

Derecho y punto de vista moral *

Por ALFONSO RUIZ MIGUEL

Universidad Autónoma de Madrid

DERECHO Y MORAL, UNA VEZ MÁS

Ante el perpetuo problema de las relaciones entre Derecho y moral a lo más que cabe aspirar, aparte de no sucumbir en los enredos de un debate sumamente complejo, es a ordenar algunos de los términos del problema, a ordenar planos y temas, a ser posible desde un punto de vista ya que no nuevo sí iluminador o, al menos, no obscurecedor. Si se me tolera el juego de la reiteración, el punto de vista que aquí voy a adoptar es el de la consideración de la propia idea de punto de vista como elemento central para el análisis de algunos aspectos de ese torturado problema de las relaciones entre Derecho y moral. En tal sentido, el contenido de mi ponencia reorienta el título que de forma tentativa y hasta temeraria originariamente le propuse a Luis Prieto desde la cuestión del punto de vista moral en el Derecho hacia la pregunta por la relevancia de la existencia de distintos puntos de vista en los entrecruzamientos y apartamientos entre Derecho y moral. Mi nuevo título sería, así pues, no tanto «Derecho y punto de vista moral», como más bien «Derecho, moral y puntos de vista».

* Texto de la ponencia presentada en las Jornadas de Filosofía del Derecho celebradas en Toledo, en marzo de 1997, por cuya invitación quedo agradecido a Luis Prieto. Agradezco también a Juan Carlos Bayón, Albert Calsamiglia y Francisco J. Laporta sus útiles observaciones tras la lectura de este trabajo, así como las variadas y agudas críticas formuladas tras su exposición en el Seminario de Vaquerías, Argentina, de agosto de 1997, muchas de las cuales, sin embargo, exceden el marco de lo que me ha sido posible recoger y corregir en el presente texto.

Desarrollaré mi ponencia en tres partes, a las que antepondré unas breves consideraciones sobre la propia noción de punto de vista y unas observaciones terminológicas sobre la relación entre puntos de vista interno y externo y puntos de vista del participante y del observador. Tras ello, en la primera parte de mi exposición, defenderé sustancialmente la tesis de la prioridad lógica o conceptual del punto de vista interno de Hart, donde analizaré también la naturaleza moral de tal punto de vista. En la segunda parte, presentaré críticamente la tesis de la prioridad epistemológica del punto de vista del participante del sistema jurídico, que viene suscitada por teorías que, como la de Dworkin, adoptan ese punto de vista en su defensa de una conceptualización o identificación teórica del Derecho de carácter moral. La tercera y última parte, analiza lo que podría denominarse la tesis de la prioridad normativa del punto de vista moral, que aparece en distintas propuestas que defienden la ineludibilidad o la conveniencia de apelar a la moral en la interpretación teórica y práctica de las normas jurídicas.

PUNTOS DE VISTA: SUJETOS, OBSERVADORES Y PARTICIPANTES

La noción de «punto de vista» alude a la visión de un sujeto, de cualquier sujeto individual, que, a diferencia de los sujetos colectivos, es el único con capacidad propiamente dicha de ver. Si se quiere, pues, la noción alude a la adopción de una perspectiva subjetiva, por más que esta observación no comprometa a orteguismo alguno y exija enseguida precisar su alcance y sus virtualidades. Por comenzar por estas últimas, esto es, por las ventajas teóricas que avalan el uso de esta terminología, considerar algo desde la noción de «punto de vista» es congruente con, y, lo que es más importante, puede ser expresivo —y en este caso lo es—, de la adopción de una posición de individualismo metodológico: por afirmarlo con crudeza, en el Derecho y la moral, los campos sobre los que aquí vamos a discutir, lo que en último término hay son puntos de vista, esto es, criterios y posiciones mantenidos desde la perspectiva de distintos sujetos (por lo demás, aunque ese no sea aquí el tema, diría que lo mismo ocurre en otras esferas, como en las teorías científicas, las opiniones políticas o las apreciaciones estéticas). Naturalmente, esta opción metodológica es, precisamente, una opción y no la única posibilidad en juego. Es, pues, si se me permite el juego de palabras, mi punto de vista sobre una típica cuestión de presupuestos filosóficos sobre la que, ya que resulta inevitable optar, parece conveniente hacer explícita de antemano la propia perspectiva para situar uno de los marcos en los que se encuadran las consideraciones que siguen.

Junto a lo anterior, y para decir también algo sobre el alcance de la noción, el que los puntos de vista sean subjetivos en absoluto significa,

en primer lugar, que por necesidad hayan de ser radical y solitariamente individuales, caracterizables por la intransferibilidad de ciertos sentimientos o experiencias, como la propia muerte, pues es bien obvio que un punto de vista, por ejemplo en defensa del mencionado individualismo metodológico, puede ser compartido por muy numerosos sujetos sin que, en el límite, nada impida que pueda serlo incluso universalmente. Partir de la noción de punto de vista tampoco significa, en segundo lugar, comprometerse con una concepción unilateral, reductivamente subjetivista o perspectivista, del conocimiento o la visión de las cosas, pues somos sujetos capaces de desdoblarnos y, con tal operación de reflexión, de mirar desde distintos ángulos y, en particular, como ha mostrado Thomas Nagel en su *The View from Nowhere*, tanto desde dentro, sin separarnos de lo que estamos considerando en una forma tan cercana que nos absorbe casi por completo, cuanto desde fuera, alejándonos de esa visión hasta mirarnos a nosotros mismos y a las cosas *sub specie aeternitatis*: visiones diferenciadas que, sin necesidad de renunciar al individualismo metodológico, se han denominado a veces, respectivamente, punto de vista subjetivo y objetivo, interno y externo o, en fin, del participante y del observador.

Las denominaciones inmediatamente precedentes, ni del todo equivalentes ni del todo inocentes, me conducen ya al motivo central de esta ponencia, las relaciones entre Derecho y moral, donde la noción de punto de vista ha adquirido en los últimos años una enorme relevancia por influencia de la obra de Hart y, en particular, por efecto de su crucial distinción entre punto de vista interno y externo, que se encuentra en el centro de varios de los nudos más enredados de la teoría jurídica contemporánea. Para empezar a intentar desenredar la madeja, o en todo caso para no comenzar enredándome en ella, en adelante voy a prescindir de la en este asunto más bien distorsionadora terminología «subjetivo-objetivo» y voy a mostrar antes de nada algunas diferencias relevantes entre los dos binomios restantes: el de punto de vista interno y externo y el de punto de vista del observador y del participante.

Como agudamente vio Neil MacCormick comentando la distinción hartiana entre punto de vista interno y externo ante una práctica como la de seguir ciertas normas sociales, esa dicotomía no se corresponde estricta y exactamente con la que diferencia entre observadores y participantes en esa misma práctica. En efecto, por un lado, no todo participante (o agente, o aceptante) adopta necesariamente el punto de vista interno, si por tal entendemos, como lo presenta Hart, el de quien considera que la norma es, tanto para él como para los demás sujetos, una razón para actuar y juzgar las acciones, pues junto a ese tipo de participante pueden existir otros, como quienes obedecen las normas por mero hábito, por conveniencia o por indolencia pero «siguen la corriente» a los primeros comportándose como ellos, es decir, como si compartieran el punto de vista interno pero sin hacerlo en realidad. Por otro lado —y como el mismo Hart había ya avanzado (*cf.* 1994: pp. 86 y 87; t. c.: pp. 110

y 111)– no todo observador adopta sin más un mero punto de vista externo a la práctica en cuestión sino que, expresándolo de forma más precisa, hay al menos dos tipos bien diferentes de observadores: uno, el observador que adopta un punto de vista externo extremo y sólo es capaz de ver conductas y regularidades externas, como el marciano que recién llegado a la tierra observara nuestras pautas ante los semáforos o el antropólogo que se limitara a describir los usos en el intercambio de bienes en un poblado culturalmente ajeno; y otro, el observador que se coloca en un punto de vista externo crítico, por el que, adoptando cognitivamente el punto de vista interno de los participantes de la práctica, puede además dar cuenta de las motivaciones que explican las conductas y regularidades que observa (*cf.* MacCormick 1994: pp. 288-292).

Junto a lo anterior, si se añade que cualquier práctica y cualquier norma social pueden ser juzgadas mediante un criterio ajeno a ellas mismas, la cuestión se complica más, pues mientras tal criterio, supongamos que de carácter moral, aparece como defendido desde un punto de vista externo a la práctica o norma en cuestión, sólo en un sentido por un lado muy amplio y por otro muy limitado es caracterizable como propio de un observador: muy amplio, en el sentido de que en absoluto se trata de una «observación» propiamente dicha, de carácter descriptivo, sino en el sentido más genérico de que adoptar un punto de vista externo a algo revela un cierto aunque vago componente de observación, en cuanto que se pone o se dispone la atención hacia algo exterior a uno; y muy limitado porque, a fin de cuentas, tal observación, según es bien claro en el caso de los juicios morales realizados desde fuera de una práctica o norma, ha de acompañarse con la adopción del punto de vista típico de un participante en lo que se refiere al código normativo propuesto o presupuesto como criterio de juicio. Esta ambivalencia de perspectivas, por la que para juzgar algo desde fuera hay que hacerlo desde algún «dentro», no tiene más de particular que la posibilidad de que toda madre sea también hija, pero no es ocioso dejarla anotada como posible rasgo de los juicios críticos, especialmente morales, frente a normas sociales o jurídicas.

Por lo demás, será conveniente añadir ahora un comentario sobre la ambigüedad de la expresión «punto de vista moral», ambigüedad que no me parece que se produzca –o no al menos de la misma manera– cuando hablamos de «punto de vista jurídico». Me refiero al distinto significado que la idea de moral puede y suele adquirir según se hable de «el punto de vista moral» o de «un punto de vista moral»: en el primer caso, la moral aparece sobre todo como forma o estructura, en el sentido de que, con independencia de su contenido, se alude a una razón o justificación de carácter último y dominante sobre otras y que es adoptada como criterio imparcial y universalizable; en el segundo, en cambio, la moral aparece como un contenido específico relativo a conductas, normas o instituciones. Como es obvio, en una concepción subjetivista o internalista de la moral, dentro del punto de vista moral en el primer sentido, formal,

pueden haber, conceptualmente al menos, tantos puntos de vista en el segundo sentido como sujetos. Como se verá, es conveniente retener esta distinción para afrontar algunos de los problemas que me he propuesto abordar aquí.

