



Rector

José Antonio González Treviño

Secretario General

Jesús Áncer Rodríguez

Secretario de Extensión y Cultura

Rogelio Villarreal Elizondo

Centro de Estudios Humanísticos

Alfonso Rangel Guerra

Anuario *Humanitas* es una publicación trimestral de humanidades editada por la Universidad Autónoma de Nuevo León, a través del Centro de Estudios Humanísticos. Certificado de Licitud de Título y Contenido número 04-2007-070213552900-102. Oficina: Edificio de la Biblioteca Universitaria "Raúl Rangel Frías", avenida Alfonso Reyes 4000 Nte. Primer piso, C.P. 64440, Monterrey, N. L. México. Teléfono y fax (81) 83 29 40 66. Domicilio electrónico: cesthuma@mail.uanl.mx. Apartado postal No. 138, Suc. F. Cd. Universitaria, San Nicolás de los Garza, N. L. México. Redacción y corrección de estilo: Francisco Ruiz Solís. Portada, diseño y formación: Yolanda N. Pérez Juárez.

HUMANITAS

ANUARIO

CENTRO DE ESTUDIOS HUMANÍSTICOS DE LA
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

Director Fundador

Dr. Agustín Basave Fernández del Valle

Director

Lic. Alfonso Rangel Guerra

Jefe de la Sección de Filosofía

M. A. Cuauhtémoc Cantú García

Jefe de la Sección de Letras

Dra. Alma Silvia Rodríguez Pérez

Jefe de la Sección de Ciencias Sociales

Lic. Ricardo Villarreal Arrambide

Jefe de la Sección de Historia

Profr. Israel Cavazos Garza

ANUARIO
HUMANITAS 2008

**CIENCIAS
SOCIALES**

Distintos modos de relación entre derecho, moral y política

Rafael Enrique Aguilera Portales*

*No fue por cierto Zeus quien impuso esas leyes;
tampoco la Justicia, que vive con los dioses del hades,
esas leyes fueron dictadas por los hombres.*

Sófocles: *Antífona*

1. Aproximación general al problema

La relación entre derecho, moral y política forma parte de una de las problemáticas más controvertidas, complejas y sugerentes de la filosofía del derecho contemporánea. Nos encontramos ante tres órdenes normativos distintos y claramente demarcados, ámbitos autónomos; pero no necesariamente separados en compartimentos estancos. La modernidad ha generado una ruptura o escisión entre estas tres áreas del conocimiento práctico que ha abordado tradicionalmente la filosofía del derecho, moral y política. El gran jurista y filósofo Rudolf Von Jhering denominó a esta cuestión el “*cabo de hornos*”¹ de la filosofía jurídica. No se trata de superar sin dificultad este “*cabo de las tormentas*”, solapando este problema, desdeñándolo u obviándolo para provocar una respuesta rápida y fácil al problema, sino ir sorteando este conjunto de arrecifes y bajíos con la mayor astucia posible y sutileza.

* Doctor en filosofía jurídica por la Universidad de Málaga, España; docente de la Facultad de Derecho y Criminología de la UANL y miembro del Sistema Nacional de Investigadores, nivel 1.

¹ *Vid.* VON IHERING, Rudolph, *La lucha por el derecho*, Valleta Ediciones, Buenos Aires, 2004; LARENZ, KARL, *Derecho justo, Fundamentos de ética jurídica*, Civitas, Madrid, 2000. DE LUCAS, J. *Introducción a la teoría del derecho*, 3ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1977; PECES BARBA, G., *Introducción a la filosofía del derecho*, Ed. Debate, Madrid, 1983.

Pero, ¿Por qué plantearnos el problema de la relación entre derecho y moral y política? ¿Qué fundamento ético posee el derecho y la política? ¿Cómo se relacionan estos ámbitos normativos tan distintos? El derecho nos enseña a lo largo de su historia que ha sido decididamente inmoral, sólo tenemos que echar una ojeada a nuestra propia historia para verificar como en la mayoría de las ocasiones las normas jurídicas han avalado, protegido y auspiciado toda clase de injusticias, arbitrariedades e iniquidades.

El profesor Antonio Enrique Pérez Luño² ha expresado, muy acertadamente, que si rechazamos las tendencias moralizadoras del derecho y la política estaremos desatendiendo las demandas más urgentes de las sociedades complejas actuales. El fenómeno ominoso de la corrupción de la vida política, que afecta al funcionamiento de las instituciones básicas del Estado de derecho, la proliferación de mafias de distinto signo, la desigualdad de género, el individualismo posesivo, la falta de igualdad de oportunidades, recursos y bienes, el alarmante déficit de solidaridad, la polarización social, el aumento de actitudes etnocentristas, racistas y xenóforas. Sin duda, todas estas patologías y síntomas sociales nos deben interpelar ante la exigencia de un consenso moral multinacional o la conformación de *ethos* universalista basado en una cultura sólida de los derechos humanos. Desde esta perspectiva, plantearnos el problema de la relación entre derecho, moral y política es plantearnos que “Un sistema jurídico-político tiene legitimidad o es legitimado cuando sus normas están dotadas de cierta justificación ética aceptable.”³

El proyecto ilustrado de la modernidad desemboca en la construcción del Estado de derecho y tiene como soporte el paradigma racional de conexión entre derecho, moral y política. Las propuestas de Beccaria en Italia y, por influjo de él, Jeremy Bentham en Inglaterra provocaron una “*humanización*” de las funciones punitivas del Estado⁴ que tuvo una traducción explícita y clara en la en-

² Vid. PEREZ LUÑO, A. E., *Teoría del derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, 1997.

