

## A las puertas del Paraíso. Respuesta a Luis Prieto Sanchís

Por JOSEP MARÍA VILAJOSANA  
Universidad Pompeu Fabra

Pocas suelen ser las satisfacciones que a uno le da la vida académica. Por eso, la propuesta de la profesora María José Añón de tomar mi libro *Identificación y Justificación del derecho* (en adelante, *IJD*<sup>1</sup>) como objeto de discusión sólo puede generar una inmensa gratitud por mi parte. Si a esta circunstancia se añade el hecho de que alguien de la valía humana e intelectual del profesor Luis Prieto Sanchís haya aceptado encargarse de la crítica, la sensación que uno tiene es la de haberse convertido por un momento en un privilegiado. Sus consideraciones, siempre ponderadas, muestran una lectura atenta del texto y ponen de relieve, como él mismo reconoce, que nuestras discrepancias son de menor calado que nuestros acuerdos. De todos modos, intentaré responder a sus críticas, manteniendo en lo posible el orden seguido en su exposición. Aprovecharé también esta oportunidad que me brinda el *Anuario* para procurar explicar mejor algunas de las cuestiones que aparecen en *IJD*.

No obstante, antes de responder a las objeciones planteadas, tal vez sea pertinente decir algo acerca de cuál ha sido la finalidad perseguida a la hora de escribir este libro. Mi pretensión fue la de elaborar una continuación del texto que publicamos con el profesor Moreso (al que me referiré a partir de ahora como *MV*<sup>2</sup>), si bien hay que tener en cuenta al respecto dos matices. En primer lugar, deseaba que fuera en algún sen-

---

<sup>1</sup> J. M. VILAJOSANA: *Identificación y justificación del derecho*, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, Marcial Pons, 2007.

<sup>2</sup> J. J. MORESO y J. M. VILAJOSANA: *Introducción a la teoría del derecho*, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 2004.

tido complementario al anterior. Esto quiere decir que se deberían tratar en él cuestiones que no habían sido desarrolladas en *MV*. Ello no se cumple totalmente, puesto que dos de los capítulos de *IJD* (el segundo y el tercero) se corresponden a grandes rasgos con cuestiones tratadas en *MV* (en los capítulos VI y VIII, respectivamente). Ahora bien, tanto por lo que hace a estas coincidencias como al resto del contenido de *IJD* lo que estaba claro por mi parte es que iba destinado a un lector diferente del destinatario de *MV*. De ahí que el nivel de exigencia y de presupuestos sea también distinto. *MV* es explícitamente una introducción a la Teoría del Derecho. Por tanto, debería ser comprensible para un estudiante de primero de Derecho. *IJD*, en cambio, está pensado para lectores con una cierta formación en el ámbito jurídico, o al menos con una mayor formación general de la que se supone a estudiantes recién incorporados a la Universidad. Así, una buena ubicación del texto, si se pretende usarlo con fines pedagógicos, sea el último curso de la licenciatura (o grado) en Derecho, justo en el que se ha emplazado tradicionalmente la asignatura de Filosofía del Derecho<sup>3</sup>.

Al margen de esa posible utilización como manual, soy consciente que *IJD* puede tener un problema que podríamos denominar de ubicación del receptor. El hecho de dirigirse a un público intermedio, entre el especialista y el profano, siempre genera dificultades. Como dice Montaigne de sus Ensayos, si éstos «fueran dignos de ser juzgados, podría suceder en mi opinión que no gustaran mucho ni a los espíritus comunes y vulgares, ni tampoco a los singulares y excelentes. Los unos no entenderían lo bastante, los otros entenderían demasiado. Podrían ir tirando en la región media»<sup>4</sup>. Pues esa región media es la que pretende cubrir *IJD* y uno está dispuesto a arrostrar con las consecuencias de esta meditada decisión.

Otra observación previa, que espero ayude al menos a atenuar algunas de las reflexiones críticas de Prieto, es que *IJD* fue pensado para abordar no todos sino sólo seis problemas relevantes de la Filosofía del Derecho, y además ajustándose a un espacio determinado. En este sentido, se pensó que no podía ir más allá de las 250 páginas<sup>5</sup>,

---

<sup>3</sup> Ni en *IJD*, ni en *MV*, se aborda la discusión acerca de la delimitación entre Teoría y Filosofía del derecho. Tampoco lo voy a hacer aquí, puesto que me parece que caben distintas maneras de deslindar ambas asignaturas, pero todas ellas impugnables, por lo que en definitiva acaba siendo una cuestión estipulativa el decidir qué materias deberían enseñarse bajo el rótulo de «teoría» y cuales bajo el de «filosofía». Ahora bien, si en los nuevos planes de estudio del Grado de Derecho que se deben adaptar al Espacio Europeo de Educación Superior, las distintas Facultades de Derecho siguen optando por mantener «Teoría del Derecho» en primer curso y «Filosofía del Derecho» en cuarto, entonces seguirá siendo cierto que, sea cual fuere la división que se establezca respecto a los contenidos, el *nivel* deberá ser distinto en cada una de ellas.

<sup>4</sup> Michel DE MONTAIGNE: *Los ensayos* (Según la edición de 1595 de Marie DE GOURNAY), edición castellana a cargo de Jordi BAYOD, Barcelona, Acantilado, 2007, p. 453.

<sup>5</sup> Criterio que se ha cumplido escrupulosamente, ya que, descontada la bibliografía, el libro contiene 249 páginas.

con lo cual era oportuno que cada capítulo rondara las 40 páginas de extensión. Alguien puede considerar que es una temeridad abordar problemas tan complejos como el de la obediencia al derecho en 40 páginas. Y tal vez tenga razón, pero este es el reto que me marqué.

De lo anterior se sigue que, tal como indico en la Introducción, no hay un tratamiento ni de *todos* los problemas, ni este tratamiento es *exhaustivo* en cada uno de ellos. La pretensión no fue la de hacer un tratado de Filosofía del Derecho (algo que, por lo demás, está fuera del alcance de mis modestas fuerzas), sino la de exponer lo más claramente posible en qué consisten los problemas abordados (no todos los de la filosofía del derecho) y *algunas* aproximaciones a los mismos, siempre teniendo en cuenta que el objetivo último del texto es dar los instrumentos necesarios al lector para que realice su propia reflexión y se forme su propia opinión. Así se dice literalmente en la Introducción: «Este libro no pretende recoger todas las tesis sostenidas por los autores respecto de cada problema. Más que una vocación exhaustiva, tiene una intención selectiva. Intentaré ofrecer los argumentos que considero relevantes para fundamentar las posiciones más significativas. El acento [...] se pondrá más en la exposición ordenada de los argumentos que en la reconstrucción de las doctrinas completas de los autores que los hayan sostenido» (p. 22). También en la Introducción puede leerse: «[...] conviene aclarar que en este texto no predominará la explicación de lo que han pensado sobre determinados problemas filosóficos los grandes pensadores, con ser inevitable que algo de esto aparezca. Por el contrario, el énfasis se pondrá en ofrecer al lector herramientas conceptuales y argumentativas para que sea él mismo quien se plantee diversos problemas filosóficos de la forma más clara y consciente posible» (p. 16).

Es por ello que necesariamente mi forma de abordar los problemas es selectiva. Ciertamente, esto no supone blindarme a las críticas, ya que se puede seguir objetando los criterios de selección empleados, pero por lo menos debería servir para relativizarlas. En definitiva, por lo que hace a temas y autores doy por descontado que en *IJD* no están todos lo que son, pero creo que es justo reconocer que sí que son todos los que están.

Hechas las anteriores advertencias, es hora de abordar las consideraciones específicas que Prieto hace respecto a cada uno de los capítulos de *IJD*.

## 1. SOBRE LA EXISTENCIA DEL DERECHO EN UNA DETERMINADA SOCIEDAD

Respecto al primer capítulo, las observaciones, muy enjundiosas, de Prieto las voy a resumir en cuatro puntos. En primer lugar, las que tienen que ver con el concepto de derecho y su papel en el entramado formado por las cuestiones acerca de la identificación y la existencia

del derecho. En segundo y en tercer lugar, las que están relacionadas con la regla de reconocimiento, tanto respecto a su circularidad como a su elemento normativo. Y, por último, aquellas que apuntan a la distinción entre la identidad y la unidad del derecho. Analicemos por partes cada una de estas observaciones.

### 1.1 El concepto de derecho

En este punto, Prieto pone de relieve que debe darse alguna relación entre el concepto de derecho, el problema de su identificación y los criterios que determinan su existencia. En concreto, la primera pregunta se referiría a cuáles son los rasgos definitorios del derecho y que permiten diferenciarlo de otros sistemas normativos. La segunda, que sólo cabría formular al parecer una vez resuelto el primer interrogante, se correspondería con el problema de la identificación (cuáles son los rasgos que permitirían distinguir, por ejemplo, el derecho español del derecho italiano, así como el derecho español actual del derecho visigodo). La tercera, por último, tendría que ver con las condiciones de existencia de un sistema jurídico.

No discutiré todos los pormenores relevantes de cada una de estas cuestiones, ya que hacerlo con un mínimo de rigor nos llevaría más lejos de lo que permiten estas páginas<sup>6</sup>. Me limitaré a exponer los rudimentos de lo que podría ser una posición razonable al respecto, que después de todo tal vez no esté tan alejada de la que defiende Prieto.

Coincido con este autor, como no podría ser de otro modo, en cuanto a que alguna idea acerca de lo que es el derecho habrá que tener al preguntarnos acerca de su existencia y para poder identificarlo como objeto de estudio. Y el concepto que tengo en mente no creo que sea muy distinto del que manejan los juristas en general. Me parece que hay un cierto consenso a la hora de considerar que el derecho tiene que ver (al menos) con instituciones que monopolizan la fuerza física en una determinada comunidad. Aunque es cierto que no he insistido en este punto en el primer capítulo, este es el concepto de entrada que lo preside. Digo que lo es «de entrada» por cuanto no quería dar con él por resuelto un problema que no se solventa simplemente apelando a una definición estipulativa. Una elucidación más completa del concepto de derecho requiere, a través de un proce-

---

<sup>6</sup> De todas maneras, hace tiempo que dediqué algunos esfuerzos a desentrañar la complejidad de este asunto. Cfr., por ejemplo, J. M. VILAJOSANA: «Towards a material criterion of identity of a legal order», *Rechtstheorie. Zeitschrift für Logik, Methodenlehre, Kybernetik und Soziologie des Rechts*, 27, 1996, pp. 45-64. También puede verse el artículo J. M. VILAJOSANA: «Problemas de identidad de los sistemas jurídicos», *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 17-18, 1995, pp. 331-342, así como el tratamiento más extenso que se recoge en el libro: J.M. Vilajosana: *El significado político del derecho*, México, Fontamara, 1997.

dimiento de equilibrio reflexivo con el ajuste mutuo entre intuiciones y teoría<sup>7</sup>, no sólo afrontar el problema de su existencia (examinado en el capítulo I de *IJD*), sino también, al menos, los problemas de la relación entre el derecho y la moral, así como el problema de determinación del derecho (que se analizan en los capítulos II y III de *IJD*, respectivamente).