Por último, para evitar las posibles ambigüedades, en adelante utilizaré la terminología de punto de vista del participante y del observador con preferencia sobre la de punto de vista interno y externo, con la obliqua excepción de la discusión de la teoría de Hart. Asimismo, consideraré participante a todo el que usa las normas para regular las conductas sociales, mientras que se tendrá por observador a quien contempla, estudia o se refiere a las normas sin usarlas con dicha función reguladora, entendiéndolo siempre, además, que se trata de un observador crítico, capaz de comprender el punto de vista de los participantes, y no un mero recolector de hechos y regularidades. Y, en fin, aparte de las advertencias expresas, espero que por el contexto de cada ocasión no sea difícil distinguir cuándo me refiero al punto de vista moral en sentido formal y en sentido material.

SOBRE LA PRIORIDAD LÓGICA DEL PUNTO DE VISTA INTERNO: LA MORAL DE LOS PARTICIPANTES EN EL DERECHO

Una de las virtudes más justamente reconocidas de la teoría jurídica de Hart ha sido su insistencia en el punto de vista interno para una adecuada comprensión del Derecho. Con objetivos y resultados similares a los de Kelsen, pero por un camino diferente, más empírico y menos confuso, esa insistencia es la principal fuente de la crítica y la superación hartianas de las distintas visiones del Derecho en términos reductivamente fácticos, desde la teoría de Bentham y Austin de las normas como mandatos y hábitos hasta la concepción del realismo americano de las reglas como meros hechos o regularidades a predecir. Frente a estas visiones ultrapositivistas, que no captan la típica actitud normativa que se desarrolla en los sistemas normativos, el punto de vista interno manifestaría el reconocimiento de las normas jurídicas como razones para la acción justificadas en algún sentido –según Hart, no necesariamente moral, pero se volverá sobre esto–, y no como meros motivos de hecho por los que alguien se ve obligado a actuar. Por eso, a diferencia del modelo de la obediencia a mandatos bajo amenaza de sanción, tradicionalmente ejemplificado por la orden del asaltante, el punto de vista interno añadiría a la simple y cruda situación de «estar obligado» la noción de «obligación» jurídica. La aparición de tal normatividad, por lo demás, sería una característica esencial de todo sistema jurídico, en la medida en que sin el mencionado reconocimiento por parte de al menos los funcio-

narios llamados a aplicar sus normas, el sistema jurídico ni siquiera sería concebible.

Lo que Hart ha establecido mediante este conocido diseño podría denominarse la prioridad lógica o conceptual del punto de vista del participante. En efecto, si nadie mantuviera ese punto de vista ante las normas, no sería siquiera imaginable la existencia de un sistema normativo, pues no sólo faltaría el cemento de creencias y actitudes que parece necesario para poder hablar de una organización social que merezca tal nombre, esto es, que disponga de una mínima coherencia y continuidad, sino que, sobre todo, tal sistema adolecería de la básica pretensión de justificación necesaria para presentarse como conjunto normativo diferenciable del conjunto formado por la suma de órdenes formuladas por distintos asaltantes (no digo «por las órdenes de una banda de asaltantes» porque tal banda podría tener una cierta pretensión de legitimidad, siendo, en ese aspecto, indiferenciable de cualquier sistema jurídico)¹. Es cierto que para cumplir las anteriores condiciones, según Hart —y ello muestra el realismo de su posición—, no es necesaria la adopción del punto de vista interno por parte de todos y ni siquiera de una mayoría o parte relevante de los sujetos a él, sino sólo que sea adoptado por el conjunto de los funcionarios encargados de hacer cumplir las normas del sistema². En síntesis apretada, se podría concluir que lo que Hart ha puesto de manifiesto respecto del sistema jurídico es una observación análoga a la de que una religión no puede existir sin creyentes.

Sin embargo, la anterior teorización de Hart ha recibido dos tipos de objeción que afectan al problema de las relaciones entre Derecho y moral, si bien en cierto modo de manera opuesta. Por la primera se ha negado la necesidad conceptual del punto de vista interno, al menos de un punto de vista interno auténtico o sincero, de modo que la teoría hartiana habría ido demasiado lejos. Por la segunda, al contrario, se ha insistido en que tal teoría se ha quedado corta por haberse negado a aceptar que el punto de vista interno es en realidad un punto de vista moral. Dedicaré el resto de esta parte a comentar ambas objeciones con algún detenimiento.

La primera objeción, que puede comentarse con mayor brevedad que la otra, ha destacado que, en realidad, la tesis de Hart sobre la importancia del punto de vista interno no exige una concepción fuerte de ese punto de vista, esto es, una concepción que haya de identificarlo necesariamente con una adhesión sincera al sistema normativo, sino que el único requisito conceptualmente necesario para predicar la existencia de

¹ La exigencia de la pretensión de legitimidad, con distintos enfoques y matices, ha sido defendida por numerosos autores, en los años más recientes, entre otros, por ALEXY, GARZÓN VALDÉS, NINO, DELGADO PINTO o SOPER.

² Sobre el concepto de «aceptación» en la teoría de Hart véase REDONDO 1996: cap. V, donde, no obstante muchas inteligentes observaciones a tomar en cuenta, se parte de una distinción entre aceptación y creencia que en realidad, a mi modo de ver, no distingue y que hace discutible la tesis central allí mantenida.

tal sistema sería que al menos el conjunto de los funcionarios se comporten externamente como si adoptaran el punto de vista interno. Esto es, dicho de otro modo, que se podría afirmar que un sistema jurídico existe aun cuando todos los afectados por él fingieran estar sinceramente motivados por la adhesión a sus normas, presumiblemente por el desconocimiento recíproco de la verdadera actitud de los demás³; por más que el resultado de esta situación sería lo que Ernesto Garzón Valdés ha llamado «Irrlandia» (*cf.* 1992: p. 322), parece que, aun basado en un equívoco, no dejaría de ser un «land», esto es, un sistema jurídico-político. Esta objeción parece impugnar no sólo la necesidad lógica del elemento volitivo del punto de vista interno, según la distinción de MacCormick antes apuntada, sino que también anticiparía una réplica a la segunda objeción, pues, de ser acertada, excluiría *a fortiori* el carácter lógicamente necesario de la aceptación moral del sistema jurídico por parte de al menos algunos de sus integrantes.

Considero que esta primera objeción es acertada aunque escasamente relevante, tanto empírica como conceptualmente. Es irrelevante, desde luego, empíricamente, en la medida en que parece altamente inverosímil, por no decir francamente inviable, la existencia de un sistema genuinamente normativo, dotado de cierta continuidad y coherencia, que no sea aceptado por ninguno de sus sustentadores ni de los sometidos a él que se apoye en un fingimiento generalizado y mutuo: para precisar un poco más, lo que parece empíricamente imposible es la *puesta en existencia* de tal sistema normativo (o religioso), si bien, una vez puesto en marcha por la creencia genuina en sus valores por parte de algunos de sus participantes, sean sus autores o sus sujetos pacientes, no es del todo impensable fácticamente la *subsistencia* de tal sistema, aunque ello siga siendo muy inverosímil y, en todo caso, resulte extremadamente improbable su *pervivencia* a largo plazo en tales condiciones. Pero, sobre todo, la objeción es conceptualmente poco relevante, creo, por la sencilla razón de que todo fingimiento es conceptualmente parasitario de su correlato genuino, de modo que la idea de un punto de vista interno auténtico sigue siendo una presuposición necesaria para predicar la existencia del sistema normativo (o religioso) en cuestión. De este modo, lo único que la objeción obliga a precisar es el lugar que la adopción del punto de vista interno ocupa en la noción de sistema normativo: si en Hart se predicaba de éste la necesidad de que algunas personas *adopten directamente* dicho punto de vista, en la versión corregida después de aceptar esta objeción se predica únicamente la necesidad de que al menos algunas personas no sólo adopten indirectamente el mentado punto de vista sino que además crean que otras personas lo adoptan genuinamente. De tal modo, lo que es necesario como mínimo es la *adopción indirecta* o *por referencia* del punto de vista del participante, sin la cual es conceptualmente impensa-

³ *Cfr.* SARTORIUS 1987: pp. 51 y 52; para un desarrollo de esta tesis, con varias oportunas precisiones, *vid.* BAYÓN 1991: pp. 455-458.

ble un sistema jurídico (esa es, por cierto, la moraleja de la anécdota, seguramente apócrifa, del embajador en el Vaticano cuya buena fe era comentada así por un cardenal: «Ma questo giovanotto è davvero cattolico o sta nel segréto?»).

Las observaciones anteriores pueden servir tal vez bajo una nueva luz la tesis de Alexy sobre la contradictoriedad pragmática o performativa de una norma jurídica que proclamara la ilegitimidad del propio sistema jurídico o de una sentencia que declarara su injusticia, que puede ser considerada como una derivación de la tesis de Hart de la necesidad del punto de vista interno (*cfr.* 1989: pp. 178-179). La razón por la que tales declaraciones serían absurdas o irracionales parece, simplemente, que el legislador o el juez no pueden negar expresamente la adopción del punto de vista interno so pena de negar su competencia para dictar normas o sentencias. Lo interesante de todo ello es, me parece, que lo único que excluye conceptualmente la noción de Derecho es precisamente aquella proclamación de ilegitimidad, esto es la negación expresa de la adopción del punto de vista interno, lo que significa que los legisladores y jueces deben como mínimo afirmar implícitamente tal adopción, aunque tal afirmación sea fingida. Eso explica, a mi modo de ver, que se pueda excluir como irracional y absurda la proclamación oficial del propio sistema jurídico como ilegítimo, pero no la racionalidad de dos tipos de sistemas jurídicos radicalmente injustos: de un lado, el del sistema cuyos autores y beneficiarios creen que es injusto pero se abstienen de proclamarlo y, de otro lado, el del sistema que, con independencia de lo que crean sus autores y beneficiarios, mantiene normas injustas sin proclamarlo expresamente. Aunque la distancia práctica entre el primer caso y estos otros dos sistemas pueda parecer escasa ⁴, la diferencia está en que el primero no resulta pensable como sistema jurídico, en la medida en que minaría alguno de los elementos básicos por los convencionalmente que tales sistemas se reconocen como tales. Aun así, ha de reconocerse que sistemas radicalmente injustos, como el de nazi o el sudafricano del *apartheid*, parecen cumplir tal criterio de juricidad.

