosa...). Ni por ser venenosa deja la adelfa de ser decorativa ni por ser decorativa deja de ser venenosa.

Cuestión diferente es que esa propiedad de ser venenosa importe para usted como razón para no plantar una adelfa en su jardín, quizá porque tiene niños que puedan morder sus hojas o porque usted mismo es despistado y puede olvidarse del peligro y probar un día una ensalada con sus brotes. Que usted tenga buenas razones para no querer cerca ese arbusto decorativo no priva al arbusto de tal propiedad, la de ser decorativo o estar generalmente considerado como tal. Igual que si

usted tiene alergia al polen de las gramíneas no negará a éstas su condición herbácea, sino que simplemente procurará mantenerse alejado de ellas. Si a usted (o a muchos como usted) una norma jurídica le parece descarnadamente injusta, así lo proclamará y hará lo que esté en su mano para que se cambie, pero no dirá que esa norma jurídica, por injusta, no es jurídica. ¿O sí?

Pero hay otra cosa que tampoco se sigue. Si usted ha concedido que la adelfa, sea venenosa o no, es un árbol muy decorativo, no se desprende que usted tenga, sí o sí, que colocar adelfas en su jardín. Puede preferir otro tipo de plantas o arbustos cuyas formas o colores le sean infinitamente más gratos. Es más, puede tenerles auténtica aversión a las adelfas, porque le traen malos recuerdos o porque había muchas en las fincas de su primera esposa. Pero ni ello es razón para que usted le niegue el carácter generalmente reconocido de arbusto decorativo ni el reconocerle esa cualidad a la adelfa le compromete a que a usted le agraden o a que tenga que plantarlas.

Con las normas jurídicas ocurre otro tanto, según el positivismo. Tan sólidas y claras como pueden ser las razones para identificarlas como tales, pueden ser las razones para abominar de su contenido y hasta para desobedecerlas. Ni dejarán de ser lo que son porque

usted las estime muy injustas, ni porque usted reconozca que son lo que son podrá nadie decirle que, por tanto, usted las ha reconocido como justas y merecedoras de obediencia en conciencia.

Las normas jurídicas producen obligaciones jurídicas. Esto simplemente quiere decir que desde el punto de vista del sistema jurídico sus normas obligan; obligan en derecho o según el derecho. Por eso su incumplimiento se sanciona y su cumplimiento puede reclamarse coactivamente. Las obligaciones jurídicas son obligaciones a tenor del sistema jurídico. Nada más que eso⁷. Las normas morales producen obligaciones morales. Ni es pensable un derecho que diga que sus normas no importan y que cada uno las acate nada más que si le apetece y que en caso de desacato no será sancionado, ni un sistema moral que se base en la idea de que las normas

⁷ De ahí que explique Gardner que el positivismo, con su la tesis de que la validez de las normas jurídicas es independiente de su mérito, no da ninguna indicación sobre lo que una persona debe hacer en cada ocasión, por lo que dicha tesis es "normatively inert". "*By itself* it does not point in favor of or against doing anything at all. I don't just mean that it provides no moral guidance. It provides no legal guidance either. It merely states one feature that all legal guidance necessarily has, viz. that if valid *qua* legal it is valid in virtue of its sources, not its merits" (John Gardner, "Legal Positivism", cit., pág. 155).

— — —
morales ninguna relevancia tienen y que tanto cuenta para bien la conducta del sujeto que sea acorde con ellas como aquella que las contradiga.

Así que hay obligaciones jurídicas porque existen los sistemas jurídicos, con sus normas jurídicas, y hay obligaciones morales porque existen los sistemas morales, con sus normas morales. Una acción o conducta de un sujeto puede ser calificada desde tantos sistemas normativos como vengan al caso y ofrezcan reglas o pautas para tal calificación o catalogación. Yo realizo la acción A. Esa acción mía para el sistema moral será moral o inmoral, para el sistema jurídico será jurídica o antijurídica, para el sistema estético será bella o fea, para el sistema económico será rentable o no rentable, para el sistema de reglas del trato social será cortés o descortés, para el sistema médico será sana o insana, etc.

Ninguna de esas calificaciones compromete las otras ni las condiciona. Por el hecho de que mi acción sea fácilmente tildable de descortés o pecaminosa no se sigue en modo alguno que tenga que ser antijurídica. Por el hecho de que sea fácilmente calificable como conforme a derecho no se desprende que tenga que dejar de ser descortés, a tenor de las reglas del trato social, o pecaminosa, según las normas de una cierta religión. Por el hecho

de que sea inmoral no ha de verse como antijurídica. Porque sea antijurídica no ha de verse como inmoral.

Si las normas jurídicas, o algunas de ellas, dan razones perentorias, esa perentoriedad sólo existe desde el punto de vista propio o interno del derecho. Pero la calificación con arreglo a un sistema normativo es independiente de la calificación según los otros sistemas normativos. ¿Y qué sucede cuando uno (o varios) califica positivamente (jurídico, moral, rentable, virtuoso, cortés, sano...) y otro (o varios) califica negativamente (antijurídico, inmoral, descortés...)? Pues, sencilla y obviamente, que le corresponderá al sujeto de turno decidir a qué sistema le da prioridad como guía de su conducta. La moral me dice que mi conducta A sería inmoral, que no debo hacerla, y el derecho me indica que me está por él permitida, que sí puedo realizarla. Yo decido si llevo a cabo A o no y, con ello, asumo tanto las consecuencias positivas, conforme al sistema que la califica positivamente, como las negativas que provienen del sistema que la califica de modo negativo. Hice A porque el derecho me lo permitía, más ahora tengo remordimientos o el desprecio de los que comparten mi sistema moral; o no hice A porque la moral me lo prohibía y me he perdido la subvención que el sistema jurídico regalaba a los que A hicieran. Lo que la

pluralidad de sistemas normativos que sobre nosotros concurren no permite es estar en la procesión y repicando, ganar por todos los lados y no tener nunca pérdidas o contratiempos.

Muchos de nosotros, la inmensa mayoría de los humanos de hoy, al menos en nuestra cultura, estimarán que como orientación última de la conducta ha de estar la moralidad, que somos más humanos y más dignos cuando actuamos en conciencia y por imperativos éticos que cuando acatamos otros mandatos claramente o más claramente heterónomos. Un iuspositivista también puede y suele pensar así. Kelsen lo dijo bien claro. Un servidor, modestísimamente y sin querer compararse, opina lo mismo.

Pero eso presupone que un individuo puede ver cualquier norma jurídica como injusta o inmoral y, en consecuencia, decidir desobedecerla, incumpliendo esa norma de derecho para dar satisfacción a una norma moral. Eso no sería posible con tal claridad si una propiedad de las normas jurídicas fuera la de ser morales o justas o, al menos, la de no ser (muy) inmorales o (muy) injustas. Si la justicia o moralidad es propiedad constitutiva de toda norma jurídica, de modo que la norma inmoral no es jurídica, la desobediencia a la norma jurídica será simultáneamente desobe-

diencia a la norma moral y, por tanto, será desobediencia no sólo antijurídica, sino también inmoral. O, como mínimo, tal incumplimiento de la norma no podrá escudarse en razones morales fuertes, pues no podrá haber razones morales fuertes o de gran injusticia contra esa norma jurídica, ya que, de haberlas, no sería jurídica. La moralización del derecho, el entremezclamiento de las calificaciones de esos dos sistemas normativos cierra el paso, al menos en parte, a la autonomía moral del individuo frente a las normas jurídicas. Si la norma sólo puede ser jurídica si es moral, el comportamiento del sujeto sólo será moral si es jurídico. Esto lo vio y lo explicó claramente Hart hace décadas.

En resumidas cuentas, que resultan perfectamente congruentes la adscripción doctrinal al positivismo jurídico y la decisión de oponernos a o desobedecer las normas jurídicas que en conciencia consideremos inmorales. Ciertamente es que en las clasificaciones del positivismo suele aparecer el llamado por Bobbio positivismo ideológico, que es aquella doctrina que entiende que todas las normas jurídicas son por definición morales por el hecho de ser jurídicas y que existe, en consecuencia, un imperativo moral a la obediencia de todo derecho, de cualquier derecho, de toda norma que provenga del soberano. Pero de Hobbes en adelante pocos, muy pocos, han sido los

positivistas de ese pelaje y todos lo eran, precisamente, por revestir el derecho positivo de alguna propiedad moral decisiva, por confundir el derecho con la moral.

También se señala a veces que en el balance de las razones que cualquiera hace para decidir si acata o no el derecho en general o una norma jurídica en particular siempre concurren razones morales, lo cual sería indicio terminante de que es moral la naturaleza última del derecho. De esa forma vuelve a mezclarse el ser del derecho con las razones personales para su obediencia o desobediencia. Es como si dijéramos, por ello, que todo derecho tiene naturaleza personal, ya que son personales aquellas razones de cada uno; o que su naturaleza es psicológica, porque la psicología del individuo tiene influencia en su posición personal ante las normas. Es como si afirmáramos que todo cuchillo es un ente moral, pues cada vez que uno se plantea si clavárselo a un vecino impertinente se sopesan razones morales para hacerlo o no.

(ii) Tampoco el positivismo compromete con el juicio político sobre la legitimidad de las normas de derecho o del sistema jurídico en su conjunto. Un positivista puede afirmar, sin incoherencia, que el derecho de un Estado carece de legitimidad y hay buenas razones de justicia social o de índole política para resis-

tirse frente a sus mandatos o para que los jueces traten de sabotearlos. Opinar lo contrario supondría, entre partidarios de la legitimidad política de cariz democrático, pretender que solamente hay derecho en los Estados de Derecho democráticos. Tendríamos que decir que el derecho de China no es derecho, o el de Cuba, o que no hubo derecho en la España de Franco, en la Alemania de Hitler, en la Argentina de las dictaduras militares o en el Chile de Pinochet o en la Unión Soviética durante siete décadas.

Se puede ser positivista a la hora de describir y nombrar el derecho de un Estado y, a la vez, propugnar un uso alternativo del derecho de ese Estado⁸. Aquellos jueces y profesores que crearon la doctrina del uso alternativo del Derecho, en países como Italia o España, se guiaban por motivos políticos, pero en modo alguno necesitaban o estaba implícita en su acción una actitud antipositivista. Proponían que los jueces sabotearan el sistema jurídico de Estados con escasa o nula legitimidad política, a fin de contribuir de esa manera a la transformación de esos Estados en Estados más democráticos y sociales, pero no confun-

⁸ O defender el activismo judicial. "One could equally be a legal positivist enthusiast for judges to be the main lawmakers" (John Gardner, "Legal Positivism", cit., pág. 161).

dían esa digna finalidad política con la descripción del objeto que querían transformar, el derecho. Si por razón de ilegitimidad un derecho no fuera derecho, habría que concluir igualmente que el Estado ilegítimo no es Estado. Estado y Estado legítimo se convertirían así en sinónimos y nos quedaríamos sin nombre para esa entidad con apariencia de Estado pero que no lo sería, pese a que en el Derecho internacional cuenta y es reconocida como tal.

(iii) Algunos muy notables positivistas del siglo XX han sido relativistas en tema de ética, como Kelsen, o emotivistas, como Alf Ross. Mantenían que en las disputas morales se carece de cualquier patrón objetivo de verdad o corrección que pueda zanjarlas mostrando de qué lado está objetivamente la razón, o que quien sostiene una tesis moral sobre cualquier tema simplemente expresa una preferencia enteramente subjetiva de base emotiva; no intenta más, a fin de cuentas, que hacer que los otros se sometan a esa inclinación suya. Decir X me parece justo o X me parece injusto sería como afirmar que el pescado me gusta o el pescado no me gusta, cuestión de gusto, estrictamente personal y no apta para debate racional ninguno, pues de gustos no cabe discutir con un mínimo sentido; cada uno expone los suyos, si quiere, y no hay el gusto racional ni posibilidad de llegar

a acuerdos racionales sobre el mejor gusto gastronómico.

Pero en línea de principio el positivismo jurídico no exige ese escepticismo ético ni va con necesidad de su mano. ¿Es inimaginable o incongruente que alguien pueda ser objetivista y cognitivista en temas de ética y positivista en materia de teoría del derecho? Objetivista es quien cree que existen patrones objetivos de verdad o corrección moral, desde los que podemos medir nuestros juicios morales y determinar cuándo son acertados o erróneos. Hay doctrinas éticas objetivistas de muy diverso tipo y fundamento y el objetivismo moral sigue siendo hoy un tipo de teoría ética muy pujante e interesante. Cognitivista es aquel que piensa que esas pautas o verdades morales primeras y anteriores o superponibles a nuestros juicios morales subjetivos son cognoscibles mediante nuestra razón y con ayuda de algún método de reflexión o razonamiento.

El objetivista y cognitivista (en adelante nos referiremos a él diciendo nada más que objetivismo u objetivista, sin matices aquí innecesarios) no dice que una norma moral no sea moral porque sea una norma moral errónea a tenor de las pautas de corrección objetiva correspondientes. Simplemente dirá que esa norma moral es norma moral y es norma

moral errónea o incorrecta. El objetivista sabe distinguir perfectamente entre la propiedad de una norma como norma moral y la propiedad adicional de una norma moral como norma moral correcta.

Paralelamente, ese objetivista moral podrá hacer idéntico razonamiento coherente respecto de una norma jurídica: reconocer que es norma jurídica y sostener que, desde el punto de vista moral, su contenido es erróneo o incorrecto. No es una característica definitoria del objetivismo la de que sus partidarios piensen que no hay más normas morales que las moralmente correctas ni más normas jurídicas que las moralmente correctas.

Solo con ese dato ya se capta que un objetivista en ética puede ser positivista en teoría del derecho. Lo que equivale a que un positivista jurídico puede ser, en ética, objetivista. No es ninguna extraña contorsión teórica si, además, recordamos que el positivismo no compromete ni con la obligación moral o política de obediencia ni con el propugnar ningún tipo de superioridad del derecho en términos de razón práctica. El positivista, sabemos, nada más que insiste en que cada cosa es lo que es.

¿Se liga el objetivismo a la superioridad de la moral sobre el derecho? Es comprensible

que cuanta mayor sea la convicción de que los juicios morales y las normas morales no son todos igual de relativos o enteramente subjetivos, mayor sea el ánimo para querer colocar la moral como rectora de la vida social. No es fácil imaginar un objetivista que, siéndolo, afirme que le resulta indiferente y le da igual por qué pautas morales se guíe cada uno o la colectividad. Pero eso tampoco será fácil oírsele al relativista o escéptico en ética. Relativista o escéptico no es el que no tiene convicciones morales propias y bien arraigadas que esté dispuesto a defender o que honestamente desee ver plasmadas en el comportamiento suyo y ajeno, sino el que no piensa que sea posible dotar sus convicciones morales, o las ajenas, de un fundamento objetivo, calificarlas como objetivamente verdaderas o falsas.

Lo mismo el objetivista que el relativista o escéptico pueden estar de acuerdo en que la sede de las normas y juicios morales es la conciencia individual y que desde ella cada individuo puede y suele verse impelido a proponer sus pautas morales como parámetro de la convivencia social y del derecho. Los dos pueden acordar que en la decisión en conciencia nos orientamos por nuestras convicciones morales y que no es de recibo que en esa sede, en la conciencia, las normas jurídicas suplanten a las morales. De otra forma

dicho, ninguno tiene por qué desterrar la idea de autonomía moral individual.

¿Y en lo que se refiere a la relación entre moral y derecho cuando el conflicto entre ellos no se suscita en la conciencia del individuo, sino como conflicto entre normatividades externas o entre la moral y el sistema jurídico que, por definición, es heterónomo o externo a las conciencias particulares? El objetivista puede decir que la norma jurídica N es por sus contenidos errónea desde los patrones de la moral objetiva. Mas nada en su posición teórica le fuerza a tener que añadir que por ser moralmente errónea, la norma jurídica no es jurídica. Si acaso, tendrá más fuertes motivos para cuestionar que tal norma jurídica deba obedecerse o más poderosos fundamentos para luchar por su derogación o modificación. Ese objetivista ético puede ser al tiempo positivista jurídico sin desgarró y sin contradicción.

El iuspositivismo no es una tesis sobre el valor moral del derecho, sino sobre los criterios para la descripción y el nombrar del objeto derecho. Por eso tal tesis descriptiva no choca con ninguna doctrina ética sobre obligaciones morales o sobre si existen o no parámetros objetivos de la corrección moral.

(iv) No hará falta extenderse para resaltar que el iuspositivismo no es inconciliable con la fe religiosa. No se necesita ser ateo para poder abogar por una teoría positivista del derecho. Ni todos los positivistas son ateos ni todos los ateos son positivistas. Las religiones, al menos las de nuestro entorno cultural, las monoteístas que se basan en un libro sagrado, tienen sus propios códigos normativos y el creyente consecuente pondrá en consonancia sus creencias morales con sus creencias religiosas, considerando que los mandamientos de su fe son también mandamientos en su conciencia. Chocaría dar con un creyente sincero y mínimamente reflexivo que nos contara que para él el adulterio es pecado, porque lo prohíbe su religión, pero que es conducta moralmente lícita o indiferente para él mismo. Los códigos religiosos penetran los códigos morales y toman la forma de moralidad de base religiosa.