No obstante, ya en el propio capítulo I hay alguna referencia explícita al concepto, por ejemplo, a la hora de analizar la necesidad de que las normas del sistema sean eficaces, sobre lo cual volveré más tarde<sup>8</sup>. Pero tal vez sea interesante preguntarse ahora si la cuestión acerca del concepto de derecho debe ser previa a las restantes. La respuesta sería que depende de lo que se quiera decir con ello. Si se trata de avanzar una noción muy intuitiva y preliminar, efectivamente es indispensable ofrecerla o bien darla por descontada al entender que es compartida mayoritariamente por los lectores. Ahora bien, si al ofrecer una serie de características definitorias se pretende cerrar la oportunidad de preguntarnos acerca de los distintos aspectos que en la primera parte de *IJD* son relevantes y que se pueden englobar bajo el rótulo común de problemas de identificación del derecho (existencia, relación con la moral y determinación), entonces diría que no es conveniente hacerlo.

Una vez dicho lo anterior, hay que reconocer que acierta Prieto al adjudicarme un concepto estrecho de derecho. Efectivamente, en el texto se da por descontado que con la palabra «derecho» me refiero a sistemas jurídicos que establecen sanciones institucionalizadas. La presencia de la sanción institucionalizada me parece que es el criterio estándar usado para distinguir al derecho de otros sistemas normativos<sup>9</sup>.

Ahora bien, si esto es así, entonces algún papel juega la regla de reconocimiento en esa distinción, por cuanto, al menos en la versión de Hart, la característica de la institucionalización de un sistema normativo se concreta en la presencia de reglas secundarias (entre las cuales ella se encuentra junto a las reglas de adjudicación y a las reglas de cambio). Y eso es lo que se dice en la cita que el propio Prieto transcribe: «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)». Evidentemente, este planteamiento deja fuera del ámbito del concepto de derecho los llamados algunas veces «derechos primitivos o simples», pero esta elec-

---

<sup>7</sup> Este es el proceder metodológico que se defiende explícitamente en la Introducción de *IJD*.

<sup>8</sup> Quizás tenga razón PRIETO al achacarme que no he dado suficiente relevancia en el texto a la presencia de la fuerza como inherente al concepto de derecho. Sin embargo, quisiera añadir que, visto el libro en su conjunto, el hecho de dedicar un capítulo entero a la justificación de la pena es indicativo al menos de que no me resulta desconocida esta perspectiva ni quiero hurtar ese elemento del análisis.

<sup>9</sup> Así se dice explícitamente en *MV*, capítulo I, cuyo apartado 1.1 se titula «El derecho como sistema normativo institucionalizado».

ción no se hace por razones esencialistas, como veremos en lo que sigue, sobre todo al hablar del problema de la unidad del derecho.

Puede afirmarse, pues, que en los sistemas jurídicos («desarrollados») hay reglas secundarias (y, por tanto, regla de reconocimiento) a diferencia de los sistemas normativos no jurídicos (y también de los sistemas jurídicos «simples», si se usa un concepto de derecho más amplio). Pero si se acepta este planteamiento ¿dónde se halla el elemento convencionalista que comparten?

Seguramente en *IJD* no he sido demasiado claro al responder a este interrogante, aunque no me parece que haya incurrido en ninguna contradicción. La moral social es convencional en el mismo sentido que lo es el derecho de una determinada comunidad: su existencia depende de creencias y actitudes recíprocas de los miembros de la misma. Pero en la moral social no hay una regla de reconocimiento, al menos tal como es definida por Hart, por la simple razón de que ésta se trata de una regla realmente practicada por quienes se dedican a *identificar el derecho* de una determinada sociedad. ¿Quiere esto decir que la existencia de la moral positiva en una sociedad no requiere de una práctica conjunta de identificación de sus reglas por parte de sus participantes? Seguramente esto sea así y la razón de ello haya que buscarla en la necesaria unidad característica del derecho («desarrollado», si se prefiere) y no en otros ámbitos normativos (incluyendo al derecho «simple»). En efecto, como recordaré al tratar el tema de la unidad e identidad del derecho, Hart considera que la presencia de una regla de reconocimiento es un *lujo* que se halla únicamente en los sistemas jurídicos «desarrollados».

## 1.2 Regla de reconocimiento y circularidad

Lo anterior nos lleva a un problema muy debatido, cual es el argumento circular que generaría el hecho de postular que todo sistema jurídico («desarrollado») tiene una regla de reconocimiento. Expresado brevemente: si para saber cuál es el derecho de una determinada sociedad se necesita una práctica de identificación concurrente de (al menos) los funcionarios de ese sistema y si para saber quién es funcionario de ese sistema se requiere haber identificado las reglas de cambio y de adjudicación a través de la regla de reconocimiento, entonces parece que se cae en un círculo vicioso. No podríamos saber quién es funcionario sin la presencia previa de una regla de reconocimiento, pero ésta no podría existir sin la conducta de los funcionarios.

Este problema hay que afrontarlo tarde o temprano porque de su elucidación depende buena parte de las respuestas a otras cuestiones. Una de estas cuestiones, que me ha parecido muy interesante, es la que plantea Prieto a raíz del uso analógico que respecto a la existencia continuada del derecho he hecho en *IJD* de la idea de Searle de la existencia continuada del dinero (en ambos casos se requeriría que la

gente crea que algo es dinero o algo es derecho y que actúe en consecuencia). Dice Prieto al respecto: «...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?».

Como digo, afrontar esta cuestión y otras, requiere abordar primero el problema de la circularidad. Lo haré a través de un ejemplo. Imaginemos que nos reunimos un grupo de filósofos del derecho y constitucionalistas y redactamos una Constitución, tomando como base la actualmente vigente en España. Introducimos en ella todos los «avances» que se nos puedan ocurrir dentro de nuestras respectivas materias: una lista muy completa de derechos humanos, una distribución modélica de competencias entre autonomías y gobierno central, la supresión de órganos difícilmente justificables, la eliminación de contradicciones, lagunas, etc. Es posible que el producto sea técnicamente muy superior a la Constitución de 1978. Ahora bien, resulta casi absurdo preguntarnos si esa Constitución modélica pasaría a ser la constitución española actualmente vigente, ni aunque tuviéramos la pretensión de que lo fuera. Imaginemos que todos los participantes utilizamos los mismos criterios para identificar esa constitución y pensamos que los demás utilizan estos y no otros, entre otras razones porque los demás los utilizan, etc. *En algún sentido*, en este diseño hipotético puede existir una regla de reconocimiento que pretendiera identificar las reglas de adjudicación a través de las cuales se designarían a los jueces<sup>10</sup>, pero lo que no existe con total seguridad es la segunda condición de existencia de los sistemas jurídicos, la *eficacia* general de las normas identificadas a partir de la regla de reconocimiento, ya que por hipótesis el grueso de la población no las cumple ni hay jueces que sancionen el incumplimiento. Si esto es así, aunque a través de la regla de reconocimiento mencionada se pudieran identificar «autoridades» éstas lo serían de un sistema jurídico inexistente (por carecer de eficacia). ¿Qué nos muestra este ejemplo?

Para empezar, el ejemplo pone de relieve que el concepto de derecho que normalmente nos interesa es aquel que nos permita identificar sistemas jurídicos *existentes*. Alguna razón puede haber para estudiar sistemas jurídicos inexistentes (ideales), pero éstos no suelen consti-

---

<sup>10</sup> Digo «en algún sentido» por cuanto incluso la existencia de la regla de reconocimiento podría ser puesta en cuestión, dado lo que afirmo en el texto en relación con quiénes son los sujetos relevantes para tener en cuenta sus acciones de identificación.

tuir el objeto de estudio prioritario de los juristas. Por otro lado, el ejemplo evidencia que resulta problemático hablar de «autoridades» (y de ahí las comillas), si los candidatos a serlo son permanentemente ineficaces. Es decir, parece que existe una vinculación conceptual entre el concepto de autoridad más adecuado al uso de los juristas y la *eficacia* de un sistema jurídico. Alguien a quien desobedecen sistemáticamente los miembros a los que van destinadas las normas que forman un determinado sistema jurídico no parece ser un candidato idóneo a recibir el título de autoridad de ese sistema. Las anteriores observaciones tal vez permitan arrojar luz acerca de algo que se dice en *IJD*.

Hay dos modos de romper el círculo vicioso del que estoy hablando. El primero, sería suponer que la autoridad jurídica no es dependiente de reglas. Esta sería tal vez la línea apuntada en alguna ocasión por Nino, cuando sostiene: «Para evitar este círculo vicioso parece que habría que caracterizar a los órganos primarios no como aquellos que están autorizados a declarar prohibidos o permitidos los actos de coacción, sino como los 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»<sup>11</sup>. Esta primera opción, que también es la adoptada por Prieto, sin embargo, presenta problemas de adaptación respecto a lo que se suele considerar «autoridad jurídica», al tiempo que no permite distinguir una autoridad jurídica de cualquiera que tenga un simple poder de «*facto*»<sup>12</sup>.

El segundo, es entender la autoridad jurídica en términos de hechos convencionales<sup>13</sup>. Así, un grupo de individuos guía su conducta a través de una cierta regla, es decir, toma la regla como dándole buenas razones para la acción. Si se da esa regla (y las reglas identificadas a través de ella son seguidas por el grueso de la población) un determinado sistema jurídico existe. Si un sistema jurídico existe, entonces esa regla que guía la conducta de nuestro inicial grupo de individuos es correctamente descrita como la regla de reconocimiento *de ese sistema jurídico*. Por tanto, aquellos individuos que guían su conducta a través de esa regla son propiamente entendidos como «autoridades». Son, en un sentido, autoridades en virtud de esa regla (o, mejor dicho, de reglas identificadas a través de esa regla), pero no son autoridades antes de ella (ni en sentido factual, ni lógico). Su conducta hace posi-

<sup>11</sup> C. S. NINO: *Introducción al análisis del derecho*, Barcelona, Ariel, 1979, p. 60.