La segunda objeción a la caracterización hartiana del punto de vista interno como fundamento de una obligatoriedad jurídica diferenciada de la moral es, me parece, de mucho más alcance que la anterior, en la medida en que pone de manifiesto su ambigüedad y, lo que es más grave en último término, su insostenibilidad por empeñarse en diferenciar entre punto de vista interno y punto de vista moral. La ambigüedad, o aparente ambigüedad, de la posición de Hart sobre el punto de vista interno, que ha sido subrayada por diversos autores ⁵, puede ser sintetizada con brevedad. Por un lado, en *The Concept of Law* se caracteriza ese punto de vista

⁴ En efecto, se diría que en la práctica el resultado no es grandemente relevante en la medida en que resulta improbable que el mal trato que puedan recibir los discriminados sea diferente según la norma diga «El Estado X se basa en el criterio de discriminación injusta frente a los B» o «Los B son inferiores al resto de los ciudadanos y serán tratados conforme a ello».

⁵ *Vid.*, por ejemplo, SOPER 1984: 61 y 62, y GARZÓN 1996: 405 y 406.

como expresión de «una actitud crítica reflexiva» hacia el comportamiento propio y ajeno que exige conformidad con las pautas del sistema por considerarlas justificadas⁶, pero, por otro lado, en un lugar bien diferente del libro se distingue expresamente entre dicho punto de vista y el moral porque la básica aceptación del sistema por parte de los funcionarios, afirma Hart, también puede ser realizada por razones no morales, como por cálculo interesado a largo plazo, mero hábito heredado e irreflexivo o mimetismo hacia la conducta ajena⁷.

Esta diferenciación entre el punto de vista interno y el moral, que es la que Hart ha defendido después de *El concepto de Derecho* (cfr. 1982: caps. VI y X; 1994: pp. 268-272), parece presuponer la existencia de una forma de obligatoriedad o justificación jurídica distinta de la propia de la moral pero, a la vez, diferenciable de la vinculatoriedad generada por el uso de la mera fuerza (que en términos hartianos, como he dicho, no implicaría obligatoriedad o justificación alguna, sino un mero «verse obligado» o forzado a hacer algo). Se diría que las referencias de Hart a motivos del comportamiento como el cálculo interesado, el hábito irreflexivo y el mimetismo social presuponen un trasfondo kantiano en su concepto de lo moral⁸, y ello tanto porque, negativamente, los tres motivos son diferenciables de la reflexión autónoma esencial a la moral kantiana cuanto porque, positivamente, uno de aquellos tres motivos, el cálculo interesado a largo plazo, coincide con la categoría de la prudencia, precisamente definida por Kant como la «habilidad en la elección de los

⁶ El texto literal es el siguiente: «Lo que es necesario es que haya una actitud crítica reflexiva frente a ciertos modelos de comportamiento en tanto que pautas o criterios de conducta comunes, y que ella se despliegue en la forma de crítica (que incluye la autocrítica), exigencias de conformidad, y en reconocimiento de que tales críticas y exigencias están justificadas, todo lo cual halla expresión en la terminología normativa: “yo debo”, “deber”, “tú tienes que”, “el debería”, “correcto”, “incorrecto”, etc.» (1961: p. 56; t. c.: p. 72).

⁷ El texto literal es el siguiente: «es una condición necesaria de la existencia del poder coactivo que por lo menos algunos tienen que cooperar voluntariamente en el sistema y aceptar sus reglas. En este sentido es verdad que el poder coercitivo del derecho presupone su autoridad aceptada. Pero la dicotomía de “derecho basado meramente en el poder” y “derecho aceptado como moralmente obligatorio” no es exhaustiva. No solamente es posible que enormes cantidades de personas sean coaccionadas por normas que ellas no consideran moralmente obligatorias, sino que ni siquiera es verdad que aquellos que aceptan voluntariamente el sistema tengan que sentirse moralmente obligados a hacerlo, si bien lo es que cuando hay tal sentimiento el sistema será más estable. En efecto, el acatamiento al sistema puede estar basado en muchas consideraciones diferentes: cálculos interesados a largo plazo, interés desinteresado en los demás; una actitud tradicional o una actitud no reflexiva heredada; o el mero deseo de comportarse como lo hacen los otros. No hay por cierto razón alguna que se oponga a que quienes aceptan la autoridad del sistema continúen haciéndolo por una diversidad de consideraciones, no obstante que un examen de conciencia los haya llevado a decidir que moralmente no deben aceptarla» (1961: pp. 198-199; t. c.: pp. 250-251; en sentido similar, Hart, «*Legal and Moral Obligation*»: p. 92).

⁸ La cuestión es debatible porque, como ha puesto de manifiesto MacCormick, el trasfondo conceptual de la moral en Hart es, matizadamente, más humeano que kantiano (cfr. 1981: 25-26 y 45-54). Afortunadamente, sin embargo, la argumentación del texto no exige entrar en semejante cuestión, pues sigue siendo válida, incluso con mayor razón, aun cuando Hart mantenga una concepción de la moral más humeana que kantiana, esto es, más atenta a su enraizamiento social que a su fundamentación en la autonomía individual.

medios para el mayor bienestar propio» (1996: pp. 160 y 161). Con todo, para simplificar la discusión reduciré la posición de Hart a la pretensión de considerar la obligatoriedad jurídica como una manifestación de la justificación prudencial. Así acotado, el problema entonces es si es posible hablar, precisamente, de una «justificación» prudencial, como diferente de la justificación moral, o si, por el contrario, tal categoría resulta confundente y mixtificadora.

El caso de contraste se presenta cuando la acción realizada por prudencia no está justificada moralmente, por ejemplo, cuando una persona, por ejemplo un funcionario, utiliza la coacción con otra para hacer carrera o para ganar dinero (y algo semejante se podría decir de las acciones realizadas por mero hábito o por mimetismo). Pero la «justificación» que tal tipo de acción puede tener es sólo la puramente interna a la relación entre los medios empleados y un determinado objetivo, en cuanto mera racionalidad instrumental, sin que pueda ofrecerse como justificación propiamente dicha o fuerte, esto es, frente a otros, incluidos los afectados, y como actuación racional conforme a fines últimos e imparcialmente compartibles. En casos semejantes la conducta de alguien no puede quedar genuinamente justificada y en tal aspecto no puede distinguirse formalmente de la orden del asaltante, y tanto si lo consideramos desde el punto de vista del perjudicado por la conducta como desde el de quien busca servir su propio interés.

Así vistas las cosas, y tomando el modelo jurídico de la obediencia del súbdito frente a la orden del funcionario, no parece haber un *tertium genus* entre la imposición por la fuerza o *propter iram* y la justificación moral o *propter conscientiam*. Y ello no sólo es así desde el punto de vista del súbdito, lo que nunca ha necesitado mayor argumentación, sino también desde el del funcionario, quien en tal caso no podría asumir el punto de vista interno genuino, esto es, tomar la norma como justificación apropiada y suficiente de su conducta frente a sí mismo y a los demás. Frente a ello, lo que puede explicar la atracción ejercida por la argumentación de Hart es la ambigüedad de la diferenciación entre el criterio moral de autonomía (donde cabe incluir sus alusiones a la reflexión en conciencia) y motivos como la prudencia, el hábito irreflexivo o el mimetismo hacia la conducta ajena, pues tal diferenciación puede proponer tanto una relación de oposición como una relación de compatibilidad. Pero si en el primer caso hablar de justificación por motivos no morales es imposible, parecería que en el segundo se hace un lugar para una especie distinta de justificación, cuando en realidad la única justificación que dichos motivos pueden tener en tal caso es que se trate de motivos moralmente *permitidos*. Dicho de otro modo, ni la prudencia, ni las tradiciones, ni la tendencia a la conformidad con la conducta social pueden justificar nada por sí mismas si no hay alguna razón ulterior e imparcial que las avale, esto es, ese tipo de razón última que se suele denominar moral, al menos en el sentido formal antes mencionado, esto es, con independencia de sus posibles contenidos diferentes.

Una vía distinta aunque complementaria de corroborar la conclusión anterior es analizar la comparación que el propio Hart ofrece en su libro entre el Derecho y la moral social (la cual, no se olvide, es moral crítica desde el punto de vista de los participantes en ella). Allí, en el epígrafe dedicado al tema «Obligación moral y jurídica», tras reconocer que hay varios y significativos rasgos comunes entre los sistemas jurídicos y los de la moral social –desde la imposición de sacrificios sobre las inclinaciones e intereses particulares hasta la vinculatoriedad más allá del consentimiento de los afectados, pasando por la existencia de una presión social para su cumplimiento o por la tipicidad de las situaciones reguladas (cfr. 1994: 167 y 168; t. c.: pp. 213 y 214)–, Hart enumera cuatro rasgos típicos de las reglas morales que no serían esenciales a las jurídicas: importancia, inmunidad al cambio deliberado, necesidad de intencionalidad en las transgresiones y, en último lugar, apelación para su cumplimiento a la conciencia y al respeto hacia las reglas mismas; frente a esos rasgos, y correlativamente, las reglas jurídicas no se caracterizarían de forma esencial por ser especialmente importantes (sin excluir, naturalmente, que existan muchas que puedan serlo por la coincidencia de su contenido con reglas morales), ni por ser inmunes al cambio deliberado, ni por excluir la responsabilidad sin culpa, mientras que, en fin, apelarían para su cumplimiento a las amenazas de castigo externo (cfr. 1994: pp. 169-176; t. c.: pp. 215-223).