Los códigos religiosos invadían también la normatividad jurídica y el iusnaturalismo teológico era salvaguarda de la superioridad de la moral religiosa sobre el derecho y de la fusión entre lo religioso, lo moral y lo jurídico. La época moderna significa, en lo ético, lo político y lo jurídico, la ruptura de esa confusión o compenetración, por consideración al pluralismo de creencias y como intento de poner término a las guerras de religión. Si a

cada cual se le reconoce que puede tener una fe u otra, o ninguna, y que puede cultivar una u otra moral, la conciencia pasa a verse como autónoma y la política se autonomiza también, como procedimiento para conseguir acuerdos entre personas con convicciones diversas acerca del bien, de lo sagrado y de lo profano. En un marco de diversidad religiosa y moral, los acuerdos sobre las normas comunes nada más que caben como conciertos cuya validez no esté coartada por la compatibilidad de sus contenidos con tal o cual credo religioso o moral. A la inversa, la historia nos enseña que todo intento de conciliar de nuevo el derecho con la religión o con una determinada moral rectora presupone que se acabe con o se reprima la libertad de conciencia y el pluralismo de creencias.

Cada cual, creyente o no, objetivista ético o escéptico, positivista jurídico o contrario al positivismo, piensa de buena fe que la sociedad sería perfecta si todos se atuvieran a las convicciones suyas y el derecho las reflejara. Cada uno opina que esa sociedad y ese sistema jurídico son injustos si no se orientan por esas reglas. Pero negar que, por ello, esa sociedad sea una verdadera sociedad o que ese derecho constituya derecho auténtico no parece que sea actitud exigida por la fe o la moralidad, sino rasgo de la personalidad individual, extremo afán de poder, propensión al autorita-

rismo o renuencia a asumir la propia desobediencia como desobediencia a las normas ajenas a uno mismo, y a aceptar las consecuencias de dicha desobediencia a las reglas colectivas. La obediencia al derecho no es una virtud, pero el ánimo de imponer a los otros la moral propia como derecho de todos, sin pasar por la política y la deliberación colectiva, tampoco parece empeño muy virtuoso.

(v) Si se viene defendiendo que el positivismo es una tesis sobre lo que el derecho es y no sobre lo que sus normas valgan desde el punto de vista moral, religioso, político, económico, estético, etc., también habrá de concluirse que no hay un vínculo necesario entre el positivismo y un determinado sistema político, igual que no tiene ese vínculo por qué estar presente en el caso del antipositivismo. Es larga la lista de positivistas que fueron, al tiempo, defensores y extraordinarios fundadores de la democracia, y en Kelsen hay ejemplo principalísimo. Pero también los hay que en lo político no simpatizan con la democracia. Nada existe de inconsecuente en su actitud, al menos en el hecho de no mezclar la descripción del derecho que es con la opinión sobre cuál es el mejor procedimiento o la más adecuada vía para establecer los contenidos del derecho. Idénticamente, han sido numerosos los objetivistas morales, religiosos o no, que han defendido los procedi-

mientos democráticos con plena consecuencia. La congruencia teórica parece, en cambio, más problemática en el caso del iusmoralista que se quiere demócrata y que, desde una moral objetiva, pone límites a lo que pueda contar o aplicarse como derecho legislado por la mayoría y dentro de los márgenes que acota el sistema jurídico, empujando por la constitución misma.

4. Las normas jurídicas, ¿aplicables pero derrotables?

Una parte del debate de hoy sobre el positivismo no se da a propósito de la calificación de la norma en sí por causa de la inmoralidad de su contenido general, sino que versa sobre la aplicabilidad de la norma que en sí pueda no verse como inmoral o tajantemente injusta. El problema se suscita cuando esa norma no injusta resulta en sus términos y alcance aplicable a un caso, pero su solución para ese concreto caso se reputa de inadecuada por injusta o contraria a la equidad. Es una de las facetas de lo que, con expresión muy en boga, se denomina la derrotabilidad de las normas jurídicas. Entre las razones que pueden presentarse como justificaciones de la derrota de una norma en un caso que bajo ella es claramente subsumible se menciona esa de la inmoralidad o injusticia de la solución normativa para el asunto concreto que se enjuicia.

No corresponde aquí entrar a tratar de la problemática general de la derrotabilidad de las normas⁹, sino solo que nos planteemos si para el positivismo, entendido del modo que lo hemos caracterizado, una norma jurídica puede ser derrotable. La respuesta requiere matices, y a ellos vamos.

Bajo el prisma positivista, una norma jurídica sólo puede ser *jurídicamente* derrotada por otra norma jurídica. O sea, que desde el punto de vista interno al sistema jurídico, bajo la óptica del sistema mismo, cuando una norma de tal sistema prescribe una consecuencia para un caso, *en derecho* únicamente estará justificada la inaplicación de esa norma, su preterición ante otra, cuando esa otra norma concurrente forme parte también del mismo sistema jurídico o a ella el sistema jurídico remita para un caso como ese. ¿Cómo se calificaría, entonces, ese hecho de que una norma jurídica es derrotada por una norma ajena al sistema jurídico, como pueda ser una norma moral a la que el tal sistema *no remite* para esos casos? El positivismo dirá que lo sucedido es que el derecho se ha incumplido, que la solución dada no es jurídica o no tiene

⁹ Cfr. García Amado, J. A., “Sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas”, en: Pablo R. Bonorino (ed.), *Teoría del Derecho y decisión judicial*, Madrid, Bubok, 2010, págs. 179 ss.

fundamento jurídico (al margen de que esa solución se torne jurídica, ya no en sus fundamentos, sino en sus efectos, cuando deviene cosa juzgada). Sencillamente, un sistema diferente, el moral cuando de él se trate, ha prevalecido como base de la solución de ese litigio.

¿Eso será bueno o malo, según el positivista? Será antijurídico, por disconforme con lo prescrito por el derecho. Pero sabemos ya que para el positivismo la calificación jurídica es autónoma frente a e independiente de otras calificaciones basadas en otros sistemas normativos. El positivista puede sin problema admitir que esa solución antijurídica es moralmente encomiable, económicamente conveniente, políticamente necesaria, etc. Y puede estar de acuerdo con tal derrota del derecho en dicha ocasión. Lo que él no hace es llamar obediencia al derecho o aplicación del derecho a lo que es incumplimiento del mismo, por muy buenas que sean las razones para ello y por mucho que, vistas todas las cosas y consideradas todas las razones, no solamente las jurídicas, eso fuera lo mejor que se podía hacer en tal oportunidad. El iuspositivista no confunde el *hecho* de que una norma sea derrotada con la afirmación de que haya de ser derecho cualquier regla que la derrote.

Por el contrario, el iusmoralista llama derecho a cualquier norma no jurídica que derrote a una norma jurídica; o, al menos, a cualquier norma moral que venza a una norma jurídica. Es el iusmoralista, no el positivista, el que da por sentado que el derecho sólo puede perder ante el derecho y que las razones que justifiquen la derrota de una norma de derecho tendrán que ser razones jurídicas. Cuando en la consideración general de las razones para decidir con arreglo a la norma jurídica que viene al caso o en su contra, con incumplimiento de la misma, predominan las razones contra la norma jurídica y es de hecho vencida por tales razones, el iusmoralista pone el sello de juridicidad a esas razones o a la regla que en ellas dominó. En resumen, que si una norma moral gana a una jurídica, esa norma moral es norma jurídica, es parte del sistema jurídico. De hecho, así, el derecho no pierde nunca y solo unas normas jurídicas podrán derrotar a otras. ¿No era esta última la misma tesis del positivismo cuando adoptaba el punto de vista interno del derecho? Sí y no.

Discrepan unos y otros en el sistema de fuentes que aplican o en la configuración del sistema jurídico de la que parten. Para el positivismo el conjunto de las normas que integran el sistema jurídico es un conjunto finito y delimitado por los criterios de perte-

nencia que dispone el propio sistema. Cuando, para bien o para mal –ese ya no es el punto de vista del sistema jurídico–, una de esas normas del sistema es derrotada por una norma externa o ajena a él, nos encontramos, para el positivismo, ante el *hecho* de que no se ha decidido con arreglo a derecho. Cómo califiquemos desde otros sistemas normativos ese hecho, que bajo el prisma del derecho es antijurídico, es cuestión que no cambia el contenido de la calificación interna al derecho, que no modifica la antijuridicidad de la solución recaída. Y también es asunto de ello independiente el tipo de jerarquía que cualquiera, positivista o no, trace entre los diversos sistemas normativos como guías de las decisiones de los sujetos, incluidas las decisiones de los jueces. Un positivista puede afirmar que la decisión de marras es antijurídica, pero profundamente justa y que él mismo la habría tomado así. Solo que no dirá que al tomarla así esté obedeciendo al derecho, sino atendiendo a otras reglas que considera más importantes que las jurídicas en la tesitura de que se trate.

El iusmoralista, en cambio, sostiene que del sistema jurídico forman parte no sólo aquellas normas que en él estén en función de los criterios de pertenencia puestos por el propio sistema, por su sistema de fuentes, sino que también son derecho y se integran en

al sistema jurídico todas las normas ante las que nos (les) parezca bien que pierda una norma jurídica en algún caso, especialmente si son normas morales. De esa manera, el conjunto de las normas que conforman un sistema jurídico ya no es un conjunto finito, acotado: son normas de un sistema jurídico todas las que en él se insertan a tenor de sus criterios de pertenencia más todas (o todas las morales) que en alguna ocasión pueden justificar su derrota. El derecho es el conjunto de las normas positivas (llamémoslas así para abreviar) más todas aquellas otras normas (al menos las morales) que puedan alguna vez excepcionarlas. Así pues, el juez que decide un caso contra el derecho (positivo) y conforme a la moral, sigue fallando de conformidad con el derecho. ¿Siempre? O siempre que esa moral que lo orienta sea la moral adecuada o la moral verdadera. Con lo que volvemos a los problemas del objetivismo moral y sus fundamentos, que no repetiremos.

5. ¿Positivismo jurídico inclusivo?

El llamado positivismo jurídico inclusivo o incluyente o *soft positivism* viene a cuestionar la tesis de la separación entre derecho y moral (o ciertas concepciones de esa separación) con el argumento de que de la regla de reconocimiento, es decir, de aquellas pautas que en un sistema permiten clasificar ciertas

normas como las normas que pertenecen al sistema jurídico, puede formar parte la remisión a condiciones de moralidad de las normas del sistema jurídico o de las soluciones que dichas normas del sistema jurídico ofrecen para los casos que en el sistema tienen que resolverse¹⁰.

¹⁰ Veamos la presentación general que hace Waluchow, uno de los autores canónicos y que sintetizan mejor esa postura: “En los últimos años ha surgido una controversia en las líneas del positivismo sobre la posibilidad de una conexión particular entre el derecho y la moral que algunos positivistas reconocidos aceptan como posible e incluso característica de los sistemas jurídicos modernos, pero que otros rechazan por considerarla inconsistente con la naturaleza misma del derecho. Filósofos como Jules Coleman, John Mackie y David Lyons han sugerido que entre las conexiones concebibles entre el derecho y la moral que un positivista podría aceptar está el hecho de que la identificación de una regla como válida dentro de un sistema jurídico, así como el discernimiento del contenido de una regla o el modo en que influye en un caso jurídico, pueden depender de factores morales. En esta concepción, que hemos llamado positivismo jurídico incluyente, los valores y principios morales cuentan entre los posibles fundamentos que un sistema jurídico podría aceptar para determinar la existencia y contenido de las leyes válidas. Como ejemplo, podría considerarse la posibilidad de que la(s) regla(s) de reconocimiento de un sistema jurídico contenga(n) tests o criterios explícitamente morales para la validez de legislación emanada del Congreso o el Parlamento. Si es posible que la regla de reconocimiento contenga criterios tales, entonces la validez de una ley podría, en alguna ocasión, no estar determinada sólo por su linaje, esto es, por el hecho y modo de adopción” (Wilfrid J. Waluchow,

Lo primero que conviene distinguir es entre contenido de la regla de reconocimiento y contenido de las demás reglas del sistema jurídico respectivo. Una norma del sistema que no sea la regla de reconocimiento puede contener remisiones a cualquier tipo de pauta o patrón normativo de carácter extrajurídico. Esas remisiones pueden aparecer tanto en el supuesto como en la consecuencia jurídica de la norma.

En el supuesto o antecedente de la norma se establecen las condiciones que, de darse, justifican que se aplique la consecuencia jurídica. Esas condiciones pueden ser fácticas (que acontezca el hecho H o acontezcan los hechos $H^1...H^n$) o normativas (que esos hechos sean calificables positiva o negativamente con arreglo a una pauta normativa: que sean morales o inmorales, justos o injustos, favo-

Positivism jurídico incluyente, Madrid, Marcial Pons, 2007, trad. de M.S. Gil y R. Tesone, revisada por H. Zuleta, pág. 97).

Para un primer acercamiento a los debates entre positivistas jurídicos incluyentes y excluyentes puede servir, en castellano, Juan B. Etcheverry, Pedro Serna (eds.), *El caballo de Troya del positivismo jurídico. Estudios críticos sobre el Inclusive Legal Positivism* (Granada, Comares, 2010), comenzando por la breve y clara "Presentación" (págs. 1ss.). Siempre recomendable, también en castellano, Rafael Escudero Alday, *Los calificativos del positivismo jurídico: el debate sobre la incorporación de la moral*, Madrid, Civitas, 2004.

rables o contrarios al interés económico, etc.). En la consecuencia jurídica o consecuente de la norma esas pautas normativas pueden figurar como condición de aplicabilidad de la consecuencia misma, bajo un esquema de este tipo: que la consecuencia jurídica se aplique siempre que el resultado en el caso no sea inmoral, injusto, contrario al interés económico, antiestético, etc.

Aparezca en un lado u otro o sea cual sea el tipo de condición normativa que así se pone, es condición *jurídica* por figurar en una norma del sistema, aun cuando su contenido se rellene por remisión a otro sistema normativo de cualquier tipo. Si, por ejemplo, una norma del sistema jurídico dispone que en los museos estatales solamente podrán exponerse aquellas obras que sean estéticamente hermosas y que no tengan un coste superior a cien mil euros, tales condiciones no conllevan que no exista separación entre el sistema jurídico y el sistema estético o el sistema que fija los valores económicos de los objetos.

¿Qué sucede si es en la propia regla de reconocimiento, en las pautas reconocidas como de identificación de las normas del sistema jurídico, de las normas que son derecho, donde figura una remisión a normas morales? Por ejemplo, la regla de reconocimiento operante se reconstruiría así: son de-

recho en este sistema, son parte de este sistema jurídico, las normas que satisfagan conjuntamente las condiciones C^1 , C^2 y C^3 , siendo C^3 la condición de que las normas de ese sistema no tengan contenido inmoral. Entonces, una norma N , sea cual sea la jerarquía de la misma y aun cuando se tratara de una norma constitucional, no podría ser una norma de tal sistema jurídico si su contenido es inmoral, aunque sí cumpla las otras dos condiciones, C^1 y C^2 .

Varias son las cuestiones de la mayor importancia que aquí vienen a colación. Una, la de si esa presencia de condiciones morales en la regla de reconocimiento es contingente o necesaria. Otra, la de si con ella se ponen en cuestión las tesis positivistas de la separación entre derecho y moral y de la convencionalidad del derecho. Y todas ellas se ligán el asunto de si tal referencia constitutiva a la moral presupone la moral verdadera o la moral convencionalmente vigente en la sociedad, la llamada moral positiva. Si tal referencia es contingente y, por tanto, no necesaria en cualquier sistema jurídico que propiamente sea tal, y si alude a la moral positiva y no a la moral verdadera o a la llamada moral crítica, como distinta y superior a la moral socialmente vigente o positiva, será totalmente compatible con el positivismo y en nada esencial lo contradirá.

Las doctrinas antipositivistas iusmoralistas destacan que esa referencia a pautas morales en los fundamentos del sistema o los criterios de identificación de sus normas es necesaria y tiene que tomar en cuenta la moral verdadera. Si pudieran considerarse derecho cualesquiera normas de un sistema jurídico que no fije en su regla de reconocimiento una condición como C³, perdería sustento la tesis iusmoralista de que *todo* derecho mantiene ese vínculo esencial y constitutivo entre derecho y moral. Basta para ello que se admita que sea considerado sistema jurídico uno en el que la moralidad mínima de las normas no se *reconozca* como condición de juridicidad para que dicha tesis deje de ser constitutiva y se convierta en contingente.

Pero, de esa forma, lo que el iusmoralismo tiene que acabar negando es la propia idea de regla de reconocimiento. Decir regla de reconocimiento es poner un hecho social como fuente o sustento último de lo jurídico, es atribuir al derecho una naturaleza constitutivamente social y meramente social: derecho es lo que en la sociedad –y especialmente entre los operadores jurídicos– se reconoce y se practica como tal. El derecho es un punto de vista sobre normas, punto de vista que es constitutivo: derecho de cada sociedad es lo que en esa sociedad es entendido y vivido como tal. Ante la pregunta de qué normas

son derecho en una sociedad dada, la respuesta es la siguiente: aquellas que en esa sociedad poseen los atributos formales o sustanciales que en dicha sociedad se reconozcan como definitorios del derecho en cuanto normatividad específica y distinta de otras normatividades (moral, usos sociales, normas técnico-instrumentales, reglas estéticas, reglas religiosas, etc.).