<sup>12</sup> Así lo ha mostrado, por ejemplo, Juan RUIZ MANERO en *Jurisdicción y normas*, Madrid, C.E.C., 1990, pp. 130-132, al poner de relieve que un acercamiento de este tipo tendría problemas análogos a los que presenta la caracterización del soberano en términos de obediencia habitual que postuló Austin y que mereció las consabidas críticas de Hart.

<sup>13</sup> Por ejemplo, en la línea sugerida por Eerik LAGERSPETZ en *The Opposite Mirrors. An Essay on the Conventionalist Theory of Institutions*, Dordrecht, Kluwer, 1995, pp. 159 ss.

ble la existencia de la regla; pero es la regla la que los hace autoridades<sup>14</sup>. De este modo, el círculo se rompe con la introducción de actitudes y creencias recíprocas. Si se quiere, éstas sí que son circulares, pero no la teoría.

Aquí es donde cobra sentido la analogía con la existencia del dinero. En una determinada sociedad, algo (un objeto físico, una anotación contable, etc.) es dinero (es depositario de valor y es aceptado como instrumento de intercambio) *sólo si* el grueso de los miembros de esa sociedad creen que es dinero y actúan de acuerdo con esta creencia (es decir lo toman como depositario de valor y lo utilizan habitualmente como instrumento de intercambio). Nótese que la existencia de la creencia y la conducta correspondiente es una condición *necesaria* de la existencia del dinero, pero no tiene por qué ser *suficiente*. Puede establecerse una condición adicional, como puede ser que lo expida un banco o cualquier otra. Pero lo que hay que destacar ahora es que al tratarse de una condición necesaria de la existencia del dinero, de no darse aquella, éste no existe.

Así es como veo yo, *mutatis mutandis*, la existencia del derecho en una determinada sociedad: la existencia de una regla de reconocimiento es una condición necesaria de la existencia de un sistema jurídico en esa sociedad. De lo cual se sigue que si no se da la convergencia de creencias, actitudes y comportamientos que conlleva la identificación de las normas de ese sistema a través de los mismos criterios, no puede hablarse de que un determinado sistema jurídico existe. Ahora bien, esta es únicamente una condición necesaria. Se requiere otra, que es la eficacia de las normas identificadas a través de los criterios que forman aquella regla.

Después del rodeo que he dado, estamos en condiciones de tratar la interesante cuestión planteada por Prieto acerca de si las creencias son anteriores al funcionamiento efectivo del sistema. Para ello habría que empezar por entender que los comportamientos relevantes para predicar la existencia de un sistema jurídico son de dos tipos, según se refieran a la primera condición (la existencia de la regla de reconocimiento) o a la segunda (la eficacia de las normas). Veremos que, al menos en relación con la primera condición, no es comprensible entender los comportamientos separados de las creencias mutuas. Debido a esa razón, si se acepta lo que aquí sostengo, no resulta inteligible plantear la cuestión en términos de si las creencias preceden a los comportamientos o viceversa. Pero vayamos por partes

En primer lugar, hallamos las acciones consecuentes con las creencias y actitudes acerca de los criterios de identificación de las normas

---

<sup>14</sup> Así es como lo expresa Jules COLEMAN en *The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatism Approach to Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 101. Y, en parecidos términos, se pronuncia Scott SHAPIRO en «On Hart's Way Out», en Jules Coleman (ed.): *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2001, pp. 149-191.

del sistema usados comúnmente por quienes se dedican profesionalmente a la identificación del derecho. En concreto: la invocación por parte de los abogados en los tribunales de ciertas normas en cuanto que éstas proceden de la aplicación de determinados criterios (que solemos identificar con las fuentes del derecho, para decirlo brevemente); el uso de esos mismos criterios por parte de los órganos administrativos y de los tribunales a la hora de dictar sus resoluciones; el uso de esos mismos criterios de identificación entre los practicantes de la dogmática jurídica en el momento de sistematizar y analizar las normas jurídicas que someterán a estudio. Este primer tipo de actos tiene la particularidad de constituir hechos convencionales en la terminología que he empleado en *IJD*. El sentido de estos comportamientos no puede ser aprehendido sin hacer referencia a las creencias de quienes lo llevan a cabo. Además, tales creencias no son independientes entre sí, sino que se hallan relacionadas, como muestra el concepto de creencia mutua al que aludiré a continuación.

El concepto de hecho convencional intenta capturar esta idea. Los hechos convencionales serían un subtipo de hechos sociales caracterizados por la presencia de ciertos rasgos, entre los que destaca la presencia de creencias mutuas. Hart entiende que la regla de reconocimiento existe como una práctica normalmente coincidente de los funcionarios y las personas privadas a la hora de identificar el derecho de una determinada sociedad, cuyo contenido se manifiesta por el uso que esas personas realizan de determinados criterios de identificación. Ahora bien, el uso de criterios compartidos de identificación debe ir acompañado por una determinada actitud, que Hart denomina «punto de vista interno». Las autoridades de una determinada sociedad, y entre ellas especialmente los jueces, se comportan de una manera que es consistente con el hecho de seguir la regla que permite identificar el derecho válido de esa sociedad. Ello se refleja en un conjunto de compromisos normativos que aprueban la conducta convergente como justificada y que condenan las desviaciones. Esta es la actitud crítico-reflexiva que Hart denomina punto de vista interno.

El punto de vista interno puede ser traducido en términos de hechos convencionales, de tal modo que el enunciado «En la sociedad *S* existe la regla de reconocimiento *R*» podría analizarse así:

1. La mayoría de los juristas de la sociedad *S* usa los criterios *C1*, *C2*...*Cn* (que forman la Regla de Reconocimiento de *S*) cada vez que tiene que identificar el derecho de *S*.
2. La mayoría de los juristas de *S* cree que 1.
3. La creencia de que se da 1 constituye una razón para usar esos criterios en esas circunstancias.
4. Hay un conocimiento mutuo entre la mayoría de los juristas de lo que se dice en las anteriores cláusulas. Es decir, las conocen, cono-

cen que los demás las conocen, conocen que los demás conocen que ellos las conocen, etc.<sup>15</sup>

En este sentido, al igual que sucede con el dinero, será derecho de una determinada sociedad lo que ciertos agentes identifiquen como derecho de esa sociedad. ¿No será esto después de todo también circular? Sí, pero resulta explicativo, por cuanto muestra la dimensión *constitutiva* de la regla de reconocimiento.

Del mismo modo que unos determinados trozos de papel pueden dejar de ser dinero en una sociedad en el momento en que sus usuarios dejen de creer que lo son y actúen en consecuencia (dejen de otorgarles valor y no los acepten como instrumento de intercambio, por ejemplo debido a un fenómeno de hiperinflación) y ello *aunque los haya puesto en circulación el organismo competente y los avale el Estado*, igualmente unas normas o el sistema jurídico en su conjunto pueden dejar de ser derecho en una determinada comunidad si los juristas en general dejan de creer que lo son y actúan en consecuencia (es decir, no se dan las cláusulas citadas y los comportamientos consecuentes con las mismas) y ello es así, por ejemplo, *con independencia de lo que diga el código civil respecto a las fuentes del derecho*. Creo que esto es lo que quiere sugerir Hart cuando afirma que la existencia de la regla de reconocimiento es una cuestión de hecho. En caso de discrepancia entre lo que diga la disposición de una ley (si es que existe) en la que se establezcan formalmente las fuentes del derecho de un sistema jurídico, por un lado, y las creencias, actitudes y comportamientos de los juristas relativos al uso de los criterios de identificación que forman la regla de reconocimiento, por otro, lo que hay que tomar en cuenta a los efectos que ahora interesa es esto último sencillamente porque tales creencias, actitudes y comportamientos (que son las condiciones de existencia de esa regla de reconocimiento) son *constitutivos* del derecho de la comunidad de que se trate.

En segundo lugar, además de los comportamientos que son condiciones de existencia de una regla de reconocimiento, la existencia de un sistema jurídico en una determinada sociedad requiere la presencia de otro tipo de actos, que dan cuenta de la eficacia de las normas. Éstos pueden ser, en resumidas cuentas, actos de cumplimiento de las normas del sistema por parte de sus destinatarios y actos de los tribunales sancionando los incumplimientos que se den. Estos actos conforman obviamente hechos sociales, pero tal vez no tienen por qué ser convencionales<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> *IJD*, p. 39. Para un sólido fundamento filosófico de esta idea y del convencionalismo jurídico en general, véase el magnífico libro de Maribel NARVÁEZ: *Wittgenstein y la teoría del derecho. Una senda para el convencionalismo jurídico*, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 2004.

<sup>16</sup> Aunque en *IJD* (pp. 52-58) discuto la posibilidad de que según el concepto de autoridad que se maneje, este tipo de actos den lugar a hechos convencionales, ahora no voy a desarrollar este extremo.

### 1.3 La normatividad de la regla de reconocimiento

Respecto al problema de la normatividad de la regla de reconocimiento, las observaciones de Prieto me sirven de pretexto para presentar, aunque sea brevemente, algunas ideas que me parecen relevantes. Es conveniente empezar por hacer una distinción que evitaría muchos malentendidos. Una cosa es la normatividad predicada de la regla de reconocimiento y otra cosa distinta es preguntarse acerca de la normatividad del derecho en su conjunto. Esta última cuestión lleva necesariamente a plantearse el problema clásico de la existencia o no de un deber de obedecer al derecho, que es objeto de análisis en el capítulo IV de *IJD* y al que me referiré más adelante. Además, como veremos, hay una tercera forma de enfocar la normatividad del derecho que suele confundirse con alguna de las anteriores y que tiene que ver con la pregunta acerca de si el derecho obliga a los jueces. Conviene aclarar que en el primer capítulo de *IJD* únicamente me he interesado por la normatividad propia de la regla de reconocimiento.