Ahora bien, ninguna de estas razones –algunas de las cuales son contingentes, como la mayor relevancia en la moral de la intencionalidad en las transgresiones o la mayor capacidad de los sistemas jurídicos para el cambio deliberado⁹– sirve para impugnar la naturaleza moral del punto de vista interno ante un sistema jurídico. La razón fundamental de ello es que dicho punto de vista consiste en la aceptación como justificado del sistema jurídico y, al menos en principio, de las reglas derivadas de él, y el contenido de tal aceptación tiene prominentemente los rasgos de importancia, inmunidad al cambio deliberado y apelación al valor mismo de la existencia del sistema que según Hart caracterizan a las reglas morales. Ocurre así con el Derecho algo en parte semejante a la justificabilidad moral de la institución de la promesa, que puede dar lugar a compromisos concretos triviales y susceptibles de modificación por condiciones expresas previas o por concesión de la otra parte, mientras la institución misma mantiene toda su importancia y es inmune al cambio deliberado. De modo semejante, la aceptación moral del sistema jurídico comporta en principio la aceptación de las normas jurídicas derivadas,

⁹ Además de los sistemas jurídicos esencialmente basados en la costumbre, cabe recordar que en *La rebelión de las masas* Ortega y Gasset deploraba lo mudadizo del Derecho contemporáneo, que habría violado «la inexorabilidad y la invariabilidad» esencial al Derecho justo; y no por casualidad, es entonces cuando cuenta el chiste del gitano y los mandamientos: «El gitano se fue a confesar; pero el cura, precavido, comenzó por preguntarle si sabía los mandamientos de la ley de Dios. A lo que el gitano respondió: *Misté, padre: yo loh iba a aprendé; pero he oído un runrún de que loh iban a quitá*» (1930: p. 238).

que además de ser susceptibles de cambio deliberado y de contener regulaciones tal vez poco importantes, pueden diferenciarse netamente de algunas normas de la moral social (por ejemplo, permitiendo jurídicamente conductas socialmente reprobadas o incluso, lo que preocupa en exceso a Hart, admitiendo casos de responsabilidad objetiva). Nada de ello, sin embargo, impugna la conexión aquí comentada entre el sistema jurídico y la moral, pues no pone en cuestión que al menos el conjunto de quienes están llamados a hacer cumplir las normas jurídicas hayan de actuar como si las aceptaran, no por temor a las sanciones coactivas sino por el convencimiento sobre su justificación moral.

El alcance de la tesis que he venido afirmando, sin embargo, es realmente poco revolucionario¹⁰, pues se limita a afirmar, desde el punto de vista de un observador, que la existencia de un sistema jurídico requiere que al menos sus órganos mantengan o aparezcan como manteniendo (esto es, mantengan directamente o por referencia) el punto de vista interno, identificado con su propia moral, pero sin implicar en ello que el propio observador comparta el contenido de tal moral, por más que deba reconocerla como moral positiva de un determinado grupo social y, por tanto, como moral en el sentido formal o estructural ya mencionado. O, dicho con otra terminología, que lo que denominamos sistema jurídico presupone un cierto y mínimo grado de legitimación —que, no se olvide, es legitimidad desde el punto de vista interno de quienes lo sustentan— y que ello comporta una básica pretensión de justicia conceptualmente necesaria (pretensión, sea dicho una vez más, que puede ser directa o simplemente por referencia, en el improbable caso de resultar colectivamente fingida). O, en fin, por considerarlo todavía desde otra categorización, la tesis implica que al menos buena parte de los funcionarios necesarios para el mantenimiento del sistema jurídico han de sustentar —o, al menos, dar a entender que sustentan— la posición que Bobbio denominó «positivismo ideológico» (*cfr.*, por ejemplo, 1993: pp. 227 ss.). Todo ello significa que la teoría de Hart puede seguir siendo una teoría descriptiva, no moralmente comprometida, y que, por tanto, se limita a dar cuenta del Derecho como un fenómeno fáctico, si bien más complejo de lo que aparece en otros modelos, como el de Austin o, incluso, el de Kelsen.

Ahora bien, en sí misma, como muestran las anteriores presentaciones, la tesis misma es casi tan trivial que puede llamar a extrañeza que Hart se haya resistido tanto a reconocerla como aceptable. Más allá de sus tomas de distancia frente a la que —en referencia sobre todo a la crítica de Raz en la dirección anterior— consideró una visión ultrarracionalista de la argumentación jurídica (*cfr.* 1982: pp. 157-160), tal vez aquella

¹⁰ Poco revolucionario, pero no por ello necesariamente evidente: terciando en esta misma polémica, John Finnis ha criticado a Sartorius por «haber confundido la tesis de MacCormick —de que no se puede decir que las reglas son aceptadas a menos que la gente tenga un cierto orden de preferencias y creencias que incluyan la creencia de que la regla es (moralmente) obligatoria— con la tesis bastante diferente de que allí donde es así aceptada realmente “genera” obligaciones morales» (1987: p. 65).

resistencia pueda explicarse también como reacción frente a la confusión de planos que parece producirse en una posición como la de Dworkin, que además de describir el Derecho destacando la necesidad del punto de vista moral por parte de sus aceptantes, ha defendido además la adopción de ese mismo punto de vista en su propia concepción teórica del Derecho, esto es, no sólo ha llevado a sus últimas consecuencias la *descripción* hartiana, sino que ha *propuesto* como *mejor* concepción del Derecho la que ella misma adopta el punto de vista interno o moral en la identificación del Derecho. Esto me permite pasar a la segunda parte antes anunciada, sobre la identificación teórica del Derecho y la prioridad epistemológica del punto de vista de los participantes.

SOBRE LA PRIORIDAD EPISTEMOLÓGICA DEL PUNTO DE VISTA DE LOS PARTICIPANTES: LA IDENTIFICACIÓN TEÓRICA DEL DERECHO

El reconocimiento de que para predicar la existencia de un sistema jurídico es lógicamente necesario que al menos una cierta masa crítica de *ciertos participantes* lo consideren o lo presenten como moralmente justificado (y, en todo caso, que actúen como si lo estuviera) no parece implicar que para identificar el Derecho teóricamente, esto es, para conocerlo y dar cuenta de él, sea necesario adoptar un punto de vista moral. Por continuar con el símil antes utilizado, una cosa es que no pueda existir una religión sin creyentes, que es lo que significa la prioridad lógica del punto de vista interno, y otra bien distinta es que, una vez que existe, el mejor conocimiento de una religión sólo se pueda obtener adoptando hasta sus últimas consecuencias el punto de vista del participante. Más todavía, conforme a los cánones empiristas, se podría argüir incluso que el conocimiento científico-social e histórico aumenta y se hace más fidedigno cuando, una vez tomado en cuenta el punto de vista de los participantes, el teórico procede como un observador capaz de distanciarse de la realidad estudiada hasta comprender también las causas que condicionan y explican los comportamientos de los actores desde un punto de vista más amplio y ajeno a ellos mismos¹¹.

Sin embargo, en el caso del conocimiento del Derecho —o, si se quiere, de su identificación por parte de los teóricos— las cosas no resultan tan sencillas, como ya lo indica el amplio abanico de posibilidades que se han defendido con opuestos pero aparentemente plausibles argumentos, desde la vindicación hartiana del observador crítico hasta la réplica dworkiniana en favor del punto de vista del participante, pasando por la tesis de Nino sobre el error de partida de semejante disputa en el entendido de que ambas conceptualizaciones serían aceptables, cada una en su

¹¹ Para una convincente defensa de esta tesis, *vid.* Elias 1990.

ámbito, según el distinto propósito perseguido mediante la operación de identificar el Derecho. Aun así, con independencia del acierto o desacierto de esta salomónica posición, que recuperaré al final de esta discusión, no deja de ser curioso que Nino termine siendo menos neutral de lo que aquella posición sugiere, hasta situarse más bien en el lado de Dworkin que en el de Hart. El modo en que Nino hace esto, además, es bien ilustrativo del cambio de perspectiva que se opera cuando se pasa desde la descripción del Derecho como conceptual o lógicamente conectado con la moral a la propuesta normativa de identificar al Derecho en conexión con la moral.

En abstracto, como he apuntado, Nino sostiene que en la vieja disputa entre los defensores del concepto descriptivo (o positivista) del Derecho y los del normativo-moral (o iusnaturalista) los únicos equivocados son quienes esencializan su concepto sin caer en la cuenta de que tanto uno como otro pueden ser apropiados según la oportunidad y la finalidad pretendida por la teoría (*cfr.* 1994, cap. 1). Sin embargo, parece que, a fin de cuentas, en cuanto teórico, Nino defiende que existe una «conexión justificatoria esencial» (1994: p. 83) del Derecho con la moral que no alude sólo a la primacía lógica comentada en el anterior apartado, por la que se reconoce *descriptivamente* esa conexión en las actitudes de ciertos órganos del sistema jurídico y que, por tanto, atiende a la moral como un marco conceptual o formal desde el que, con independencia de sus contenidos, aquellos órganos justifican dicho sistema. Nino va más allá y acepta *normativamente* dicha conexión, aunque con ello, naturalmente, no se limita a describir sino que toma posición por determinados criterios morales sustantivos y, como consecuencia de ello, ha de excluir como propiamente jurídicos en dicho sentido a los sistemas políticos que violan tales criterios, en su caso los no democráticos, como, según su propio ejemplo, las normas injustificadas de los regímenes argentinos *de facto* (*cfr.* 1994: pp. 62-71). Pero, precisamente, uno de los reproches que este desarrollo puede merecer es que no resulta del todo claro ni explícito el paso desde la descripción de la conexión entre el Derecho y el punto de vista moral formal en el sentido mencionado hasta la propuesta de la conexión entre *algunos* sistemas jurídicos y la moral como contenido (esto es, con el contenido aceptado por Nino): así, en el capítulo 4 de su libro *Derecho, moral y política*, y salvo en alguna esporádica ocasión, habla siempre de esta última conexión con referencia al Derecho en general, en vez de referirla sólo, como debería haberlo hecho expresamente, a los Derechos democráticos (*cfr.* 1994: pp. 130 ss.).