Si hablamos de ese hecho social del reconocimiento, de que el derecho se constituye en su fondo como una categoría del imaginario colectivo sin otra propiedad estructural que como normatividad lo defina con alcance general o suprasocial, estamos colocando un elemento de contingencia como delimitador de cualquier derecho, pues ese reconocimiento social es cambiante: cada sociedad reconocerá unos u otros atributos como delimitadores de lo jurídico, y la moralidad de los contenidos podrá ser o no incluida entre tales atributos o condiciones en función de variables históricas y sociológicas y del tipo de mentalidades que impere. Sólo hay una vía de escape para ese elemento de contingencia unido a la idea de regla de reconocimiento como base de la juridicidad: anclar lo jurídico en elementos no contingentes, necesarios. Tales elementos pueden ser y han sido tres, según la clase de iusmoralismo antipositivista ante el que nos encontremos: el orden de la

Creación, como orden necesario del mundo, la naturaleza humana como naturaleza desdoblada en empirie y esencia no empírica, y la naturaleza de las sociedades como prefiguración ideal y necesaria de cualquier sociedad posible. Pero, en esos casos, el origen de la juridicidad ya no está en el hecho social del reconocimiento, en la regla de reconocimiento.

Sea la que sea la opción que de esas tres se escoja, la teoría del derecho adquiere una configuración contrafáctica. Frente a los hechos, frente a la empírica o fáctica configuración de lo jurídico en las sociedades, se proclama un modelo de juridicidad no fáctica, ideal, que constituye la esencia necesaria de todo lo que pueda ser derecho. De esa manera el derecho se desdobra entre derecho socialmente reconocido y vivido como tal y derecho verdadero. El primero, el derecho en los hechos sociales, únicamente será derecho (o lo será plenamente) si se adecúa a aquellas condiciones ideales de verdad del derecho: nada más que será derecho de verdad el derecho en los hechos sociales, reconocido socialmente, que cumpla dichas condiciones; pero habrá una parte del derecho de verdad que es derecho, y es la parte superior o jerárquicamente más elevada del derecho, aunque no encuentre plasmación en hechos sociales. El derecho primero es el derecho

ideal, mientras que el derecho fácticamente reconocido en una sociedad sólo será en verdad derecho si sus contenidos no contravienen los de aquel derecho ideal. En consecuencia, la gran mayoría de los derechos que han sido y son, en los hechos sociales, no son propiamente derechos, sino simple apariencia de tales. Muchas sociedades se habrán equivocado y se equivocarían al reconocer y vivir como derecho lo que en puridad no lo es o no lo es del todo.

Importa grandemente, en este punto, la distinción entre moral positiva y moral verdadera. La moral positiva se compone de aquellas normas morales que una sociedad comparte en un momento histórico determinado, aquellas normas que son consideradas o reconocidas de modo unánime o sumamente extendido como verdaderas; son las normas morales que no se discuten o que no se discuten apenas y que conforman el cemento último de esa sociedad. Por ejemplo, en las sociedades nuestras de hoy, integradas en la llamada cultura liberal-occidental, tales normas de moral positiva son las que fundan el convencimiento generalizado de que la esclavitud es radicalmente injusta o de que la discriminación de la mujer frente al hombre o de unas razas frente a otras es moralmente aberrante.

Si decimos que difícilmente, aquí y ahora, será viable un sistema jurídico que contradiga esas convicciones morales generalizadas, estamos mencionando una importantísima condición de eficacia de los sistemas jurídicos actuales. Un derecho de contenidos opuestos a los de la moral positiva vigente en esa sociedad será un derecho que necesitará un ingrediente mucho mayor de coacción para imponerse y que estará más expuesto a su transformación por la vía revolucionaria, por la vía fáctica de la revolución. Sin embargo, no conviene olvidar los mecanismos interrelacionados por los que en una sociedad se impone o se extiende el reconocimiento del derecho o de la moral positiva, que son también mecanismos ideológicos. Todo hecho social de reconocimiento o de vivencia normativa es en alta medida dependiente de adoctrinamientos ideológicos y manipulación de las conciencias. Por tanto, resulta artificioso contraponer la moral positiva al derecho, como si la primera funcionara al modo de instancia crítica, fruto de la reflexión racional de los sujetos, frente al derecho, que sería instrumento del poder o de los intereses más difícilmente racionalizables.

Cuando frente a ese carácter relativo o dependiente, ideológico incluso, en el sentido de la ideología como falsa conciencia, se quiere contraponer una instancia moral críti-

ca independiente, reflexiva y más ligada a parámetros objetivos de racionalidad que a determinaciones puramente sociales, se habla de moral crítica. Desde la moral crítica los sujetos pergeñan autónomamente patrones de moralidad con los que enfrentarse a las determinaciones de la moral positiva. Mientras que la moral positiva sería el resultado de la socialización y el ambiente de los individuos y tendría una raíz escasamente reflexiva (creemos que es bueno o malo lo que nos han enseñado a ver así y lo que aquí y ahora así se juzga), la moral crítica presupone la capacidad para la reflexión autónoma y para la captación de pautas independientes sobre el bien y el mal, sobreponiéndose el individuo a esos condicionamientos sociales de su valorar, a base de conectarse con las claves de la racionalidad moral.

¿Son equiparables moral crítica y moral verdadera? Supóngase que yo, aquí y ahora, tras ardua reflexión concluyo que la esclavitud de los negros o la sumisión de las mujeres a los varones son perfectamente justas y racionales. Sin duda, de esa manera me estoy oponiendo a la moral positiva, a la moral aquí y ahora vigente, a la que con esos postulados míos, autónomamente gestados desde mi propia reflexión moral, me enfrento críticamente. ¿Sería el mío un ejercicio de moral crítica? Creo que no se consideraría así. La moral

crítica es algo más que moral personal opuesta a la moral establecida, que mera crítica a la moral positiva. Para que esas hipotéticas tesis morales mías pasaran el filtro para ser consideradas producto de la moral crítica deben superar cierto test o algunos controles. ¿Cuáles?

Si se mantiene que para que el fruto de mi reflexión moral sea conforme con la moral crítica ha de estar en consonancia con la moral positiva, la moral crítica deja de ser concepto que vale como contrapunto de la moral positiva y se convierte en refuerzo de la misma. Si se dice que mi defensa moral de la esclavitud no es un ejercicio de moral crítica porque es irracional por contraria a las convicciones morales entre nosotros vigentes, se está llamando moral crítica a la que respalda la moral establecida. Si se presupone que moral crítica es nada más que la que critica o trata de superar la moral establecida a partir de una mejor concepción de los fundamentos mismos de la moral establecida, de manera que se critican algunas normas de esta y se propone su sustitución por otras que impliquen una mejor y más coherente realización de las bases presupuestas por la moral establecida, la moral crítica se torna elemento dinamizador de la moral positiva, pero no moral que pueda ser en puridad opuesta a la moral establecida. Y tampoco por ese camino podría pasar por

moral crítica, aquí y ahora, mi defensa moral de la esclavitud.

Por esas razones, la moral crítica que hoy en día suele mencionar el iusmoralismo como constitutiva de cualquier derecho posible sólo puede ser la moral verdadera. Una moral verdadera no a tenor de los patrones de verdad moral social y coyunturalmente vigentes aquí y ahora, sino por encima de ellos y más allá de ellos. Porque si lo que se defiende es que únicamente puede ser derecho aquella normatividad que no contradiga la moral positiva de la sociedad en la que ese derecho vaya a regir, ese parámetro de juridicidad sería contingente en sus contenidos y, sobre todo, no se estaría atacando la tesis positivista del carácter convencional de todo derecho, ya que la moral positiva es moral convencional: es lo que cada sociedad en cada momento considera moral e inmoral¹¹.

Si lo que el positivismo inclusivo defiende es que podemos encontrar sistemas jurídicos en cuya regla de reconocimiento figure, como una de las condiciones de juridicidad o pertenencia de las normas al sistema, la condición sustantiva de que tales normas han de ser acordes con determinadas normas morales,

¹¹ Cfr. Rafael Escudero Alday, *Los calificativos del positivismo jurídico*, cit., págs. 252-254.

esa tesis merece algunas consideraciones adicionales y bien relevantes.

En primer lugar, es una tesis poco menos que trivial, pues es fácil encontrar ejemplos de sistemas con esa característica, especialmente en aquellas sociedades pasadas o presentes en las que no se ha producido la decantación plena del sistema jurídico y el sistema moral (y el religioso muchas veces) como sistemas reconocibles y operantes como autónomos; donde la separación conceptual de derecho y moral no se haya consumado plenamente.

En segundo lugar, la tesis de que pueda haber sistemas jurídicos con esa nota no cuenta como tesis acerca de la unión constitutiva entre derecho y moral a no ser que cambiemos su enunciado por uno de este tenor: en todo sistema jurídico existe esa unión constitutiva entre derecho y moral, pues en la regla de reconocimiento de todos los sistemas jurídicos está presente esa condición de moralidad como condición de juridicidad. Bastará que pueda encontrarse o concebirse uno en que dicha unión no acontezca, para que esta última tesis quede rebatida. Y un sistema sin semejante unión lo toparemos siempre que podamos describir uno en el cual socialmente son reconocidas y aplicadas como jurídicas normas que cumplan

determinadas condiciones entre las que no esté esa de la moralidad de sus contenidos. Mientras pongamos la clave del sistema en la regla de reconocimiento¹², no podremos sustraernos al hecho de que existen sistemas jurídicos así. Por eso el iumoralismo no puede reconocerse en la regla de reconocimiento y el positivismo no deja de ser positivismo ni añade al positivismo nada muy novedoso o relevante por decirse positivismo inclusivo.

En tercer lugar, hay que preguntarse de dónde o desde qué se nutre de ese contenido moral la regla de reconocimiento. Si es desde la moral positiva y lo que se plantea es que resultará difícilmente eficaz un sistema jurídico cuyas normas masivamente se opongan a la moral establecida en la respectiva sociedad, hemos saltado de la ontología de lo jurídico a la sociología del derecho y ya no hablamos de qué notas diferencian la normatividad jurídica de las otras normatividades, sino de los condicionamientos prácticos de la normatividad jurídica. Y si es desde la moral crítica, estamos presuponiendo una moral que

¹² No se eche en saco roto que hasta alguno de los iniciadores del positivismo inclusivo lo defiende ahora prescindiendo (o queriendo prescindir) de la regla de reconocimiento, como es el caso de Coleman. Vid. Jules L. Coleman, "Beyond Inclusive Legal Positivism", en *Ratio Iuris*, vol. 22, nº 3, 2009, págs. 380 ss.

puede ser la de pocos o, incluso, de ninguno de los miembros de esa sociedad, con lo que, como ya se ha indicado antes, *esa condición en la regla de reconocimiento es radicalmente incompatible con la noción de regla de reconocimiento: en la regla de reconocimiento estaría una condición socialmente no reconocida*¹³. Eso es una contradicción en los términos.

A lo que se propende a veces al hablar de positivismo inclusivo es a la *confusión entre constitución y regla de reconocimiento*¹⁴. Se

¹³ Frente a la “moralización” de la regla de reconocimiento que Coleman explica como posible, sagazmente observa Dworkin que eso entra en contradicción con la tesis positivista de la convencionalidad de todo derecho, que Coleman trata de mantener bajo la forma de positivismo inclusivo (Cfr. R. Dworkin, *Justice in Robes*, Cambridge (Massachusetts)/London, The Belknap Press of Harvard University Press, 2006, pág. 198; en la traducción española, *La justicia con toga*, Madrid, Marcial Pons, 2007, trad. de Marisa Iglesias Vila e Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno, pág. 216). Una crítica radical y muy fundada de cómo la noción de regla de reconocimiento es incompatible con la posible presencia en ella de pautas sustanciales controvertidas, tal como Coleman pretende, puede leerse en Alexander Somek, “The Spirit of Legal Positivism”, cit., págs. 738 ss.

¹⁴ Dicha confusión es palmaria en Waluchow. Así, cuando indica, por ejemplo, que la cláusula del debido proceso del Acta de Derechos (*Bill of Rights*) puede verse como parte de la regla de reconocimiento (Wilfried M. Waluchow, *Positivismo jurídico incluyente*, cit., pág. 97). La repetición de tales confusiones puede verse

subraya que en las constituciones actuales acostumbran a estar presentes, y en lugar prominente, normas de contenido marcadamente moral, remisiones a fundamentos morales que dan su impronta moral a las constituciones mismas y que las conectan inescindiblemente con la moral. En esas constituciones que, como la española, elevan la justicia a “valor superior” del ordenamiento jurídico y que ponen la dignidad humana como eje esencial y barrera infranqueable de la normatividad jurídica dentro de ese sistema, estaría manifestándose el nexo inescindible de juridicidad y moralidad, inescindible al menos para esos sistemas con constituciones así¹⁵.

también en *ibid.*, págs. 117, 127, 129-131. Elementales y muy convenientes aclaraciones sobre la imposibilidad de identificar regla de reconocimiento y constitución pueden verse en Claudio Luzzati, *Questo non è un manuale. Percorsi di filosofia del diritto: I*, Torino, Giappichelli, 2010, págs. 122 ss.

¹⁵ Un nuevo ejemplo de las confusiones. No al exponer sus tesis propias, sino al glosar los orígenes del *soft positivism* en el *Postscript* de Hart, dice Escudero Alday: “Entonces, de lo dicho se desprende la posibilidad, recogida expresamente por el propio Hart, de que la conformidad con principios o valores morales sea un requisito a cumplir por toda norma que pretenda ser jurídica. Así por ejemplo, nada obsta para que la consonancia con el principio del respeto a la dignidad humana sea, como efectivamente sucede en algunos sistemas jurídicos, un requisito de validez normativa” (Rafael Escudero Alday, *Los calificativos del positivismo*

*Pero las condiciones de validez que para la normativa infraconstitucional fijen las constituciones no pueden confundirse con las condiciones establecidas en la regla de reconocimiento. La constitución no es la regla de reconocimiento*¹⁶. La constitución es derecho

jurídico, cit., pág. 56). Y en nota al pie aclara: “Así sucedería, en el caso de que se asuma la argumentación expuesta en el texto, en el sistema jurídico español, donde se reconoce tal principio en el art. 10.1 de su Constitución” (ibid., pág. 56, nota 23). La confusión -no de Escudero, sino de los autores que glosa- entre regla de reconocimiento y constitución es estridente, grosera casi. Lo que la norma de reconocimiento nos explica es por qué es derecho lo contenido en la constitución, incluidas las condiciones de validez -formales o sustanciales- ahí puestas para las normas infraconstitucionales. El art. 10.1 de la Constitución Española es parte de la Constitución, sí, pero no un elemento de la regla de reconocimiento del sistema jurídico español. Lo que sucede es que tanto los iusmoralistas (diciéndolo), como los positivistas inclusivos (sin decirlo), cambian la regla de reconocimiento por condiciones morales de validez del derecho, condiciones morales que, además, son independientes del hecho social del reconocimiento. Para ellos, el derecho vale por ser moral su contenido (o no fuertemente in-moral), y el fundamento último del sistema, de su juridicidad, no está en un dato fáctico, como es la regla de reconocimiento, sino en uno directamente normativo: en las reglas del sistema que aluden a los que, en opinión de tales autores, son supremos valores morales de cualquier sistema jurídico de verdad. En cuanto concepto explicativo, al menos para una concepción positivista y no metafísica del derecho, la regla de reconocimiento es primero colonizada, luego transformada desde dentro y, finalmente, desechada por las contradicciones en ella así inducidas.

porque es acorde con la regla de reconocimiento. Lo cual, si no queremos caer en las aporías u oscuridades de la idea kelseniana de norma hipotética fundamental, solo puede leerse así: la constitución es constitución jurídica, es derecho y cúspide del sistema jurídico, porque así es socialmente reconocida. La constitución es, jurídicamente, constitución porque los ciudadanos y los operadores jurídicos creen que lo es y obran en consecuencia; en otras palabras, porque está funcionando ese hecho del reconocimiento al que se llama regla de reconocimiento. Reconocimiento que no deja de ser un hecho aunque se lo llame regla.

Si, por ejemplo, la justicia o la dignidad no fueran condiciones puestas en la constitución, sino en la regla de reconocimiento, no podrían ser jurídicamente constituciones, no podrían ser reconocidas como constituciones jurídicas, aquellas “constituciones” que en sus preceptos contravengan o no “reconozcan” suficientemente la justicia y la dignidad de los sujetos. Y ello quiere decir que socialmente no se consideraría como elemento del sistema jurídico una constitución así. Una tesis de ese calibre tropieza con varios problemas serios.

¹⁶ En tal sentido y muy agudamente, Rafael Escudero Alday, *Los calificativos del positivismo jurídico*, cit., págs. 74 ss.

Uno, que lleva a negar la cualidad de derecho a toda constitución que, en una sociedad con una regla de reconocimiento de ese tenor, no ampare la justicia y la dignidad. Se nos viene a decir, por ejemplo, que si en lugar de promulgarse en 1978 en España esta constitución que se promulgó, se hubiera establecido una constitución que prolongara las Leyes Fundamentales del franquismo, tal constitución alternativa no podría haber sido derecho porque no se habría reconocido socialmente como tal, aunque de hecho se aplicara y se hiciera valer. Como tesis de sociología-ficción, dicha tesis es más que cuestionable.