³ LAPORTA, Francisco, *Entre el derecho y la moral*, Fontamara, México, 3º ed., 2000, p. 74.

⁴ BECCARIA, Cesare de: *Dei Delitti e delle pene*, 1764, (trad. *De los delitos y las penas*,

trada de los principios éticos en el derecho. Las penas crueles, vejatorias, desproporcionadas, injustas, aquellas que no guardaban relación significativa con el delito empezaron a ser cuestionadas a partir de la modernidad jurídica, igualmente los procedimientos judiciales comenzaron a poblarse de suficientes garantías y límites a favor de los ajusticiados, el habeas corpus, debido proceso, la prohibición de la tortura como método probatorio, la mejora de las prisiones. Las preguntas que se realiza la filosofía de la penalidad y la doctrina penal,⁵ por tanto, son ¿qué es justo reprimir por la fuerza legal?, ¿bajo qué condiciones jurídicas y procesales? ¿Cómo rehabilitar al procesado? ¿Cómo mejorar su inserción social?

En términos generales, podríamos considerar que lo legal es considerado como bueno y justo, mientras que lo ilegal es sinónimo de malo e injusto; sin embargo la historia humana nos demuestra que esta inferencia lógica es errónea, falaz y peligrosa. A menudo, el carácter de justicia no necesariamente coincide con el derecho positivo y vigente. En este sentido, la legalidad no es sinónimo de la moralidad, de forma que decidir que algo es legal no significa que haya de ser obedecido, pues todo sistema de legalidad, como dice Hart, ha de estar sometido en última instancia al escrutinio moral.

Igualmente, de forma contraria podemos considerar que lo bueno es necesariamente legal, y que por tanto, lo malo debe ser ilegal, como por ejemplo que los vicios como la mezquindad, la codicia, la avaricia, la soberbia o la cobardía deben ser incluidas en los distintos Códigos Penales. No podemos igualar la moralidad a la legalidad pues esto sería prestarle un mal servicio a la moral como esfera de libertad individual. Con ello ponemos de manifiesto que existe una clara y nítida separación entre moral y derecho.

La moral tiene que ver con el ámbito de esfera privada y libertad de elección, mientras el derecho es un ordenamiento social coactivo y

Madrid, Alianza, 1968.); BENTHAM, Jeremy, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (1789); FULLER, L., *La moral del derecho*, (trad. Cast. De F. Navarro), Trillas, México, 1967; SINGER, P., *Ética práctica*, Ariel, Barcelona, 1984.

⁵ ZARAGOZA HUERTA, José, *Derechos Penitenciario Español*, (Prólogo de Carlos García Valdés), México, Ed. Lazcano, 2007; ZARAGOZA HUERTA, José, AGUILERA PORTALES, Rafael, NÚÑEZ TORRES, Michael, *Los derechos humanos*

heterónomo; pero esta demarcación conceptual no implica que ambas esferas estén totalmente desconectadas sino todo lo contrario.

El postulado de la separación radical entre moral, derecho y política que ha defendido el positivismo jurídico,⁶ pese a las ventajas en el plano metodológico, resulta irrealizable e inalcanzable en la praxis jurídica, política y judicial. De ahí, que surjan tendencias actualmente que traten de moralizar el derecho y la política para así superar esta separación dramática que nos ha llevado a un siglo de guerras, masacres y totalitarismos como en la anterior siglo recientemente pasado. Las lecturas formalistas estrictamente positivas y literales del derecho pueden conducirnos a graves injusticias sociales. Por consiguiente, los ámbitos moral, político y jurídico se encuentran entremezclados e indisolublemente unidos, como condición de posibilidad ineludible de resolución de nuestros problemas actuales. La crisis y devaluación de la esfera pública⁷ surge como consecuencia de la fuerte expansión y crecimiento de la sociedad de masas. Este modelo de sociedad actual ha desencadenado un crecimiento desmedido, no natural y desorbitado que ha invadido y propiciado la marginalidad de la esfera privada y pública. Dos esferas, que hoy por hoy, son incapaces de defenderse frente al excesivo auge de la cultura de masas. Con la irrupción y expansión del positivismo se ha producido una sustitución de la filosofía jurídica por lo que se denomina actualmente Teoría general del derecho, cuyo objeto de estudio es tratar de descubrir y reducir a sistemas aquellos conceptos que la ciencia jurídica⁸ no explica pero presupone siempre.

en la sociedad contemporánea, México, Editorial Lago, 2007.

⁶ BALLESTEROS, J., *Sobre el sentido del derecho. Introducción a la filosofía jurídica*, Tecnos, Madrid, 2001 (4º ed). *Vid.* Vidal Gil, Ernesto “Sumar y no restar”. Tres propuestas para conjugar el derecho, la moral y la política” en *Diálogo filosófico*, nº55, Enero/Abril, Madrid, 2003.

⁷ En la actualidad nos encontramos en momento de grave crisis de la esfera pública como producto de la fuerte expansión, crecimiento y primacía del “esfera laboral” y la “esfera tecnológica” consecuencia del advenimiento de la sociedad de masas. Véase el análisis de ARENDT, Hannah, *La condición humana*, Barcelona, Paidós, 1998; *Crisis de la República*, Madrid, Taurus, 1973. SENNETT R. *El declive del hombre público*. Barcelona, Península, 1978.

