

Identificación y justificación del Derecho

Por LUIS PRIETO SANCHÍS
Universidad de Castilla-La Mancha

El título de este comentario es también el del último libro del profesor Josep Maria Vilajosana¹, una obra bien escrita, portadora de una información actualizada que es expuesta con rigor y claridad, de sugestiva lectura y que además puede servir como solvente manual de filosofía del Derecho. Y precisamente quisiera comenzar por este último aspecto: aunque, salvo error por mi parte, haya que llegar a la contraportada del libro para que se confiese ese carácter, lo cierto es que nos encontramos ante un ejemplo sobresaliente de ese género tan difícil y meritorio como científicamente fecundo que es el género de los manuales. Tengo la impresión de que sus cultivadores –entre los que me encuentro– a veces ocultan los propósitos pedagógicos y expositivos de la manualística, no sé si por seguir la senda marcada por uno de los más absurdos criterios fijados por la llamada Comisión Nacional Evaluadora de la Actividad Investigadora², pero en todo caso creo que hemos de felicitarnos de que el *Anuario de Filosofía del Derecho* haya querido abrir sus páginas de debate a una obra que bien puede recibir el noble calificativo de manual. En verdad, no siempre lo hace,

¹ Marcial Pons, Madrid, 2007, 259 pp. En lo sucesivo será citado como *IJD*.

² La Resolución de 6 de noviembre de 2007, BOE de 21 de noviembre, campo 9, Derecho y Jurisprudencia, punto 5, dice así: «No se considerarán para la evaluación: los libros de texto, programas, apuntes, monografías, casos o supuestos prácticos que tengan como objetivo prioritario servir a los estudiantes como manuales de la asignatura...». ¿Quién se arriesga al juicio de un tercero sobre cuál ha sido el objetivo prioritario que cada uno ha tenido para realizar su trabajo? Por lo demás, confesado incluso ese objetivo prioritario, en su compañía a veces se sirven refritos indigestos y otras veces las más valiosas contribuciones científicas; es decir, lo mismo que en compañía de cualquier otro objetivo prioritario.

en ocasiones ni siquiera dedicando una reseña, y este es el primer síntoma de la calidad de lo que tenemos entre manos.

Sin embargo, debatir sobre un libro como el de Vilajosana no resulta tarea fácil, al menos para mí. No pretendo disculparme, pero al carácter predominantemente expositivo y didáctico que es propio de un manual se une la prudencia y cautela científica de su autor. Conste que lo digo como mérito, sobre todo en estos tiempos en que tantas veces se inventan «teorías» o simples «rótulos» para viejas teorías sin tomarse la molestia de analizar previamente lo ya dicho. Habré de reiterarlo luego en varios pasajes porque creo que es una característica general del libro: aquí se puede encontrar buena información y hacerlo además de modo claro y sencillo, pero con frecuencia casi es preciso leer entre líneas para averiguar la posición del autor a propósito de las diferentes cuestiones y controversias. Un último motivo de mis dificultades que confieso con satisfacción es que no me ha costado gran esfuerzo compartir en lo fundamental las posiciones mantenidas por Vilajosana.

Tan sólo una objeción de orden general: por lo que se refiere a la utilización de las fuentes, a mi juicio la obra resulta bastante económica y selectiva; incluso en determinados pasajes se me antoja de una austeridad excesiva y no suficientemente plural. Alguna omisión señalaré, pero desde luego no todas las que han venido a mi mente. Advierto que no soy nada partidario de esos viejos tratados (y tesis doctorales) que parecían un elenco interminable de nombres y títulos, algunos invocados por puro compromiso, pero creo que tampoco es bueno moverse sólo en un círculo intelectual o académico, por relevante que sea y que nos parezca. Lo que según creo ocurre en algún capítulo.

El volumen se compone de seis capítulos y, como sugiere su título, unos se dedican a problemas de identificación del Derecho, concretamente los tres primeros, mientras que los tres restantes abordan distintos problemas justificatorios. A fin de facilitar la lectura, y la posible respuesta del autor, seguiré su mismo orden. Como verá quien decida adentrarse en las siguientes páginas, más que críticas o abiertas discrepancias, aquí se encontrarán unas escuetas reflexiones nacidas al hilo de esa lectura.

I. La primera parte del libro lleva por título «Identificación del Derecho» y se abre con un capítulo cuya rúbrica aparece en forma de pregunta: «¿Cuándo existe el Derecho en una determinada sociedad?». Es seguramente el capítulo de mayor abstracción conceptual y en el mismo se desarrolla una tesis convencionalista a propósito de la regla de reconocimiento, concebida ésta como la primera condición de existencia de un sistema jurídico. Antes de formular cualquier observación «interna» al razonamiento ensayado por el autor, me asalta sin embargo una cuestión inquietante: ¿cómo es posible «identificar» el Derecho o establecer las condiciones de existencia de uno determinado sin dilucidar antes qué es el Derecho?, ¿cómo hablar de algo cuyos con-

tornos no hemos dibujado previamente, siquiera con trazos gruesos?, ¿a qué tipo de fenómeno nos referimos al hablar de Derecho? Cabría decir que estas preguntas, relativas al *concepto* de Derecho, no aparecen respondidas en la obra comentada, y efectivamente así es si atendemos a los distintos epígrafes del sumario. Pero eso no significa que no esté presente algún concepto de Derecho, aunque sólo sea de una forma implícita.

Porque, a mi juicio, hay tres preguntas distintas pero íntimamente relacionadas y se hace difícil contestar a cualquiera de ellas sin tomar posición sobre las demás. Partiendo de que el Derecho tiene una naturaleza normativa, la primera pregunta se refiere a qué es el Derecho, esto es, cuáles son sus rasgos definidores respecto de otros sistemas normativos. Una vez definido el Derecho, la segunda pregunta se plantea el problema de la identificación de un cierto sistema jurídico frente a los demás, algo que puede ser enfocado tanto desde una perspectiva digamos espacial (el Derecho español o el italiano) como temporal (el Derecho visigodo). La tercera, en fin, se refiere a las condiciones de existencia de un sistema jurídico. Pero, en cualquier caso, determinar la identidad o la existencia de un Derecho exige despejar antes la primera cuestión.

Pero, como digo, el capítulo primero parece adoptar una perspectiva diferente. Aquí, bajo el epígrafe de «existencia», se tratan conjuntamente tanto los problemas de identificación (regla de reconocimiento) como de existencia propiamente dicha (eficacia). En otras palabras, para Vilajosana un sistema jurídico existe si reúne dos condiciones: una regla de reconocimiento y la eficacia general del sistema. Lo que revela que se parte de una idea de sistema jurídico relativamente complejo y evolucionado, esto es, de un concepto de Derecho dotado ya de una regla de reconocimiento y por tanto identificado como sistema independiente; algo que, como luego diré, me parece un concepto estrecho y no suficientemente comprensivo. Pero, sobre todo, cabría esperar que esa regla de reconocimiento nos sirviera también para identificar el Derecho respecto de otros sistemas normativos o, lo que es lo mismo, que nos sirviera para definirlo. Esto último parece pensarlo el propio autor: «la regla de reconocimiento juega un papel decisivo no sólo para identificar el derecho, sino *para establecer su autonomía frente a otros órdenes normativos* que también se dan en una misma sociedad, como podrían ser la moral social o los usos sociales»³.