Dos, que presupone que nociones morales como las de justicia o dignidad poseen un contenido generalmente reconocido y suficientemente claro y completo como para que pueda servir de parámetro social de juridicidad. Porque de no ser de esa manera, *tendríamos el absurdo de que en la regla de reconocimiento figuran palabras susceptibles de las más variadas interpretaciones, y no auténticos parámetros aptos para guiar ese reconocimiento social*. En la regla de reconocimiento no puede estar meramente el enunciado de que el derecho debe ser justo, sino una noción densa de qué sea lo justo. Pero dicha noción es inviable en una sociedad pluralista por definición y que precisamente se dota de una constitución que es garantía del pluralismo de

concepciones sobre el bien y la justicia. *Una condición de contenido socialmente discutible, de contenido sobre el cual la sociedad abrigue ideas contrapuestas, no puede servir como pauta común de reconocimiento*¹⁷.

Cabe que aquí se aduzca que lo mismo ocurre cuando nociones como esas de justicia o dignidad aparecen en el texto constitucional. Pero no es lo mismo. Las propias constituciones articulan órganos decisorios llamados a concretar y decir la última palabra en disputas en las que estén concernidas concepciones contrapuestas sobre qué sea lo justo o lo digno. En cambio, en la regla de reconocimiento no puede, por definición, haber previsión de órganos que pongan fin a las disputas, pues en la regla de reconocimiento la disputa, por definición, no cabe: si hay disputa, no hay reconocimiento como hecho social¹⁸.

Así pues, lo que en la discusión de hoy entre positivistas incluyentes, excluyentes y iusmoralistas parece cada vez más oscuro es la idea misma de regla de reconocimiento, en unión con la tesis del carácter convencional de

¹⁷ Vid. Joseph Raz, "Legal Positivism and the Sources of Law", cit., págs. 124-125.

¹⁸ Vid., en un sentido en cierto modo similar, Scott J. Shapiro, "Was Inclusive Legal Positivism Founded on a Mistake?", en *Ratio Juris*, vol. 33, n° 3, 2009, pág. 334 y anteriores.

todo derecho¹⁹. Parece que se tiende también a confundir la identificación de las normas que son derecho con el contenido que imponen para los casos de esas normas que son derecho. Se olvida que la regla de reconocimiento no proporciona soluciones para los casos, sino que indica dónde deben buscarse, en el punto de partida, para los casos las soluciones que son derecho²⁰. Que la regla de reconocimiento, en tal sentido, sea clara, no implica que sean claras o brinden para cada asunto soluciones indubitadas las normas que, según la regla de reconocimiento, son derecho.

Imaginemos un sistema en el que la regla de reconocimiento establezca que constituyen derecho los mandatos del Oráculo. Eso significa que en la comunidad en la que impera esa regla de reconocimiento está generalmente admitido que lo que el Oráculo disponga

¹⁹ En la abundantísima bibliografía sobre la hartiana regla de reconocimiento también se discute sobre si dicha regla tiene carácter convencional o es otro tipo de pauta social. No entramos aquí en tales pormenores. Sobre el tema véase, últimamente, Adrei Marmor, *Social Conventions. From Language to Law*, Princenton/Oxford, Princeton University Press, 2009, págs. 155 ss.

²⁰ Vid. Jules L. Coleman, "Negative and Positive Positivism", en Aileen Kavanagh, John Oberdiek (eds.), *Arguing About Law*, Londres y Nueva York, Routledge, 2009, pág. 113.

obliga de esa manera especial y con esa particular autoridad de lo jurídico. Y pongamos que el Oráculo empiece a sentar mandatos de contenido tan enigmático como el que dice que “Los padres deben ser trascendentes en el trato con sus hijos”. Estaría claro en esa comunidad que esa es una norma jurídica, pero habría serias dudas sobre lo que quiere decir y, consiguientemente, sobre qué implica para la resolución de tales o cuales casos de relaciones paterno-filiales. El hecho de que los aplicadores de la norma a esos casos tengan que interpretarla y, para elegir su sentido, echen mano de consideraciones morales, religiosas, políticas, económicas o de cualquier otro tipo no pone en cuestión la regla de reconocimiento y su carácter convencional o de hecho social, ni integra como parte del sistema jurídico las normas morales, religiosas, etc. que se utilicen para ese fin.

Resumiendo su propia doctrina, al polemizar con Coleman, dice Dworkin: “en la práctica, afirmé, cuando la gente discute acerca del contenido del derecho, recurre a consideraciones morales de una forma que el positivismo no puede explicar²¹”. ¿Qué significa “que el positivismo no puede explicar”? ¿A qué se alude cuando se dice discutir “acerca del contenido del derecho”? Si Dworkin se

²¹ R. Dworkin, *La justicia con toga*, cit., pág. 205.

está refiriendo a cuáles normas son o no derecho dentro de un sistema jurídico dado, las discusiones son escasas o nulas, desde el momento en que hay un sistema de fuentes “reconocido”. Si en un sistema jurídico hubiera continuo debate sobre si se debe llamar derecho a la ley que emana del Parlamento y no ha sido anulada por los mecanismos al efecto previstos por el propio sistema, o si se debe llamar derecho, en lugar de eso o además de eso, a las decisiones de los ancianos o a los mandatos de los sacerdotes, no estando reconocidas estas dos instancias como fuentes del derecho, lo que ocurriría es que en esa comunidad no habría propiamente un sistema jurídico, sino varios candidatos a tales, en concurrencia entre sí. En una comunidad social no existe sistema jurídico cuando no hay coincidencia entre sus miembros a la hora de atribuir la condición de derecho a unas u otras normas, provenientes de tales o cuales fuentes.

Sin embargo, si en esa comunidad, o entre los jueces de la misma, lo que se duda y discute es qué quiere decir o implica para el caso tal o cual norma de las que se originan en una fuente del derecho reconocida, estamos hablando de otra cosa, no nos estamos refiriendo a qué norma es o no es jurídica, sino a qué solución es acorde o no con esa norma o con el conjunto de las normas jurídicas origi-

nadas en las fuentes reconocidas. Que no haya claridad plena o acuerdo claro sobre el contenido de una norma jurídica no es dato que niegue la regla de reconocimiento o la convencionalidad, el hecho social del reconocimiento de las fuentes, sino que sólo muestra que es cosa distinta el saber qué norma es derecho y cuál no y el saber o establecer qué prescribe una norma jurídica para un caso.

Si Dworkin está hablando de ese segundo aspecto, sus consideraciones no obran contra el positivismo, salvo que al positivismo se le atribuya la siguiente tesis: que todas las normas que son derecho por provenir de las fuentes reconocidas ofrecen para los casos soluciones claras e indubitadas, de modo que hacen inviable o prescindible la discrecionalidad judicial. Pero precisamente una de las razones de la crítica de Dworkin al positivismo se halla en que éste deja sitio a la discrecionalidad judicial en la resolución de los casos cuando surgen dudas interpretativas, entre otras.

Dice Dworkin: “Afirmé que el contenido del derecho no se fija por ningún comportamiento o convención uniforme de los abogados y jueces, este contenido es más bien objeto de controversia entre ellos; cuando los abogados discrepan acerca del derecho defienden algunas veces sus posiciones diver-

gentes y tratan de resolver sus desacuerdos apelando a consideraciones morales; y que cuando el desacuerdo es especialmente profundo estas consideraciones morales pueden incluir juicios acerca de la mejor comprensión del sentido o propósito de la práctica jurídica como un todo²²". Cuando los abogados discrepan acerca del derecho no suelen hacerlo, aquí y ahora, porque unos opinen que las resoluciones del consejo de ancianos del país sean derecho y otros piensen que no, sino que todas las discrepancias se basan en un acuerdo previo: que tales normas, por ejemplo las que resultan bajo la forma de ley del Parlamento, son jurídicas. Una vez "reconocido" así el material jurídico, la discrepancia trata sobre asuntos tales como la relación entre esas normas del sistema, sus interpretaciones, etc. Pero si todo lo que para resolver dichas divergencias sobre las normas jurídicas se invoca es derecho nada más que por esa función complementaria que cumple, también serán jurídicas las leyes de la economía, por ejemplo.

Contra el carácter convencional que el positivismo atribuye al derecho dice Dworkin que "si los jueces discrepan de modo muy básico en torno a los criterios para identificar el derecho válido, entonces no comparten

²² Ibid., pág. 207.

ninguna convención que estipule los criterios para identificar el derecho válido²³". Mas los jueces no discrepan "de modo muy básico" sobre los criterios para identificar el derecho válido, pues si lo hicieran, hasta tendrían que debatir entre ellos cuáles en verdad son jueces y cuáles no, ya que son las normas identificadas coincidentemente como válidas las que les otorgan dicha condición jurídica de jueces. Si, al margen de las convenciones constitutivas de lo jurídico -y, consiguientemente, de las instituciones jurídicas, como los jueces-, hay normas extrasistemáticas con efecto intrasistemático y que condicionan la validez de las soluciones del sistema por razón de su compatibilidad con aquellas normas extrasistemáticas, cualquiera puede decir que el juez J no es juez porque es un inmoral, o mala persona o deficiente conocedor y aplicador de las normas morales debidas.

En realidad Dworkin no puede estar queriendo negar que en nuestro sistema haya un acuerdo social general en que es ley la norma que emana del Parlamento bajo cierta forma, o que en el derecho norteamericano el precedente judicial de ciertos tribunales vincula a otros tribunales. Lo que él pretende, meramente, es subrayar que la moral, o cierta moral, es la base para que a veces se

²³ Ibid., pág. 215.

excepcionen aquella ley o aquellos precedentes, y que, por servir así, se tienen que desprender dos efectos para el sistema jurídico: que esa moral excepcionadora de la aplicación de las normas del sistema jurídico es parte, y parte superior, de ese mismo sistema y que los jueces que por razón de esa moral hacen tales excepciones deciden conforme al sistema jurídico y no contrariamente a él. Y sobre esto habremos de remitirnos a lo ya expuesto aquí anteriormente.

6. Sobre el trasfondo práctico y político de un debate aparentemente conceptual

La llamada tesis de la separación, con la que se alude a una de las notas definitorias del positivismo, viene a decir que no hay ninguna conexión conceptual necesaria entre el derecho y la moral. Pero reparemos en cómo expone esta tesis uno de los máximos representantes del iusmoralismo actual, Robert Alexy: “Todas las teorías positivistas sostienen la *tesis de la separación*. Según ella, el concepto de derecho debe ser definido de forma tal que no incluya ningún elemento moral. La tesis de la separación presupone que no existe ninguna conexión conceptual necesaria entre derecho y moral, entre aquello que ordena el derecho y aquello que exige la moral o entre el derecho que es y el derecho que debe ser”²⁴.

¿De qué manera puede darse una conexión conceptual necesaria entre cómo algo es y cómo algo debe ser? Una conexión conceptual necesaria es la que existe, por ejemplo, entre padre e hijo, pues no podemos pensar padre sin presuponer hijo, ni hijo sin presuponer padre. Conexión conceptual necesaria hay también entre “esposo” y “esposa” (o esposo y esposa o esposa y esposa, si se está admitido el matrimonio homosexual), mientras no exista el automatrimonio. Conexión conceptual necesaria quiere decir que no puede pensarse una cosa si no es unida a la otra. En cambio, una conexión conceptual contingente es la que se da entre dos conceptos que pueden tanto

²⁴ Robert Alexy, *El concepto y la validez del derecho*, cit. pág. 13. En realidad, la traducción de este fragmento es incompleta, pues en el original alemán, de 1992, se dice algo más: “Alle positivistischen Theorien vertreten die *Trennungsthese*. Diese sagt, dass der Begriff des Rechts so zu definieren ist, dass er keine moralischen Elemente einschliesst. Die Trennungsthese setzt voraus, dass es keinen begrifflich notwendigen Zusammenhang zwischen dem, was das Recht gebietet, und dem, was die Gerechtigkeit fordert, oder zwischen dem Recht, wie es ist, und dem Recht, wie es sein soll” (Robert Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*, Freiburg/München, Karl Alber, 1992, pág. 15). Hacemos la traducción completa desde el último punto, subrayando lo que en la traducción original falta: “La tesis de la separación presupone que no existe ninguna conexión conceptual necesaria entre derecho y moral, *entre lo que el derecho prescribe y lo que la justicia exige*, o entre el derecho tal como es y el derecho tal como debe ser”.

presentarse unidos o implicados, como no unidos o implicados; por ejemplo, entre “varón” y “rubio”, pues los varones pueden ser rubios o no.

Las conexiones necesarias pueden ser de dos tipos, que denominaremos aquí unidireccionales o bidireccionales. Entre el concepto A y B hay unión necesaria unidireccional cuando B no puede pensarse sin implicar A, pero A sí puede pensarse sin implicar B. En cambio, la conexión es bidireccional cuando A y B se implican mutuamente y ninguno puede pensarse independientemente del otro, sin implicarlo. Tal ocurre entre padre e hijo, o entre esposo y esposa.

Para los iusmoralistas, como Alexy, la conexión conceptual entre moral y derecho es unidireccional, pues todo derecho implica conceptualmente la moral, pero no toda moral implica conceptualmente el derecho. De ahí que, para tales autores, no pueda haber verdadero derecho que no sea acorde con la moral, pero, en cambio, la moral contraria a derecho sigue siendo moral: una norma moral antijurídica no deja de ser una norma plenamente moral.

Es común que los iusmoralistas ilustren esa tesis suya como también acaba haciéndolo Alexy en el párrafo arriba citado: diciendo

que la conexión conceptual necesaria se da entre el derecho que es y el derecho que debe ser. Esa expresión no tiene sentido. Carece de todo sentido un enunciado del tipo siguiente:

“El objeto O, que es como es, no es lo que es si no es como debe ser”.

Hagamos una comparación. Los consejos que una persona da a otra pueden ser acertados o desacertados. Si entendemos que hay una conexión conceptual necesaria entre consejo y acierto, diremos:

“Un consejo desacertado no es un consejo”.

En ese caso tenemos un grave problema expresivo, pues en la propia expresión llamamos “consejo” a lo que decimos que no es un consejo, por ser desacertado. Hablaríamos en sentido impropio si dijéramos, por ejemplo:

“Ese consejo que A ha dado a B es un mal consejo, pues fue desacertado”.

Todo consejo propiamente dicho sería un consejo acertado y, en consecuencia, si llamamos mal consejo al consejo desacertado, no deberíamos usar la expresión “mal consejo”, sino algo así como “emisión con apariencia de consejo pero que no es tal”.

Idénticamente, si hay tal conexión conceptual necesaria entre derecho y moral, no podríamos decir “El sistema jurídico S es un mal sistema jurídico, por inmoral”.

Al mantener que se da aquella conexión conceptual necesaria entre el derecho que es y el derecho que debe ser se habla de modo figurado y sólo tiene sentido pleno la expresión si agregamos lo siguiente: el derecho que debe ser se determina con arreglo a la moral. Por tanto, la diferencia decisiva no es entre el derecho en su estado actual y el derecho mismo en un estado ideal debido, sino entre el derecho que hay ahora y la moral. Es un parámetro exterior al derecho el que determina si el derecho que es es o no derecho. La conexión, entonces, no es conceptual, sino normativa.

No queda más claro el asunto de Alexy cuando se expresa de otra manera: “en la realidad de un sistema jurídico están necesariamente incluidos ideales jurídicos”²⁵. Según esto, cuando el derecho que es no se corresponde o no se corresponde por completo con el ideal, no es derecho o lo es deficientemente. Si en el concepto de consejo está incluido un ideal de buen consejo, no podre-

²⁵ Robert Alexy, *El concepto y la validez del derecho*, cit., pág. 32.

mos decir que es consejo, o lo es del todo, un consejo malo.

¿Cómo debe definirse un concepto, al menos para que esa definición sea útil y no un puro juego con las palabras y las ideas? Supóngase que yo defino el concepto de árbol de forma que entre las propiedades que atribuyo a los árboles se halla la de ser de hoja perenne. Puedo decir que, *en mi concepto*, los árboles de hoja caduca, como robles o castaños, no son árboles, pues incumplen una de las notas definitorias del concepto de “árbol”. En cambio, un pino sí sería un árbol. ¿Existe alguna instancia desde la que se pueda medir lo apropiado de mi concepto? Sí, el uso lingüístico común, ligado al entendimiento común. Si preguntamos a mil personas, distintas de mí, si un roble es un árbol, nos contestarán que sí lo es. Por tanto, puede afirmarse, con esa base, que mi concepto es erróneo o inapropiado. O que mi sistema conceptual es mío, pero no se corresponde con los conceptos “vigentes”. Por las mismas, puedo defender que no hay más árbol que el que tenga colgadas unas guirnaldas navideñas. Cuando perdemos el “pie a tierra”, las definiciones y los conceptos son libres; y arbitrarios.

Yo puedo tener una idea bien precisa de cómo me gustaría que fueran lo árboles o de

cómo deberían ser si el mundo fuera como debe. Por ejemplo, puedo desear que todos los árboles sean de hoja perenne; o con flores rojas. Ese ideal puede ser mi acicate para tratar de convencer a los demás de que planten árboles de esas características y talen los que no las tengan. Pero ese ideal no me autoriza a imponer mi concepto de árbol frente al concepto de árbol socialmente establecido. Podré decir que son árboles feísimos los de hoja caduca o flor azul, pero no que no son árboles. No puedo confundir los árboles que son con los árboles que deberían ser (para mí).

Ahora leamos de nuevo a Alexy:

“En cambio, todas las teorías no positivistas sostienen la *tesis de la vinculación*. Según ella, el concepto de derecho debe ser definido de manera tal que contenga elementos morales. Ningún no positivista que merezca ser tomado en serio excluye del concepto de derecho los elementos de la legalidad conforme al ordenamiento y de la eficacia social. Lo que lo diferencia de los positivistas es más bien la concepción de que el derecho debe ser definido de forma tal que, a más de estas características que apuntan a hechos, se incluyan también elementos morales”²⁶.