En este caso se trata de elucidar en qué sentido, si es que lo tiene, *la práctica de identificación* del derecho de una determinada comunidad debe ser considerada obligatoria para quienes realizan dicha tarea. Es importante destacar que de lo que se trata ahora es de centrarnos en esa concreta tarea de identificación, es decir, en el uso compartido de determinados criterios para saber cuál es el derecho de una sociedad determinada y no en otros problemas como el de la justificación del deber de obediencia del derecho al que acabo de referirme o, por ejemplo, el de la justificación de la pena, (cuestión ésta tratada en el capítulo V de *IJD*, como veremos). Pues bien, entendido de este modo el problema de la normatividad de la regla de reconocimiento, entonces hay que ver cuáles son las opciones de respuesta.

Muchas veces, al hablar de normatividad de prácticas se toma como una alternativa exhaustiva y mutuamente excluyente la que considera que o bien no existe normatividad, es decir, la práctica en cuestión no es en ningún sentido comprensible de obligado cumplimiento, o bien lo es y entonces esa obligatoriedad sólo puede ser de carácter moral. En ocasiones, se ha interpretado el punto de vista interno de Hart según esta segunda opción y no seré yo quien niegue que algún texto de Hart pueda dar pie a esta exégesis<sup>17</sup>.

Sin embargo, en mi opinión, aunque las opciones citadas son obviamente excluyentes, en cambio no son conjuntamente exhaustivas. Existe una posibilidad de hablar de normatividad en el sentido en que se habla justamente de normatividad de las convenciones. Ese elemento normativo presente en las convenciones consiste en lo siguiente: involucrarse en una práctica convencional supone realizar determi-

---

<sup>17</sup> Es lo que hace, por ejemplo, E. GARZÓN VALDÉS en «Algo más acerca de la relación entre el derecho y la moral», en *Derecho, Ética y Política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 317-335.

nadas acciones *al menos* por la razón de que los demás también lo hacen<sup>18</sup>. Esto puede sonar extraño, pero sólo lo es si se confunden los problemas que aquí he distinguido, es decir, si se toma esta idea como una respuesta al problema de la justificación del derecho. En efecto, esta respuesta sería absurda como contestación al problema del deber de obediencia al derecho, ya que este problema requiere inevitablemente una respuesta que se halla en el ámbito moral. Sin embargo, si acotamos convenientemente la cuestión y nos preguntamos acerca de las razones por las cuales unos sujetos deberían usar unos determinados criterios y no otros *para identificar el derecho de una sociedad*, entonces no tiene por qué considerarse desatinado que una razón sea la de que los demás también los usan. Es la misma razón que tenemos para seguir cualquier convención. Quede claro que esa no tiene por qué ser la *única* razón. Pero ésta debe darse para que exista la regla de reconocimiento como regla social de acuerdo con la cláusula tercera del esquema anteriormente citado.

Una vez existe esta regla y las normas identificadas a través de ella son eficaces, entonces existe un determinado sistema jurídico, con normas que seguramente impondrán determinadas obligaciones *jurídicas* a los jueces (me parece obvio que antes de la existencia de un sistema jurídico no pueden existir obligaciones jurídicas).

Una vez llegados a este punto entra en juego el tercer problema que tiene que ver con la normatividad y que no hay que confundir con los anteriores. Se suele formular con esta pregunta notoriamente ambigua: ¿tienen los jueces la obligación de cumplir con las normas jurídicas? En caso afirmativo, ¿de qué tipo de obligación se trata? Como acabo de decir, este es un problema que sólo cabe abordar una vez que se han materializado las condiciones de existencia de un determinado sistema jurídico. Cuando esto es así, el propio sistema establecerá una norma de carácter obligatorio o bien una norma constitutiva de la que se puede inferir una regla técnica que nos indicará las condiciones para que alguien sea considerado juez en relación con ese sistema. Por ejemplo, podría interpretarse que esta última posibilidad es la que acoge nuestro sistema jurídico, a través de la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuando establece que uno de los requisitos para acceder a la judicatura es la de jurar o prometer cumplir y hacer cumplir la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico. Lógicamente, alguien puede no quedar satisfecho con esta respuesta y desee seguir indagando acerca de por qué hay que cumplir las promesas. Cuando se hace esto, se pide una respuesta que sólo puede ser moral, por la simple razón de que solemos definir a las razones morales como últimas. No cabe sorprenderse, pues, que las últimas razones sean morales, puesto que del modo en que éstas suelen entenderse o bien hay razones de

---

<sup>18</sup> Cfr. D. LEWIS: *Convention. A philosophical Study*, Oxford, Basil Blackwell, 1962. Si este elemento no se diera, no se resolvería el problema de coordinación que está en la base de toda convención.

otro tipo, pero entonces no son últimas o bien son razones morales. Pero todo esto nada tiene que ver con las condiciones que hacen posible la existencia del derecho.

#### 1.4 Unidad e identidad de un orden jurídico

Estoy de acuerdo con Prieto en que hay que establecer una distinción entre los problemas de unidad y de identidad de un orden jurídico y a ello he dedicado algún trabajo<sup>19</sup>. Ahora me limitaré a exponer lo que considero básico al respecto, sin más ánimo que el de aclarar cuál es mi posición, la cual tengo la esperanza de que difiera poco de la de Prieto. Me referiré a dos cuestiones. La primera, trata acerca de si es posible un derecho sin unidad, mientras que la segunda tiene que ver con la propuesta de un criterio de distinción de los problemas de unidad e identidad.

Algunos autores parecen dar por descontado que las normas jurídicas por alguna razón tienen que reconducirse a un sistema unitario. Las razones alegadas pueden ser de diverso tipo. En el caso de Kelsen, por ejemplo, podría hablarse de unidad *epistemológica*. Así, para este autor, sólo considerando al derecho como una unidad puede ser conocido, al menos como es conocido por los juristas. En cambio, para un autor como Austin podría decirse que la unidad que se predica del Derecho es de carácter *empírico*. Según Austin, en efecto, las normas jurídicas de una determinada sociedad pueden ser reconducidas a una fuente originaria común que directa o indirectamente las ha dictado. Pero quizás no esté de más advertir que tales razones no son siempre concluyentes.

Podemos efectivamente imaginar normas que no cumplan con criterios sistemáticos y que ello no afecte a su «validez» o «fuerza obligatoria», del mismo modo que podemos constatar que de hecho en algunos casos así es. Piénsese, por ejemplo, en las llamadas reglas de etiqueta. Aunque éstas pueden estar vigentes en una determinada sociedad, en el sentido de que son seguidas y consideradas vinculantes por la mayor parte de sus miembros, no parece ser una buena reconstrucción de las mismas «postular» una base unitaria y desde luego resulta poco plausible proponer que provienen de una fuente empírica común.

---

<sup>19</sup> Véase para un resumen, J. M. VILAJOSANA: «La unidad del orden jurídico», voz de *IUSTEL*, *Enciclopedia Jurídica*, 2003. Para la relevancia práctica de estas distinciones, véase J. M. VILAJOSANA: «Dinámica de sistemas y persistencia de normas jurídicas», *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 21-I, 1998, pp. 49-64. Para la aplicación en ámbitos dogmáticos de algunas de las distinciones que he propuesto puede verse J. DELGADO ECHEVARRÍA: «Las normas derogadas. Vigencia, validez aplicabilidad», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 17, enero-diciembre 2003, pp. 197-253, esp. pp. 240-243.

Las normas jurídicas de una determinada sociedad también podrían tener únicamente esta especie de presión social difusa, propia de las reglas de etiqueta. Así se han entendido en ocasiones el derecho llamado «primitivo o simple» al que ya me he referido e incluso el derecho internacional. Indudablemente, si esto es así, el derecho resultante presentaría serias deficiencias, como la falta de certeza y la carencia de instituciones. Pero una cosa es decir que sería deficiente y otra muy distinta que no pueda existir. Como ya avancé anteriormente, Hart sostiene que «es un error suponer que una regla básica o regla de reconocimiento es una condición necesaria general de la existencia de reglas de obligación o reglas “obligatorias”. No es una necesidad, sino un lujo, que encontramos en sistemas sociales adelantados cuyos miembros no solamente llegan a aceptar fragmentariamente las reglas separadas, sino que están comprometidos a aceptar de antemano clases generales de reglas, distinguidas por criterios generales de validez. En la forma más simple de sociedad tenemos que esperar y ver si una regla llega a ser aceptada como tal o no; en un sistema con una regla básica de reconocimiento, antes de que una regla sea efectivamente dictada podemos decir que *será* válida si satisface los requisitos de la regla de reconocimiento»<sup>20</sup>.

Reconducida, pues, la cuestión a sus justos términos, el problema de la unidad del orden jurídico se plantea únicamente en sociedades jurídicamente evolucionadas. En éstas sí que tiene pleno sentido considerar que el derecho es un sistema normativo y no un mero conjunto de normas. Esta es una razón adicional para optar por un concepto de derecho más «estrecho» como el que se presupone en *IJD*, pero nada impide que quien tenga otros intereses cognoscitivos emplee un concepto más abarcador como entiendo que propone Prieto.

Dicho lo anterior, cabe avanzar en la propuesta de un posible criterio de distinción entre unidad e identidad. Los problemas de unidad e identidad de los órdenes jurídicos están estrechamente relacionados. La razón es que suele entenderse que los rasgos que confieren unidad a un orden jurídico son los mismos que posibilitan distinguirlo de otros órdenes jurídicos. Así parecen entenderlo tanto Kelsen, a través de la concepción de la norma básica, como Hart en el uso que hace de la regla de reconocimiento. Ahora bien, hay que decir un par de cosas al respecto. En primer lugar, no hay una razón lógica que justifique que necesariamente el rasgo que confiera unidad a un orden sea el mismo que le confiera identidad. En segundo lugar, la expresión «orden jurídico», al igual que la de «sistema jurídico» puede ser utilizada en sentidos muy diversos y no está claro que en cada uno de estos sentidos, los criterios de unidad y de identidad coincidan. Por ello, es útil realizar una serie de distinciones que afectan a los niveles en que pueden ser tratados los problemas de identidad de los sistemas jurídicos y las pers-

---

20 H. L. A. HART, *El concepto de Derecho*, trad. cast. de G. R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963 (original de 1961) pp. 289-290.

pectivas desde las que pueden ser abordados. Tal vez de este modo se pueda arrojar alguna luz sobre la relación entre identidad y unidad.