Sin embargo, dudo que sea así. La regla de reconocimiento es un hecho convencional «debido a la necesaria coordinación que debe darse a la hora de identificar el derecho de una determinada sociedad», pero resulta que no es «el único hecho social y normativo que puede ser explicado a través del recurso convencionalista. Es de destacar que

³ *IJD*, p. 76. La cursiva es mía.

la *moral positiva* también puede recibir el mismo tratamiento. Lo que diferencia el derecho de la moral positiva no es el componente convencional (que ambos compartirían) sino el elemento institucional (esencial en aquél, ausente en éste)»⁴. Pero entonces ¿en qué quedamos?, ¿es la regla de reconocimiento (p. 76) o la institucionalización (p. 40) lo que permite distinguir el Derecho de la moral?, ¿no hay aquí una aparente contradicción? Me inclino más bien por la segunda interpretación: si la convención social está en la base de dos sistemas normativos parece que la diferencia no puede situarse en la convención en sí, sino en un elemento digamos que *añadido*, la institucionalización.

Ahora bien, ¿es posible concebir el desarrollo de una regla de reconocimiento sin una mínima institucionalización?, ¿cabe pensar en dos convencionalismos, uno institucionalizado y otro no?; porque, de no ser así, entonces el Derecho y la moral positiva difícilmente podrían diferenciarse. La institucionalización, en efecto, significa entre otras cosas que, junto a las normas primarias dirigidas a los súbditos o ciudadanos, existe un entramado más o menos complejo de normas secundarias, entre ellas las que proporcionan criterios para poder identificar las normas primarias del sistema y que solemos llamar «regla de reconocimiento». Adviértase que no estoy negando que la moral social pueda explicarse en términos convencionales y de una regla de reconocimiento como Vilajosana sugiere; lo que intento decir es que, si una moral social se explica en esos términos, será difícil que escape a la institucionalización y que logre su diferenciación del Derecho. En todo caso, ¿por qué una moral social no puede presentarse de forma institucionalizada? Que es, más o menos, lo que sucede con el Derecho canónico en el marco de un Estado laico: nadie negará que ese sistema cuenta con una regla de reconocimiento, altamente institucionalizada por cierto, y sin embargo todos tenemos la intuición de que es *algo distinto*, una moral social seguramente. Luego hemos de buscar el criterio de distinción en otra parte.

Por otro lado, si la regla de reconocimiento y la institucionalización pueden hallarse presentes en la moral social, a mi juicio pueden hallarse casi ausentes del Derecho. Este criterio de la institucionalización, en efecto, puede ser usado para diferenciar el orden jurídico del «orden» de una banda de malhechores, y así lo hace Alexy por ejemplo⁵, como también para distinguir el Derecho de la moralidad social, pero en ambos casos me parece poco concluyente. En este sentido, todo parece indicar que en las sociedades primitivas se carecía de un modelo medianamente desarrollado de esas normas secundarias que expresan la institucionalización: no existían órganos permanentes de producción jurídica, sino que las normas se creaban más bien de forma espontánea y por la propia colectividad (costumbres); tampoco se

⁴ *IJD*, p. 40.

⁵ De R. ALEXY puede verse *El concepto y la validez del Derecho*, trad. de J. M. Seña, Gedisa, Barcelona, 1994, pp. 38 ss.

contaba con órganos que de manera exclusiva aplicasen las normas jurídicas (precisamente los órganos cuya práctica parece generar la regla de reconocimiento), sino que esa tarea se encomendaba a árbitros elegidos por las partes, o simplemente se atribuía un derecho de venganza a favor del ofendido o de su familia. En definitiva, eran sistemas no institucionalizados o con una institucionalización rudimentaria. Por tanto, me parece que a partir del criterio de la institucionalización resulta difícil determinar cuándo un sistema primitivo se transforma en un sistema jurídico complejo; como, por cierto, resulta difícil también establecer una frontera nítida entre los famosos bandidos y el Estado.

A propósito de los bandidos, dice Vilajosana que «sólo con la asunción de que existen autoridades podemos distinguir el comportamiento propio de un Estado del que tendría una banda de ladrones»⁶. Pero ¿quiénes son las autoridades? Al parecer son sujetos que se ven a sí mismos «teniendo derecho a regular conductas a través de normas en una determinada comunidad, con un correlativo deber de obediencia por parte de sus destinatarios», normas que además han de ser tratadas como vinculantes «con independencia de su contenido»⁷, o sea simplemente porque expresan la voluntad de unos sujetos que creen tener derecho a mandar. Esto significa que el Derecho y sus autoridades se presentan (conceptualmente) bajo una pretensión de corrección o sinceridad que es lo que permite que el primero y las segundas se vean a sí mismos como «teniendo derecho». He expresado varias veces mi escasa simpatía por esta difundida concepción⁸ y no insistiré sobre el asunto. Tan sólo quiero llamar la atención sobre la escasa fecundidad de este criterio a la hora de distinguir a las autoridades de los bandidos: ¿acaso muchos bandidos no creen «tener derecho», incluso (si son iusnaturalistas) «mejor derecho» que las autoridades?, ¿un bandido se convierte en autoridad cuando empieza a pensar que «tiene derecho», cuando empiezan a pensarlo los súbditos, o más bien cuando logra imponerse a las antiguas autoridades, que por cierto automáticamente pasan a tener la consideración de bandidos? En suma, a mi juicio, estas apelaciones a las pretensiones de corrección y de obediencia, unidas a una presentación «espiritual» o normativa de la autoridad, difícilmente logran ofrecer un criterio firme para diferenciar el orden jurídico del orden de una banda de malhechores y, en cambio, sí logran generar una suerte de obligación de obediencia en el seno del concepto mismo de Derecho. Luego diré algo más sobre esto.

Mi particular opinión es que la definición del Derecho no debe prescindir de un elemento que aparece silenciado en nuestro libro,

⁶ *IJD*, p. 58.

⁷ *IJD*, p. 56.

⁸ Así, hace ya bastantes años, precisamente en otro comentario bibliográfico, en concreto al libro de Philip SOPER, «Una teoría del Derecho», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 18, 1994, pp. 233-242.

como también por lo demás en buena parte de la filosofía jurídica contemporánea, como si fuera el «trapo sucio» que no conviene airear. Me refiero a la presencia de la fuerza, a esa relación para mí conceptual entre el Derecho y la fuerza. Y ello no sólo con el propósito de dar cuenta de los sistemas primitivos no institucionalizados que se pierden en la noche de los tiempos, sino desgraciadamente de algunos «(des)órdenes» jurídicos de nuestros días, donde resulta más que difícil saber cuándo se está en presencia de una autoridad o de un bandido. No desarrollaré este punto, dado que me alejaría del objeto del presente comentario, pero permítaseme una pregunta que admitiría ilustrarse con demasiados ejemplos: tras la invasión de Irak, y acaso todavía hoy, ¿cuál es el Derecho existente en ese país?, ¿cabe identificar una práctica social de reconocimiento?, ¿quiénes son las autoridades y quiénes los bandidos? Se replicará tal vez que allí no existe en puridad *un* orden jurídico, sino varios entremezclados. Pero entonces, ¿qué es lo que permite diferenciarlos?, ¿distintas prácticas de reconocimiento generadoras de instituciones independientes o, más simplemente, la existencia de aparatos de fuerza diferenciados?