²⁶ Ibid., pág. 14.

Habla Alexy de cómo “debe ser definido” el derecho. ¿Cómo deben ser definidos los árboles? Indicamos antes que por referencia al uso y entendimiento socialmente establecidos. Si en una sociedad dada se considera que derecho son las normas que presentan ciertos atributos formales y entre las propiedades que en esa sociedad se ligan al concepto de derecho no está la de que sus normas sean conformes con la moral, ¿debe seguir en esa sociedad definiéndose derecho “de manera tal que contenga elementos morales”? Al identificar el derecho que es con el derecho que debe ser, la concepción del segundo suplanta al concepto del primero: no hay más derecho que el derecho que debe ser, igual que no hay más árbol que el de hoja perenne o flor roja. ¿Tiene sentido y utilidad jugar así con los conceptos?

El sentido de esas manipulaciones de los conceptos es puramente pragmático e instrumental. Primero veámoslo con el ejemplo de los árboles. Pongamos una sociedad en la que los árboles se consideraran divinidades, por lo que estaría vigente una prohibición de talarlos. Quien reconceptualiza “árbol” estará perdiendo el tiempo con divertimentos perfectamente estériles y arbitrarios, salvo que lo mueva un propósito que pueda llegar a tener éxito: si convence a los demás miembros de esa sociedad (o a un gran número) de que

los robles no son árboles porque se les caen las hojas en otoño, habrá logrado seguramente que se puedan talar robles y demás árboles de hoja caduca. Es el objetivo de alterar la norma y su aplicación lo que explica la desfiguración del concepto. Una vez que los taladores de robles y castaños hayan sido convencidos de que no es pecado cortarlos, se convertirán en guardianes del nuevo concepto y ni llamarán árboles a esos árboles ni permitirán que los demás así los denominen. A medio plazo, puede haberse modificado el concepto. Pero no para llegar a uno más apropiado o menos, pues si la referencia es el uso y el entendimiento social, no existen parámetros externos o ajenos a ese uso que sirvan para medir la calidad de los conceptos. Dicha alteración se deberá a una transformación social buscada por quien manipuló para ese fin los conceptos.

Con el derecho y su concepto para los iusmoralistas ocurre algo bien similar. Lo que Alexy y los iusmoralistas en general persiguen es que los tribunales de derecho no apliquen ciertas normas, aunque sean derecho positivo, y sí apliquen otras, aunque no lo sean. Para ello dicen que no son jurídicas las normas “jurídicas” que contravengan la moral y que sí son jurídicas, aunque no estén como derecho positivadas, otras normas que son antes que nada morales²⁷. El mejor indicio

de que detrás de esos manejos conceptuales hay una pretensión política es el siguiente: nunca, que yo sepa, se ha visto un iusmoralista que haga de modo expreso y claro un razonamiento como el que sigue:

“Yo, moralmente, desde mi sistema de normas morales, apruebo el contenido de la norma jurídica N, pero creo que N no es verdadero y pleno derecho a tenor de la moral mejor o la moral verdadera, que resulta que no es la mía”.

O como este otro:

“Yo, moralmente, desde mi sistema de normas morales, rechazo por inmoral el contenido de la norma jurídica N, pero considero que N es verdadera y plena norma jurídica porque está de acuerdo con la moral mejor o la moral verdadera, que es distinta de la mía”.

Cuando el iusmoralista dice moral, no dice la moral de otros, no dice moral distinta de la

²⁷ En tal sentido, Raz: “To impose independent conditions on the identity of law will inevitably mean either that not all the rules forming a part of the social institution of the relevant type are law or that some rules which are not part of such institution are law. Either way ‘law’ will no longer designate a social institution” (Joseph Raz, “Legal Positivism and the Sources of Law”, cit., págs. 121-122).

suya, elevada a moral racional o verdadera, sea como moral de mínimos o de máximos. La unión conceptual necesaria entre derecho y moral se torna unión pragmática entre derecho y moral propia. El positivista, en cambio, no llama derecho a su moral, sino a lo que la gente considera derecho.

DIÁLOGO TRAS EL DEBATE

*Andrés OLLERO con
Cristina HERMIDA DEL LLANO**

Andrés OLLERO (AO): Estoy de acuerdo contigo en que resultó muy útil que tuviéramos oportunidad de comentar mi texto de manera informal antes de su presentación, dentro de un clima de diálogo intelectual sumamente positivo para los que creemos que la filosofía del derecho tiene una perspectiva crítica que sólo desde la reflexión y el intercambio de ideas puede desarrollarse plenamente.

Cristina HERMIDA (CH): Tus tesis, en las que te desmarcas del iusnaturalismo tradicional y del positivismo inclusivo no dejan de presentar una opción tentadora por su originalidad al plantear el intento de resolver la clásica pugna entre iusnaturalismo y positivismo. Lógicamente suscitan en mí algunas críticas, que ya conoces porque hemos tenido

* Profesora Titular de Filosofía del Derecho. Universidad Rey Juan Carlos.

en diversas ocasiones la oportunidad de debatirlas. En cualquier caso, no cabrá dar por cerrado un debate que en realidad se torna definitivamente interminable.

AO: Sin duda; vamos pues a ello...

CH: Lo primero que me llama la atención es que, aunque destacas con acierto que el derecho y la moral son "realidades distintas", lo que las diferenciaría sería que el primero se configura como un *mínimo ético* mientras que aquélla va dirigida a la búsqueda de la máxima perfección individual, hasta el punto de que "la moral no fundamenta ni confiere derechos sino que se limita a exhortar a respetarlos virtuosamente". Afirmas que siendo el derecho y la moral diferentes por su contenido emanan ambos de lo ético, entendido como el "ámbito global de la conducta debida". De tal manera que la ética se convierte en fuente de fundamentación jurídica y moral.

Mi aproximación al derecho y la moral es bien diferente, aunque coincido plenamente contigo en que el derecho no existe para hacernos virtuosos en el obrar sino más bien, como diría Francisco Laporta, para imposibilitar que otros nos impidan serlo. Desde mi punto de vista, el derecho nos lo imponen, a través de normas heterónomas, respaldadas por el uso de la fuerza, que son expresión de

un determinado sistema de legitimidad. Cumplen además una serie de funciones sumamente valiosas, puesto que son un instrumento de cohesión social y un importante factor de cambio social (desde el punto de vista cualitativo y cuantitativo); las normas jurídicas garantizan nada más y nada menos que el ejercicio de la autonomía moral.

AO: Sin duda lo facilitan. Por el momento, no veo motivo de discrepancia, aunque huyo de una visión demasiado normativista de lo jurídico...

CH: La consecuencia sería que no se puede comparar el derecho con el cine o el arte; como te hizo notar en el debate tu maestro López Calera, el derecho lleva consigo un mecanismo coactivo a diferencia de aquéllos.

AO: Es obvio. Mi metáfora (cargada quizá por el diablo) apunta al modo de realizar valores que es propio de cualquier conducta jurídica; sin sugerir que la función social que cumplen derecho, cine y arte tengan demasiado que ver...

CH: Volviendo al hilo del discurso, la moral –como conjunto de normas autónomas, categóricas, con vocación universal– la elijo yo, aunque no lo haga obviamente ajena a

condicionamientos sociales. Tiene que ver con cuestiones que afectan a mi fuero interno individual, por lo que genera obligaciones bien distintas a las del derecho.

AO: No tengo la menor duda. Una de esas obligaciones sería, a mi juicio, respetar el derecho salvo que su deficiencia (no moral sino jurídica...) no lo haga merecedor de ello.

CH: Dices, literalmente, que el derecho "ha de servir de fundamento a exigencias más modestas, lo que ha llevado a que con toda razón se lo caracterice como *mínimo ético*, porque con ese logro se conforma: posibilitar una pacífica y ordenada *convivencia*, que dejaría campo abierto para aspirar a las más ambiciosas metas morales" ¿Te parecen poco relevantes las funciones a las que sirve el derecho cuando entre ellas está el garantizar que podamos actuar como verdaderos agentes morales con plena autonomía y dignidad personal?

AO: No las considero en absoluto irrelevantes, pero sí modestas; al no aspirar a hacerme plenamente feliz, ni perfecto, ni útil, ni rico...

CH: Como ya he apuntado, lo ético es para ti "el ámbito global de las conductas exigibles

y debidas". Entre ellas, diferencias las que tienen un fundamento jurídico y las que tienen un fundamento moral como si de dos brazos diferentes se tratara que proceden de un tronco común: la ética.

AO: La diferencia no estaría en el fundamento, que será siempre una ética, deudora de determinada concepción del hombre y de sus relaciones con los demás, sino en la diversa función que derecho y moral están llamados a cumplir.

CH: De ahí que, según tu visión, la ética se encuentre en los cimientos y no en la cúspide de toda concepción jurídica o moral, para lo que viene muy bien que precises lo que entiendes por ética, lo cual haces del siguiente modo: "entiendo por ética la dimensión deóntica de una filosófica concepción antropológica, que nos señala qué es el hombre y por tanto, al margen de toda falacia naturalista, cómo debe jurídica o moralmente comportarse; teniendo igualmente en cuenta cómo ha de entenderse su relación con sus semejantes y con la sociedad en su conjunto".

Yo, en cambio, entiendo la ética de otra forma, siguiendo en ello a autores como José Luis Aranguren, quien en su obra *Ética* (1958) la definió como la parte de la filosofía que trata de los actos morales, entendiendo por

actos morales los medidos o regulados por las reglas morales. A partir de aquí, conforme a mi esquema, podría diferenciarse una moral como estructura (el hombre en cuanto tal se comporta siempre *sub ratione boni*) y una moral como contenido (lo que invita a pensar que su comportamiento no tiene que ser necesariamente bueno desde el punto de vista moral).

AO: Con lo último es difícil no estar de acuerdo. Lo primero denota cierta circularidad, porque el acto me remite a la regla y me quedo sin saber cuándo y por qué una regla es moral...

CH: A mi modo de ver, resulta sumamente importante clarificar de entrada qué se entiende en concreto para poder dialogar y debatir con cierto sentido ¿no te parece?

AO: Sin duda. A la vez hay que evitar, en su caso, que aparezca como mera diversidad terminológica lo que en realidad es discrepancia conceptual.

CH: Avanzando en la cuestión y siguiendo tu terminología, me pregunto ¿quién elige finalmente la ética o "filosófica concepción antropológica" que servirá de cimiento al derecho? ¿Qué contenido tiene? Porque, como tú mismo has reconocido alguna vez, no

existe quórum sobre ese mínimo ético (ni a nivel individual, ni estatal, ni internacional...). Por si esto fuera poco, tampoco se puede pasar por alto que el mínimo ético que fundamenta al derecho es a la vez interpretable. No hay más que mirar el proceso de positivación de los derechos que llega hasta nuestros días para poder comprobar lo difícil que es ponerse de acuerdo sobre cuáles son esas "exigencias (...) núcleo de bienes considerados de orden público, que han de situarse al margen de toda negociación", que forma parte de lo que consideras "mínimo ético".

AO: No creo que estemos ante un problema de elección, como si se tratara de optar volitivamente por una u otra solución, sino ante un esfuerzo de conocimiento. El rechazo a la tortura es una exigencia jurídica con realidad objetiva, que podrá conocerse de modo más o menos acertado, a través –como bien apuntas– de un proceso interpretativo, que es por cierto racional: de razón práctica. Como en todo intento cognoscitivo, no siempre será fácil alcanzar la unanimidad. Si ocurre incluso en la ciencia, tanto más podrá ocurrir al entrar en juego la historicidad propia de la dimensión hermenéutica de lo jurídico.

CH: Quizás valga la pena recordar en este contexto la rica jurisprudencia del Tribunal

de Luxemburgo en materia de derechos fundamentales, en la que se ha puesto a menudo de relieve lo difícil que es deducir o identificar "ese mínimo ético" cuando se afirma que los derechos fundamentales forman parte de los principios generales y que el órgano jurisdiccional se encuentra obligado a inspirarse en las tradiciones constitucionales comunes de Estados miembros verdaderamente heterogéneos entre sí. Sirva de ejemplo el sonado caso Nold (Sentencia de 14 de mayo de 1974, Causa 4/73). A la hora de dilucidar si el Tribunal se encontraba obligado a inspirarse en un derecho que estuviera consagrado en todas la Constituciones de los Estados miembros o era suficiente que ese derecho estuviera protegido en alguno o algunos de los sistemas constitucionales, en realidad lo que estaba en juego era averiguar cuál era ese mínimo ético que el Tribunal debía garantizar. En ningún caso el Tribunal trataría de establecer un mínimo común denominador ni pensaría en medidas aritméticas. No pretendería pues con su jurisprudencia acentuar el grado de *comunidad* de los principios o de los derechos fundamentales. Trataría tan solo de acentuar la función que aquéllos cumplen para la integración; o sea, la función integradora de los mismos.

Este ejemplo pone de relieve cómo la definición del estándar comunitario de pro-

tección de los derechos, ante la laguna normativa existente, no se fue construyendo sobre la base de un *estándar mínimo común* sino que se llevó cabo a partir de una comparación crítica y valorativa de los diversos sistemas nacionales, que incluía el análisis de la jurisprudencia nacional relevante, y finalizaba con una opción jurisprudencial del propio Tribunal de Luxemburgo que se gestaba en el proceso dialéctico de deliberación.

AO: No es mal ejemplo. Hay que tener en cuenta además que la función de un tribunal como el de Luxemburgo reviste unas características peculiares, como desde otro punto de vista ocurrirá con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo. Al tener que articular sus competencias con el respeto de las de los Estados miembros el asunto se complica aún más.

CH: Queda pues en evidencia que sin razón práctica no hay derecho. De ahí que esté de acuerdo contigo en que la única forma de adentrarse en el campo del derecho sea haciendo uso de ella. La cuestión es cómo se ha de usar esta *varita mágica* para que nos dé la respuesta correcta o nos saque el conejo (justicia objetiva) de la chistera. La cuestión se torna necesariamente complicada.

AO: Conocer con acierto es siempre complicado. La razón práctica cuenta sin embargo con el apoyo de la experiencia consolidada; eso que los juristas llamamos doctrina jurisprudencial, que tiene con frecuencia más de tópica que de presunto sistema.

CH: Tu texto y el de García Amado ofrecen sugerentes argumentos para tomar partido en las disyuntivas entre normativismo y decisionismo, reglas y principios, ley y constitución, subsunción y ponderación, positivismo y constitucionalismo, etc. Con otras palabras, entran de lleno en el debate entre partidarios del imperio de la ley o partidarios del denominado *paradigma constitucionalista*. A mi modo de ver, inclinarse por el positivismo legalista frente al constitucionalista nos lleva a consecuencias no demasiado beneficiosas, desde el punto de vista de la legitimidad crítica y social.

AO: Estoy plenamente de acuerdo.

CH: No se puede pasar por alto que la dimensión moral de los textos también juega un papel importante junto a su ineludible dimensión jurídica. De ahí que numerosos textos jurídicos, precisamente, por su mera fuerza moral hayan surtido efectos como paso previo a los efectos jurídicos vinculantes que habrían de producir más tarde. Pensemos, por

poner un ejemplo, en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, en la que sin ir más lejos se apoyó el Tribunal Constitucional español, precisando que podía utilizarse como "fuente de inspiración", esto es, como parámetro interpretativo, a pesar de su no incorporación al derecho originario. Concretamente ello se puso de manifiesto en la sentencia 292/2000, de 30 de noviembre.

AO: Vamos por partes... Pareces estar de acuerdo conmigo en que el derecho no es un instrumento coactivo al servicio de exigencias morales, sino que son sus exigencias específicas las que generan lo que llamas "fuerza moral"; o sea, una obligación moral de respeto al derecho. Estupendo... Yo consideraría que, en tu ejemplo, el Tribunal Constitucional español, en su esfuerzo por llegar al conocimiento de una exigencia realmente jurídica, ha utilizado como indicio el resultado cognoscitivo implícito en la Carta, sin importarle tanto el nivel de positivación formal que haya llegado a alcanzar. Me parece muy acertado.

CH: Cambiando de tema, otra cuestión que no me convence es cuando señalas: "yo, como tantos otros", trato de "resolver el problema no en el campo de la validez", "sino en el de la aplicabilidad".

AO: Al expresarme así, me limito a aceptar una afirmación de García Amado...

CH: No me parece bien que desprecies la validez formal del derecho; creo que deberías dedicarle más importancia de la que le das en tu texto. Quizás exageras como mera estrategia para resaltar lo que a ti más te interesa, pero no es excusa.

AO: Lo de desprecio suena un poco fuerte; dejémoslo en un irónico escepticismo sobre la posibilidad de establecer la validez *more sistémico*.

CH: ¿No opera la razón práctica antes de llegar al momento de la aplicación judicial del derecho? Yo presupongo que tu respuesta será afirmativa, pero creo que sería importante insistir en que la razón práctica aparece y goza ya de protagonismo en el momento de la creación del derecho positivo.

AO: No tengo la menor duda; también incluso antes de ese momento, si por derecho positivo se entiende el sujeto a pautas formales. Valga como ejemplo de razón práctica peatonal la *opinio iuris* que convierte en jurídico lo que en otro caso sería mero uso social.