⁸ ROBLES MORCHON, G., *Introducción a la teoría del derecho*, Debate, 6º ed., Barcelona, 2003, p. 139.

2. Delimitación conceptual: ética, moral, derecho

Actualmente, no nos encontramos en un tiempo de grandes sistemas universales de ética. Parece que no es tiempo de teorías éticas bien fundada ni de lenguajes éticos consistentes, que fundamenten y consoliden, a su vez, la esencia de la ética. El giro lingüístico⁹ de la filosofía de hace un siglo se reveló casi tan fundamentalista (filosofía analítica y positivista), como el giro epistemológico de la modernidad (filosofía racionalista, Descartes, Leibniz, Pascal), nos encontramos en una momento de encrucijada y redefinición de la ética. Pero la pregunta fundamental es ¿a qué nos referimos en realidad cuando hablamos de ética?

En primer lugar, conviene precisar el contenido semántico de los términos, *moral*, *inmoral*, *amoral* que con demasiada frecuencia nos confunden y cotidianamente son mal utilizados. Lo contrario de moral no es inmoral, sino estar desmoralizado. Mantener la moral, tenerla elevada o fuerte significa tener la convicción de que nuestra suerte depende de buena parte de nosotros mismos y de nuestras decisiones. Como decía Ortega y Gasset:

Un hombre desmoralizado es simplemente, un hombre que no está en posesión de sí mismo, que está fuera de su radical autenticidad, y por ello no vive su vida, y por ello no crea, ni fecunda, ni hinche su destino.¹⁰

⁹ RORTY, Richard, *The Linguistic Turn. Recent Essays in Philosophical Method*. University of Chicago Press, Chicago, 1967.

¹⁰ Ortega y Gasset, J., *Obras completas*. Tomo IV. Madrid, p. 131. Sin lugar a dudas, Ortega y Gasset es el pensador más universal, que ha creado, hoy por hoy, la España contemporánea, y uno de los más grandes filósofos con mayor proyección internacional. Su obra filosófica, se mueve en las cumbres de Heidegger y de Bertrand Russell, y está construida con un riguroso edificio filosófico cuya espina dorsal, ya trazada desde su obra *El tema de nuestro tiempo* (1923), la doctrina de la vida humana como realidad radical, la nueva idea de razón -la *razón vital* y la *razón histórica*- que deriva de la comprensión de aquella realidad.

Por consiguiente, hablar de ética es hablar de sufrimientos, exigencias e inquietudes humanas como intento de superación personal y colectiva de los individuos concretos.

En consecuencia, moral, política y derecho son ámbitos diferentes en algunos aspectos, pero en la realidad no se encuentran totalmente separados o inconexos. Arthur Kauffman nos habla de una relación dialéctica y analógica al mismo tiempo, y dicha relación presupone un tercero en el que coinciden los dos fenómenos a comparar y diferenciar, un *tertium comparationis* material. “El tertium comparationis de la relación entre el Derecho y la Moral es el Hombre como persona.”¹¹

3. Bases antropológicas de la conducta moral, política y jurídica

La pregunta por el sentido y finalidad del derecho nos conduce ineludiblemente hacia la búsqueda de los fundamentos antropológicos de la conducta humana. Las normas jurídicas y morales existen sólo porque el hombre establece relaciones sociales. El ser humano como presupuesto, fundamento y sujeto de todo ordenamiento jurídico, político y moral está orientado hacia el reconocimiento, respeto y protección de sus derechos humanos. En este sentido, Radbruch tiene razón cuando afirma: “El Derecho sirve a la Moral. No mediante las obligaciones jurídicas que impone, sino a través de los derechos que garantiza.”¹²

La filosofía jurídica comienza a indagar el sentido y validez del derecho desde la antropología filosófica en relación a los datos existenciales del ser del hombre, como los problemas de la libertad, voluntad, alteridad, dignidad y temporalidad. Los problemas de la antropología jurídica¹³ nos remiten hacia otras ramas de la antropología como la filosófica, física y socio-cultural. Sin lugar a dudas, la

¹¹ KAUFFMAN, Arthur, *Derecho, moral e historicidad*, Madrid, Editorial Marcial Pons, 2000.

¹² RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, p. 139.

¹³ LÓPEZ CALERA, Nicolás María, “Antropología y filosofía del derecho,” en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Universidad de Granada, nº 4, 1964, pp. 51-98. p. 52.

importancia de la antropología desborda otros conocimientos y disciplinas porque manifiesta la pregunta por el ser del hombre, es decir, el momento decisivo en el cual el hombre se vuelve sobre sí mismo, hacia su esencia como realidad radical, singular y concreta.

La pregunta por la condición humana es un problema fundamental de la filosofía en general y, específicamente, de la antropología filosófica en particular. La filosofía tiene una honda raíz antropológica no surge del lujo, capricho o deporte sino que responde a una de las exigencias más acuciantes del ser humano para situarse ante sí mismo y ante lo que le rodea. El hombre es el único ser vivo que se cuestiona y problematiza así mismo a diferencia del resto de los animales, es decir, que se pregunta por su esencia, naturaleza o condición humana.¹⁴ El ser humano tiene afán de conocerse como constante búsqueda de sí mismo. El lema socrático “*conócete a ti mismo*” expresa el intento de autocomprensión fundamental humana. De este modo, la pregunta por el ser del hombre se convierte en la pregunta más inquietante, la más exigente y absoluta de la indagación e investigación filosófica. La filosofía se convierte así en antropología y toda filosofía del derecho, en último instancia, gira necesaria e ineludiblemente sobre la concepción antropológica del ser humano.