La segunda observación tiene que ver con la anterior y se refiere a la caracterización de la regla de reconocimiento. Como es sabido, y Vilajosana se hace eco de esto, la regla de reconocimiento puede ser acusada de circularidad, y ello seguramente por varios motivos, de los que aquí sólo comentaremos uno: si la condición de juez viene dada por las normas del sistema (las llamadas reglas de adjudicación) y éstas han de reposar en la regla de reconocimiento, que es aceptada por los propios jueces, entonces resulta que es esa práctica judicial el fundamento de su propia condición.

A mi juicio, la explicación de Vilajosana difícilmente logra evadirse de esa circularidad y, en cualquier caso, confieso no comprenderla bien: de un lado, parece que es la conducta observada por ciertos individuos la que genera la regla de reconocimiento, pero, de otro, resulta que es esa regla la que confiere a los mismos individuos la condición de autoridades practicantes de la regla⁹, esto es, la que les permite comportarse como lo hacen. Expresamente se rechaza la opinión de Nino, que en mi opinión es la más convincente: es el reconocimiento que hacen los jueces lo que resulta decisivo para predicar la unidad de un cierto grupo de normas; pero los jueces son aquellos que «*de hecho* pueden (en el sentido fáctico y no normativo de la palabra poder) determinar el ejercicio del monopolio coactivo estatal en casos particulares»¹⁰. Y, a su vez, lo que confiere unidad a un cierto número de órganos primarios y los diferencia de otros es que todos ellos recurren al mismo aparato u organización de la fuerza. En consecuencia, cabría decir que dos normas primitivas pertenecen al mismo sistema

⁹ *IJD*, p. 41.

¹⁰ C. S. NINO, *Introducción al análisis del Derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1980, p. 128

jurídico cuando ambas son reconocidas por órganos que están en condiciones de aplicar medidas coactivas recurriendo a la misma organización de la fuerza.

Ciertamente, este enfoque tampoco está exento de problemas. No desarrollaré ahora la respuesta que me parece más plausible¹¹, pero sí creo que esa respuesta exige formular algunas distinciones dentro de lo que comúnmente se conoce como identidad de los sistemas jurídicos. En particular, una cosa es identificar la existencia de un sistema jurídico individualizado, que requiere tan sólo la existencia de una organización de fuerza independiente; y otra predicar su *unidad*, que supone que un conjunto de normas pueden adscribirse a un mismo sistema, es decir, formar *un sistema*, lo que efectivamente reclama que algunas normas atribuyan poderes y asignen competencias a distintos sujetos, jueces y legisladores.

Una última cuestión a propósito de la regla de reconocimiento que siempre me ha parecido intrigante: al parecer esa regla presenta un elemento normativo cuyo fundamento reside en «la creencia entre los miembros que actúan regularmente que esa actuación es, *en algún sentido*, obligatoria»¹². Es decir, los «creyentes» piensan que esa regla es efectivamente obligatoria, pero en realidad esa obligatoriedad obedece sólo a que ellos lo creen, pues si dejaran de creerlo desaparecería toda obligación. Esto se parece mucho a un inmenso error colectivo: suponer que algo es obligatorio cuando es nuestra propia creencia (equivocada) la que genera la obligatoriedad. Un motivo más para tomarse con mucha cautela el concepto de obligación en la definición del Derecho.

Bien es verdad que para Vilajosana la obligatoriedad de la regla de reconocimiento no es regulativa, sino constitutiva; y la analogía con el ejemplo de Searle sobre el dinero está bien traída. Ahora bien, los papeles (cada día más escasos) que uno lleva en la cartera ¿dejarían de ser dinero el día en que todos dejásemos de creer en que eso es dinero, o más bien dejaríamos de creer que eso es dinero cuando dejara de funcionar como tal?; el Derecho y su regla de reconocimiento, ¿existen en virtud de una creencia, de manera que, desaparecida ésta, colapsaría el orden jurídico, o más bien creemos que es Derecho porque funciona como tal (acaso en virtud de una voluntad antes que de una creencia) y sólo abandonaríamos esa creencia si dejara de funcionar y perdiera toda eficacia?

II. El capítulo II se ocupa del que acaso sea el problema más controvertido de toda la filosofía del Derecho, el de las relaciones entre el Derecho y la moral. Su tratamiento resulta claro y ponderado, aunque tal vez también poco comprometido: nos presenta seis versio-

¹¹ Muy provisionalmente he ensayado una explicación en mis *Apuntes de teoría del Derecho*, Trotta, Madrid, 2.ª ed., 2007, p. 119.

¹² *IJD*, p. 59. La cursiva pertenece al original.

nes de la cuestión, tres iusnaturalistas y tres positivistas, sin que al final ninguna resulte del todo convincente. Sin duda las simpatías de Vilajosana se orientan a favor del «positivismo inclusivo», pero sin dejar por ello de poner de relieve varias de las dificultades que a su juicio entraña esa posición. No se busca pues una cerrada defensa de ninguna de las tesis en pugna, sino una ordenada descripción de cada una de ellas. Al margen de aspectos menores en la presentación del pensamiento de algún autor, coincido en buena parte de lo que dice; y, por lo demás, tampoco resulta necesario pronunciarse de modo concluyente a propósito de todos los problemas, ni seguramente es conveniente hacerlo en una aproximación principalmente expositiva.

Con todo, y más que nada por no defraudar las expectativas críticas que se esperan de estas líneas, creo que la exposición puede resultar incompleta o no del todo matizada: me parece que hay una cuarta manera de sostener la relación necesaria entre Derecho y moral, una nueva versión que puede entroncar con la idea del Derecho como integridad de Dworkin, pero que presenta perfiles propios. Es la que pudiéramos llamar tesis del Derecho como argumentación. Y, a su vez, me parece asimismo que es posible sostener otra versión de lo que aquí se llama positivismo ético o normativo¹³, aunque animada por una preocupación completamente opuesta. Trataré de explicarlo con brevedad, pero antes quiero plantear una duda sobre la presunta autonomía o «novedad» del positivismo inclusivo que Vilajosana parece considerar preferible, así como sobre una implicación muy común que me parece que aquí también se comparte.

Dicho con sus propias palabras, el positivismo inclusivo viene a sostener que «la validez jurídica de las normas puede depender de su validez moral de modo contingente: si existen preceptos jurídicos que incorporan conceptos morales o que requieren de la argumentación moral para ser aplicados, entonces la validez jurídica de algunas normas depende de su adecuación a la moralidad; si no existen dichos preceptos jurídicos entonces la validez jurídica no depende de la moralidad»¹⁴. Se me ocurren dos observaciones: cabe que estemos hablando de la moral social, como parece suceder en algunas presentaciones del positivismo inclusivo, en cuyo caso la relación no es contingente sino necesaria; o cabe que estemos hablando de la moral crítica, como hace el positivismo tradicional o «excluyente», en cuyo caso la relación es efectivamente contingente, pero esto me parece que

¹³ La expresión positivismo ético usada en el contexto en que la utiliza Vilajosana me parece algo equívoca. Generalmente, y siguiendo por ejemplo a Bobbio, por positivismo ético, al menos en su versión más severa, se entiende aquella posición que sostiene que el Derecho, cualquier Derecho, es justo por definición y se hace acreedor a la obediencia. *Vid. Il positivismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 1961, pp. 151 ss. En cambio, me parece que el positivismo normativo afirma más bien que es bueno o que hay razones a favor justamente de la óptica positivista; esto es, no tanto que es bueno el Derecho, sino que lo es el positivismo o cierta interpretación del mismo...