CH: Cuando alguno de tus objetores ha señalado que la razón práctica es moral es porque saben que el aplicador del derecho interpretará las normas en función de un paradigma que tiene que ver con su modo de entender el mundo y el hombre, esto es, a partir de una concepción antropológica que para ellos está teñida de moralidad; cosa que tú nunca defenderías según tu planteamiento.

AO: En efecto. Reservo el término moral para exigencias maximalistas que buscan la perfección. No sé por qué he de llamar moral a las que sólo facilitan que convivamos en paz y dejan a cada uno que busque la perfección como mejor le parezca. No entiendo por qué al conocimiento de una exigencia práctica (razón práctica) derivada de ese mínimo ético haya que reconocerle una dimensión maximalista. Más bien me parecería notablemente perturbador.

CH: ¿Por qué dos jueces resuelven el mismo caso de forma diferente? Porque llevan a cabo una captación racional de las exigencias jurídicas, *hacen justicia*, de diferente forma. Los ingredientes jurídicos son los mismos pero se usan de una forma diferente y me parece algo obvio que esa tarea prudencial muchas veces se ve afectada por juicios morales.

AO: A mí, por el contrario, me parecen obviamente juicios jurídicos. Los positivistas los llaman *morales* porque reconocen que no hay modo de encontrarles fundamento en el texto positivado y se han conjurado para llamar derecho sólo a lo positivado; es su problema....

CH: Ahora bien, el juez que decide en virtud de normas que interpreta desde el derecho y la moral, no entiende ésta como tú -"como la maximalista búsqueda de la perfección"-, sino como una forma de captación racional tan legítima como la que tú propones con el nombre de "captación racional del mínimo ético". Quizás al final todo quede en una disputa terminológica.

AO: No. Se trata de una discrepancia conceptual que obliga a los positivistas a ignorar el sentido propio de los términos. ¿Por qué se niegan a llamar jurídico a un juicio que no apunta a la maximalista búsqueda de la perfección? Una vez más, es su problema...

CH: Presentas en tu esquema la ética como fuente de fundamentación del derecho, lo cual recuerda, como tú mismo refieres en tu texto, al planteamiento de Tomás de Aquino: lo que cambian son las palabras pero el planteamiento me parece muy similar. Tú llamas ética a lo

que Tomás de Aquino llama ley natural y de ahí que una ley humana o positiva que no coincidiera con la ley natural -según tu terminología, con "la ética"- se convertiría para ti en una ley jurídicamente defectuosa, lo que creo que siguiendo la literalidad de Aquino se podría calificar en la misma línea como una corrupción de la ley. ¿Qué es lo que aporta llamar a la ley natural ahora ética si las conclusiones a las que se llega son las mismas?

AO: El asunto es complicado por una doble razón. No creo que Tomás de Aquino identificara ética con ley natural, porque por supuesto admite exigencias éticas sobrenaturales, e incluso les reconoce supremacía sobre las naturales. Lo que sí es comprensible, por su contexto histórico y personal, es que dentro de la ley natural no mostrara particular interés en acentuar la distinción entre moral y derecho; esto explica que percibas esa sintonía con mi concepto de ética. El que las referencias a la ley natural incluyan moral y derecho ha llevado a más de un teólogo moral tomista a posturas no muy afortunadas. De ahí que me haya parecido siempre muy oportuna la insistencia de Arthur Kaufmann en que no se manejen como sinónimos ley natural y derecho natural; de lo contrario podría llevar a esgrimir, como alternativa al positivismo le-

galista, un iusnaturalismo legalista bastante fuera de lugar.

CH: Dejando al margen estas reflexiones, quizás algo provocadoras, en realidad, pienso que tu aproximación a la ética coincide, aunque no quieras reconocerlo, con lo que Hart denomina *moral crítica* (principios morales generales usados en la crítica de las instituciones sociales reales incluida la moralidad positiva) y que Garzón Valdés, Elías Díaz, Laporta, etc. asumen en sus planteamientos como punto de partida. De ahí el error y la confusión reinante.

Puedo entender que digas que el fundamento del derecho no es la moral, lo que no se puede ignorar es que el derecho bebe de la moral social o al menos tendrías que reconocer que "la filosófica concepción antropológica" emana de la sociedad y de sus convicciones, creencias, concepción de la vida, etc. De lo que, en mi opinión, se trata es de que el derecho no quede condicionado por la moral social hasta el punto de que ésta anule a aquél (moralismo legal). Desde mi punto de vista, el hecho de que ciertas pautas morales sean efectivamente vividas en una determinada sociedad no es razón suficiente para que las normas jurídicas las respalden a través de la institucionalización de la fuerza.

AO: Vamos, una vez más, por partes... Lo de llamar moral a la crítica del derecho deriva de la idea, que no comparto, de que el derecho no es jurídicamente criticable; lo es, como cualquier obra de arte es estéticamente criticable, ya que ninguna solución jurídica agota la justicia ni ninguna obra de arte la belleza. Lo que Hart dice criticar *moralmente* es en realidad algo *jurídicamente* deficiente. Lo que hace es crítica jurídica pero al parecer le resulta inconfesable; sus razones tiene...

Por otra parte, sólo cuando a la ética en su conjunto se la llama moral cabe establecer que el derecho se ve influido por la moral social. En realidad se ve influido por exigencias jurídicas aún no positivadas, que no es lo mismo. Si se tratara de exigencias morales, se produciría el moralismo que tan acertadamente rechazas.

CH: Me pongo de parte de autores, como Mill, que apuestan frente a tentativas paternalistas por entender que sólo el evitar un daño a otros puede funcionar como justificación de la imposición coactiva de una conducta; o como Kant, quien también insistió en que el derecho sólo puede actuar para hacer posible empíricamente la autonomía moral, pero no para dotar a la voluntad de un contenido moral.

Tú dices: "Obviamente si cambia la ética, la concepción antropológica fundamentadora, cambiará lo que nos aparezca como mínimo ético exigido por la justicia objetiva y lo que nos aparezca como exigencia maximalista de perfección moral. La cuestión tiene ciertamente que ver con los cimientos y no con la cúspide de derecho o moral alguno".

Según este párrafo, si lo entiendo bien, no es que haya una concepción antropológica válida única y universal para fundamentar desde los cimientos al derecho y la moral, sino que la ética puede cambiar o evolucionar, regresiva o progresivamente, de forma que el mínimo ético exigido por la justicia objetiva cambie también. Esto me parece que es contradictorio con tu planteamiento porque te lleva a una postura relativista que sé que no asumes. Por otra parte, ahora parece, todavía con más fuerza, que tu concepción ética o antropológica se identifica con la moral social dominante. ¿Cómo podemos saber si un derecho es más o menos defectuoso si el camino que nos guía en su respuesta es tan resbaladizo?

AO: Para empezar, la universalidad de determinadas exigencias jurídicas no es inmune a la inevitable subjetividad de su conocimiento. Esto no implica relativismo alguno sino mero perspectivismo a la hora de captar

las exigencias objetivas de justicia. A ello hay que añadir la dimensión histórica de lo jurídico, que implica un juicio sobre una realidad dinámica con una obvia dimensión *performativa*: la razón práctica hace que captar lo justo equivalga a *hacer justicia*. Un iusnaturalismo parmenideo sólo podría suscribirlo un moralista ignorante de lo que es el derecho.

CH: El siguiente párrafo avala aún más mi posición cuando dices: "Una ética que resalte la dimensión solidaria y socializadora del matrimonio, generador de una comunidad familiar abierta a los hijos, justificará con creces una regulación jurídica de dicha institución, que no podría resultar ajena al mínimo ético expresado por la justicia objetiva. Por el contrario, una ética radicalmente individualista puede vaciar la institución matrimonial...".

¿Quieres decir con ello que el derecho se funda en una ética abierta desde el momento en que su contenido es dinámico y puede ser de lo más variado? ¿Cómo saber cuándo estamos más cerca de ese mínimo ético expresado por la justicia objetiva y cuándo nos estamos alejando?

AO: No se trata de una ética más o menos abierta sino de un conocimiento inevitable-

mente histórico de la ética. En cuanto a posibles criterios de acierto, serán inevitablemente tardíos se parta del planteamiento del que se parta. El mismo concepto de *cosa juzgada* es un reconocimiento de la provisionalidad y modestia de cualquier solución jurídica; equivale a asumir: hasta aquí hemos llegado... El que quiera más certeza, ocasión tendrá en el juicio final de satisfacer su legítima curiosidad.

CH: Sé que te molesta profundamente la expresión "moral rights".

AO: No es que me moleste, me parece simplemente disparatada; pero hay disparates simpáticos...

CH: La consideras resultado de lo que defines como "colonialismo anglosajón", porque precisamente "desnaturaliza" aún más la relación entre el derecho y la moral, dado tu planteamiento. Sin embargo, no se puede ignorar que hay una amplia y larga tradición para la cual los derechos humanos representan un mínimo ético universal que permite calificarlos como derechos morales. Así, por ejemplo, se ha resaltado -Laporta, entre otros- que el ámbito propio de estos derechos es el de la ética: son una moralidad y por esto propugnan la denominación de derechos morales para asegurarse este valor universal. Precisa-

mente, lo que con ello se pretende dejar fuera de toda duda es que los derechos humanos no se pueden considerar como realidades exclusivamente jurídicas circunscritas al derecho positivo que los contempla, puesto que ello equivaldría a decir que es el legislador en cada caso es quien los crea, decide sobre su contenido, y los reconoce al plasmarlos en un texto legal. En ese caso, los derechos humanos quedarían reducidos a pura fuerza convencionalmente organizada y el hombre sería un mero espectador ante el escenario creado coyunturalmente por el legislador.

AO: Veamos... El que una exigencia ética sea universal no obliga a considerarla moral; salvo, no es mi caso, que se entienda que el derecho es por definición particular, o sea positivado. Como muy bien dices, sólo quien cree (acentuaría lo de *cree*, porque la realidad ayuda a ver algo bien distinto) que el derecho lo fabrica el legislador tropieza con ese problema. A mí, que he sido más de diecisiete años legislador, me da risa pensar que el derecho en realidad se haga así. Basta reconocer que hay exigencias jurídicas objetivas prepositivadas para que los derechos humanos dejen de ser fuerza convencionalmente organizada. Quien dijo en las Cortes, hablando de derecho fundamentales, que el derecho es fuerza fue Peces-Barba no yo... La cita

exacta aparece en varias de mis publicaciones.

CH: Los derechos humanos nos abren al mundo de una ética que es común a todos los seres humanos, en su calidad de agentes morales. Esto quiere decir que somos titulares de los derechos humanos en nuestra condición de hombres y no de ciudadanos adscritos a un determinado ordenamiento jurídico. Precisamente, en ello, a mi modo de ver, se encuentra la diferencia conceptual entre la categoría de derechos humanos y de derechos fundamentales.

Si he considerado siempre importante insistir en la diferencia entre derechos humanos y derechos fundamentales es porque desde ella se hace posible valorar si un determinado sistema jurídico está traicionando esas exigencias morales básicas a las que denominamos derechos humanos. De este modo, los derechos humanos constituirían "el marco dentro del cual es posible la crítica de las leyes o instituciones del Derecho positivo", hasta el punto de que "su desconocimiento justifica acciones como la desobediencia a las leyes y la resistencia a la opresión jurídico-positiva".

AO: Absolutamente de acuerdo, menos en lo de llamar exigencias morales básicas a lo que son en realidad exigencias jurídicas bási-

cas; por eso, en un alarde de coherencia, las llamamos derechos humanos; porque son derechos y no exhortaciones morales...

CH: Considero que los derechos humanos se sirven de la norma jurídica como vehículo necesario para su consagración en los textos normativos y con ello se transforman en derechos fundamentales, poniendo de manifiesto su dimensión histórica. Ello precisamente tuvo lugar, como sabes, en el tránsito a la Modernidad, momento que sirve de catalizador a una concepción del hombre y su dignidad como centro del mundo y como centrado en el mundo y que desembocará en las revoluciones burguesas del siglo XVIII.

Es más, el hecho de que paulatinamente haya aumentado y aumente la cuantía de derechos humanos positivizados en el orden jurídico nacional e internacional no va en detrimento de su fuerza justificativa o argumentativa, desde el momento en que los nuevos derechos fundamentales son elaborados y contruidos a partir de esas viejas premisas éticas o de esas exigencias morales básicas en las que encuentran precisamente aquéllos su fundamento. Buena prueba de ello es la práctica jurisdiccional europea. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional Federal de Alemania introdujo, tomando como base la dignidad humana y el derecho general a la

personalidad (art. 1 y 2.1 de la Ley Fundamental), diversos derechos relevantes, tales como garantías de la libertad contra peligros procedentes del avance tecnológico, la protección de datos de carácter personal o garantías en el ámbito de la bioética.

AO: Totalmente de acuerdo, salvo en lo de calificar de morales a obvias exigencias jurídicas. En cuanto al tribunal alemán, podría añadir que mi buen amigo Winfried Hassemer, que lo vicepresidió no pocos años, entiende que apelar a la dignidad al ejercer el control de constitucionalidad resulta rechazable, porque rompería todo posible discurso. Quizá lo considera precisamente una irrupción moral en un debate jurídico...

CH: Continuemos... Te refieres a las exigencias jurídicas como aquéllas que se orientan a determinados fines: "posibilitar una convivencia pacífica ajustando las relaciones sociales". La cuestión es si es posible y, en caso afirmativo, de qué forma tener un conocimiento previo de tales exigencias con el fin de poder conseguir posteriormente ser moralmente más justos. Según explicas, "la justicia consistirá en un *medium rei*, radicado en la naturaleza de las cosas y racionalmente captable en ella por el sujeto, sin necesaria vinculación a sus disposiciones subjetivas".

Si la justicia objetiva no se plasma en el derecho positivo ¿dónde tengo que buscar esas exigencias jurídicas que determinan lo suyo de cada uno? Por desgracia, tan solo puedo llegar desde el territorio de la subjetividad a la frontera de la objetividad en el ajustamiento de las relaciones de convivencia. ¿Qué ocurre cuando cada sujeto opera con un mapa de búsqueda de "justicia objetiva" distinto o el mismo mapa lo interpretamos desde nuestra individualidad de forma distinta?

AO: No creo que sea más difícil encontrar exigencias jurídicas universales que encontrar exigencias morales universales, asunto que al parecer sí debería considerar fácil... Las dificultades de conocimiento subjetivo no afectan a la objetividad de lo real. Yo de energía atómica no sé nada, pero no se me ocurre negar objetividad a ese objeto de estudio porque yo haya progresado en él tan poco...

CH: Según explicas: "las exigencias jurídicas de la justicia objetiva adquieren plenitud y eficacia cuando se ven positivadas por el operador competente; mientras no lo logran, testimonian (...) una situación jurídicamente defectuosa". En realidad, lo que deseamos de un derecho positivo que no reconoce derechos humanos es que se torne en un

derecho positivo justo, legítimo ¿no es verdad? La forma de que consigamos que el legislador varíe su comportamiento ¿cuál es? ¿convenciéndole de que no ha actuado conforme a exigencias de justicia objetiva o indicándole que el derecho es deficiente en cuanto no responde a un paradigma de legitimidad?

AO: No veo diferencia entre una cosa y otra...

CH: Tú afirmas: "No deja de sorprenderme que -dentro de mi distinción entre la positividad, inseparable de todo elemento jurídico que se precie, y la consumación del proceso de positivación en que toda realización del derecho consiste- constituya un problema admitir que hay normas que son jurídicas y jurídicamente reprochables al mismo tiempo; no meramente reprochables desde el punto de vista moral o ético, sino *jurídicamente* reprochables".

En realidad, esto no plantea problema alguno al positivismo que reconoce que puede haber contradicciones normativas, antinomias, lagunas, etc., y hay que crear desde el derecho formas para solucionar estos problemas que ponen en cuestión la coherencia y plenitud del ordenamiento jurídico.

AO: El problema es que hay cierto positivismo (el más riguroso, a mi modo de ver) que no considera posible hacerlo desde el derecho, sino que lo atribuye a incursiones subjetivas de carácter moral; una vez más, es su problema...

CH: Si tan importante es para ti que las exigencias jurídicas de la justicia objetiva estén positivadas ¿por qué más abajo te refieres a que el derecho positivo también se integra de elementos jurídicos no formalmente positivados, como valores o principios jurídicos que sin duda cumplen una función relevante? ¿Cómo sabemos cuáles son los ingredientes jurídicos que están en el ordenamiento jurídico aunque no estén positivados y cuáles son los que faltan o recoge el derecho positivo de forma deficiente? ¿Qué criterio sigue el propio derecho para discriminar y decir que el elemento X es defectuoso desde el punto de vista jurídico? ¿No es un criterio circular?

AO: Los positivistas a que te refieres lo hacen con envidiable facilidad. Sólo tienes que sustituir lo que ellos llaman elementos *morales* por elementos *jurídicos* y el problema queda resuelto; salvo un pequeño detalle: ¿por qué se empeñan en llamarlos *morales*? Porque se han autoprohibido reconocer como jurídico algo no positivado; lo que sigue sin

ser mi problema... No me cuesta ningún trabajo, por supuesto, reconocer que detectar una exigencia jurídica -o, lo que es lo mismo, hacer justicia- no siempre es tarea fácil.

CH: Paso a otra cuestión... Cuando precisas que para ti "el derecho o justicia objetiva tiene un fundamento ético con trasfondo antropológico", me asalta otra vez la pregunta: ¿Cómo puedes hablar de justicia objetiva fundamentándola en una concepción antropológica que para ti es cambiante y que puede convertir al derecho incluso en un derecho defectuoso?