Esta reducción en la referencia semántica del concepto de Derecho parece casi inevitable para cualquier propuesta normativa que pretenda conectar Derecho y moral (digo «casi» para exceptuar las teóricamente posibles formas de iusnaturalismo cuyos criterios morales sean tan holgados que puedan ser cumplidos por cualquier sistema político). Aun dentro de sus transformaciones, así lo pone bien a las claras la evolución de la teoría de Dworkin, que es de interés sintetizar brevemente.

En un principio, en *Taking Rights Seriously*, su genérica adopción para cualquier sistema político de un concepto de Derecho moralmente comprometido con los principios «morales» inmanentes del propio sistema, le obligó a replicar a algunas críticas que ante sistemas radicalmente injustos la obligación del juez sería mentir, esto es, no integrar sus normas conforme a sus principios inmanentes. Más adelante, sin embargo, en *Law's Empire*, Dworkin ha argumentado que su concepto de Derecho procede de una concepción no semántica sino «interpretativa» (*interpretive*) que pretende referirse a un modelo cultural e históricamente delimitado, en la que no cuentan como propiamente jurídicos los sistemas políticos ajenos a la tradición democrático-liberal o, en una posición todavía «preinterpretativa», se consideran jurídicos pero en un sentido degenerado¹².

Teniendo presentes los dos anteriores ejemplos, el de Nino y el de Dworkin, de una conceptualización o indentificación teórica del Derecho de carácter normativo-moral, se puede dar paso ya a la discusión, todavía pendiente, sobre la pregunta por la preferibilidad epistemológica de este modelo de conceptualización del Derecho frente al modelo descriptivo al modo de Hart. Lo que me propongo a continuación es contrastar una argumentación sobre la prioridad epistemológica del punto de vista del participante frente a otra opuesta relativa al del observador. Después de ese contraste, habrá ocasión y razones para recuperar la salomónica posición de Nino, hace poco aludida.

La prioridad epistemológica del punto de vista del participante, que avalaría no sólo el concepto normativo-moral de Derecho sino el tipo de interpretación normativamente comprometida que es tradicional en la dogmática jurídica, podría ser defendida desarrollando —sin duda más allá de sus pretensiones e implicaciones estrictas— una argumentación de Juan Carlos Bayón sobre la diferencia entre observadores y participantes en la identificación del Derecho. A riesgo de simplificar en exceso, los presupuestos básicos de la tesis de Bayón son dos: de un lado, el individualismo metodológico aquí compartido según el cual, respecto del tema que nos ocupa, no existen más que puntos de vista individuales, se adopten como observador o como participante en un sistema jurídico, y, de otro lado, la tesis de que un sistema jurídico se compone de pautas de comportamiento o «normas» (sin excluir necesariamente de ellas pautas muy abstractas como los principios), entendidas no como formulaciones lingüísticas sino como los significados prescriptivos asumidos como válidos por los participantes del sistema (*cf.* Bayón 1996a: pp. 50-56).

¹² Para el anterior contraste, *cf.* 1984: pp. 450 y 451, y 1986: pp. 101-104.

En la introducción a su último libro, *Freedom's Law*, significativamente subtítulo «La lectura moral de la Constitución americana», Dworkin argumenta ya directamente en favor de su teoría jurídica tomando como modelo ideal —en cuanto «triunfo del pensamiento liberal contemporáneo» (1996: p. 36)— al sistema constitucional de Estados Unidos, cuyo ideal de gobierno «no sólo bajo la ley sino también bajo los principios es la contribución más importante que nuestra historia ha dado a la teoría política» (1996: p. 6).

A partir de ello, Bayón sostiene que en cualquier sistema jurídico y para toda conducta puede haber tantas normas como participantes, normas que pueden ser sólo parcialmente (aunque sin excluir que en gran medida) coincidentes, y que la norma sobre una conducta identificada por un observador no puede ser más que una reconstrucción, con fines descriptivos y mediante unos u otros criterios de selección, de las distintas normas asumidas con fines justificatorios por los participantes, de modo que tendrá un contenido no coincidente con ellas (*cfr.* 1996a: p. 56)¹³.

Pues bien, a partir de este punto, en el que se detiene Bayón, para llegar a la tesis de la superioridad epistemológica del punto de vista del participante sobre el del observador sólo habría que añadir que únicamente el teórico que adopta el primer punto de vista puede enriquecer el conocimiento de las normas con las razones que sufragan su punto de vista, en vez de limitarse a la escueta descripción de regularidades o coincidencias superpuestas de significados normativos asumidos por otros. Más todavía, bajo cánones metodológicos no empiristas, como los aristotélicos o los historicistas, la superioridad de tal punto de vista vendría corroborada porque en su interpretación de las normas el teórico-participante podría –y seguramente debería, si es competente– tener en cuenta el punto de vista del observador, por más que su pretensión sea ofrecer una interpretación moralmente comprometida¹⁴.

¿Se puede dar el paso anterior y afirmar la tesis de la superioridad epistemológica del punto de vista del participante? Antes de intentar una respuesta conviene todavía analizar la tesis opuesta, en favor del observador, para lo que podemos servirnos de la vindicación mantenida por Francisco J. Laporta. En una primera formulación, Laporta sostiene la tesis de la irrelevancia del punto de vista a efectos cognitivos, según la cual tanto un participante como un observador mínimamente competente deben coincidir en la verdad del enunciado «La norma A es derecho válido en el sistema X» (*cfr.* 1993: p. 109). Pero, en realidad, a partir de esa afirmación, Laporta termina afirmando la tesis mucho más fuerte de la prioridad cognoscitiva del punto de vista del observador. Sus principales

¹³ Aunque no es asunto del todo claro, me parece que en la argumentación de Bayón las normas según los participantes y según el observador son no coincidentes tanto por su diferente contenido como por su diferente pretensión. Sin embargo, sólo esta última no coincidencia es necesaria, ya que la primera es, creo, contingente en relación con la creencia en (parcialmente) diferentes normas sobre la misma materia por parte de los distintos participantes, pues no me parece excluible que de hecho puedan existir normas en las que haya plena coincidencia sobre su significado y alcance entre todos los participantes y que, por tanto, puedan ser descritas en un momento dado con el mismo contenido por un observador: considérese, por ejemplo, las normas jurídicas que en el actual Derecho español prohíben la pena de muerte (naturalmente, en un futuro podrían comenzar a darse discrepancias sobre tal concepto, por ejemplo si se discutiera sobre la aplicabilidad de un tratamiento de paralización irrecuperable por ciertos delitos, pero la vaguedad potencial del lenguaje normativo no impide que su interpretación actual pueda ser completamente coincidente para todos los hablantes).

¹⁴ No debe haber inconveniente en que un participante pueda tener en cuenta el punto de vista de los observadores pues es cierto que, aunque se haya dicho a otros efectos, «cada participante es ante todo, respecto de los demás participantes, un observador» (Chiassoni 1996: p. 84).

argumentos para ello destacan, por una parte, el relativismo extremo a que conduciría el punto de vista del participante y, por otra parte, la mayor capacidad cognoscitiva que comportaría el punto de vista del observador en la distinción entre moral positiva y moral crítica¹⁵. Para su discusión invertiré el orden de estos argumentos.

Laporta argumenta positivamente la tesis de que únicamente un observador puede dar cuenta de la distinción entre moral crítica y moral positiva mediante cuatro posiciones (formadas por la combinación de las dicotomías observador-participante y moral positiva-moral crítica) que mostrarían cómo el punto de vista del observador puede incluir el del participante pero no a la inversa: así, mientras el participante sólo podría afirmar que hay una conexión necesaria entre el Derecho y su propia moral crítica, el observador podría afirmar tanto esa última conexión como conexión entre el Derecho y la moral positiva del participante cuanto negarla como conexión entre el Derecho y su propia moral crítica (*cf.* 1993: pp. 113-114)¹⁶. Sin embargo, este contraste tan desfavorable para el participante se basa en una presuposición no equitativa a propósito de sus posibilidades cognoscitivas, según la cual mientras el observador puede mantener una moral crítica (y, por tanto, ser participante en ese ámbito normativo), parece que el participante está condenado a no poder salir de su moral crítica. En realidad, tanto el participante como el observador ante un sistema jurídico pueden dar cuenta de la distinción entre moral crítica y moral positiva, por más que el primero necesariamente haya de dejar de ser participante respecto de lo que observe como moral positiva tan inevitablemente como el segundo dejará de ser observador respecto de la moral crítica de la que participe. La argumentación positiva de Laporta, así pues, no resulta convincente.

El otro argumento de Laporta, más negativo por estar dirigido sobre todo a marcar las deficiencias del punto de vista del participante, es que la adopción de esa perspectiva para la identificación del Derecho conduciría a un «extremado relativismo» que resultaría inadmisibles (1993: pp. 108-109). Esta crítica ha sido aumentada recientemente por Eugenio

¹⁵ Laporta afirma también que identificar el Derecho por el punto de vista interno de los jueces y funcionarios incurre en circularidad porque la cualidad de juez o funcionario depende de normas que para ser válidas habrían de ser aceptadas precisamente por aquellos a los que atribuyen competencia (*cf.* 1993: pp. 110 y 111). Sin embargo, este argumento, que tanto preocupó siempre a Carlos Santiago Nino, en realidad, no afecta propiamente a quienes identifican el Derecho desde el punto de vista del participante, sino a quienes lo hacen poniendo el punto arquimédico de la identificación en aquel punto de vista pero como observadores (*cf.*, en tal sentido, Nino 1994: pp. 53-55). Por ello, y con independencia de que pueda argumentarse en favor de ese punto arquimédico mostrando la no circularidad de un reconocimiento colectivo iterativo y recíproco en la línea recientemente desarrollada por Searle (1995, esp. caps. 4 y 5), el argumento de la circularidad no puede servir para impugnar la identificación del Derecho desde el punto de vista del participante.