¹⁴ *IJD*, p. 80.

nunca se ha negado por ese mismo positivismo tradicional: siempre se ha considerado verosímil que el Derecho positivo coincida con las pautas de moralidad que consideramos justas. Esto tampoco significa que el positivismo inclusivo no sea una aportación interesante que responde a un cambio real e incluso trascendente en el funcionamiento de los sistemas jurídicos: la incorporación de la moral al Derecho y en concreto a las Constituciones en forma de principios y derechos fundamentales exige un nuevo planteamiento de los juicios de validez normativa, que ya no pueden ser meramente formales, sino sustantivos o materiales; algo que comporta el desarrollo de una argumentación muy semejante a la argumentación moral y que aproxima el modo de ser «dinámico» del Derecho al modo de ser «estático» propio de la moral¹⁵. Naturalmente, cuestión distinta es que, una vez aceptado esto, confiemos más o menos en la argumentación racional a la hora de interpretar o de dar significado a esas pautas morales –tanto si pertenecen a la moral social como si se adscriben a la moral crítica– y, con ello, a las normas jurídicas que a ellas se remiten.

Y aquí aparece el segundo problema. Vilajosana asume una implicación entre dos tesis positivistas que, aun siendo muy corriente, nunca me ha parecido del todo convincente. La implicación aparece formulada más bien de modo implícito en el capítulo II, pero expresamente en el capítulo III¹⁶, y puede resumirse así: quienes defienden que lo que dice el Derecho no depende de lo que dice la moral, sostienen al mismo tiempo la tesis de la discrecionalidad; o, dicho más directamente, el positivista que asume la separación entre Derecho y moral ha de ser un escéptico en materia de interpretación de las normas (morales o jurídicas). Que efectivamente conspicuos positivistas, como Kelsen o Ross, sostuvieran ambas tesis no significa en mi opinión que estén implicadas. No encuentro dificultad en sostener los mayores excesos cognoscitivistas en materia moral –un tomista, por ejemplo– y mantener simultáneamente la tesis de la separación y por tanto la posibilidad de que un Derecho sea injusto sin dejar de ser Derecho. Como tampoco encuentro dificultad en compartir esta última tesis y pensar, sin embargo, en términos más o menos cognoscitivistas a propósito de la interpretación de las normas jurídicas: así, alguien podría pensar que el principio de supremacía de la raza X incorporado al Derecho positivo de una nación es un principio jurídico efectivo, aunque absolutamente injusto (y entonces sería un positivista) y confiar en cambio en su posible aplicación no discrecional o

¹⁵ Este es el esquema básico que comporta el constitucionalismo y que supone un auténtico cambio de paradigma en la perspectiva de L. FERRAJOLI. *Vid.*, por ejemplo, *Principia Iuris. Teoria del diritto e de la democrazia*, Laterza, Bari, 2007, vol. I, p. 567.

¹⁶ «Para un defensor del positivismo exclusivo, no queda más remedio que reconocer que en estos casos (la aplicación de conceptos morales controvertidos) existe discrecionalidad judicial», *IJD*, p. 109. El paréntesis es mío.

«mecánica», por ejemplo si fuese un seguidor de la idea del Derecho como integridad (y entonces sería un cognoscitivista).

Como he dicho, Vilajosana presenta tres modelos o formas de defender la conexión necesaria entre el Derecho y la moral. Me parece que la tercera de ellas, dedicada a Dworkin, debería haberse ampliado un poco, o crear una cuarta categoría, para dar cuenta de la tesis que he llamado del Derecho como argumentación, cuyo principal representante es seguramente Alexy, aunque tampoco faltan cultivadores entre nosotros. Muy sintéticamente, se trata de la combinación de una ética constructivista y de una concepción argumentativa del Derecho que pone el acento en los procedimientos de producción de las normas y en la aplicación racional de las mismas: determinar qué dice el Derecho, sobre todo un Derecho principialista como el avalado por el constitucionalismo, exige emprender abiertamente un razonamiento moral, el mismo razonamiento implícito en el constructivismo moral. Por razones conceptuales el Derecho incorpora una pretensión de corrección que, en la medida en que tiene implicaciones morales, «pone de manifiesto una conexión conceptualmente necesaria entre derecho y moral»¹⁷; es más, dado que esa pretensión se extiende al proceso de interpretación del Derecho, la moral se incorpora también por la vía procedimental de la ponderación de principios y derechos¹⁸. Si no me equivoco, a la misma idea responde la tesis de Habermas según la cual es posible la legitimidad por vía de legalidad: esta moralidad que «queda atada al derecho se ha desembarazado de todo contenido normativo determinado y ha quedado sublimada y convertida en un procedimiento de fundamentación de contenidos normativos posibles»¹⁹. La democracia política y el razonamiento jurídico son tales procedimientos. Si se me permite un poco de exageración, el Derecho y la moral se hallan necesariamente unidos porque el Derecho como argumentación y la ética constructivista parecen ser la misma cosa²⁰.

Justamente en oposición a esta nueva forma de entender la relación necesaria entre Derecho y moral (que es, en realidad, una nueva forma de positivismo ético) creo que es posible sostener una versión diferente del positivismo normativo, tan diferente que resulta opuesta a la de Campbell y compañía, que nos expone Vilajosana. El positivismo normativo, en efecto, viene a sostener que la tesis de la separación es «buena» para el Derecho, para la identificación y aplicación de un orden jurídico que debe verse libre de las disputas y controversias acerca de cuáles son los comportamientos moralmente más correctos

¹⁷ R. ALEXY, *El concepto y la validez del Derecho*, cit., p. 45.

¹⁸ *Ibidem*, p. 77.

¹⁹ J. HABERMAS, «Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad», en *Escritos sobre moralidad y eticidad*, trad. e introducción de M. Jiménez Redondo, Paidós, Barcelona, 1991, p. 168.

²⁰ Entre nosotros una magnífica exposición y defensa de estas tesis, a mi juicio equivocadas, es la ensayada por A. GARCÍA FIGUEROA en *La teoría del Derecho del neoconstitucionalismo*, de próxima publicación.

o virtuosos. Pero la separación puede postularse también desde una perspectiva o preocupación moral: quienes pensamos que el Derecho se halla intrínsecamente unido a la fuerza, que representa ante todo y en primer lugar un instrumento de dominación y, por tanto, un *mal* (tan necesario como se quiera, pero un *mal*), que, por consiguiente, es un *artificio* y tiene sólo un valor *instrumental* (que debe acreditar y que no se da por supuesto), no sólo no podemos concebir que esté necesariamente unido a la moralidad, sino que, partiendo incluso de sistemas relativamente justos como son los constitucionales basados en derechos, rehusamos ver en ellos ninguna fábrica de moralidad capaz de garantizar de modo necesario que las mejores respuestas jurídicas sean también las mejores respuestas morales; ni en el plano de la legislación, ni en el de la interpretación o aplicación.