¿Es que el Tribunal Constitucional cuando declara una norma inconstitucional lo que dice es señalar que es defectuosa, o más bien lo que hace es expulsarla del ordenamiento jurídico para velar por el respeto del principio de coherencia interna?

¿Para qué sirve o qué aporta tu teoría?
¿Para reconocer que el derecho es imperfecto y defectuoso ya que la ética en sus cimientos también lo es?

AO: Para mí las exigencias éticas básicas no son cambiantes; lo que puede ser cambiante, a Dios gracias, es mi conocimiento de ellas, porque ello prueba que aún soy capaz de pensar hasta el punto de descubrir posibles

aspectos mejorables. Por supuesto que si el Tribunal Constitucional -que suele respetar el principio de conservación de la norma, en homenaje a las legítimas competencias del Legislativo- expulsa a una norma del ordenamiento es porque la considera particularmente defectuosa, sin importarle que haya estado en vigor a veces hasta una decena de años, dada su asombrosa parsimonia...

CH: En tu texto no queda claro cuándo hablas de ética como ley natural reflejo de la justicia objetiva y cuándo hablas de ética para referirte más bien a una concepción antropológica más justa o menos justa reflejada en ese mínimo ético positivado.

AO: En mi texto sólo menciono tres veces el término ley natural y en un mismo pasaje, para criticar lo que ya he apuntado: que ciertos iusnaturalistas olvidan que dicha ley incluye tanto exigencias morales como jurídicas y que eso para un jurista no es en absoluto irrelevante. Me refiero a la ética, en su dimensión jurídica, como justicia objetiva; lo que será más o menos acertado (o sea, justo) es su conocimiento.

CH: A continuación, precisas que "lo jurídico no sería consecuencia sino fundamento de determinadas exigencias morales", lo cual me produce una enorme extrañeza. Te moles-

ta que el derecho se contamine de ingredientes morales pero que la moral se tiña de elementos jurídicos no tanto... A mi modo de ver, en toda esta problemática lo verdaderamente interesante es conseguir "deslegalizar la moral".

AO: No me molesta que el derecho se contamine sino que no se sepa en realidad qué es. El que, más allá del mínimo ético del derecho, haya máximos éticos morales no contamina a lo jurídico en absoluto. El que entre esos máximos éticos se incluya el respeto al derecho es una bendición, porque si el derecho tuviera que imponerse a golpe de coacción aviados estaríamos. Los realistas escandinavos, nada sospechosos, lo han captado con fina inteligencia.

CH: Ha quedado suficientemente claro que para ti el derecho es un mínimo ético mientras que la moral se ocupa de la santidad o bondad... humana, es decir, de la perfección personal. Derecho y moral tienen así perfectamente delimitado su territorio y además te esmeras en resaltar que no es una mera diferencia conceptual o formal sino de orden material. Ahora resulta que la moral encuentra fundamento en el derecho. No lo entiendo. Precisamente, en tu esquema pensaba que la moral no puede atacarse por su imperfección

y fallos, al consistir ésta en la perfección ética individual.

AO: Se trata sin duda de una diferencia conceptual. La moral no se fundamenta en el derecho; cuando lo considera suficientemente fundado exige que se lo respete. La moral no se fundamenta en la tutela judicial efectiva; exige que se la respete.

CH: Según tu concepción, cabe una justicia jurídica y una virtud moral de la justicia. Vemos claro cómo desde la vertiente moral llegas ahora hasta el derecho aun cuando "dar a cada uno lo suyo" será siempre interpretado de forma diferente en función de la concepción antropológica que se mantenga.

AO: No llego al derecho desde la vertiente moral. Por virtudes suele entenderse hábitos de comportamiento moralmente positivos, que pueden tener como objeto comportamientos diversos. A la virtud subjetiva de dar a cada uno su derecho se le llama justicia; precisamente porque es la justicia objetiva, que no es ninguna virtud sino una realidad, la que determina el derecho de cada uno.

CH: Me queda claro que quieres distinguir entre la justicia –jurídica– como "realidad objetiva fundamentadora de derechos" de la virtud de la justicia –moral– al consistir "ésta

en el hábito moral de comportamiento que lleva a respetar el derecho". Pero ¿a qué derecho te refieres? ¿al natural no positivado? Me da la impresión de que en tu planteamiento, por la vía de la justicia, el derecho y la moral se terminan al final confundiendo...

AO: Me refiero siempre al derecho, en sus diversas etapas de positivación. La mera captación de un indicio de exigencia jurídica pone en marcha ese proceso. A partir de ahí serán muchos los que lo protagonicen; no sólo legisladores y jueces sino también, como hemos visto, los mismos ciudadanos con su *opinio* al respecto. De la moral no observo en todo ello rastro especial, salvo que se califique así a lo que es claramente jurídico, positivado o no.

CH: En otro orden de cosas, estoy de acuerdo contigo en que plantearse cómo debe ser el derecho positivo es una cuestión jurídica, pero yo no diría estrictamente jurídica, pues puede ser también analizado desde otras perspectivas como la moral, económica, sociológica, etc. Si según tu planteamiento "explicitar el derecho que es implica siempre emitir un juicio sobre cómo deber ser interpretado" me tendrás que explicar cómo se hace uso de este margen de discrecionalidad sin salirse del terreno jurídico porque yo no lo llego a captar. El salto del ser al deber ser

jurídico lo haces sin salirte del territorio del derecho pero no desarrollas cómo se consigue esta pirueta jurídica.

AO: Me parecería absurdo buscar una solución más justa apelando a criterios económicos (¿justos o no?), sociológicos (¿justos o no?), morales (¿justos o no?) o, ya puestos, estéticos... ¿Debemos cambiar una norma para que alguien gane injustamente más dinero? ¿Debemos suprimir el delito fiscal porque la sociología nos confirma que la evasión es masiva? ¿Debemos crear una norma jurídica que obligue a ir a misa los domingos? Evidentemente sólo cambiaremos una norma para hacerla jurídicamente más adecuada, o sea más justa; e interpretar un texto normativo es intentar comprenderlo de modo que sus consecuencias sean en sentido jurídico lo más justas posibles. Lo que sería una pirueta es llamar a un moralista a que nos arregle el problema; que es lo que simpáticamente hacen los positivistas más juiciosos...

CH: No obstante, asimismo, señalas: Exige respuesta el escepticismo sobre "si hay una justicia objetiva (para otros sería una moral objetiva, con terminología distinta) capaz de servir de pauta al derecho y a sus operadores y que complementa el derecho positivo desde otro modo de ser derecho". "No creo que la justicia objetiva sea moral, ni objetiva ni

subjetiva. El derecho se limita a fijar un mínimo ético, al que llamamos tal no por su escasa ambición porque sin su garantía la sociedad quedaría bajo mínimos; es tan mínimo como exigente e indispensable. La justicia objetiva no sirve de pauta al derecho, porque es su mismo punto de arranque".

Ciertamente, tu planteamiento me recuerda al de Lon L. Fuller cuando al diferenciar la moral de la aspiración de la moral del deber, se refiere a esta última diciendo que es una moral de mínimos al venir constituida como aquel conjunto de normas básicas que hacen posible la propia convivencia y la violación de las cuales es especialmente relevante para la pervivencia de cualquier sociedad. Efectivamente, creo que estarías de acuerdo con él en que existen un conjunto de componentes morales (tú los denominas jurídicos) que son de tal naturaleza que si el sistema jurídico los ignora entonces corre el riesgo de abandonar su propia identidad como sistema jurídico capaz de someter la conducta humana a normas jurídicas.

AO: Sigo sin entender por qué a unos componentes de los que depende la identidad del sistema jurídico no debemos llamarles jurídicos sino morales. A lo mejor es porque se supone que así los elevamos de categoría. Para mí, como modesto jurista, el derecho no

necesita que lo beatifique nadie haciéndole el dudoso favor de presentarlo como si fuera moral.

CH: Perdona mis limitaciones, pero no termino de entender tu concepto de justicia objetiva cuando no la identificas con la virtud moral de dar a cada uno lo suyo. Me resulta difícil ver la justicia objetiva como virtud jurídica si pienso en las características del derecho: heteronomía, coacción, sanción, etc. Además de que las virtudes para ti ¿no eran propiamente morales?

AO: No conozco ninguna virtud jurídica; las virtudes son hábitos morales, algunos muy cercanos al derecho: mucho más la prudencia que la justicia. La justicia objetiva consiste en un ajustamiento real de las relaciones sociales, haciendo posible el máximo despliegue de la libertad personal que permita el respeto al otro como un igual. Se conforma con un cometido que parece modesto y mínimo, si apuntamos a la perfección personal, pero tan importante como para justificar el recurso a la coacción y, sobre todo, como para merecer que una moral que se precie exija que sea respetado.

CH: Ahora entiendo un poco mejor tu posición. Pasemos a otro tema... Viene muy bien que te hayas referido a la objeción de

conciencia, para intentar poner en evidencia las debilidades del positivismo legalista al no ver forma de justificar "un derecho a enfrentarse al propio derecho", siguiendo palabras tuyas recogidas en *El derecho en teoría*. Desde mi punto de vista, el derecho de hacer a otros lo que no les perjudica en lo suyo, aspecto esencial de la libertad para Kant, es precisamente lo que da fundamento a la objeción de conciencia.

AO: Creo que, como su mismo nombre indica, la objeción a lo que apunta es a no producir un perjuicio a la propia conciencia, aunque se trate de asuntos que no afecten a otros; o incluso si, afectándoles, cabe subsanar la situación de un modo ponderado.

CH: Coincido con García Amado en que al positivismo jurídico no le plantea un problema el reconocimiento jurídico de la objeción de conciencia: el ordenamiento jurídico puede contemplar entre sus normas una excepción a obligaciones jurídicas para quien entienda que su seguimiento implicaría una confrontación con una norma de otro sistema normativo como puede ser, por ejemplo, el moral. En este sentido, estaría de acuerdo en que estamos ante un conflicto normativo pero de normas que pertenecen a diferentes ordenamientos. La posibilidad de resolver ese conflicto encuentra cobertura y apoyo jurídi-

co para el individuo en el mismo derecho positivo. Como bien describes en tu texto: "la justificación de una renuncia al cumplimiento de una norma".

AO: Pocas cosas me alegran más que ver positivada una exigencia jurídica. Desgraciadamente, respecto a la objeción de conciencia, no puede decirse que la Sala Tercera de nuestro Tribunal Supremo se haya lucido en lo referente a las planteadas sobre la Educación a la Ciudadanía. Sin entrar por mi parte en el fondo de la cuestión, argumentar que sólo hay derecho a objetar cuando lo concede el legislador, o en supuestos nebulosos que el propio tribunal renuncia a explicitar, no es para ponerle una medalla a su ilustre mayoría. Darle un repaso a la jurisprudencia constitucional de vez en cuando no suele venir mal...

CH: De hecho, en el panorama actual español parece estarse olvidando que, al igual que ocurre con la libertad ideológica, también la objeción de conciencia se presenta como derecho fundamentado en varios principios constitucionales, de acuerdo con la STC 20/1990. Uno de ellos, es el principio de nuestro ordenamiento jurídico que se desprende del art. 10.1 de la Constitución española, el cual declara: "La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la

ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social". No se puede perder de vista que la libertad, como valor ineludible de nuestra Constitución, se basa en la dignidad del hombre lo que debe entenderse como "una autonomía o independencia de coacciones externas, una capacidad de elección que le permite escoger o preferir".

Asimismo, el derecho a la objeción de conciencia se encuentra fundamentado en otro de los valores superiores del ordenamiento jurídico español, recogido en el art. 1 de la CE: el pluralismo. En este sentido, conveniría recordar que la Constitución española reconoce y protege no sólo la posición de las mayorías socialmente sino que ampara también a las minorías. De hecho, no faltan los que insisten en que la más importante novedad de las constituciones normativas de nuestro siglo es la articulación de los derechos fundamentales como derechos que protegen especialmente a las minorías. La Constitución, debería recordarse, constituye una herramienta legitimada socialmente por la mayoría pero hecha para todos los ciudadanos.

Crucial al tratar este asunto me parece también la STC 15/ 1982, FJ 6º: "[...] puesto que la libertad de conciencia es una concreción de la libertad ideológica, que nuestra

Constitución reconoce en el art. 16, puede afirmarse que la objeción de conciencia es un derecho reconocido explícita e implícitamente en el ordenamiento constitucional español, sin que contra la argumentación expuesta tenga valor alguno el hecho de que el art. 30.2 emplee la expresión "la ley regulará", la cual no significa otra cosa que la necesidad de la *interpositio legislatoris* no para reconocer, sino, como las propias palabras indican, para *regular* el derecho en términos que permitan su plena aplicabilidad y eficacia". Conforme a esta sentencia, a la que cómo tú mismo indicas alude la STC 160/1987, la objeción de conciencia parece exigir para su realización, aparte de la eficaz declaración en cada caso, la delimitación de su contenido y la existencia de un procedimiento regulado por el legislador, en los términos que prescribe el art. 30.2 CE, con las debidas garantías, ya que sólo si existe tal regulación puede producirse la declaración en que el derecho a la objeción de conciencia encuentra su plenitud.

AO: Básicamente de acuerdo en tu exposición, salvo en un detalle. El Tribunal Constitucional de modo reiterado ha dejado claro que el derecho a la objeción de conciencia no queda supeditado a una *interpositio legislatoris*; sin perjuicio de que ésta sea deseable, para que su ejercicio pueda cobrar "plenitud y eficacia".

CH: Quizás además valga la pena recordar, al tratar este asunto, que el párrafo primero del art. 16 CE cuando reconoce la libertad ideológica lo hace "como un derecho subjetivo de la persona especialmente en lo relativo frente al Estado, de forma que éste no solamente se abstenga de ejercer coacciones sobre el individuo, sino que le proteja contra ataques de personas o entidades que atenten contra la libertad de conciencia".

Según ha precisado la STC 20/1990, FJ 3: "(...) sin la libertad ideológica consagrada en el art. 16.1 de la Constitución, no serían posible los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico que se propugnan en el art. 1.1 de la misma, para constituir el Estado social y democrático de derecho que en dicho precepto se instaaura. Para que la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político sean una realidad efectiva y no la enunciación teórica de unos principios ideales, es preciso que a la hora de regular conductas y, por tanto, de enjuiciarlas, se respeten aquellos valores superiores sin los cuales no se puede desarrollar el régimen democrático que nos hemos dado en la Constitución de 1978".

Sí me parece razonable pensar, como tú reflejas en tu texto, tras todo lo anterior, -y en eso coincidimos-, que el derecho a la objeción de conciencia necesita de la ponderación al

colisionar con otros derechos fundamentales desde el momento en que éstos no son ilimitados.

AO: En esta ocasión sólo me queda aplaudir...

CH: Continuemos... No estoy de acuerdo contigo en que la equidad ("la búsqueda de la justicia del caso concreto") o la justicia sean un fenómeno jurídico y, por el contrario, la tolerancia no. Incluso parece molestarte la confusión reinante en torno a la delimitación conceptual entre justicia y tolerancia fruto de la falta de una correcta delimitación entre el derecho y la moral. De tu texto se desprende cierto menosprecio no sólo por la caridad –que estoy de acuerdo no cabe identificar con la justicia– sino todavía más por la tolerancia porque, según dices, ésta "tiene poco que ver con derechos, porque es una generosa actitud moral que incita a conceder a alguien lo no jurídicamente debido".

AO: Haces bien en comparar tolerancia y caridad, porque ambas son hábitos morales que llevan a dar alguien lo que no le es debido en justicia. La tolerancia tiene tan poco que ver con el derecho como la caridad, virtud suprema a la que líbreme Dios de menospreciar, por difícil que resulte vivirla en su plenitud. La justicia puede exigir condenar

algo que la tolerancia o la caridad invitarán a indultar. Pero ya desde siglo XIX se distinguía bien entre gracia y justicia.

CH: ¿Que la tolerancia tiene poco que ver con los derechos? Me resulta obligado rescatar aquí el valor de la tolerancia como un valor no sólo moral sino jurídico que contribuye a formar la autonomía y la libertad de pensamiento dentro del respeto a los derechos. De ahí que desde esta perspectiva pueda preguntarme por algo que te resulta muy familiar como buen conocedor del tema y que creo compartirías conmigo: ¿Qué hay de malo en presenciar símbolos religiosos que uno no comparte y que no atentan contra el principio de dignidad personal? La tolerancia contribuye precisamente a que no se niegue aquello a lo que cada uno tiene derecho, esto es, puede funcionar de trampolín para que reine la justicia, lo cual la dota de una dimensión que tú ignoras en tu planteamiento.

AO: Apelas a un ejemplo muy acertado. En mi opinión, cuando hablamos del uso personal de símbolos religiosos estamos refiriéndonos a un derecho, sin perjuicio de que pueda verse -como cualquier otro- sometido a eventual ponderación. Por el contrario, no creo que nadie tenga derecho a poner un símbolo religioso en un espacio público, ni que nadie tenga derecho a quitar los que haya; en este

caso sí que nos movemos en el ámbito de la tolerancia y habría que buscar un razonable consenso. La definitiva sentencia Lautsi contra Italia, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha recurrido al *margen de apreciación* de los Estados miembros para abrir paso a una solución de este tipo.