Es posible tratar el tema de la identidad de los sistemas jurídicos a distintos niveles (sistema jurídico, orden jurídico y orden estatal) y desde diversas perspectivas (sincrónica y diacrónica). Por «sistema jurídico» entiendo un conjunto de normas jurídicas que tienen una determinada propiedad (que puede ser, por ejemplo, la validez o la vigencia) en un tiempo determinado. Por «orden jurídico» entiendo una secuencia de sistemas jurídicos. Por «orden estatal» entiendo una secuencia de órdenes jurídicos. Según este esquema, las normas están incluidas en sistemas, los cuales pertenecen a órdenes jurídicos y éstos pertenecen a órdenes estatales. Desde la perspectiva sincrónica, el problema consiste en hallar un criterio que permita distinguir entre órdenes estatales vigentes en un mismo intervalo de tiempo. Desde la perspectiva diacrónica, el problema consiste en hallar un criterio que establezca las condiciones necesarias y/o suficientes del cambio de sistemas jurídicos y órdenes jurídicos pertenecientes a un mismo orden estatal.

La combinación entre los niveles y las perspectivas mencionados permite concretar el tema genérico de la identidad del derecho en distintos ámbitos, con su especial problemática cada uno. Dentro de estos ámbitos, he sugerido en los trabajos anteriormente citados que se reserve el tratamiento de los problemas de unidad para los que surgen desde la perspectiva sincrónica. Esta estipulación tiene sentido, ya que, por ejemplo, aunque los órdenes jurídicos francés y español tuvieran las mismas normas, seguramente seguiríamos pensando que son «distintos». Si esto es así, entonces la diferencia sólo puede ser debida a que pertenecen a órdenes estatales distintos. De este modo, la cuestión de la unidad pasaría a ser, entonces, la de hallar los criterios para diferenciar entre distintos órdenes estatales y tendría prioridad conceptual respecto a los problemas de identidad, por cuanto éstos se plantean siempre dentro de un mismo orden estatal.

Ciertamente, el hallar un criterio plausible de unidad no es nada fácil. Las propuestas que se suelen ofrecer son circulares, al contener entre los criterios propiedades normativas. Por ejemplo, no puede servir como criterio distintivo de un orden estatal el territorio, por cuanto éste es un concepto normativo que presupone, por tanto, la distinción previa entre órdenes estatales. Pero, tal vez, sea posible tomar como criterio el que se suele usar en derecho internacional: el principio de efectividad, que resulta congruente con las condiciones de existencia que he propuesto en *IJD* y a las que ya me he referido<sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup> Sucede que hasta ahora los filósofos del derecho no han realizado estas distinciones, por lo que los criterios de identidad son tomados como criterios de unidad y viceversa. Así, puesto que ni Kelsen ni Hart hicieron estas distinciones tanto la norma básica kelseniana, como la regla de reconocimiento hartiana pueden ser tomadas como criterios de identidad y de unidad, pero como he mostrado en los trabajos citados, este hecho origina en estos autores algunos problemas importantes.

## 2. LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO Y LA MORAL

En el capítulo II de *IJD* se ponen de relieve las consecuencias de haber hecho una selección más o menos afortunada de las corrientes a las cuales dar cabida en el texto. Puede estar en lo cierto Prieto al afirmar que, dentro de las posiciones acerca de la relación entre derecho y moral, una corriente con cada vez más adeptos es la que concibe el derecho como argumentación. De todas maneras, sin negar la relevancia de la misma y con todos los matices que se quiera, me parece que no está excesivamente lejos de la sustentada por Ronald Dworkin, la cual sí que es objeto de examen en este capítulo. Por otro lado, el contrapunto crítico que Prieto ofrece de esta posición me parece perfectamente atendible<sup>22</sup>.

Prieto alude también en este punto a las posibles relaciones entre las tesis sostenidas por el positivismo jurídico. En concreto, niega que haya una implicación necesaria entre la tesis de la separabilidad del derecho y la moral y la tesis de la discrecionalidad judicial, a pesar de que muchos autores la han sostenido. Creo que tiene razón, pero el argumento que yo utilizaría para mostrarlo es distinto al que él emplea. Y como ya lo he usado en otra parte, me limitaré a reproducirlo: «Hay una tercera tesis que suele atribuírsele al positivismo jurídico, pero no me parece definitiva del mismo. Se trata de la tesis de la discrecionalidad judicial. Ésta es una tesis interpretativa según la cual el derecho se encuentra indeterminado, lo que da a los jueces un margen de discrecionalidad a la hora de interpretarlo y aplicarlo. Sin embargo, a pesar de su indudable atractivo como tesis explicativa de lo que suele suceder en la práctica interpretativa, no deja de ser una tesis cuya verdad es contingente y un positivista no tiene por qué comprometerse con ella. Es perfectamente posible pensar en sistemas jurídicos en los que se evitara esta discreción, por ejemplo obligando a los jueces a abstenerse de fallar en casos en los que la solución normativa no viniera recogida claramente en una norma anterior (es decir, estableciendo la obligación de *non liquet*). Se puede mantener una teoría de la interpretación más o menos formalista o más o menos escéptica, sin dejar

---

<sup>22</sup> Sólo una cuestión muy menor al respecto. Prieto cree que el uso que hago de la expresión «positivismo ético» no es muy acertado, puesto que se puede confundir en la terminología de Bobbio con aquella posición que sostiene que todo derecho es justo por definición. Aunque es absurdo disputar por etiquetas, únicamente quisiera decir que la expresión «positivismo ético o normativo» en el sentido que la utilizo en el libro está ya consolidada, justamente entre los autores que cito como representantes de esa tendencia. Así, el título del libro de Campbell es *The Legal Theory of Ethical Positivism* y el artículo de Waldrom es «Normative (or Ethical) Positivism». Me parece, por el contrario, que en la clasificación de Bobbio, ha quedado consolidada la posición mencionada por Prieto como «positivismo ideológico» y, por supuesto, no es a éste al que me refiero en *IJD*.

de sostener por ello la tesis social y la tesis de la separación conceptual entre derecho y moral»<sup>23</sup>.

Respecto a mi posible defensa del positivismo inclusivo, cabe decir que acierta Prieto al pensar que mis simpatías se han movido hasta ahora en esa dirección<sup>24</sup>. Pero también es verdad que, como el propio Prieto destaca, no puedo por menos que reconocer algún punto controvertido en esa corriente.

En este sentido, destaco en *IJD* (p. 87) dos cuestiones a las que tiene que hacer frente esta posición teórica. Se trata, en primer lugar, del siempre espinoso problema que suscita la defensa del objetivismo moral, el cual parece estar implicado en esta posición. Acerca de este tema ya se han dicho muchas cosas en la literatura reciente y nada habré de añadir aquí.

Existe, en cambio, otro asunto acerca del cual tal vez no se ha reflexionado suficientemente. Y es que parece que no es muy plausible sostener, como hace el positivismo inclusivo, que los *méritos* de las normas son relevantes para las decisiones judiciales únicamente cuando las fuentes del derecho las contemplan. Es decir, no deja de sonar algo raro que alguien diga que la moral (la moral crítica, se entiende) es una razón para tomar una decisión judicial *sólo* debido a que una fuente así se lo indica al juez, diciéndole algo así como «en los casos a), b) y c), decida justamente». ¿Sólo *en estos casos* deberá decidir el juez con justicia? Parece que es propio del discurso moral manifestarse cuando aparecen ciertas controversias y el ámbito jurídico es un lugar ideal para que éstas surjan. No afirmo con ello que el positivismo inclusivo no pueda encontrar una respuesta satisfactoria a este problema, sino simplemente que éste es un desafío al que tiene que hacer frente. No es ocioso añadir que las demás posiciones tienen también sus propios retos que superar y ciertamente no son de menor envergadura que los que acabo de señalar.

### 3. LA INDETERMINACIÓN DEL DERECHO

Lo que dice Prieto acerca del tercer capítulo supone en realidad una contribución que me parece muy oportuna. Su distinción entre el formalismo ilustrado y el positivista, efectivamente, ayuda a precisar

---

<sup>23</sup> J. M. VILAJOSANA: «El positivismo jurídico convencionalista», en J. A. Ramos Pascua y M. A. Rodilla González (eds.): *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2006, pp. 521-536 (la cita corresponde a las pp. 521-522, incluida la nota 2).

<sup>24</sup> Hay una defensa más explícita de esta posición en *MV*, p. 199, que obviamente bebe en las fuentes de los conocidos trabajos de José Juan Moreso. Cfr., por todos, J. J. MORESO: «En defensa del positivismo jurídico inclusivo», en Navarro, P. E.; Redondo, M. C. (comp.): *La relevancia del Derecho*, Barcelona, Gedisa, 2002, pp. 93-116.

cuestiones que en *IJD* están tratadas muy someramente. Por otro lado, es de agradecer que haya detectado un *lapsus*, que me apresuraré a corregir en futuras ediciones del libro, si las hubiere.

#### 4. LA JUSTIFICACIÓN DE LA OBEDIENCIA AL DERECHO

Prieto empieza su comentario acerca del cuarto capítulo aludiendo a mi «sincretismo», producto de aceptar razones de cada una de las distintas teorías que en él se examinan. Aquí sí que me parece interesante mostrar por qué puede proponerse alguna teoría distinta a las tradicionales, que suponga un fundamento sólo parcial del deber de obediencia al derecho. Aunque no pueda entrar ahora en excesivos detalles, es posible decir algo al respecto.

La aspiración de las doctrinas que intentan justificar el deber de obediencia al Derecho suele ser la de aportar buenas razones para considerar que tal deber es de carácter *universal*, es decir, que afecta a todos los individuos que se hallan bajo la autoridad de un determinado Estado y que se predica de todas las normas jurídicas de éste.

Expresada esta aspiración en tales términos, cabe oponerse a ella de dos modos distintos. Una manera sería la utilizada, por ejemplo, por el anarquismo filosófico, según el cual *en ningún caso* tendríamos un deber de obediencia al Derecho. Según esta posición, los seres humanos tenemos el deber de ser autónomos, con lo cual no podemos aceptar un deber de obedecer las normas de una autoridad heterónoma. Otra forma, en cambio, consistiría en aceptar que *únicamente en algunos casos*, las razones aportadas por aquellas doctrinas permiten justificar el deber de obediencia, bien sea en relación con algunas personas, bien sea en relación con determinados contenidos normativos. Si esto es así, entonces, hay un espacio intermedio entre las doctrinas que pretenden la justificación del deber universal y el anarquismo. Este espacio se cubriría con el intento de fundar una justificación parcial y ahí es donde me inscribiría<sup>25</sup>.