El hombre no puede escapar de sus propios logros y conquistas, no le queda más remedio que adoptar las condiciones de su propia vida, ya que no vive en un puro universo físico (*medio ecológico-natural*) sino en un universo simbólico¹⁵ (*medio socio-cultural*). El lenguaje, la política, el mito, el arte, la religión, el derecho y la moral constituyen partes de este universo intersubjetivo, forman los diversos hilos que tejen la red simbólica de la experiencia humana, una urdimbre complicada, sofisticada y compleja.

Hoy por hoy, la cultura es nuestra forma principal de adaptación biológica, no la anatomía ni la biología o la genética. El hombre

¹⁴ GEERTZ, Clifford, *Tras los hechos. Dos paisajes, cuatro décadas y un antropólogo*, Paidós, Barcelona, 1966.

¹⁵ GEERTZ, Clifford, *El surgimiento de la antropología postmoderna*. México, Gedisa, 1991; *La interpretación de las culturas*. Barcelona, Gedisa, 1995.

sale de su nicho ecológico, su habitat natural y crea un nuevo medio más abierto, complejo y poderoso: el medio sociocultural. Un medio en constante y permanente cambio, que exige una constante adaptación o ajustamiento del ser humano. De esta forma, la cultura se convierte en el método de adaptación más eficaz y poderoso que tiene el ser humano a su medio, mucho mayor que la herencia biológica.

El hombre ha transitado del universo físico al universo simbólico. El hombre es, por tanto, un ser abierto, animal proteico, maleable y simbólico.¹⁶ El ser humano no nace cerrado al mundo e independiente de él, sino que su estructura básica es de apertura y organización del mundo desde esta apertura: su estructura es *intencional*. En este sentido, el hombre es un ser constituyente, es decir, capaz de dotar de sentido objetivo al mundo y de autodeterminarse a sí mismo. Y en esto, reside la libertad humana, como la capacidad de autodeterminación o autoprogramación.

El filósofo Ortega y Gasset parte de una concepción raciovitalista, cada hombre tiene que proyectar y decidir qué va a hacer. La vida es constante quehacer y proyección hacia el futuro. La realidad radical, primaria, absoluta es la vida, todo lo demás es secundario, genérico y derivado de la vida de cada uno.

Lo primero que ha de hacer la filosofía, es definir este dato, lo que es *mi vida, nuestra vida*, la de cada cual. Vivir es el modo de ser radical: todo lo demás lo encontramos en ella. La vida es intransferible, irrepetible, singular y única. *La vida nos es dada, mejor dicho, nos es arrojada o somos arrojada a ella, pero eso que no es dado, la vida es un problema que necesitamos resolver nosotros.*¹⁷

Ante el naufragio que implica nuestra vida, ésta se ve obligada a acudir a la razón para bracear y salir adelante. La vida necesita de la seguridad que le brinda la razón de forma que a la razón pura le sucede la razón dramática, una razón más vital.

¹⁶ CASSIRER, Ernst, *Antropología filosófica*, Fondo de Cultura Económica, México, 1975.

¹⁷ ORTEGA y GASSET, J., *Lecciones de metafísica*, Alianza Editorial, Madrid, p. 24.

El punto de partida de la filosofía, según Ortega y Gasset, no es ni el mundo exterior, ni la conciencia individual solar. La realidad radical es nuestra vida,¹⁸ interpretada como coexistencia del yo con el mundo. *Yo soy yo y mi circunstancia, y si no la salvo a ella no me salvo yo*. Ortega entiende el conjunto de cosas referidas a mí, las cosas me asedian, interpela y constituyen un repertorio de posibilidades. *Circum-stare* significa “estar alrededor de”. En nuestra existencia, las cosas están *sub specie circumstanciarum*, nos instan, nos obligan a actuar. La cultura es pues, el cultivo de la circunstancia, de lo cercano, es decir, de la vida. La cultura¹⁹ orienta, organiza y encauza la vida, porque detrás de ella está la experiencia cotidiana. La cultura da sentido a la vida y esta forma de proporcionar sentido a la vida es el único modo de salvar la circunstancia.

La moral está, por tanto, inscrita en la vida humana como *modus operandi* de nuestra vida personal y colectiva. El ser humano ha de elegir normas y modelos de comportamiento conforme decidimos realizar y proyectar nuestra vida. De este modo, Ortega, Zubiri, Aranguren expresaban que la ética es energía, fuerza, impulso, proyecto de vida, quehacer humano.

Pero, sin duda, Xavier Zubiri es el pensador universal que nos proporciona magistralmente las bases antropológicas de la experiencia moral, política y jurídica del ser humano. Como él nos dice: “*la vida humana es autoposesión*. Y esta autoposesión es la esencia de la biografía: un proceso de autoposesión de su propia realidad.”²⁰ Yo soy una realidad “propia”, soy “mi mismo” o “mismidad”. La mismidad apunta a este momento de propiedad sobre nosotros mismos. El ser humano no es sólo realidad psicobiológica, sino también realidad personal y, por tanto, realidad constitutivamente moral. Y soy persona cuando me poseo en profundidad, cuando me tengo a mí mismo, cuando me pertenezco a mí mismo. Y en esto, consiste la felicidad humana en constante e incansable auto posesión,²¹ autobúsqueda, autoapropiación.

¹⁸ ORTEGA y GASSET, J., *El tema de nuestro tiempo*. Alianza Editorial, Madrid,

¹⁹ ORTEGA y GASSET, J., *¿Qué es filosofía?* Alianza Editorial, Madrid, 1982.