CH: Cuando reflexiono en torno a la nueva realidad intercultural de la sociedad de nuestros días, consecuencia en parte de la globalización, me pregunto: ¿Por qué es malo tolerar positivamente? Desde mi punto de vista, tolerar positivamente implicar no dejar reducida la tolerancia a mera estrategia política, como ocurrió en la época en la que se apoyaba aquélla por las consecuencias desastrosas que acarreaban las persecuciones religiosas para el desenvolvimiento del comercio (Grocio).

AO: En uno de los episodios más pintorescos del franquismo hubo quien, en contra de su voluntad, fue indultado sin haber sido siquiera condenado, impidiéndole así ejercer el derecho de defensa. Estoy seguro que no ensalzarías tan imaginativas tolerancias positivas. Sin condena no hay indulto, ni tiene sentido tolerar lo que es justo; lo que es justo se exige y se satisface.

CH: Me gustaría resaltar aquí que la reforma protestante introdujo el factor de la división religiosa en un mundo en el que la unidad de credo continuaba siendo fundamento inquestionable del Estado, y fue ese pluralismo lo que ayudó a colocar en un primer plano la cuestión de la tolerancia. Como ya he resalta-do en otras ocasiones, si no aprendemos a tolerar positivamente en el contexto europeo actual difícilmente podremos hablar con propiedad de una Unión Europea que como decía el lema de la Convención Europa debía ser un referente ineludible de "unidad en la diversidad".

AO: Para lograr esa unidad lo primero es hacer justicia reconociendo derechos; subsidiariamente será bueno acudir a la tolerancia. Mi temor es que se acabe tratando con benévola tolerancia lo que es pura exigencia de justicia. Yo suelo afirmar, por ejemplo, que a la hora de ejercer mi libertad ideológica y religiosa no estoy dispuesto a tolerar que me toleren...

CH: En *El derecho a la verdad. Valores para una sociedad pluralista* has precisado: "lo público ha de ser (...) el lugar de encuentro de plurales propuestas morales. Detrás de cada una latirá un respaldo ideológico o religioso sobre el que sería antidemocrático inquirir. (...) Lo público ha de ser el ágora del

debate argumentado". A mi modo de ver, la cuestión central no es tanto el fin a conseguir, que es importante, como los medios de los que nos sirvamos en el ámbito participativo, para no caer en un puro maquiavelismo antiético. Un buen instrumento de apoyo creo que podría ser la construcción de una comunidad de diálogo fundamentada en el concepto de "tolerancia en sentido fuerte", ya que desde ella sí que es posible la construcción de un espacio democrático coherente y verdadero. Ello obliga a que los sujetos que intervengan en esa comunidad dialógica demuestren un compromiso explícito de participación en la esfera pública, de inspiración lockiana, como actores políticos y ciudadanos con una actitud positiva y receptiva, vinculada con la posibilidad de escuchar al otro, de entender sus necesidades y de ser capaces de ponerse en el lugar del otro para desde ahí construir un consenso valorativo.

AO: Aparte de agradecer tus lecturas, no deja de sorprenderme que, considerándose problemático determinar qué sería la justicia objetiva, se abogue con tanto aplomo por una tolerancia en sentido fuerte. Llego a sospechar que quizá se refieran a algo casi tan fuerte como la justicia objetiva...

CH: Lo verdaderamente importante es abrir el espacio público a una discusión en la que

todos los que quieran afirmar sus diferencias o reclamar sus lesiones del respeto y la consideración debidos puedan disponer de tal foro. Con ello se consigue un doble objetivo, de acuerdo con Vallespín: de un lado, el más general de expresar las inquietudes sociales de aquellos que se sienten afectados en su dignidad de grupo por la organización social general. Aquí el espacio público haría de amplificador general de demandas sociales que pugnan por su reconocimiento. El otro ya tiene que ver con la adopción de decisiones: permite que los propios destinatarios de las políticas puedan tener la capacidad de opinar sobre ellas y participar directamente en su gestación. La justificación de estas políticas deberá arraigarse siempre en el mismo proceso democrático. Desde mi punto de vista, estos criterios procedimentales sirven a la consecución de una sociedad más justa.

AO: Nada que objetar; pero los procedimientos son modos de hacer, cauces por los que hacer circular propuestas de contenidos. No tendría ningún sentido pretender sustituir contenidos por procedimientos, salvo que se utilice a éstos para introducir contenidos de matute. Lo de la *justicia procedimental* puede acabar cumpliendo ese poco lucido papel, si no se habla claro.

CH: Me gustaría, por último, que aclararas cuáles son esos criterios de justicia material que, desde tu perspectiva, sirven de motor al proceso de positivación del derecho.

AO: Al no ser muy normativista, confío en los códigos bastante menos que Jeremy Bentham. Tampoco soy un entusiasta del derecho natural racionalista. Por eso me siento más cercano a las tópicas de segundo grado a lo Viehweg que a las endechas al sistema. El asunto es viejo; lo aprendí en primero de derecho: *da mihi factum, dabo tibi ius*.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS UTILIZADAS POR LA PROFESORA CRISTINA HERMIDA DEL LLANO

ALEXY, Robert: *La institucionalización de la justicia*, Comares, Granada, 2005.

ARANGUREN, J.L. L.: *Ética* (1958), Alianza Universidad Textos, Madrid, 1979.

ARNOLD, Rainer: "El desarrollo de la protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea", en Javier Corcuera Atienza (Coordinador): *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Dykinson, Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, Madrid, 2002, págs. 23-36.

ATIENZA, Manuel – LAPORTA, Francisco: "Imperio de la ley y constitucionalismo", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Núm. 0, octubre 2008, págs. 46-55.

BARRANCO AVILÉS, M^a del Carmen: "La moral en el Derecho y el conflicto entre

ley y conciencia", *Libertad ideológica y objeción de conciencia. Pluralismo y valores en Derecho y Educación*, M^a Isabel Garrido Gómez y M^a Carmen Barranco Avilés (Editoras), Dykinson, Madrid, 2011.

BASTERRA, Daniel.: *El derecho a la libertad religiosa y su tutela jurídica*, Civitas, Madrid, 1989.

BOBBIO, Norberto: "Sobre el fundamento de los derechos del hombre", *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Barcelona, 1982.

BOBBIO, Norberto: *Teoría General del Derecho*, Ed. Temis, Santa Fe de Bogotá-Colombia, 1997.

BULYGIN, Eugenio: "Sobre el status ontológico de los derechos humanos", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 4, Centro de Estudios Constitucionales y seminario de filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, Alicante, 1987, págs. 79-84.

CHUECA SANCHO, Ángel G.: *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Bosch, Barcelona, 2^a ed. 1999.

CLAPHAM, Andrew: *Human Rights and the European Community: A Critical Overview*,

Volumen I, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1991.

CORCUERA ATIENZA, Javier: "El reconocimiento de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea: el final de un túnel", Javier Corcuera Atienza (Coordinador): *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Dykinson, Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, Madrid, 2002, págs. 61-97.

DE ASÍS, Rafael: "Libertad ideológica y objeción de conciencia", *Libertad ideológica y objeción de conciencia. Pluralismo y valores en Derecho y Educación*, M^a Isabel Garrido Gómez y M^a Carmen Barranco Avilés (Editoras), Dykinson, Madrid, 2011.

DÍAZ, Elías: *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Cuadernos para el Diálogo, Madrid, 1966, varias reimpresiones, última edición, Taurus, Madrid, 1991.

DÍAZ, Elías: *Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático*, Civitas, Madrid, 1978.

DÍAZ, Elías: *De la maldad estatal y la soberanía popular*, Debate, Madrid, 1984.

DÍAZ, Elías: "Derechos Humanos y Estado de Derecho", *Los Derechos: entre la Ética, el Poder y el Derecho*, José Antonio López García y J. Alberto del Real (eds.), Dykinson, Madrid, 2000.

DWORKIN, Ronald: *Taking Rights seriously*, Gerald Duckworth & Co. Ltd., Londres, 1977. *Los derechos en serio*. Traducción a cargo de Marta Guastavino, Ariel, Barcelona, 1984.

FERNÁNDEZ TOMÁS, Antonio: *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Tirant lo blanch, Valencia, 2001.

FERRAJOLI, Luigi: *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, segunda ed. 2001.

FULLER L.: "Positivism and Fidelity to Law- A reply to professor Hart", *Harvard Law Review*, 71, 1958.

GUILLÉN LÓPEZ, E., "Sobre la Libertad Religiosa. Principios Constitucionales", en *WebIslam.com*, 15-09-1997.

GROCIO, Hugo: *De iure belli ac pacis*, 1625. *Del derecho de presa. Del derecho de la guerra y de la paz*. Selección de P. Mariño,

Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987.

HABERMAS, J.: "Derecho y moral", *Facticidad y Validez. Sobre el Derecho y el Estado de Derecho en términos de teoría del discurso*, trad. M. Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 1998, págs. 535-588.

HART, H.L.: *El concepto de Derecho*, trad. de G.Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961.

HERMIDA DEL LLANO, Cristina: *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Anthropos, Barcelona, 2005.

KANT, Immanuel: *La metafísica de las costumbres*, Colección Grandes Obras del Pensamiento, Altaya, Barcelona, 1994, 374 págs.

KELSEN, Hans: *Teoría General del Derecho y del Estado* (traducción de Eduardo García Máynez), UNAM, México, 1969.

KELSEN, Hans: "El concepto de habilitación: distintos significados de esta palabra. El "derecho en el sentido subjetivo"", en *Teoría General de las Normas*. (Traducción a cargo de Hugo Carlos Delory Jacobs. Revisión téc-

nica de Juan Federico Arriola), Ed. Trillas, México D.F., 1994.

LAPORTA, Francisco J.: "Sobre el concepto de derechos humanos", *Revista Doxa*, n° 4, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 4, Centro de Estudios Constitucionales y seminario de filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, Alicante, 1987, págs. 23-46.

LAPORTA, Francisco J.: "Respuesta a Pérez Luño, Atienza y Ruiz Manero", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 4, Centro de Estudios Constitucionales y seminario de filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, Alicante, 1987, págs. 71-77.

LAPORTA, Francisco J.: *Entre el Derecho y la Moral*, Fontamara, México D.F., 1993 y 1995.

LAPORTA, Francisco J.: "La creación judicial y el concepto de derecho implícito", *Revista Jurídica. Universidad Autónoma de Madrid*, n° 6, Dykinson, Madrid, 2002. págs. 133-151.

LÓPEZ CALERA, Nicolás María: *Filosofía del Derecho*, Comares, Granada, 1997.

LÓPEZ CALERA, Nicolás María: *Yo, el Estado*, Editorial Trotta, Madrid 1992.

LÓPEZ GARRIDO, Diego, MARTÍNEZ HIGUERAS, Ángel J., HERNÁNDEZ F. DEL VALLE, Isabel: *Derecho Comunitario Europeo. Libertades económicas y derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1986.

MANGAS MARTÍN, Araceli: *Derecho comunitario europeo y derecho español*, Tecnos, Madrid, Segunda Ed., 1987.

MANGAS MARTÍN, Araceli y LIÑÁN NOGUERAS, Diego J.: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Mc Graw Hill, Madrid, 1999. *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, tercera ed. 2002.

OLLERO, Andrés: *¿Tiene razón el derecho?*, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 2006 (2ª edición).

OLLERO, Andrés: *El derecho a la verdad. Valores para una sociedad pluralista*, Eunsa, Pamplona, 2005.

OLLERO Andrés: *El derecho en Teoría*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007.

PECES-BARBA, Gregorio: *Curso de Derechos Fundamentales (I) Teoría General*, Eudema Universidad, Madrid, 1991.

PÉREZ LUÑO, Antonio E.: *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984.

PÉREZ LUÑO, Antonio E.: "Concepto y concepción de los derechos humanos. (Acotaciones a la Ponencia de Francisco Laporta)", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 4, Centro de Estudios Constitucionales y seminario de filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, Alicante, 1987, págs. 47-66.

PRIETO SANCHÍS, Luis y BETEGÓN CARRILLO, Jerónimo (editores): *Escritos sobre la tolerancia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.

PRIETO, Luis: "Desobediencia civil y objeción de conciencia", *Objeción de conciencia y Función pública*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007.

RAWLS, John: *Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la Justicia*, Tecnos, Madrid, 1986. Traducción y presentación de M.A. Rodilla.

ROBLES MORCHÓN, Gregorio: *Los Derechos Fundamentales en la Comunidad Europea*, Ed. Ceura, Madrid, 1988.

ROBLES MORCHÓN, Gregorio: *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1992.

RODRÍGUEZ PANIAGUA, J. M.: "Las doctrinas sobre la tolerancia religiosa de fines del siglo XVII y la distinción entre moral y derecho a principios del XVIII", *Anuario de Derechos Humanos*, 4, 1986/1987, págs. 374 y ss.

SÁNCHEZ AGESTA, L., *Sistema político de la Constitución española de 1978*, Editora Nacional, Madrid, 1980.

SOLAR CAYÓN, José Ignacio: *La teoría de la tolerancia en John Locke*, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 1996.

STUART MILL, John: *On Liberty*, Longman, Roberts & Green, 1869. Bartleby.com, New York, 1999. *Sobre la libertad*, Alianza Editorial No. 273. Madrid, 1970.

STUART MILL, JOHN: *Utilitarianism* (1863). *Utilitarismo*, Traducción al castella-

no de Esperanza Guisán, Alianza Editorial S. A., 1984, 1991. También por ed. Altaya, Barcelona, 1994.

VALLESPÍN, Fernando: "Acción Afirmativa y Principio de Ciudadanía", *Dimensiones de la desigualdad. (III Simposio sobre Igualdad y Distribución de la Renta y la Riqueza. Volumen I)*, Fundación Argentaria, Madrid, 1999.

FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO

LIBROS PUBLICADOS

1. R. Alexy, *Derechos sociales y ponderación*
2. L. Ferrajoli, J. J. Moreso, M. Atienza, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*
3. A. Ruiz Miguel, R. Navarro-Valls, *Laicismo y Constitución*
4. P. Costa, B. Aláez Corral, *Nacionalidad y ciudadanía*
5. V. Ferreres, J. A. Xiol, *El carácter vinculante de la jurisprudencia*
6. M. Taruffo, P. Andrés Ibáñez, A. Candau Pérez, *Consideraciones sobre la prueba judicial*
7. R. Romboli, M. Carrillo, *Los consejos de garantía estatutaria*
8. P. Salazar Ugarte, J. Aguiló Regla, M. A. Presno Linera, *Garantismo espurio*
9. E. Bulygin, M. Atienza, J. C. Bayón, *Problemas lógicos en la teoría y práctica del Derecho*
10. P. Lucas Murillo de la Cueva, J. L. Piñar Mañas, *El derecho a la autodeterminación informativa*
11. F. J. Laporta, J. Ruiz Manero, M. A. Rodilla, *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas*
12. I. Shapiro, P. de Lora Deltoro, C. Tomás-Valiente Lanuza, *La Suprema Corte de Estados Unidos y el aborto*
13. J. F. Malem Seña, F. J. Ezquiaga Ganuzas, P. Andrés Ibáñez, *El error judicial. La formación de los jueces*

14. M. C. Redondo, J. M^a Sauca, P. Andrés Ibáñez, *Estado de Derecho y decisiones judiciales*
15. S. Huster, A. Pau, M^a J. Roca, *Estado y cultura*
16. P. Comanducci, M^a A. Ahumada, D. González Lagier, *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*
17. E. Barros Bourie, M^a P. García Rubio, A. M. Morales Moreno, *Derecho de daños*
18. A. Aarnio, M. Atienza, F. J. Laporta, *Bases teóricas de la interpretación jurídica*
19. A. Squella, N. López Calera, *Derechos humanos, ¿invento o descubrimiento?*
20. S. Huster, F. Molina, E. Garzón Valdés, *Terrorismo y Derechos Fundamentales*
21. M. T. Soler Roch, J. M. Tejerizo López, F. Serrano Antón, *Los defensores del contribuyente*
22. R. Vázquez, A. Ruiz Miguel, J. M^a Vilajosana Rubio, *Democracia, religión y Constitución*
23. C. Venturini, M. Fuenteseca Degeneffe, *El Juez en Roma: Funciones y responsabilidad*
24. E. Roca Trías, V. Guilarte Gutiérrez, *Patrimonio matrimonial en matrimonios no indisolubles*
25. J. J. Moreso, L. Prieto Sanchís, J. Ferrer Beltrán, *Los desacuerdos en el Derecho*
26. J. Delgado Echeverría, J. Rams Albesa, *Retos de la dogmática civil española*
27. A. Pace, P. Andrés Ibáñez, *Inmunidad del poder en Italia*
28. C. Peña, H. Omar Seleme, F. Vallespín, *Estudios sobre Rawls*
29. M. Baurmann, J. L. Martí, P. de Lora, *Los desafíos de la democracia*
30. A. F. Franco, C. Álvarez Alonso, *La cuestión cubana en las Cortes de Cádiz*
31. J. A. Xiol Ríos, F. J. Bastida Freijedo, *Autonomía del paciente, responsabilidad patrimonial y derechos fundamentales*
32. A. Ollero, J. A. García Amado, C. Hermida del Llano, *Derecho y moral: una relación desnaturalizada*

33. E. Garzón Valdés, P. Sala Sánchez, Fco. Rubio Llorente, M. Lorente Sariñena, Fco. Laporta, Elías Díaz, V. Ferreres Comella, *Homenaje a Francisco Tomás y Valiente*