Esta última es la tentación del constitucionalismo ético a la que tantos parecen ceder: dado que las Constituciones contemporáneas recogen un amplio catálogo de derechos fundamentales, dicen basarse en la separación de poderes y arbitran una democracia representativa como procedimiento para adoptar las decisiones más importantes, resulta que también proporcionan el más acabado método del discurso moral, hasta el punto de que la propia moral parece agotarse en el Derecho, paralizando así toda instancia crítica. Como si existiera una suerte de «transmisión de legitimidad» de los derechos constitucionales a las leyes, de éstas a las resoluciones judiciales y administrativas, y así hasta comprender bajo su manto de justicia cualquier medida del gobierno o de sus agentes. Así que, además de por claridad conceptual (y este sigue siendo un motivo fundamental), existe una razón suplementaria a favor del positivismo, en este caso una razón normativa: sólo cuando la moral se concibe separada del Derecho puede representar una atalaya imparcial para emitir juicios sobre el propio sistema jurídico. Me parece que esta forma de positivismo normativo podría resultar cercana a la tesis de la primacía del punto de vista externo o moral sobre el interno o jurídico que postula Ferrajoli²¹ y que en pocas palabras significa que, aunque el jurista trabaje con los conceptos morales incorporados a la Constitución que luego son recreados en el procedimiento democrático y en la argumentación, no por ello ha de abdicar de ese punto de vista externo o crítico que reclama la idea de la separación conceptual, ni menos aún dar por realizada la moralidad en el entramado del Derecho positivo.

III. El tercer capítulo, que cierra la primera parte del libro dedicada a la identificación del Derecho, constituye una solvente y ortodoxa exposición de un tema clásico de la teoría o de la filosofía del Derecho, que lleva por título «La indeterminación del Derecho», pero que tradicionalmente solía aparecer bajo la rúbrica de «Interpreta-

²¹ Así, en «Iuspositivismo crítico y democracia constitucional», trad. de L. CORDOVA y P. SALAZAR, *Isonomía*, núm. 16, 2002, p. 19.

ción» o de «Teoría de la interpretación». Tampoco aquí puedo expresar discrepancias importantes: tal vez me hubiera gustado alguna precisión mayor sobre las concepciones escépticas; por ejemplo, me parece discutible que el llamado realismo jurídico norteamericano tratase de formular *una teoría* de la interpretación, echo en falta alguna referencia al Derecho libre (aunque más que una *teoría* fuera una *ideología* de la interpretación) y, en fin, creo que habría que distinguir entre un escepticismo radical, fruto más bien de la reconstrucción académica, y un escepticismo moderado como el que por ejemplo representa Guastini²², compatible por lo demás con la concepción intermedia que parecen compartir Moreso y Vilajosana²³. Y también pudiera haberse prestado más atención a la cuestión de los principios y a su peculiar forma de colisión. Pero, insisto, el capítulo me parece bastante logrado y da cabal cuenta de los principales problemas y de las diferentes respuestas. No obstante, me permito una matización a propósito del formalismo y lo que me parece la simple de corrección de un pequeño lapsus y que permitirá una explicación complementaria.

Dice Vilajosana que «el formalismo jurídico [...] nace de forma paralela al movimiento de la Ilustración»²⁴, y tiene sin duda razón. El matiz es que quizás fuera interesante distinguir entre dos formalismos interpretativos: el primero, que es el ilustrado, y que se acompaña de una muy seria reflexión sobre la racionalidad de la ley y las virtudes del buen legislador; un formalismo que desde luego propugnó una interpretación mecanicista pero siempre sobre la base insoslayable de la racionalidad de la ley. Montesquieu puede representar un buen ejemplo: los jueces deben ser la famosa «boca muda», sin duda, pero sin olvidar que el capítulo 16 del libro XXIX del *Espíritu de la Leyes* representa todo un tratado de cómo deberían de ser las leyes susceptibles de esa aplicación mecánica²⁵; un tratado que, por cierto, luego se olvidó y todavía hoy está lejos de realizarse. Es más, los Ilustrados pensaban que interpretar la ley era corromperla y que las buenas leyes no requieren interpretación. En todo caso, la primera condición de la racionalidad interpretativa había de ser la efectiva racionalidad legislativa: leyes simples, claras, perdurables, taxativas, únicas, abstractas y generales. El segundo formalismo, en cambio, es más bien un fruto del llamado positivismo legalista del siglo XIX, que sencillamente transformó la *preocupación* por la racionalidad en el *dogma* de la racionalidad; a la postre, se venía a suponer que la interpretación era mecánica suponiendo que la legislación era siempre racional por defi-

²² De R. GUASTINI puede verse en este sentido *L'Interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 49 ss.

²³ Vid. J. J. MORESO y J. VILAJOSANA, *Introducción a la teoría del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 161 ss.

²⁴ *IJD*, p. 100.

²⁵ Traducción de M. BLÁZQUEZ y P. DE VEGA, Prólogo de E. TIerno GALVÁN, Tecnos, Madrid, 1972, pp. 443 ss.

nición o, al menos, que así había de ser asumida en todo caso por el intérprete²⁶. Pero ambas suposiciones resultaban equivocadas, de manera que la dogmática pasó a jugar el papel ideológico y encubridor que luego tanto se criticó.

La corrección es la siguiente: dice Vilajosana a propósito de las antinomias que, «una vez establecido *por el criterio que sea* que la regla R1 es la que debe ser aplicada, entonces R2 se considera total o parcialmente inválida, es decir, no perteneciente al sistema jurídico de que se trate. Por ello R2 no será aplicable ni en el caso presente ni en casos futuros»²⁷. Sin duda, esto vale para el criterio jerárquico y, con algunas reservas que ahora no procede desarrollar, tal vez también para el cronológico; pero manifiestamente no vale para el denominado criterio de especialidad, que supone que ambas normas siguen siendo válidas, aunque precisamente en los casos cubiertos por la norma especial ésta desplace de modo circunstancial a la general. Esto es, el criterio de especialidad no implica en modo alguno la invalidez de la norma general.

En este sentido, el *resultado* de aplicar el criterio de especialidad parece ser el mismo que se obtiene de la ponderación: ambos principios siguen siendo válidos, aunque en el caso se dé preferencia a uno de ellos, y tal vez por esta razón algunos han sugerido que en el fondo la ponderación se parece mucho al criterio de especialidad²⁸. No creo que sea exactamente así y, aunque no procede detenerse en la cuestión, aduciré dos razones: la regla especial prevalece *siempre* sobre la general y un principio no prevalece *siempre* sobre otro; y si los principios carecen de verdad de supuesto de hecho o condición de aplicación y son categóricos (lo que no siempre me parece del todo cierto), entonces el criterio de especialidad, que opera justamente sobre la descripción del supuesto de hecho, parece inaplicable a los principios. Bien es verdad que el propio criterio de especialidad tampoco es aplicable cuando las reglas son especiales pero en distinto sentido²⁹.

IV. El cuarto capítulo, primero de los dedicados a la justificación del Derecho, aborda el tema también clásico de la obediencia, exponiendo con orden y claridad un buen puñado de doctrinas o teorías orientadas todas –salvo una– a mostrar las razones o las razones preponderantes que al parecer deben estimular la voluntaria sumisión.

²⁶ Sobre la idea del legislador racional y su diferente alcance en la Ilustración y en el positivismo legalista del siglo XIX *vid.* G. MARCILLA, *Racionalidad legislativa. Crisis de la ley y nueva ciencia de la legislación*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, capítulos II y III.

²⁷ *IJD*, pp. 118-119. La cursiva es mía. Que se trata de un lapsus lo prueba *IJD*, p. 114.

²⁸ Así R. GUASTINI, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, trad. de J. Ferrer, Gedisa, Barcelona, 1999, pp. 165 y s.

²⁹ Un ejemplo de esta posibilidad comento en mis *Apuntes de Teoría del Derecho*, *cit.*, p. 142.