¹⁶ No considero en el texto el argumento de Laporta de que el observador podría situarse en la posición de un *insider* que afirma que no hay conexión necesaria entre Derecho y moral crítica (*cf.* 1993: p. 114), porque o bien es idéntico a la segunda proposición que sintetizo en el texto o bien, si pretende significar otra cosa, no me resulta inteligible.

Bulygin en réplica al trabajo antes comentado de Juan Carlos Bayón y un breve análisis de ella nos permitirá avanzar en su evaluación. Bulygin sostiene que la tesis de Bayón admite dos interpretaciones, una absurda y otra trivial: de un lado, una interpretación fuerte de dicha tesis, según la cual «no hay un lenguaje común a los integrantes del grupo social», conduciría a un subjetivismo extremo de consecuencias totalmente inaceptables porque negaría la existencia de conceptos comunes y la posibilidad de comunicación —e incluso, en un claro *non sequitur*, la existencia de los objetos físicos¹⁷—; de otro lado, una interpretación débil de la tesis de Bayón, según la cual la coincidencia entre participantes y observadores en el uso del lenguaje normativo es siempre imperfecta e incompleta, no haría más que afirmar la tesis trivial, por archisabida, de que las normas pueden adolecer de vaguedad y tener una zona de penumbra de dudosa aplicabilidad a situaciones atípicas (*cf.* 1997, esp. nn. 4-6).

Pareciéndome fuera de duda que la interpretación fuerte de la tesis de Bayón es inadecuada, lo que tal vez pueda despejar algunos temores sobre el extremismo del subjetivismo a que tal tesis conduce, creo que la crítica de Bulygin a la interpretación débil y su correspondiente acusación de trivialidad no hace justicia a la nueva luz que sobre el tema de la vaguedad puede arrojar el enfoque de Bayón, que se construye sobre las normas entendidas no como formulaciones lingüísticas sino como significados, lo que permite destacar las disparidades entre el punto de vista del participante y del observador, de manera que lo que para el primero aparece como determinado, para el segundo puede aparecer como indeterminado. Por lo demás, si de la tesis de Bayón todavía deriva alguna suerte de relativismo epistemológico, que bien podría ser, las críticas anteriores no avanzan argumento alguno contra él, como no sea, tal vez, la aparente suposición implícita de que tal relativismo no es aceptable, que es lo que se trataría de demostrar.

De la discusión anterior puede concluirse ya que, si se consideran las normas en cuanto significados, el punto de vista como participante o como observador no es cognitivamente irrelevante. Nada cabe deducir, en cambio, sobre la superioridad de uno u otro punto de vista. Es cierto que la argumentación aquí seguida avala la sostenibilidad de los *presupuestos* de la tesis de la superioridad epistemológica del punto de vista del participante, pero no la sostenibilidad de la tesis misma, que podría ser más bien una reconstrucción en otros términos de una posición bien tradicional a propósito de la ciencia del Derecho, como la de las doctri-

¹⁷ En efecto, esta última consecuencia (que Bulygin argumenta diciendo que «tampoco habría objetos físicos: árboles, casas, perros... Pues si no tenemos un lenguaje común, ¿cómo podemos saber si nuestros congéneres ven el mismo árbol que veo yo desde mi ventana?») incurre en un claro *non sequitur*, al menos para quien admita —y nada en Bayón ni en el individualismo metodológico supone ni obliga a lo contrario— que la existencia de los objetos físicos es independiente del lenguaje. En esta crítica Bulygin parece haber asociado una determinada (interpretación de una) tesis sobre el lenguaje con el solipsismo al modo del obispo George Berkeley, que gira sobre la posible inexistencia de la realidad externa al sujeto.

nas de impronta historicista, hermenéutica y, en general, antiempirista¹⁸. Como sería por completo impertinente en este punto desarrollar una argumentación detallada sobre asunto epistemológico tan peliagudo, me conformaré con situarme en la salomónica posición de Nino añadiendo una breve y un tanto tajante consideración a su convencionalismo conceptual, que por lo demás comparto.

A mi modo de ver, la identificación teórica del Derecho desde el punto de vista del participante es el tipo de aproximación que mejor sirve a las tareas que la dogmática jurídica ha venido cumpliendo, especialmente en la tradición jurídica europeo-continental¹⁹, unas tareas socialmente valiosas y para las que se ha mostrado especialmente útil el tipo de argumentación propio del participante²⁰. Es cierto que la «ciencia» del Derecho resulta así ser más bien una técnica, y que sus cultivadores, sin dejar de ser teóricos en cuanto constructores de doctrinas abstractas y sistematizadas, son participantes —si bien participantes no oficiales— en la práctica jurídica, de modo que si se trata de conocimiento, o de un saber, lo sería al modo de Giambattista Vico, por el que *verum et factum convertuntur*, es decir, un «saber» que se hace verdadero porque sirve para conformar la propia realidad y, por tanto, no es sólo un puro y propio saber. En todo caso, tal saber, de naturaleza bien distinta del que solemos llamar científico cuando tomamos como modelo a las ciencias empíricas, no es incompatible con el que puedan aportar la sociología, la antropología o la teoría jurídica más descriptiva, que no adoptan el punto de vista del participante. Con todo ello presente, quizá la discusión anterior pueda servir para ilustrar que, siendo ambos enfoques al fin y al cabo tan distintos en sus caracteres y pretensiones, seguramente tiene muy poco sentido pugnar por argumentar sobre la superioridad de uno sobre otro.

¹⁸ La referencia a la hermenéutica puede resultar ambigua, pues en un sentido amplio de la expresión la misma perspectiva de Hart en su comprensión del Derecho —que tiene en cuenta el punto de vista interno pero mantiene un punto de vista externo o descriptivo— puede ser calificada como hermenéutica (así, MacCormick 1981: p. 29 ss.). Con todo, en un sentido más limitado la perspectiva hermenéutica se puede caracterizar por proponer una comprensión empática y, por tanto, en absoluto distanciada del objeto estudiado, al modo en el que, por ejemplo, Karl Larenz defiende la científicidad de la dogmática jurídica en cuanto búsqueda de las soluciones justas de un determinado Derecho positivo en un concreto contexto histórico mediante una comprensión de la norma jurídica que consistiría en «descubrir la valoración en ella decretada y su alcance» (1994: pp. 177-83, 203, y 233 y 234, cursiva mía).

¹⁹ Sobre ello remito a Calsamiglia 1986.

²⁰ Dejo aquí de lado un tema que por sí solo daría para otro largo discurso, como es el de los *detached statements* que, según Raz, serían comunes en la ciencia del Derecho. Como es sabido, tales afirmaciones estarían hechas desde el punto de vista de un participante pero sin el compromiso de aceptación normativo propio de éste. Abrigo dudas sobre la aceptabilidad de este *tertium genus*, pero no es ésta la ocasión de comentarlas.

SOBRE LA PRIORIDAD NORMATIVA DEL PUNTO DE VISTA MORAL: LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO

Dado un sistema jurídico existente, para lo que es precisa la adopción, directa o por referencia, de un punto de vista moral al menos por buena parte de sus funcionarios, y con independencia de que la identificación de tal conjunto normativo se pueda hacer desde el punto de vista del participante o del observador, queda todavía una tarea decisiva para la comprensión y la realización del Derecho en la que de nuevo es protagonista la maraña de los puntos de vista y, de modo dominante, la del punto de vista moral: la interpretación jurídica; y tanto la interpretación teórica como la práctica, a la que me referiré con preferencia en lo que sigue. Porque el punto de vista moral, en efecto, puede aparecer en tres planos distintos relativos a la tarea interpretativa del Derecho (distintos, preciso, pero no del todo desconectados entre sí): en el plano de ámbito más general, en la decisión sobre cómo deben interpretarse las normas jurídicas; en un plano intermedio, en la propia tarea de interpretación de las normas jurídicas llamadas a resolver casos difíciles, incluso aun cuando su contenido no haga referencia ni siquiera implícita a criterios morales ni el caso tenga un alcance moral directo o inmediato, y, en fin, en el plano de ámbito más limitado, en la interpretación de las normas jurídicas que hacen remisión expresa o tácita a criterios morales, incluso aun cuando los casos a los que se refieren no sean particularmente difíciles, por ejemplo, porque los criterios morales aplicables sean suficientemente claros e indisputados (en todos los casos anteriores, naturalmente, «norma jurídica» alude a formulación lingüística y no a significado, que sólo puede aparecer como resultado de la interpretación).

De estos tres planos, resulta poco controvertible, me parece, el primero, mientras que las complicaciones aumentan en el tercero y, muy en particular, en el intermedio. Seguiré, así pues, ese mismo orden. En el plano más general, me parece que no ofrece dudas que la decisión sobre cuál debe ser la teoría o los criterios que, al menos los jueces y funcionarios, deben seguir en la interpretación de las normas jurídicas debe ser –y por razones morales, además– una decisión de carácter moral, quiero decir, fundada en razones que el intérprete ha de adoptar de manera última y desde un punto de vista imparcial. Ni siquiera ante un sistema jurídico que contuviera una ley que, por ejemplo, no diera más opción que interpretar las normas conforme a su sentido literal, el intérprete podría evitar adoptar el punto de vista moral para considerar si una obligación tan decisiva es aceptable o no y, sobre todo, en qué términos o con qué alcance lo es. Ello es así, a mi modo de ver, porque las reglas relativas a la interpretación jurídica están entre los elementos integrantes de las razones últimas para obedecer al Derecho de quienes adoptan el punto de vista de los participantes. Si este argumento es plau-

sible, implica también que toda la discusión subsiguiente es, en esencia, una discusión de carácter moral.