²⁰ ZUBIRI, X., *Sobre el hombre*, Alianza, Madrid, 1986, p. 15.

²¹ *Ibid.*, p. 18.

“La realidad del hombre sólo es realidad realizándose, el ser del hombre sólo es siendo. Mi personalidad, entonces, no es la sucesión de distintas figuras de ser, sino la figura temporal, procesual y concreta, de mi ser sustantivo... Vivir es poseerse, autopertenecerse realmente como realidad. Por ello, el hombre es una realidad moral, porque tiene que hacerse a sí mismo, determinando físicamente lo que va a ser de él por apropiación, esto es, por un hacer propio lo que no le es dado naturalmente.”²²

La ética tiene que ver, por tanto, con la felicidad expresada como autoposesión y la felicidad es el bien último del hombre. El caso opuesto, es el hombre que no busca la felicidad, porque ha renunciado a plenificarse, a realizarse, es aquel que está des-moralizado. *“Está desmoralizado porque no se apropia las posibilidades que podía apropiarse. Cuando está en esa condición, se encuentra como aplastado y retrotraído a su pura condición natural.”*²³ En el mismo sentido, Max Scheler nos hablaba del hombre como *“esencia vital con capacidad espiritual”*, no es “un ser inmóvil, no es un hecho, sino una posible dirección del proceso y, al mismo tiempo, para su esencia natural, una tarea brillante”²⁴

El concepto de “moral” como conjunto de leyes o normas tiene un origen remoto bíblico. En el Antiguo Testamento, la vida buena es la que se vive conforme las leyes de la voluntad de Dios. El cumplimiento de la *Toráh* (ley divina) es decisivo en el judaísmo. El cristianismo proclamó universalizando que las leyes de Dios son aplicables a todo el mundo por igual; pero, sin lugar a dudas, Gre-

²² Ellacuría, Ignacio, *Filosofía de la realidad histórica*, Madrid, Trotta, p.167. Ignacio Ellacuría fue un discípulo destacado de Zubiri, rector de la UCA, jesuita español, un intelectual comprometido, que no permaneció pasivo ante la realidad de injusticia, opresión e impunidad vivida en el país centroamericano. Ellacuría entregó su vida en El Salvador al igual que Monseñor Romero, Gerardi y otros. Su filosofía fue una filosofía liberadora entregada a la lucha por la justicia de un pueblo como imperativo filosófico y ético. En este sentido, el doctor Ellacuría descubre en el pensamiento de Zubiri una filosofía que responde mejor al dinamismo de la realidad moral y política del ser humano.

²³ ZUBIRI, X., *op. cit.* p.144.

²⁴ Scheler, *Philosophische Weltanschauung*, 1954 (Dalp-Taschenbücher 301).

cia²⁵ sigue siendo acicate y piedra de toque para los intelectuales. Grecia siendo el tesoro profundo de la vieja Europa y, probablemente, el tesoro mayor de la historia occidental. En este sentido, considero que lo griego vive dentro de nosotros, está en nosotros. No como un ideal sobre el que se proyecta toda nuestra cultura europea para ser admirado con suma beatería,²⁶ sino como germen naciente de donde emana, crece y se vierte toda nuestra cultura occidental.

Toda nuestra cultura occidental tiene innegables raíces en la tradición judeo-cristiana²⁷ y la tradición greco-romana. La dimensión moral, jurídica y política en el mundo griego se encontraban indisolublemente unidas, más tarde con la entrada del cristianismo se producirá una drástica y radical separación entre ellas con el consiguiente repliegue hacia la vida privada y una reducción de lo ético entendido como algo estrictamente individual.

La ética, de este modo, se propone un elevado objetivo moral – es decir- hacer objetivamente mejores a los hombres. Helvecio decía: *La moral es una ciencia frívola si no se une a la política*. Desde este

²⁵ Vid. RODRIGUEZ ANDRADOS, F., *Ilustración y política en la Grecia clásica*, Biblioteca de política y sociología, Rev. de Occidente, Madrid, 1966. LLAMBIAS DE AZAVEDO, J., *El pensamiento del derecho y del Estado en la antigüedad*, librería jurídica, Buenos Aires, 1956; BLOOM, Allan, *The Republic of Plato*, Nueva York, Basic Books, 1968.

²⁶ Sin duda, ha existido históricamente una beatería superficial y banal de lo griego. El propio Hegel afirmaba que el contacto con las obras de la Antigüedad clásica constituía para el espíritu una especie de “bautismo profano” que dejaba una impronta en el desarrollo posterior del gusto y la ciencia. HEGEL, *Fenomenología del Espíritu*, FCE, México, 1993. Véase también el excelente trabajo de SMITH STEVEN, B.: *Hegel's critique of liberalism: Rights in context*, University of Chicago, 1989, (trad. Cast.) *Hegel y el liberalismo político*, Ediciones Coyoacán, México, 2003.