Aquí la habitual cautela de Vilajosana se torna en sincretismo: aunque ninguno de los argumentos resulte del todo convincente, «cada uno de ellos tiene su porción de éxito en el intento». Así, los miembros del Parlamento, del gobierno o de la judicatura deben obedecer porque han prestado su consentimiento expreso; pero son muchas más las personas que deben hacerlo por un principio de juego limpio ya que «aceptan de buena gana los beneficios del Estado». También el argumento utilitarista o el de la autoridad como servicio aportan su granito de arena, al menos para aquellos casos en que se incrementa la utilidad general o se resuelven problemas de racionalidad colectiva. Y, en fin, si quedaba algún espacio por justificar, pueden venir en nuestro auxilio los argumentos del deber institucional o del deber natural³⁰.

No voy a objetar el tratamiento de las diferentes doctrinas sobre la legitimidad del poder y/o sobre la obediencia al Derecho, ni tampoco esa opción sincrética que parece asumir el autor. Hay, sin embargo, un asunto que no termina a mi juicio de quedar claro: cuando se habla de la obediencia al Derecho, ¿se piensa en todo orden jurídico, en cualquier orden jurídico, o precisamente en aquel que reúne ciertos rasgos o cualidades?, precisamente aquellas cualidades que desde las distintas ópticas se consideran necesarias para fundamentar la obediencia; pues, por ejemplo, no es lo mismo decir que todo Derecho debe ser obedecido en virtud de un principio de consentimiento, expreso, tácito o hipotético, o en virtud del criterio utilitario, que decir que *sólo* debe ser obedecido si en el mismo concurren las circunstancias exigidas por dicho consentimiento o por dicha utilidad. Planteo esto porque, un poco sorprendentemente, Vilajosana no parece reparar en que el positivismo y su tesis de la separación conceptual entre el Derecho y la moral incorpora también una tesis sobre la obediencia al Derecho, que impide postular esta última obediencia para los sistemas jurídicos en general; una tesis que por eso cabría incluir en el anarquismo filosófico y que entre nosotros expuso como nadie Felipe González Vicén³¹. Que ni siquiera aparezca citado me parece todo un síntoma.

Con toda modestia intentaré exponer mi visión del asunto que, si no es compartida, espero al menos que resulte clara: 1) la obligación de obediencia al Derecho sólo puede ser una obligación moral o, mejor dicho, aquí sólo tiene interés la obligación de base moral; 2) cómo se fundamente dicha obligación dependerá del sistema de moralidad que adoptemos, el principio de autonomía en su versión más solipsista, el principio de autoridad respecto de un texto sagrado, el utilitarismo, etc; pero 3), en todo caso, si el Derecho no está conceptualmente unido a la moral (a la moral de que se trate, bien es verdad), la obligación de obediencia no podrá postularse para el Derecho en general, para todo Derecho, sino sólo para aquel que contingentemente reúna las condi-

³⁰ *IJD*, pp. 173-174.

³¹ «La obediencia al Derecho», en *Estudios de filosofía del Derecho*, Universidad de La Laguna, 1979, pp. 365 ss.

ciones de moralidad requeridas; incluso más específicamente, no para el Derecho como conjunto de normas, sino para aquellas normas que respeten tales condiciones, pues es posible que dentro de un sistema jurídico no todas sus normas hayan de seguir en este punto la misma suerte.

Así pues, si pensamos que el de la obediencia es un problema que se responde desde la moral y si pensamos también que el positivismo tiene razón a la hora de separar el Derecho de la moral, entonces me parece que asimismo tiene razón el anarquismo³²: no cabe postular una obligación moral de obedecer una norma que juzgamos inmoral, simplemente porque venga respaldada por la autoridad; resulta contradictorio decir que alguien tiene la obligación moral de realizar una conducta prescrita en una norma jurídica si al propio tiempo considera que dicha conducta es inmoral. Dicho de otro modo, la obligación de obediencia, la fundamentemos como la fundamentemos, tiene carácter contingente y no necesario. Salvo que, claro está, la fundamentemos atribuyendo un intrínseco valor moral al Derecho en sí, cualquiera que sean sus contingentes contenidos, en cuyo caso efectivamente siempre existirá un motivo moral de obediencia, la mera existencia de un orden jurídico. Pero, si no me equivoco, eso recibe el nombre de positivismo ético o ideológico, que es por lo demás donde desembocan muchas de las novísimas revisiones del positivismo jurídico empeñadas en vincular el Derecho con la moral desde presuntas pretensiones de corrección: no en el claro y en ocasiones liberador iusnaturalismo, sino en el acomodaticio positivismo ético.

Quiero advertir que las consecuencias de esta posición no son tan explosivas o disolventes como pudieran parecer, y tampoco se trata de postular algo así como un derecho general a la desobediencia, mucho menos un deber universal. Para empezar, creo que la mayor parte de las normas no suscitan problema moral alguno, en parte porque muchas de ellas no parecen relevantes desde el punto de vista moral y en parte porque las demás parecen responder a un cierto consenso universal; el hecho de que grupos tan rigoristas como los Testigos de Jehová objeten un pequeño número de normas (y tampoco fundamentales) me parece una muestra de ese escaso dramatismo. Pero, sobre todo, creo que se pueden aducir muchas razones para prestar obediencia a las normas, e incluso podría compartir el sincretismo de Vilajosana en el sentido de que varias de las que él cita pueden hablar a favor de dicha obediencia. En algún caso, me parece un poco exagerado calificar esas razones como «morales», aunque no discutiré por cues-

³² No el anarquismo que VILAJOSANA califica como radical, que «defendería que todo tipo de desobediencia y de cualquier norma está justificada», *IJD*, p. 166, tesis ésta que me parece más académica que descriptiva de una efectiva posición anarquista. Aquí lo único que se afirma es que las razones para la obediencia son morales y que la mera incorporación de una norma al orden jurídico, a cualquier orden jurídico, no es por sí misma una razón moral.

tión de etiquetas, pero lo decisivo es que tales razones operan, y en mi opinión sólo pueden operar, con *independencia* de que estén respaldadas por la autoridad, o sea por la fuerza. En suma, entiendo que numerosas razones pueden fundar la plausibilidad de una regla de conducta; lo que sigo sin entender es que una de esas razones sea el venir respaldadas por la fuerza o la coacción.

Entre otras cosas, no me parece especialmente esclarecedora la clasificación de las infracciones formulada al hilo de la exposición de la desobediencia civil. Para empezar, decir que «la desobediencia criminal es la que lleva a cabo el delincuente común»³³ resulta perfectamente circular y tautológico, pues equivale a decir que «delincuente común es el que practica la desobediencia criminal». En segundo lugar, caracterizar la desobediencia civil como aquella que se dirige contra normas o políticas singulares, pero partiendo de la aceptación de la justicia general del sistema, así como de la imposición del castigo, creo que es innecesariamente estipulativo³⁴. Tercero, sostener que la desobediencia revolucionaria, a diferencia de la civil, no consiste en «actos voluntarios de incumplimiento de una norma, cuya intención es conseguir algún tipo de mejora moral o política»³⁵, me lleva simplemente a preguntar en qué consiste entonces dicha desobediencia; no se conoce ningún revolucionario que no persiga (diga perseguir) esa mejora social o política.