Por su parte, en el plano de ámbito más limitado, parece que la llamada al punto de vista moral resulta inevitable cuando proviene de las remisiones que ciertos sistemas jurídicos realizan a la moral, especialmente si lo hacen de manera explícita –como el artículo 1275 de nuestro Código Civil, que declara inválido todo contrato opuesto «a las leyes o a la moral»–, pero también cuando la remisión es meramente implícita, como ocurre en los delitos definidos por términos moralizantes (escándalo público, acto obsceno, etc.) o en muchas de las cláusulas declarativas de derechos constitucionales (derechos a la igualdad, a la libertad, etcétera). En realidad, remisiones como éstas son contingentes y, por tanto, variables según los sistemas jurídicos y los distintos momentos históricos, sin que en ese aspecto tengan una naturaleza esencialmente distinta a las remisiones que las normas jurídicas pueden hacer a conceptos económicos, a normas de sistemas jurídicos extranjeros o a especificaciones técnicas de carácter médico, psicológico o tecnológico. En tal medida, son remisiones que no producen especiales dificultades a una teoría como la de Hart²¹.

Lo único peculiar que tienen este tipo de remisiones es su contenido, la moral, que parece dejar especialmente abiertos los criterios aplicables, al menos en sociedades complejas y conflictivas como la nuestra. Incluso en tales sociedades, sin embargo, esa apertura puede ser muy reducida en ciertos casos, pues bien puede ocurrir que el sistema jurídico haya generado un cuerpo tal de interpretaciones oficiales sobre algunas de las remisiones a la moral, sean expresas o tácitas, que las interpretaciones subsiguientes no requieran acudir directamente a criterios morales. En este caso será sensato entender que la remisión a la moral ha desaparecido como tal para ser sustituida por la incorporación al sistema de una regla o una red de reglas más específicas que desarrollan jurídicamente aquella primitiva remisión abierta. Ciertamente que cuando no ocurre así, o cuando se plantea la necesidad o la conveniencia de poner fin o rectificar tal regla o red de reglas, retorna el problema de la apertura de las remisiones a la moral, especialmente en las sociedades pluralistas. En su dimensión más general, la alternativa más importante, que no suele estar predeterminada en el sistema jurídico, es la que enfrenta a la moral crítica del intérprete frente a la moral dominante o mayoritaria en la sociedad correspondiente. No creo que en este plano, dada la variedad de razones

²¹ Así, en *The Concept of Law* Hart es bien consciente de que «(l)a decisión judicial, especialmente en materias de elevada importancia constitucional, a menudo implica una elección entre valores morales, y no meramente la aplicación de algún principio moral aislado» (1994: p. 200; t. c.: 252 y 253).

No obstante, la teoría de Hart puede desarrollarse en el sentido de entender que, en tales casos, el Derecho incorpora a la moral de manera que, por así decirlo, la juridifica, o, alternativamente, remitiendo a la moral como referencia externa que, como tal, mantiene cierta autonomía. Esta última posición ha sido defendida por Waluchow, frente a Raz, como un «positivismo jurídico incluyente» (*cf.* 1994, esp. cap. 4).

por las que las normas jurídicas pueden remitir a criterios morales, quepa resolver semejante alternativa con una solución abstracta y unívoca.

Es en el plano intermedio entre los dos anteriores, relativo típicamente a la interpretación judicial de los casos difíciles de cualquier naturaleza, donde aparece en su máxima complejidad y tensión la disputa –de naturaleza moral en sí misma, no me importa insistir– sobre cuál debe ser el papel de la moral y, dentro de él, qué tipo de moral ha de incorporarse. La referencia a la teoría jurídica de Dworkin es de nuevo en este punto prácticamente ineludible, puesto que es el más influyente adalid contemporáneo de la tesis de que los jueces, cuando interpretan casos difíciles, construyen y deben construir la teoría jurídico-moral más completa y coherente capaz de dar la mejor respuesta posible dentro del sistema al caso pendiente de resolución. Un examen crítico de algunos de los rasgos de esta atractiva doctrina interpretativa puede ser útil para perfilar la complejidad de la oposición hace poco mencionada entre la moral crítica del intérprete y la moral dominante en la comunidad de que se trate y, de paso, para ir mostrando algunas de las principales doctrinas alternativas a la dworkiniana.

La teoría de Dworkin, que él mismo ha presentado como una lectura moral de la Constitución americana y otras similares, está de lejos de proponer una interpretación jurídica conforme a la moral personal del juez –la que mantendría de no ser juez, por así decirlo–, quien, según Dworkin, articula y debe articular la respuesta que mejor encaje en la tradición constitucional, incluyendo los precedentes relevantes, las normas legales aplicables y los principios constitucionales, que incorporan o remiten a los principios morales que fundamentan y proporcionan integridad a todo el sistema. La moral que el juez así sigue y debe seguir es la que, en un sistema jurídico moralmente decente en su conjunto, mejor justificación ofrece para la solución de un caso considerado en relación con el sistema en su integridad.

Me parece importante advertir que respecto al mencionado contraste entre la interpretación jurídica conforme a la moral crítica del propio juez y la basada en la moral social o positiva, ante la que el juez debería abandonar la suya, la influyente doctrina de Dworkin mantiene una posición intermedia, sin alinearse definidamente en ninguno de los dos lados. Es verdad que esa doctrina no apela a una remisión directa a los criterios sobre el caso de la moral positiva, recogida más o menos fielmente por el juez de la sociedad, pero sí lo hace indirectamente, elevándose al plano superior de las convenciones más básicas presuntamente compartidas por la comunidad, mediante su apelación a los principios político-morales básicos en una determinada comunidad, delimitada y limitada por una historia y una tradición particulares. En suma, la moral crítica que Dworkin propugna que el juez debe seguir en sus decisiones difíciles es la destilación de la mejor moral positiva de una comunidad concreta, lo que apela a criterios sociales pero no deja de tener su buen componente de construcción crítica.

Puesto que, como he ido señalando implícitamente, la teoría dworkiniana de la interpretación jurídica pretende ser no sólo normativa sino también descriptiva, su análisis crítico ha de considerar ambos frentes. En su aspecto descriptivo, y aunque esto sea una cuestión empírica, parece dudoso que los jueces sigan ni de lejos un método de decisión como el defendido por Dworkin. Esto, que aventuro que cualquier jurista español podría afirmar con cierta seguridad respecto a nuestro sistema jurídico, también ha sido afirmado con gran verosimilitud respecto del *common law*, y precisamente en una inteligente crítica dirigida a la teoría dworkiniana por N. E. Simmonds. Recordando la contraposición que Lévi-Strauss propone en las primeras páginas de *El pensamiento salvaje* entre el bricolage y la ingeniería, Simmonds afirma que el juez del *common law* –pero, insisto, me temo que el nuestro no es diferente– no es, como pretende Dworkin, un ingeniero que dispone de las mejores maquinarias y materias primas posibles, sino sólo un *bricoleur* que echa mano de las limitadas y heterogéneas herramientas que tiene en su casa, no previstas para el problema actual y mero resultado casual y variable de proyectos anteriores: es decir, que el juez no generalizaría más que lo que el caso concreto exige y, por tanto, no desarrollaría una concepción completa sobre el problema al que se enfrenta, sino que aplicaría lo que tiene a mano para resolverlo, sobre todo las herramientas del sentido común, que no es otro que el de las creencias convencionales en la sociedad en cuestión (*cf.* 1992: pp. 23 y 24).

De todas formas, que la realidad empírica no se ajuste a los criterios normativos dworkinianos para nada impugna en principio la validez de éstos, que podrían operar al menos como estrella polar o ideal –reconocidamente hercúleo, por lo demás– llamado a guiar al intérprete del Derecho. Pero en cuanto propuesta normativa, el ideal dworkiniano se enfrenta a distintas doctrinas rivales, de las que me parece útil ordenar las que considero más significativas dejando pendiente su análisis crítico para mejor ocasión. Si para tal ordenación trazáramos un continuo desde las doctrinas que defienden una interpretación conforme a la moral crítica del juez hasta las que remiten a la moral social, podríamos comentar otros tres modelos básicos.

El primero, basado en la apelación a la moral crítica del juez, es propio de las propuestas que toman distancias de las cesiones de Dworkin a la moral positiva. Dos versiones bien diferentes pueden citarse aquí a modo de ejemplo: por un lado, desde una metaética marcadamente objetivista, incluso realista (también en el sentido medieval de la polémica de los universales), para la que el lenguaje, también el lenguaje moral, tiene una correspondencia con la naturaleza de la realidad, se encuentra la propuesta –competentemente defendida por Michael S. Moore (*cf.* 1985)– que exige interpretar los términos jurídicos de carácter moral conforme a su significado objetivo; por otro lado, desde una metaética más marcadamente kantiana que la de Dworkin (aunque no necesariamente del todo kantiana), un autor como Nino ha podido criticar la dependencia de la

propuesta dworkiniana respecto de las prácticas y decisiones pasadas de la comunidad para defender que, mientras no haya riesgo de ruptura del sistema —que, recuérdese, para Nino debe ser básicamente justo—, el juez debe adoptar una interpretación conforme a los principios morales fundamentadores del caso, incluso aunque sean incompatibles «con buena parte de las acciones o decisiones adoptadas hasta ahora» y, todavía con mayor razón, cuando tenga que decidir en el amplio ámbito de las indeterminaciones de las normas jurídicas (*cf.* 1994: pp. 142 y 143).

Un segundo modelo lo ofrece una propuesta interpretativa paralela a la de Dworkin en el sentido de que contiene también un intento similar de mediación entre la moral crítica y la social, si bien desde una concepción moral no deontologista, como básicamente es la dworkiniana, sino consecuencialista. Un ejemplo bien relevante de esta doctrina alternativa lo proporciona la teoría de la interpretación del realismo jurídico americano²², que, según algunas lecturas al menos, propuso interpretar las normas jurídicas conforme a los valores básicos ampliamente compartidos en la sociedad, esto es, en el plano de moral social, pero a la vez que el jurista hiciese un balance entre los distintos intereses sociales en juego para sopesarlos en dirección a la solución por él considerada más adecuada²³.

El tercer modelo, en fin, procede de las propuestas que critican el elitismo interpretativo de la posición dworkiniana en nombre del criterio democrático, criterio que ha dado lugar al menos a dos propuestas bien diferenciadas de tener en cuenta la moral social en el Derecho²⁴: de un lado, la de resolver los casos difíciles (así como las remisiones expresas o tácitas a la moral) mediante la apelación directa a los criterios dominantes en la moral socialmente vigente, un criterio, no obstante, que no

²² Por ejemplo, es llamativo lo cercano que suena al modelo dworkiniano el texto de Llewellyn que cita Pérez Lledó en pp. 254-255.