²⁷ Concretamente, en el pasaje del Evangelio de San Juan apreciamos una clara influencia de la filosofía griega. En un principio era el *logos*, la palabra, el lenguaje, el discurso. Nuestra cultura occidental está cimentada sobre dos grandes pilares, la tradición griega de la que recibimos la filosofía y la ciencia, y la tradición judeo-cristiana, de la que recibimos una confianza y una fidelidad hacia el lenguaje. Para ampliar del tema consultar mi estudio AGUILERA PORTALES, Rafael, “El horizonte ético-político en el pensamiento de Nietzsche” en CASTILLA, Antonio, *Nietzsche y el espíritu de ligereza*, Editorial Plaza y Valdés, México, 2006.

punto de vista, la ética es personal y social. Lo personal y lo social son primarios e inseparables en la ética. La ética configura un espacio de encuentro y diálogo constante entre el espacio privado y el espacio público.²⁸ Históricamente, el cristianismo desplazó la moral al ámbito exclusivo de comportamiento privado e individual, un repliegue hacia el individuo que desdeñaba el ámbito público.

Normalmente entendemos por *ética*, una disciplina filosófica que reflexiona sobre el hecho moral, en consecuencia, una instancia última legitimadora de lo que hacemos, una instancia fundamentadora del *hecho moral*’.²⁹ En este sentido, la denominamos filosofía moral o filosofía práctica y, en este aspecto, podemos decir que la ética es más especulativa y reflexiva, mientras que la moral es el conjunto de normas o preceptos morales de una determinada comunidad o sociedad. La ética tiene que dar razón filosófica de la moral, justificar racionalmente y teóricamente por qué hay moral o debe haberla. El *ethos* se ocupa de la actividad vital del hombre y su inevitable tendencia a la felicidad. En ética lo que importa es la vida feliz tanto individual como colectiva.

El propósito ético es fundamentar racionalmente la acción que elegimos dotándole significación, proporcionándole sentido y finalidad a nuestro querer. Por fundamento ético debemos entender la capacidad de darnos cuenta de lo que hemos elegido y por qué lo hemos elegido.

En resumen, tres grandes preguntas conforman el campo de la ética como filosofía práctica.³⁰ La pregunta por la felicidad de la que se ocupa la *filosofía moral*. La pregunta por la justicia cuyo objeto de reflexión se encarga la *filosofía jurídica o del derecho*; y la pregunta por la legitimidad del poder que se ocupa la *filosofía política*. El universo de discurso de la ética no es solamente la felicidad indivi-

²⁸ ARANGUREN, J. L., *Ética y política*, Orbis, Madrid, 1985.

²⁹ RUBIO CARRACEDO, J., *Ética constructiva y autonomía personal*, Tecnos, Madrid, 1992.

³⁰ CAMPS, V., “La universalidad ética y sus enemigos”, en *Universalidad y diferencia*, (eds. S. Giner y R. Scartezzini). Alianza, Madrid, 1996; CORTINA, A., *La moral del camaleón*, Madrid, España, 1991.

dual, sino también la felicidad colectiva, que incluye a la individual. Por tanto, la ética ha de superar la separación entre moral pública y moral privada, pues éstas se encuentran entrelazadas mutuamente en la persona humana. La ética es individual y pública al mismo tiempo. Una ética privada e individual no basta ni es suficiente para la construcción de orden social justo. La ética³¹, por tanto, es una demanda, una búsqueda, una exigencia, mientras que la política se caracteriza por un orden, una organización, un conjunto de acciones, medios e instrumentos que se ponen en pie para construir esos ideales y llevarlos a cabo. En la ética lo personal y lo social son insolublemente primarios e inseparables.

La Ética³² se articula tanto desde la *ética de la alteridad* (sociedad civil) como desde la *ética de la aliedad* (sociedad política). La *ética de la alteridad* se ocupa de las relaciones interpersonales que los individuos mantienen unos con otros, es decir, relaciones entre un *ego* y un *alter* (su pareja, sus amigos, un miembro de la familia, compañeros de trabajo,...). Mientras que la *ética de la aliedad*, según el profesor Aranguren, se ocupa de las relaciones impersonales, o relaciones *ego-alius* (relaciones institucionales, relaciones entre ciudadanos). La primera tiene que ver con la ética privada, mientras que la segunda atiende principalmente a la ética pública o política.

En sentido amplio, “*moral*” indica todos los valores, principios y normas no jurídicas, o extrajurídicas, “existen muchos tipos de reglas y estándares sociales que se encuentran fuera del sistema jurídico; sólo de alguno de ellos se habla en términos de moral, no obstante el hecho de que algunos teóricos del derecho hayan usado el término moral para designar todas las normas no-jurídicas.”³³

En toda sociedad existe un derecho que es vivido por la mayoría de ciudadanos y poderes, podemos decir que se trata de un derecho

³¹ ARANGUREN, José Luis, *Ética y Política*, Ed. Guadarrama, Madrid, 1963.

³² MUGUERZA, Javier, Ciudadanía: Individuo y comunidad (una aproximación desde la ética política” en RUBIO CARRACEDO, J., ROSALES, J.M., TOSCANO MÉNDEZ, M., (eds.) *Retos pendientes en ética y política*, Contrastes, suplemento 5, Málaga, 2000, pp. 17-26.

³³ Cfr. H.L. HART, *The Concept of Law... op. cit.*, p. 170.

histórico. El derecho vigente o positivo es un conjunto de normas de conducta, cuyas normas son competencia regularmente cumplidas y experimentadas como vinculantes, y que tienen por objeto regular el una determinada organización en la vida social. El derecho es una realidad compleja, polivalente y amplia, que no se puede identificar exclusivamente con normas jurídicas, sino que también la integran costumbres con pretensión de obligatoriedad, principios generales del ordenamiento jurídico, valores morales, como otras fuentes del derecho. El derecho es una regulación altamente sofisticada, estructurada y especializada de la vida social conforme a ciertos principios de justicia, a la vez, que una forma de control social de toda sociedad desarrollada.