No es momento de ensayar una clasificación alternativa³⁶ que, por supuesto, tendría también ese carácter estipulativo del que acabo de hablar. No obstante, aunque sólo sea por debatir, me parece que el criterio fundamental se halla en el papel de las convicciones, entendido ese papel en un doble sentido o dimensión: algunas infracciones están moral o políticamente *motivadas*, es decir, obedecen a la consideración por parte del agente de que la norma o el sistema son injustos, siendo ése el impulso de la acción; y este criterio sirve para distinguir la delincuencia común (que puede estar moralmente justificada, pero no motivada) de la amplia fenomenología que se engloba bajo los nombres de desobediencia civil, delito político, desobediencia revolucionaria, objeción de conciencia, etc.³⁷. Pero ese elemento político o moral puede operar, no como motivación, sino como *finalidad*:

³³ *IJD*, p. 169.

³⁴ Un estudio pormenorizado en M. GASCÓN, *Obediencia al Derecho y objeción de conciencia*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pp. 60 ss.

³⁵ *IJD*, pp. 166 y 170.

³⁶ Últimamente algo de esto he intentado en «Desobediencia civil y objeción de conciencia», *Objeción de conciencia y función pública*, Estudios de Derecho Judicial, 89, 2006, pp. 11 ss.

³⁷ El criterio puede verse en J. RAZ cuando distingue entre acciones moralmente justificadas, «sobre las cuales el agente piensa, dado el carácter del derecho implicado y de las circunstancias particulares por las que actúa, que eran moralmente permitidas», y acciones «emprendidas por razones morales o políticas», *La autoridad del Derecho. Ensayos sobre Derecho y moral*, trad. de R. TAMAYO y SALMORÁN, Universidad Nacional Autónoma de México, 1982, p. 324.

es común que los actos de desobediencia persigan como objetivo lograr un cambio de política o de legislación, pero puede ocurrir también que ello no sea así, al menos de modo primario; cabe que el objetivo consista simplemente en preservar la propia conciencia, en no implicarse personalmente mediante una conducta que es tenida por injusta; y este criterio sirve para distinguir la desobediencia civil y revolucionaria de la objeción de conciencia³⁸. Esta última se produce *porque* la ley es injusta o se considera injusta, la desobediencia civil *para que* deje de serlo; de ahí que la objeción sea siempre directa (se desobedece precisamente la ley injusta), mientras que la desobediencia puede y con frecuencia es indirecta (se desobedece cualquier norma en principio irreprochable como forma de presión o de protesta). Finalmente, la línea divisoria entre la desobediencia civil y la revolucionaria pasa, a mi juicio, por el uso de la violencia como alternativa a las formas democráticas de adopción de las decisiones o como instrumento para torcer esas mismas decisiones.

V. En la actual filosofía del Derecho seguramente se aprecia una cierta desatención hacia los problemas penales: por qué castigar, cuándo y cómo hacerlo. Por eso, hay que saludar este capítulo quinto dedicado a la justificación de las penas, sin duda una de las cuestiones centrales de la filosofía del Derecho penal y con ello también de la filosofía política y jurídica en general, pues el *ius puniendi* parece haber sido el primer atributo del Estado e incluso, como hemos visto, el fundamental elemento definidor del mismo. Y hay que saludarlo también porque representa una apertura a las preocupaciones de la dogmática, que obviamente no sólo hace exégesis de textos, sino que también reflexiona sobre el sentido y justificación de las instituciones que constituyen su objeto de conocimiento.

Tras analizar las principales perspectivas ensayadas como justificación del castigo (el retribucionismo, el utilitarismo preventivo, la finalidad de incapacitación y la de rehabilitación), así como varios de sus problemas, Vilajosana aborda con seriedad el desafío que supone el determinismo y finaliza aquí también con una postura ecléctica³⁹, cercana a la ponderada opinión de Hart, si bien justamente sustituyendo el utilitarismo del autor británico por una apelación al velo de ignorancia y al autointerés. No formularé ninguna objeción de orden general ni por lo que se refiere a la presentación y análisis de los problemas, ni tampoco en lo relativo a la posición final del autor a propósito de la

³⁸ Vid., por ejemplo, P. SINGER, *Democracia y desobediencia*, trad. de M. GUASTAVINO, Ariel, Barcelona, 1985, p. 108; también A. RUIZ MIGUEL, «Sobre la fundamentación de la objeción de conciencia», en *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 4, 1986-87, p. 404.

³⁹ Cada una de las posiciones examinadas «aporta alguna razón atendible y que está acorde con nuestras intuiciones, pero ninguna de ellas por separado es capaz de conseguir su finalidad completamente», *IJD*, p. 214.

justificación de las penas. Hay, sin embargo, un aspecto que no quiero ocultar porque resulta muy común entre los filósofos del Derecho y que se hace particularmente llamativo en este capítulo: me refiero a lo que pudiéramos llamar la «endogamia bibliográfica». Más allá de algunas citas pertinentes a los autores clásicos, como Kant o Beccaria, la literatura usada es casi exclusivamente anglosajona y la ausencia de penalistas resulta clamorosa. Ni siquiera un filósofo del Derecho como Ferrajoli, que tal vez de nuestros contemporáneos es el que más páginas –y en mi opinión muy estimables– ha dedicado a estas cuestiones aparece comentado o citado ni una sola vez. De este modo, por ejemplo, la viva polémica entre abolicionismo, Derecho penal mínimo, Derecho penal del enemigo o Derecho penal de varias velocidades que actualmente ocupa a aquellos de nuestros colegas que hacen algo más que dogmática, carece de cualquier reflejo en la obra, y ello aunque es evidente que en esa polémica aparecen involucrados algunos de los problemas que aquí se tratan. En el fondo, posiblemente se esté hablando de lo mismo, pero es una lástima la dificultad de comunicación que se aprecia entre los distintos círculos académicos. Aunque sin duda la responsabilidad es mutua y compartida.

Con todo, hay dos aspectos de fondo que quiero comentar. Puedo equivocarme porque Vilajosana no es en este punto muy concluyente, pero parece que él vincula el principio de proporcionalidad de las penas al retribucionismo, es decir, lo presenta como una de sus implicaciones. Y esto creo que requiere ser matizado porque, si bien la pena merecida que postula el retribucionismo ha de ser siempre una pena proporcional a la gravedad del delito⁴⁰, creo que el principio de proporcionalidad aparece también como una exigencia de los planteamientos utilitarios, y no es casualidad que en ello insistiera la filosofía ilustrada de matriz utilitarista: «es fundamental que las leyes guarden cierta relación interna para que se pueda evitar antes un gran crimen que uno pequeño»⁴¹; es más, la *Declaración de derechos* de 1793 vincula expresamente utilidad y proporcionalidad: «las penas deben ser proporcionadas al delito y útiles a la sociedad» (art.15). La razón es clara: si, como sucedía en el Antiguo Régimen, pequeños delitos se castigan con penas atroces, entonces el delincuente tendrá más interés en cometer infracciones graves, castigadas también con las mismas penas, ya sea por obtener un mayor beneficio, por facilitarse la huida, etc⁴².

⁴⁰ En realidad, cabe considerar que el retribucionismo, más que exigir una pena proporcional, reclama una pena «análoga» al delito, es decir, naturalísticamente semejante al hecho cometido; al menos el retribucionismo menos sofisticado: «ojo por ojo, diente por diente». Sobre la diferencia entre proporcionalidad y analogía de las penas me permito remitir a mi *La filosofía penal de la Ilustración*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2003, pp. 32 ss.

⁴¹ D. DIDEROT y J. D'ALEMBERT, *Artículos políticos de la Enciclopedia*, voz «penas», ed. De R. Soriano y A. Porras, 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 1992, p. 143.