Dicho esto, podemos pasar a las tres críticas principales apuntadas por Prieto. En primer lugar, se pregunta si la justificación de la que se habla en *IJD* se refiere a todo orden jurídico, lo cual de ser así no le parecería muy razonable. En segundo lugar, sostiene que la tesis positivista implica una determinada tesis relativa a la obediencia del derecho, que mostraría cierta incoherencia en mi argumentación. En tercer lugar, apunta algunas imprecisiones que se darían en *IJD* a la hora de conceptualizar la desobediencia civil. Diré algo de las tres.

---

<sup>25</sup> Esto es lo que intento en J. M. VILAJOSANA: «Cuando el consentimiento no importa. Un deber parcial de obediencia al derecho» (en prensa).

#### 4.1 Obligación política y legitimidad

Respecto a la primera cuestión, cabe decir que dedico unas páginas al comienzo de este capítulo a destacar la importancia de distinguir dos problemas que muchas veces aparecen confundidos. De esta distinción entre problemas y de las diferentes maneras de concebir la relación entre ellos surgen las posibles respuestas a la pregunta que se plantea Prieto<sup>26</sup>.

*El problema de la obligación política* tiene que ver con las razones que podemos dar para obedecer el Derecho y hasta dónde se extenderá tal obediencia. Por otro lado, *el problema de la legitimidad* se refiere a las razones que justifican el poder coercitivo del Estado y hasta dónde se extenderá dicho poder. Esta distinción permite mantener posiciones en las que se pueda afirmar, por un lado, que el Estado está legitimado para imponer su poder coercitivo y, al mismo tiempo, negar que exista una obligación por parte de todos los individuos de obedecer sus normas.

Pero aceptado lo anterior, del hecho que se puedan distinguir conceptualmente no se tiene que inferir necesariamente que sean problemas independientes. De hecho, parece razonable sostener que existe alguna relación entre ambos problemas. Ahora bien, ¿en qué consiste esa relación? Caben tres posibilidades, mencionadas en *IJD*.

La primera opción es considerar que ambos problemas (el de la obligación y el de la legitimidad) son equivalentes. Si y sólo si un Estado es justo, entonces surge la obligación de obedecerlo. Esto significaría que una vez mostrado que un Estado es justo, hemos mostrado también que existe una obligación por parte de todos sus miembros de obedecer sus normas. Y al mismo tiempo, si decimos que existe una obligación de obedecer a un determinado Estado esto implica que el Estado es justo. Seguramente, la mayor parte de los textos que no distinguen entre ambos problemas están manteniendo consciente o inconscientemente este planteamiento. Lo que puede explicar este tratamiento indistinto es el hecho de considerar que *las mismas razones* que justifican a un Estado (que lo hacen justo) justifican la obediencia a sus leyes. Así, por ejemplo, alguien puede sostener una tesis voluntarista para ambos problemas, y considerar de este modo que el consentimiento dado por los ciudadanos de un determinado Estado lo legitima moralmente y al mismo tiempo sirve de justificación para el deber de obediencia. Sin embargo, esta equiparación tal vez no tenga por qué darse siempre. Por ejemplo, es imaginable que alguien sostenga una concepción no voluntarista respecto a uno de los problemas (por ejemplo, el de la legitimidad) y en cambio defienda una tesis voluntarista en relación con el otro. Por eso, existen otras posibles formas de entender la relación entre ambos problemas.

---

<sup>26</sup> También trato la cuestión de una manera más pormenorizada en relación con el iusnaturalismo clásico, al plantearme distintos casos posibles entre cuyas propiedades relevantes se halla justamente el hecho de que el sistema en su conjunto sea justo o que alguna de las normas sea justa. Cfr. *IJD*, pp. 158-162.

La segunda posibilidad es afirmar que sin la justificación de la obligación de obedecer al Derecho no tendríamos un Estado justo, aunque puede ser que ello no baste para alcanzarlo. En este caso, se sostiene que la solución del problema de la obligación es condición necesaria, aunque no suficiente, para resolver el problema de la legitimidad del Estado. Esta parece ser la posición de Dworkin<sup>27</sup> cuando mantiene que, aunque un Estado puede tener buenas razones en circunstancias especiales para ejercer la coerción sobre quienes no tienen el deber de obedecer sus leyes, no hay manera de justificar la coerción estatal si el Derecho no es en general una fuente de genuinas obligaciones. La idea que subyace a esta posición es que por el mero hecho de que se considere que el Estado está legitimado moralmente respecto de unas personas (por ejemplo, porque han prestado su consentimiento) no se puede inferir que ese mismo Estado esté legitimado para imponer sus medidas coercitivas a otras (por ejemplo, las que no han prestado tal consentimiento). Con lo cual, sólo resolviendo primero el problema de la justificación de la obediencia del Derecho de *todos* los sujetos relevantes podremos encarar el problema de la legitimidad del Estado para imponer por la fuerza sus normas.

Una tercera posibilidad pasa por entender que la existencia de un Estado justo es un requisito para que nazca la obligación de obedecer sus normas, aunque tal vez no sea suficiente. Como ha dicho Rawls, ni siquiera el consentimiento expreso dado ante instituciones claramente injustas originaría obligaciones<sup>28</sup>. En este caso, el establecimiento de las condiciones de legitimidad de un Estado precede al nacimiento de la obligación de obedecer sus normas.

Sea cual sea la posición que de entre las tres citadas se adopte, es preciso saber qué razones se pueden aportar para justificar la legitimidad del Estado o la obediencia al Derecho. Normalmente, los filósofos políticos se han concentrado en el problema de la legitimidad, mientras que los filósofos del Derecho han abordado el problema de la obligación. Pero en numerosas ocasiones seguramente no se ha realizado la distinción porque, como he dicho anteriormente, el mismo tipo de razones puede ofrecerse para encarar uno y otro problema.

## 4.2 Obligación política y positivismo jurídico

La segunda crítica de Prieto se concreta en este párrafo: «un poco sorprendentemente, Vilajosana no parece reparar en que el positivis-

---

<sup>27</sup> Al menos, parece que lo es en R. DWORKIN: *Law's Empire*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1986, p. 191. No estoy seguro de que actualmente este autor mantenga la misma posición.

<sup>28</sup> J. RAWLS: *Teoría de la justicia*, tr. cast. de M. D. González, México, FCE, 1979 (original de 1971), p. 343.

mo 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 Vicén. Que ni siquiera aparezca citado me parece todo un síntoma».

Creo que en este punto sí que existe entre Prieto y yo una discrepancia genuina. En mi opinión, no existe tal «incorporación» por parte del positivismo de una tesis sobre la obediencia al derecho. La razón es que se trata de dos problemas de distinta naturaleza. La tesis de la separación entre el derecho y la moral es una tesis que responde a la pregunta acerca de la identificación del derecho (si se quiere, en general, indaga acerca del concepto de derecho). Justamente la respuesta del positivismo es que una cosa es identificar el derecho y otra muy distinta valorarlo. Si esto es así, no se acierta a comprender cómo una tesis que simplemente se refiere a la identificación de un objeto, y que precisamente insiste en que dicha identificación es una operación distinta a (y necesariamente desvinculada de) la valoración del mismo, puede ofrecer una respuesta a la pregunta acerca de si debemos obedecer al derecho en general o a algún sistema jurídico en particular. Esta última es una pregunta relativa a la justificación del derecho y un positivista *qua* positivista no tiene nada que decir al respecto. Por eso, no veo implicación alguna entre una tesis (como el positivismo jurídico) que responde a una pregunta acerca de la identificación de un objeto y otra que responde a su justificación (como el anarquismo filosófico).

Por otro lado, en el párrafo transcrito por Prieto parece darse a entender que, una vez centrados en el problema de la justificación del deber de obediencia, sólo cabe argumentar a favor del deber universal o a favor del anarquismo. Ya he dicho anteriormente que esto no es así, puesto que negar que un deber sea universal se puede hacer de dos maneras, o bien negando que exista cualquier *deber* (que es lo que hace el anarquismo), o bien negando sólo que el deber sea *universal* (que es la propuesta en la que me inscribo).

Respecto a la omisión de la cita del trabajo del profesor González Vicén, sólo me cabe decir que, sin desmerecer en lo más mínimo el valor de su artículo, quise en las únicas tres páginas en las que trato la posición conocida como anarquismo filosófico remitirme a la discusión contemporánea acerca del mismo. Me parece indiscutible que esa discusión arranca y tiene como centro de atención el atractivo libro de Robert Paul Wolff<sup>29</sup>, al que después han seguido con matices Green y Simmons, entre otros<sup>30</sup>.

<sup>29</sup> R. P. WOLFF: *In Defense of Anarchism*, Nueva York, Harper and Row, 1970.

<sup>30</sup> En esas tres páginas me limito a resumir el argumento principal de Wolff, las aportaciones de Green y Simmons y algunas posibles objeciones a esa posición. Tres páginas no dan para mucho más. De todos modos, tal vez sea oportuno recordar que el libro de Wolff data de 1970, mientras que el artículo de González Vicén vio la luz

### 4.3 Obligación política y desobediencia civil

Por último, respecto a las observaciones que Prieto dirige a mi forma de plantear la desobediencia civil, empezaré por decir que algunas de sus propuestas relativas al papel que juegan las convicciones me parecen sugestivas. Simplemente desconocía su trabajo sobre esta cuestión, ya que según parece su publicación coincidió en el tiempo con el momento de la redacción final de *IJD*.

No obstante, quisiera matizar algo la caracterización que me atribuye de la desobediencia revolucionaria. Dice Prieto: «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”, 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».