El derecho posee una clara triple dimensionalidad³⁴ constituida por normas (dimensión normativa), hechos sociales (dimensión sociológica), valores (dimensión filosófica). En este sentido, el derecho es portador de valores normativos, axiológicos y políticos superiores³⁵ como la justicia, igualdad, libertad, pluralismo. El gran jurista y filósofo español Luís Legaz y Lacambra concibe el derecho como: “una forma de vida social en la cual se realiza un punto de vista sobre la justicia, que delimita la respectivas esferas de licitud y deber mediante un sistema de legalidad, dotado de valor autárquico.”³⁶

³⁴ La teoría de la tridimensionalidad del derecho la podemos encontrar en pensadores cercanos y similares como L. Legaz y Lacambra, L. Recasens Fiches, E. García Maynez, C. Cossio, J. Kunz, L. Bagolini, J. M. Trigeaud o A. Sanchez de la Torre, Miguel Reale. Según todos ellos, el derecho es una integración normativa de hechos según valores fundamentales. Vid. M. REALE, *Teoría tridimensional do Directo*, Saravia, 5º ed., Sao Paolo, 1994.

³⁵ PECES-BARBA, G., *Los valores superiores*, Madrid, Tecnos, 1984; LAPORTA, F., “El principio de igualdad: introducción a su análisis”, en *Sistema*, nº 67, 1985, pp. 3-31; Para profundizar más sobre el tema véase AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique, “La igualdad como valor normativo, axiológico y político fundamental” en FIGUERUELO, Ángela, *¿Igualdad ¿para qué?*, Editorial Comares, Granada, 2007, pp. 15-49.

³⁶ LEGAZ y LACAMBRA, Luís, “La triple misión de la filosofía del derecho”, en *Revista da Faculta de Directo*, Lisboa, 1949; LEGAZ y LACAMBRA, Luis, *Filosofía del derecho*. Edit. Bosch. Barcelona, 1972.

El profesor Legaz y Lacambra defiende una realidad jurídica con una estructura más amplia que la contemplada ciencia jurídica moderna positivista, formalista y normativista. Para el filósofo español los elementos fundamentales que integran la estructura del Derecho no son solo las normas sino también son las realidades sociales y las valoraciones axiológicas que sobre ellas se realizan. Desde esta definición breve y sencilla decir que:

El Derecho consiste en un orden (conjunto de normas) regulador de conductas sociales humanas que pretende la realización efectiva de determinados valores en la sociedad.³⁷

Esta definición aglutina y reúne los tres elementos que constituyen la realidad compleja del derecho, el elemento normativo, el elemento de alteridad o socializador y el elemento axiológico-valorativo.

Históricamente, algunos juristas eminentes han advertido que la ciencia jurídica no se basta por sí sola para explicar los cimientos, fundamentos y bases metodológicas que subyacen a ella, ni tampoco los valores superiores que están encarnados en ella, que son precisamente los que le dan sentido y finalidad. Esta conciencia de incompletud metodológica y estimativa de la ciencia del derecho ha generado una prolija e interesante reflexión filosófica sobre el derecho. Y, consiguientemente, podemos advertir dos partes fundamentales de la filosofía jurídica:

(...) la fundación de la *Teoría general o fundamental del Derecho* para aclarar los conceptos básicos que constituyen la cimentación de la toda realidad jurídica, así como también de toda ciencia jurídica; y el restablecimiento de la problemática *estimativa o axiológica* del Derecho.³⁸

Por consiguiente, no debe existir ruptura ni separación drástica entre los elementos valorativos y axiológicos, los elementos socio-

³⁷ DE CASTRO CID, B., “Moral y derecho”, en *Lecciones de teoría del derecho y derecho natural* (A. Fernández-Galiano y B. de Castro Cid), 1999.

³⁸ RECASENS SICHES, Luis, *Filosofía del derecho*, Editorial Porrúa, México, 1965.

lógicos y los propiamente jurídicos-normativos,³⁹ sino que estos tres niveles se necesitan mutuamente pues constituyen la realidad compleja del derecho.

4. Evolución histórica de la triada compleja: derecho, moral y política

A lo largo de la historia, la esfera jurídica, moral y política han aparecido como tres ámbitos de la normatividad general que regulan la vida individual, social y política. Sin embargo, su distinción tiene apenas un origen muy reciente a inicios de la modernidad. Durante largos siglos, en las sociedades antiguas y tradicionales predominó una indistinción total o casi total entre moral, política y derecho. No obstante, debemos precisar que históricamente estos códigos normativos aparecieron históricamente como ámbitos mezclados, confundidos y entrecruzados. En sociedades teocráticas donde imperaba el modelo de pensamiento religioso no existía diferencia alguna entre la norma jurídica, religiosa o moral.

Con el mundo griego y, posteriormente, con los juristas romanos encontramos una acabada formulación de cierta autonomía del ámbito del derecho como modo de regulación de la vida social, aunque no existe un planteamiento teórico concluyente sobre la distinción entre derecho y moral. El derecho romano era un cuerpo técnico de normas y criterios, adaptable a culturas totalmente distintas, ajeno a ideologías fluctuantes y alejadas de arbitrariedad e impunidad. Un cuerpo objetivo de normas que fueron sistematizando una larga tradición de jurisprudencia a partir de principios. El ordenamiento jurídico romano⁴⁰ pretende configurar una ciencia jurídica precisa, clara y distinta. La ley romana se deslinda, por tanto,

³⁹ DÍAZ, Elías, *Sociología y filosofía del derecho*, Taurus, Madrid, 1999, p. 62. Usando la tradicional dicotomía entre cuestiones de hecho y cuestiones de valor, llamaremos a las cuestiones de hecho a nuestro problema cuestiones de *legitimación*, y a las cuestiones de valor las llamaremos cuestiones de *legitimidad*. *Vid.* LAPORTA, Francisco, *Entre el derecho y la moral*, Fontamara, México, 2000. p.74.