No obstante, la posición del realismo fue básicamente consecuencialista: en «Some realism about realism», Karl Llewellyn caracteriza al movimiento realista por su «insistencia en evaluar cualquier parte del Derecho en términos de sus efectos», lo que, en realidad, viene a confluír en la tesis consecuencialista de que las normas han de interpretarse con arreglo a su propósito en función de las consecuencias sociales: sobre esta parte constructiva del realismo americano, defensor de una interpretación que apele a *policiés* sociales, en la reciente literatura española vid. el magnífico estudio de Pérez Lledó sobre el movimiento *Critical Legal Studies* (1996: pp. 171 ss. y 252-255).

²³ Cf. Pérez Lledó (1996: pp. 172-173 y 229, núm. 14), donde se deja ver la ambigüedad básica de los realistas americanos en este tema, al menos según la reconstrucción de Mark Tushnet. Por lo demás, como ha puesto de relieve el propio Pérez Lledó, en las derivaciones postrealistas, el *policy analysis* se convirtió en una breve y vaga referencia a los valores socialmente compartidos, o a las tendencias históricas, que remiten directamente a una interpretación basada en la moral social.

²⁴ Una tercera propuesta, importante en la tradición doctrinal estadounidense y a la que Dworkin ha respondido recientemente, es el originalismo, es decir, la doctrina que propone interpretar las cláusulas normativas, especialmente las constitucionales, conforme al significado que les dieron sus creadores, doctrina que en nuestra tradición viene referida con la más bien desacreditada noción de la «intención del legislador». En cierto modo, podría decirse que esta corriente apele a los criterios de una moral social dominante (o hegemónica) en un momento pasado, que en el caso de los Estados Unidos abarca más de doscientos años.

deja de ser indefinido, pues puede referirse tanto a lo que el juez cree como a lo que sabe que defiende la mayoría y, dentro de esta última opción, tanto a lo que conoce *científicamente*, por encuestas y técnicas sociológicas aceptables, o a lo que «sabe» *prácticamente*, por interpretaciones de más o menos sentido común sobre las principales opciones sociales y políticas; y, de otro lado, la propuesta de máxima deferencia en la resolución de cualquier caso judicial hacia los criterios del legislador ordinario, en cuanto expresión legítima y oficial de los criterios morales de la mayoría de la población, un criterio también distante de la univocidad, pues cuál sea el significado de los criterios del legislador es, precisamente, el asunto central que aquí se debate de cómo deben interpretarse las reglas cuando no son claras.

Una ordenación descriptiva –aunque sin duda incompleta– como la anterior, no suministra por sí misma argumentos propiamente dichos en favor de ninguno de los tres modelos y sus distintas variantes. Sobre la complejidad de ese debate baste recordar que uno de sus núcleos centrales es la fundamentación del sistema democrático-liberal, ante la que los dos modelos extremos acentúan sobre todo uno de los lados de la ya antigua contraposición entre criterios liberales, basados en los derechos individuales frente a la mayoría, y criterios democráticos, basados en el criterio de la mayoría como definitorio del perímetro de los derechos. Eso sin contar el bando de quienes contemplan como no del todo justificado el optimismo a propósito de las virtudes de los mecanismos democráticos de formación del voto y la opinión de las mayorías sociales, pero también como no del todo injustificado el pesimismo a propósito de los inconvenientes de encomendar decisiones fundamentales para la colectividad a una pequeña elite sin suficiente representatividad ni responsabilidad política.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCHOURRÓN, Carlos E., y BULYGIN, Eugenio: *Análisis lógico y derecho*, prólogo de G. H. von Wright, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- ALEXY, Robert: «On Necessary Relations Between Law and Morality», *Ratio Juris*, vol. 2, núm. 2, julio 1989, pp. 167-183 (t. c.: «Sobre las relaciones necesarias entre el Derecho y la moral», en *Derecho y razón práctica*, Fontamara, México, 1993).
- *El concepto y la validez del Derecho y otros ensayos*, t. c. de Jorge M. Seña, Gedisa, Barcelona, 1994.
- BAYÓN MOHÍNO, Juan Carlos: *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- «Partecipanti, osservatori, e identificazione del diritto», en *Comanducci y Guastini*, 1996, pp. 47-63.
- «Deber jurídico», en *Garzón Valdés y Laporta*, 1996, pp. 313-331.
- BOBBIO, Norberto: *El positivismo jurídico. Lecciones de Filosofía del Derecho reunidas por el doctor Nello Morra* (ed. orig., 2.ª ed., 1979), t. c. de R. de Asís y A. Greppi, Debate, Madrid, 1993.

- BULYGIN, Eugenio: «Sobre observadores y participantes», ponencia presentada al *Encuentro Italo-Español de Filosofía del Derecho*, celebrado en Miraflores de la Sierra (Madrid) los días 28-30 de octubre de 1996 (copia dactiloscrita), 1997.
- CALSAMIGLIA, Albert: *Introducción a la ciencia jurídica*, Ariel, Barcelona, 1986.
- CARRÍO, Jenaro R.: «Una reciente propuesta de conciliación entre el jusnaturalismo y el positivismo jurídico», en Scarpelli, Uberto (comp.), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, pp. 361-385, Edizioni di Comunità, Milán, 1983.
- CHIASSONI, Pierluigi: «Osservatori positivisticci e quinte colonne», en *Comanducci y Guastini*, pp. 65-85, 1996.
- COMANDUCCI, Paolo, y GUASTINI, Riccardo, (comps.): *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*, G. Giappichelli, Turín, 1996.
- DELGADO PINTO, José: «Normatividad del Derecho», en *Garzón Valdés y Laporta*, pp. 425-40, 1996.
- DWORKIN, Ronald: *Los derechos en serio* (ed. orig., 2.ª ed., 1978), t. c. de Marta Gustavino, prólogo («Ensayo sobre Dworkin») de Albert Calsamiglia, Ariel, Barcelona, 1984.
- *Law's Empire*, Fontana Press, Londres (t. c., absolutamente inutilizable, de Claudia Ferrari, *El imperio de la justicia*, Gedisa, Barcelona, 1988).
- *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1991.
- ELIAS, Norbert: *Compromiso y distanciamiento. Ensayos de sociología del conocimiento*, ed. de M. Schröter, t. c. de J. A. Alemany, Península, Barcelona, 1990.
- FINNIS, John: «Comment» [a Sartorius 1987], en *Gavison*, pp. 62-75, 1987.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto: «Algo más acerca de la relación entre Derecho y moral», ahora en *Derecho, ética y política*, pp. 317-335, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- «Derecho y moral», en *Garzón Valdés y Laporta*, pp. 397-424, 1996.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto, y LAPORTA, Francisco J. (comps.): *El derecho y la justicia*, Editorial Trotta-Consejo Superior de Investigaciones Científicas-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1996.
- GAVISON, Ruth (comp.): *Issues in Contemporary Legal Philosophy. The Influence of H. L. A. Hart*, Clarendon Press, Oxford, 1987.
- HART, H. L. A.: *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1982.
- *The Concept of Law*, 2.ª ed. with a Postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz, Clarendon Press (1.ª ed., coincidente en paginación con la anterior en el texto, 1961), Oxford, 1994.
- KANT, Immanuel: *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten. Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, edición bilingüe de José Mardomingo, Ariel, Barcelona, 1996.
- LAPORTA, Francisco J.: *Entre el derecho y la moral*, Fontamara, México, 1993.
- LARENZ, Karl: *Metodología de la ciencia del Derecho* (ed. orig., 4.ª ed., 1980), t. c. de M. Rodríguez Molinero, Ariel, Barcelona, 1994.
- MACCORMICK, Neil: *H. L. A. Hart*, Edward Arnold, Londres, 1981.
- «Comment» (a Postema 1987), en *Gavison*, pp. 105-113, 1987.
- *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1994 (1.ª ed., 1978).
- MOORE, Michael S.: «A Natural Law Theory of Interpretation», en *Southern California Law Review*, vol. 58, núm. 2, pp. 277-398, enero 1985.

- NINO, Carlos Santiago: *La validez del Derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1985.
- *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994.
- ORTEGA Y GASSET, José: *La rebelión de las masas*, en *Obras completas*, tomo 4, Alianza-Revista de Occidente, Madrid, 1983.
- PÉREZ LLEDÓ, Juan A.: *El movimiento «Critical Legal Studies»*, Tecnos-Fundación Cultural Enrique Luño Peña, Madrid, 1996.
- POSTEMA, Gerald J., 1987: «The Normativity of Law», en *Gavison*, pp. 81-104, 1987.
- RAZ, Joseph: *La autoridad del Derecho. Ensayos sobre Derecho y moral* (ed. orig., 1979), t. c. de R. Tamayo y Salmorán, UNAM, México, 1982.
- *Razón práctica y normas*, trad. cast. de J. Ruiz Manero, CEC, Madrid, 1992 (1975; 2.^a ed., 1990).
- *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*, Clarendon Press, Oxford, 1994.
- REDONDO, María Cristina: *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996.
- SARTORIUS, Ralf, 1987: «Positivism and the Foundations of Legal Authority», en *Gavison*, pp. 43-61, 1987.
- SEARLE, John R.: *The Construction of Social Reality*, Allan Lane-The Penguin Press, Harmondsworth, 1995.
- SIMMONDS, N. E.: «Bluntness and Bricolage», en Hyman Gross y Ross Harrison (comps.), *Jurisprudence. Cambridge Essays*, pp. 1-28, Clarendon Press, Oxford, 1992.
- SOPER, Philip: *Una teoría del Derecho*, t. c. de Ricardo Caracciolo y Silvia Vera, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993 (ed. orig., 1984).
- WALUCHOW, Wilfried J.: *Inclusive Legal Positivism*, Clarendon Press, Oxford, 1994.