Enunciado de este modo, ciertamente, puede parecer raro lo que digo. Ahora bien, para entender la cita de *IJD* que está entre comillas simples hay que ponerla en relación con la caracterización que doy de la desobediencia revolucionaria. Así, en la página 170 de *IJD* se dice que «se caracteriza por pretender derribar el orden jurídico establecido o sustituirlo por otro. Los actos de desobediencia civil persiguen sólo la modificación de alguna de sus leyes o prácticas, pero no quieren cambiar el orden». Por tanto, si esta cita se pone en relación con la otra es fácil darse cuenta que ambos tipos de desobediencia se diferencian, al menos, en cuanto que una (la desobediencia civil) acepta en general la legitimidad del orden y sólo se opone directa o indirectamente a una concreta norma, ley o práctica, mientras que la otra (la desobediencia revolucionaria) se opone a la legitimidad del conjunto, concibiendo como propósito su destrucción o cambio.

Del mismo modo, me parece que la cita que Prieto extrae respecto a la desobediencia criminal y que le permite sostener que la definición de la misma que se da en *IJD* es circular y tautológica habría que darla completa. Tal vez entonces se compruebe que no existe tal circularidad. Pero antes de la cita, hay que precisar que en *IJD* primero se ha caracterizado a los actos de desobediencia civil, siguiendo a Ernesto Garzón Valdés<sup>31</sup>, a través de los siguientes rasgos: a) son actos voluntarios de incumplimiento de normas, cuya intención es conseguir algún tipo de mejora moral o política en la sociedad; b) su realización se considera un deber moral; c) son abiertos y públicos; d) suele aceptarse voluntariamente el castigo; e) son actos no violentos.

---

en 1979, precisamente en este mismo *Anuario*. Por cierto, en él no aparece citado el libro de WOLFF.

<sup>31</sup> E. GARZÓN VALDÉS: «El problema de la desobediencia civil», en *Derecho, ética y política*, Madrid, CEC, 1993, pp. 361-378.

Ahora ya se puede transcribir la cita entera:

«La *desobediencia criminal* es la que lleva a cabo el delincuente común. En este caso los actos de desobediencia claramente no tienen las características *a*), *c*) y *d*). El delincuente común no pretende con sus actos cambiar ninguna ley ni práctica que considere injusta. Tampoco realiza sus actos de manera pública, sino más bien pretende ocultarlos. Igualmente, tampoco acepta de buen grado el castigo impuesto. Respecto a la nota *b*) salvo casos excepcionales, sería difícil considerar que existe el deber moral de realizar delitos. Supuestos como el de un padre que comete un robo para dar de comer a sus hijos, podrían estar amparados de todos modos por el estado de necesidad como circunstancia excluyente de la responsabilidad penal. Respecto a la propiedad *e*), que se dé o no, dependerá del tipo de infracción que se cometa» (*IJD*, pp. 169-170).

## 5. LA JUSTIFICACIÓN DE LA PENA

Empieza Prieto sus observaciones al capítulo V haciendo una alusión a lo que tilda de «endogamia bibliográfica», por primar en las citas autores de filosofía del derecho y, además, anglosajones, cuando dogmáticos penalistas y filósofos del derecho de otras latitudes podrían arrojar luz sobre algunas cuestiones aquí traídas a colación. No voy a decir nada más al respecto para no cansar al lector. (Aunque reitero que me interesan los problemas más que dar cuenta exhaustiva de los autores)<sup>32</sup>. Cuando conviene, no soy reacio incluso a traspasar nuestros confines habituales. Así, se hallará en *IJD* alguna cita de científicos (es decir, ni filósofos del derecho ni dogmáticos, aunque me temo que anglosajones), porque me parece de un enorme interés para algunos problemas filosóficos la creciente pujanza que están adquiriendo los estudios de neurociencia y siempre he sido de la opinión que la luz ilumina venga de donde venga.

Hay, además de esta observación general, dos concretas afirmaciones de Prieto acerca de las cuales tal vez sea conveniente decir algo.

Por un lado, este autor defiende que el principio de proporcionalidad de las penas no se sigue sólo de las posiciones retribucionistas, sino que también sería una exigencia de los principios utilitarios. Es difícil ser taxativo en este punto. La razón es que se requerirían estudios empíricos que mostraran que efectivamente la proporcionalidad de las penas posibilita una mayor disuasión a la hora de cometer delitos. No se me oculta que un utilitarista de la talla de Bentham admitió

---

<sup>32</sup> De todas maneras, trato alguno de estos problemas tomando en consideración lo sostenido por algunos penalistas y filósofos del derecho españoles en J. M. VILAJOSANA: «Castración química y determinismo», que aparecerá en el núm. 31 de la revista *DOXA* (2008).

que debía darse cierta proporcionalidad y así lo digo en *IJD* (p. 183). Pero tal vez podría añadir ahora, aclarando lo que allí sostengo, que así como para un utilitarista consecuente esta relación, si existe, debe trazarse desde un punto de vista *causal* (examinando si la proporcionalidad de las penas causa el efecto disuasivo que se pretende), en el caso de quien defienda el retribucionismo deberá defender el principio de la proporcionalidad de las penas *por razones conceptuales* ya que, según esta posición, cada uno *merece* ser castigado en función de la gravedad de la acción que ha cometido. También pongo de relieve en el libro que el cálculo del grado de gravedad dista mucho de ser una tarea fácil, pero eso nos llevaría a otra discusión.

Por otro lado, Prieto sostiene que la cárcel además de un medio de incapacitación (algo que suscribo en *IJD*) es un instrumento idóneo para aplicar la proporcionalidad (algo que en ningún momento niego en *IJD*). Parece que, en la medida en que se comprobara empíricamente que la proporcionalidad genera mayor disuasión, entonces se podría vincular como hace Prieto la institución carcelaria y la proporcionalidad con el utilitarismo penal.

No obstante, del hecho de que la encarcelación permita aplicar un criterio de proporcionalidad, en el sentido de privar de libertad a alguien un determinado número de días en función del delito cometido, no se sigue ninguna relación necesaria entre la encarcelación y la proporcionalidad, ni con el utilitarismo (ni siquiera con el retribucionismo). Sin duda, se podría optar por otro tipo de penas, por ejemplo pecuniarias, de las que también habla Prieto, con el fin de dar cumplimiento al principio de proporcionalidad. Dicho de otro modo, la existencia de penas privativas de libertad y pecuniarias lo único que posibilita es *medir* la pena. De ahí no se sigue ni que ésta tenga que ser necesariamente proporcional, ni que siéndolo se pueda justificar por criterios utilitaristas. Si esto es así, la única relación que parece conceptualmente necesaria en este entramado es la que se da entre retribucionismo y principio de proporcionalidad, en el sentido de que el primero implica el segundo (que es exactamente lo que defiendo en *IJD*).

## 6. LA IMPOSICIÓN JURÍDICA DE LA MORAL

Este capítulo contiene una exposición de los problemas de la moralización del derecho y del perfeccionismo y una defensa de una respuesta a los mismos en clave liberal, entendiendo por tal una posición que saque todas las consecuencias de los principios de autonomía individual, inviolabilidad de la persona y dignidad humana. Estoy convencido que frente a fundamentalismos de todo tipo tanto el profesor Prieto como yo defenderíamos nuestro deseo de vivir en una sociedad de corte liberal. Pero a los efectos que aquí nos ocupa, puede

resultar interesante para el debate tratar las cuestiones que él destaca: las problemáticas del esclavo feliz y la educación en valores.

### 6.1 El esclavo feliz

En *IJD* se trae a colación el ejemplo del esclavo feliz con el fin de reflexionar críticamente acerca de algunos posibles límites al planteamiento liberal que defiende en el texto. Para ello distingo dos sentidos del principio de dignidad. Un primer sentido, ajustado totalmente al esquema de sociedad liberal propugnado, sería aquel según el cual la dignidad exige el respeto por las decisiones, creencias y opiniones personales.

Un segundo concepto, más fuerte, es el que puede generar dudas acerca del planteamiento liberal. Justamente es al ocuparme de este segundo concepto que aludo al ejemplo del esclavo feliz. Imaginemos una persona adulta que decide autónomamente convertirse en esclavo de otra. Supongamos que esa persona ha tomado esa decisión sin que se diera ningún vicio del consentimiento. Además, aceptemos que a pesar de su condición de esclavo (o quizás gracias a la misma) disfruta de un alto bienestar relativo. Es decir, con el paso que ha dado ha ganado en bienestar, teniendo cubiertas en mayor medida sus necesidades básicas y sus preferencias. ¿Estaría justificada esta decisión desde una perspectiva liberal?

John Stuart Mill, como es sabido, niega tal justificación. Se trataría de un caso en el que una primera decisión autónoma conlleva la imposibilidad de ejercer la autonomía en el futuro. Sin embargo, este argumento parece estar basado en el hecho de que el estado de esclavitud es cerrado, es decir, que una vez adoptado ya no cabe dar marcha atrás. Pero imaginemos que se trata de un régimen abierto, en el sentido de que el esclavo puede dejar de serlo cuando quiera. Alguien podría decir que eso ya no es esclavitud, pero admitamos que lo es simplemente a efectos argumentativos<sup>33</sup>. En este supuesto, parece que el principio de autonomía no podría vetar una conducta como ésta. Pero ¿supone ello que no es posible criticar tal conducta desde una perspectiva liberal? Puede intentarse otra vía, que es la que pasa por tomar en cuenta el principio de dignidad humana, con un distinto alcance.

Para empezar, el principio de dignidad requiere que nuestras acciones, prácticas e instituciones comporten una actitud de respeto a las personas. Esto tal vez debe llevarnos a un sentido fuerte del citado principio que lo haga independiente tanto de la *autonomía* como del *bienestar* de un individuo. Así, pues, si dos personas pueden de hecho

---

<sup>33</sup> Así lo digo literalmente en *IJD*, por lo que ya soy consciente de que no es un uso típico del vocablo «esclavitud», pero en eso consiste precisamente el argumento que se expone: trasladar las características valorativas del tipo a supuestos no típicos.

disfrutar del mismo nivel de bienestar y ejercer el mismo grado de elección, pero a una de ellas la tildamos de esclava y a la otra no, entonces el mal de la situación en que se encuentra la primera de ellas no residiría ni en la falta de autonomía ni en la carencia de bienestar. Puede decirse entonces que la esclavitud sigue siendo algo reprochable porque consiste en una violación de la dignidad. ¿Pero es esto así en el ejemplo que hemos puesto?