⁴² Esta es la explicación que ofrece MONTESQUIEU, *Del Espíritu de las Leyes*, cit., Libro VI, cap. XVI, p. 110.

La segunda observación viene conectada a la anterior: para Vilajosana la cárcel parece ser un instrumento de la incapacitación⁴³. Sin duda, tiene razón: un sujeto entre barrotes parece hallarse incapacitado (salvo excepciones) para dañar a sus semejantes. Sin embargo, conviene advertir que la prisión y las penas pecuniarias, o su generalización, representaron un magnífico hallazgo al servicio precisamente del principio de proporcionalidad de las penas, pues para que este último pueda prosperar resulta indispensable que las penas sean commensurables, es decir, de la misma clase y susceptibles de graduación. En otras palabras, el presupuesto técnico del principio de proporcionalidad son las penas abstractas y convencionales privativas de libertad o pecuniarias. De modo que proporcionalidad e institución carcelaria son también inseparables del utilitarismo penal.

VI. El sexto y último capítulo tiene por objeto el problema de la excesiva moralización del Derecho o, como tal vez pudiera hoy denominarse, el problema del fundamentalismo jurídico, es decir, de la posible justificación y de los eventuales límites a la imposición jurídica de una moral. Como no podía ser de otra forma, comienza dando cuenta de la conocidísima polémica Devlin-Hart, aunque tal vez también pudiera haber tomado como referencia alguno de los actuales debates sobre la laicidad o el laicismo; esto es, sobre la actitud que cabe esperar del Estado liberal ante las diferentes cosmovisiones, ideologías, confesiones religiosas, etc. La exposición me parece también clara y bien desarrollada, y en líneas generales resulta fácil coincidir con unas conclusiones bastante ponderadas. En particular, comparto esa idea de que, en lugar de hablar de *sistemas* perfeccionistas y liberales, es mejor hacerlo de *prácticas* perfeccionistas y liberales, presentes en distintas dosis en todos los sistemas; y comparto también que la diferenciación entre paternalismo y perfeccionismo puede resultar muy tenue, tanto que para mí sigue estando poco precisa tras la lectura del libro. Se me ocurren tan sólo dos comentarios u observaciones, uno sobre la esclavitud y otro sobre la educación en valores.

Resulta ingenioso el enfoque que se da al clásico ejemplo de los esclavos felices o de la servidumbre voluntaria, que tradicionalmente ha constituido un desafío para la concepción liberal: si el principio fundamental del intervencionismo estatal es el respeto a la autonomía de las personas, siempre naturalmente que su ejercicio no produzca daño a terceros, ¿por qué no considerar lícito una suerte de contrato de esclavitud mediante el que una persona se cede voluntariamente como cosa para servir como esclavo? Si he entendido bien, para Vilajosana la razón última para prohibir semejante contrato no estaría tanto en la pérdida de autonomía y de bienestar porque, aunque sólo sea a efectos argumentativos, cabría pensar en la hipótesis de esclavos efectivamen-

⁴³ Dice concretamente que «el método más utilizado de incapacitación es la encarcelación», *IJD*, p. 190.

te felices que no se vieran privados ni de la primera (porque pudieran abandonar esa condición) ni de la segunda (por ser objeto de un magnífico trato por parte del dueño). La razón fundamental parece hallarse en una cuestión simbólica, y es que todos nosotros asociamos la institución de la esclavitud con un caso claro de iniquidad, imagen que obedece o que tiene su origen en la histórica pérdida de autonomía y bienestar por parte de los esclavos⁴⁴. Ahora bien, al margen de que el supuesto comentado por razones conceptuales tal vez no merezca el nombre de esclavitud (sino acaso el de contrato de trabajo), fundar el reproche en un aspecto simbólico o de opinión pública no sé hasta qué punto no equivale a un abandono de la moral crítica en aras de la moral social, algo que se ha querido distinguir desde las primeras páginas del capítulo. Trataré de explicarme: supongamos que se establece una institución consistente en una forma de servidumbre voluntaria como la sugerida, con cláusula de revocación unilateral y la garantía de un trato exquisito por el propietario; y que esta institución recibe el nombre de esclavitud. Hay que suponer que, pasado algún tiempo, ha de cambiar el significado social que tradicionalmente se atribuía a la esclavitud y que, en cualquier caso, ya no podrá quedar asociado a una lesión de la autonomía o del bienestar; y, sin embargo, incluso superada la «mala imagen», creo que sigue habiendo razones para su rechazo. En suma, quiero decir que deben existir algunas razones sustantivas para prohibir o considerar no justificado el mero hecho de que una persona pase a ser propiedad de otra (y este creo que es el contenido mínimo del concepto de esclavitud), razones distintas a la simple creencia basada en la asociación de tal situación con el maltrato inmerecido o la absoluta pérdida de la autonomía.

Por lo que se refiere a la educación en valores, por supuesto no es propósito del libro terciar en la polémica sobre la asignatura de educación para la ciudadanía, sobre cómo está diseñada y cómo previsiblemente habrá de desarrollarse. Simplemente defiende que «la educación en ciertos valores democráticos podría considerarse compatible con la concepción liberal» y, en particular, cita uno de esos valores, la «disposición para comprometerse en el discurso público»⁴⁵, que me plantea alguna duda acerca de si no lesiona la neutralidad estatal característica del liberalismo. Porque, ciertamente, me parece que una opción de vida muy legítima consiste en renunciar a la posición de ciudadano activo, a esa pequeña porción de soberanía que nos dejan los modelos de democracia representativa realmente existente; en recluirse en el cenobio, real o espiritual. Y si se trata de una opción legítima, ¿no parece poco liberal el adoctrinamiento en la opción contraria, por supuesto también legítima? Como dice un autor bien conocido por Vilajosana y creo que con razón: el Estado «debe abstenerse de cualquier actividad que favorezca o promueva cualquier doctrina

⁴⁴ *IJD*, pp. 232 ss.

⁴⁵ *IJD*, p. 237.

particular en detrimento de otra». La moral constitutiva del liberalismo «es una teoría de la igualdad que exige una neutralidad oficial respecto a las teorías sobre lo que hay de valioso en la vida»⁴⁶. Desde esta perspectiva, la educación pública obligatoria dudosamente puede asumir una tarea adoctrinadora en valores o formas de vida que constituyen simples opciones legítimas, en detrimento de las opciones contrarias pero también legítimas.

El cumplimiento del papel censor que institucionalmente me ha correspondido gracias a la gentil invitación del *Anuario* temo que pueda distorsionar mi opinión sobre el libro comentado o, mejor dicho, que pueda distorsionar la apariencia o imagen externa de esa opinión. Por eso, a cuanto ya dije al principio sobre la calidad y el rigor de esta obra, es de justicia añadir ahora que son mayores y más importantes los acuerdos que las discrepancias y, sobre todo, que es mucho lo que puede aprenderse con su meditada lectura. A mí me ha servido además para repensar y enfocar con nueva luz algunos problemas centrales de la filosofía del Derecho. Estoy seguro de que los estudiantes y los estudiosos que emprendan el camino que yo ahora termino obtendrán asimismo los mejores frutos.

⁴⁶ R. DWORKIN, «El liberalismo» (1978), en *Moral pública y privada* (S. Hampshire, trad. de M. Córdoba, Fondo de Cultura Económica, México, 1983, p. 165.