El camino para llegar a una respuesta afirmativa a la anterior pregunta pasa por entender que las instituciones tienen un *elemento expresivo* que las acompaña. En el caso que nos ocupa, el hecho de tratar a una persona como si fuera un objeto, explotarla para el beneficio exclusivo de otra, originándole daños y sufrimientos supone el paradigma de la violación del imperativo categórico. Los casos estándar de esclavitud consisten precisamente en esto. Por ello, no es extraño que la esclavitud se asocie en nuestras mentes con un caso claro de indignidad. Pero, aunque esta asociación tiene un fundamento empírico (todos conocemos supuestos reales de esclavitud en los que históricamente se dieron actos de explotación como los descritos), no es preciso que tales circunstancias se produzcan en cada uno de los casos de esclavitud que nos encontremos. El significado que asociamos a la esclavitud como un insulto a la dignidad humana se mantiene incluso en una situación como la que hemos puesto en el ejemplo imaginario, en el que los efectos perniciosos respecto a la autonomía y el bienestar del «esclavo» por hipótesis no se dan. En resumen, en el caso de la esclavitud, puesto que la institución está cargada y con razón de una connotación negativa, esa connotación se traslada al caso concreto del esclavo feliz, aunque en este supuesto no se den las circunstancias que hacen que para nosotros la institución de la esclavitud sea inmoral<sup>34</sup>.

Creo que es interesante, tal como digo en *IJD*, que esta idea del papel expresivo de las instituciones se pueda usar también para los casos de instituciones que incorporan, en la visión del común de las personas de una sociedad, elementos expresivos *positivos*. Por ejemplo, en la disputa que se ha originado en España acerca de la ley de matrimonios entre personas del mismo sexo, ha habido quien ha argumentado que en realidad el problema era puramente verbal y que, en consecuencia, se resolvería simplemente llamando de otra forma este tipo de uniones. Pero esta maniobra oculta el verdadero problema. Es razonable pensar que quienes reclamaban el derecho a contraer *matrimonio* entre personas del mismo sexo, querían llamarle «matrimonio» y no otra cosa, por cuanto entendían, con base empírica o no, que en nuestra sociedad a la institución matrimonial se asocia un elemento expresivo, en este caso positivo, que confiere un cierto estatus.

---

<sup>34</sup> Esta idea se puede hallar en M. DAN-COHEN: «Defending Dignity», en *Harmful Thoughts: Essays on Law, Self and Morality*, Princeton, Princeton University Press, 2002, pp. 150-171.

Me limito, para cerrar esta cuestión, a citar el párrafo conclusivo de este apartado en *IJD*, en el que creo aparece con claridad la conciencia de que este sentido fuerte de dignidad no encaja tan fácilmente en el esquema de una visión liberal: «Esta visión fuerte del principio de dignidad humana puede ocasionar algún problema para una visión liberal, ya que habrá que ser más cuidadosos a la hora de dar por bueno en casos concretos el simple consentimiento del interesado como fundamento para legitimar una determinada práctica. Esta complejidad, sin embargo, se puede ver compensada por el realismo que encierra esta propuesta» (*IJD*, pp. 233-234).

Dicho lo anterior también me parece que queda claro por qué no se produce en este caso un «abandono de la moral crítica en aras de la moral social», tal como sugiere Prieto. Esto sería así, en su caso, si lo que se postulara por mi parte en el ejemplo fuera una sociedad en la que el caso del «esclavo feliz» se generalizara. Pero esto no es lo que se dice en *IJD*. Justamente se insiste en el carácter excepcional, *atípico* del ejemplo. De no ser así, no serviría para mostrar lo que pretendo.

## 6.2 La educación en valores

Respecto a la educación en valores y su posible compatibilidad con una sociedad liberal, voy a intentar resumir y esclarecer el argumento que empleo en *IJD* y que sea el lector quien juzgue su plausibilidad.

Básicamente la idea es la siguiente. Imaginemos, para simplificar, que los regímenes políticos pueden ser democráticos y no democráticos. La pregunta, entonces pasa a ser, ¿en cuál de estos dos tipos de regímenes hay más posibilidades de desarrollar los planes de vida que uno haya elegido libremente? No sería descabellado pensar que es más probable que se puedan desarrollar en mayor medida tales planes en los primeros que en los segundos. Si esto es así, hay una razón (no digo que sea la única) para preferir los sistemas democráticos.

Ahora bien, la existencia continuada de un régimen democrático exige alguna actitud por parte de los ciudadanos. El cultivo de algunas virtudes ciudadanas es requisito necesario para la continuidad de tales regímenes. Es cierto que los teóricos liberales hasta hace bien poco se preocupaban casi exclusivamente de la justificación de los derechos, pero nada decían acerca de las responsabilidades de los ciudadanos, hasta el punto de que se pensó que la insistencia en la libertad, la neutralidad o el individualismo hacía del concepto de las virtudes cívicas algo ininteligible. Sin embargo, hay desarrollos recientes de la teoría liberal que indican la posibilidad de aunar las aspiraciones liberales con la justificación de cierto contenido mínimo de la responsabilidad política del ciudadano. Si esto es así, entonces la educación en ciertos valores democráticos podría considerarse compatible con la concepción liberal de la sociedad.

Aunque se puede hablar de distintos tipos de virtudes cívicas, entre las de contenido político se encuentran dos especialmente relevantes, ya que son susceptibles de generar un amplio consenso en torno a ellas, como son la aptitud para evaluar las realizaciones de los gobernantes y la disposición para comprometerse en el discurso público.

La necesidad de evaluar y, en su caso, cuestionar a la autoridad surge en parte del hecho de que los ciudadanos en una democracia eligen a quienes gobernarán en su nombre. Por consiguiente, una responsabilidad importante de los ciudadanos consiste en controlar a las autoridades y juzgar su conducta.

La necesidad de comprometerse en el discurso público surge del hecho de que las decisiones de un gobierno democrático deben tomarse públicamente, a través de la discusión libre y abierta. Si esto es así, los ciudadanos deben justificar sus demandas políticas en términos que los demás ciudadanos puedan entender y aceptar como consistentes con su estatus de ciudadanos libres e iguales.

Estas dos virtudes políticas son las candidatas idóneas a constituir el contenido mínimo de la responsabilidad política del ciudadano. Ninguna sociedad será democrática si no posee ciertos canales de discusión y participación pública de los ciudadanos y si éstos no pueden criticar y, en su caso, remover a los gobernantes que ellos han elegido. Se puede discutir, claro está, la extensión de la participación y las condiciones para que las discusiones públicas se desarrollen en pie de igualdad<sup>35</sup>. Eso podría llevar a la conclusión de que sostener esas virtudes no es aportar ningún contenido plausible a la responsabilidad política del ciudadano.

Es cierto que, dadas las propias características de tales virtudes, ellas son compatibles con muy distintos contenidos posibles, lo cual hace que éstos no puedan determinarse *ex ante*. También es cierto que las diversas circunstancias del mundo real harán necesario un análisis casuístico para aplicarlas. Pero, aún así, y siempre actuando con cautela en el establecimiento de los contenidos que puedan darse en ciertas materias en la enseñanza obligatoria, si éstos sirven para estimular esas virtudes (y otras que ahora no trato), basándose en informaciones verdaderas, no parece que se opongan a la concepción liberal aquí esbozada.

---

<sup>35</sup> He desarrollado estas cuestiones en J. M. VILAJOSANA: «La responsabilidad política del ciudadano», *Debats*, núm. 57-58, 1996, pp. 48-57 y también en J. M. VILAJOSANA: «Cittadino, doveri istituzionali e virtù politiche», *Ragion pratica*, núm. 6, 1996, pp. 177-193. No se trata, por supuesto, de defender la presencia de ciudadanos continuamente informados y dispuestos a participar a todas horas del debate político. No desconozco lo que ha mostrado Anthony Downs, a saber, que la apatía política, lejos de ser una actitud irracional, puede ser perfectamente racional teniendo en cuenta los recursos casi infinitos de información que se requieren en las sociedades contemporáneas. Pero entre la apatía y el activismo político desmesurado tal vez haya un espacio intermedio, cubierto por la práctica de algunas de esas virtudes cívicas bien ponderadas.

Ocurre, más bien, que si la existencia de una sociedad liberal exige la existencia de un régimen político democrático, puesto que sólo en éste se pueden desarrollar convenientemente los planes de vida de las personas, y este régimen político requiere, a su vez, la existencia de ciudadanos comprometidos con esas virtudes, entonces que éstas se adquieran es exigible desde los postulados democráticos y liberales. Su presencia sería, así, condición necesaria de la existencia tanto de la democracia como de la sociedad liberal.

Quisiera terminar refiriéndome a una observación general que Prieto destaca, al aludir a la «prudencia y cautela científica del autor», o al hecho de «leer entre líneas la posición del autor». Estas son frases benevolentes de Prieto para referirse a lo que dicho sin tapujos, sería una posición dubitativa que uno tendría al abordar los problemas tratados en *IJD*. De nuevo, tengo que darle la razón, aunque sólo parcialmente.

Sólo parcialmente, porque, aunque sea con prudencia y entre líneas, en *IJD* he defendido, en la primera parte, una visión convencionalista de la existencia del derecho en una sociedad, un positivismo inclusivo matizado y una posición intermedia entre el cognoscitivismo y el no cognoscitivismo en sede de teoría interpretativa. En cuanto a la segunda parte, he mantenido una posición clara de defensa de la sociedad liberal, que me permite justificar un deber parcial de obediencia al derecho (y con la salvaguarda siempre presente de la posibilidad de actos justificados de desobediencia civil), una justificación de la pena que se toma en serio la responsabilidad de los actos de las personas como reflejo del principio de dignidad humana y, por último, un rechazo explícito de la moralización del derecho y de las prácticas perfeccionistas, como contrarias al principio de autonomía de la persona.

Sea como fuere, estoy convencido de que el profesor Prieto suscribiría mi reflexión final. Huyo horrorizado ante quienes sostienen posiciones filosóficas como si se tratara de artículos de fe. De ahí que, en el ámbito filosófico, no me resulta embarazoso alejarme de las certidumbres para acercarme peligrosamente a la duda. Lejos de incomodarme, me parece una cualidad más defendible que la de la credulidad a ultranza, y aunque mi actitud descreída me deje a las puertas del Paraíso como a Virgilio, no puedo por menos que identificarme con las bellas palabras que Dante pone en su boca: «*che non men che saper dubbiar m'agrada*»<sup>36</sup>.

---

<sup>36</sup> DANTE, *La Divina comedia. Infierno*, XI, 93.

## **IV**

### **CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA**