⁴⁰ *Vid.* RUIZ MIGUEL, Alfonso, *Una filosofía del derecho en modelos históricos: de la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*, Trotta, Madrid, 2000.

de los vaivenes, fluctuaciones y cambios políticos, las voluntades de los distintos gobiernos de distintos signo, la mera costumbre, los usos sociales o moralidad pública y las interpretaciones arbitrarias de los juzgadores. He aquí su enorme y gran legado jurídico al derecho moderno.

El cristianismo interiorizó la contraposición entre fuero interno (moral) y fuero externo (derecho)⁴¹, de este modo, identificó la moral como regla de la conciencia y juridificando la moral de la conducta humana en la tríada normativa que representaba en el terreno jurídico la ley eterna, la ley natural y la ley positiva.

La modernidad quebró la unidad religiosa y política de toda Europa con las consiguientes rupturas, convulsiones y guerras que abonaron el terreno para una mayor autonomía de la esfera jurídica respecto a la moral convirtiéndola en una esfera ética neutral como presupuesto lógico de una sociedad abierta.⁴²

La modernidad jurídica con un proceso paulatino de racionalización y secularización fue consolidando la diferenciación entre las normas de eran impuestas por los gobernantes (normas jurídicas y políticas) y la regulación tradicional (de carácter predominantemente religioso-moral). Hasta ya avanzada la modernidad, la distinción teórica entre derecho y moral,⁴³ no sólo se consolidó, sino que fue explícitamente formalizada dentro de los siglos XVII y XVIII, gracias al esfuerzo teórico que, tras la huella de Puffendorf, desarrollaron Tomasio y Kant.

1º) La obra de Puffendorf se impregna de un decidido talante iuspositivista deudor del voluntarismo jurídico hobbesiano.

2º) Depura la teoría de la interpretación expuesta por Hugo Grocio de la idea de mandato y auto-obligación.

⁴¹ PECES BARBA, G., *Introducción a la filosofía del derecho*, Ed. Debate, Madrid, 1983.

⁴² ARA PINILLA, I.: “Derecho y moral”, en *Teoría del derecho*, 1996, p. 134; ARA PINILLA, Ignacio, *Las transformaciones de los derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1990.

⁴³ TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Historia de la filosofía del derecho y del Estado* (del Renacimiento a Kant), vol. 2, Biblioteca de la Revista de Occidente, Madrid, 1975.

3º) Se perfila la autonomía de lo jurídico (reino exterior) frente a la moral (reino del interior).

4º) El método hermenéutico fija procedimientos adecuados para alcanzar una interpretación objetiva, esto es, universalmente necesaria y verdadera, que respondan a una seguridad jurídica.

Con el inicio de la modernidad encontramos un giro epistemológico y metodológico radical de tipo racionalista (*iusnaturalismo racionalista*) que conducirá más tarde hacia implantación del paradigma formalista y declarará la autonomía del derecho frente a la religión o la moral. La *seguridad jurídica del burgués*⁴⁴ será objetivo fundamental del derecho moderno. El burgués espera ser juzgado únicamente por sus acciones externas; sólo de acuerdo con la medida que fijen las leyes imparciales del Estado no la moralidad de un determinado grupo social. Con la revolución científica del siglo XVI se enfatizó la dicotomía entre lo físico y lo moral (verdades de hecho y verdades de razón, juicios de hecho y juicios de valor), que más tarde se transforma en la demarcación entre ser y deber ser, ser y valores. En base a esta distinción, Kant distinguirá más tarde entre uso de la razón pura o teórica (ámbito de investigación científica y filosófica) y el ámbito del uso de la razón práctica (el ámbito de la investigación moral y jurídica).⁴⁵

En un contexto de guerras de religiones y fuertes convulsiones políticas en toda Europa, Thomasius formula en su obra *Fundamenta iuris naturae et gentium* (1705) la diferencia entre *iustum* y *honestum* que posteriormente desembocará en la distinción kantiana entre *forum internum* y *forum externum*, esta demarcación pretende “deslegalizar” la moral, pues la modernidad pretende reconocer la

⁴⁴ CALVO GARCÍA, Manuel, *Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica*, Tecnos, 1994; CALVO GARCÍA, Manuel, *Metodología jurídica*, Tecnos, Madrid, 1999.

⁴⁵ KANT, Emmanuel, *Crítica a la razón pura*, (traducción, prólogo, notas e índices de Pedro Ribas), Alfaguara, Madrid, 1978; CORTINA, A., “El Comunitarismo universalista de la filosofía kantiana”, en *Moral, derecho y política* en Immanuel Kant, coord., J. Carvajal, Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha, 1999, pp. 241-251.

libertad religiosa, de pensamiento y conciencia a los distintos ciudadanos. La separación entre moral y derecho en el pensamiento de Christian Tomasio implica una separación más radical entre el derecho natural y el derecho divino, la filosofía y la teología, la razón y la fe. El derecho divino queda reducido exclusivamente a la interioridad del sujeto, mientras el derecho natural se encuentra regido por la razón que descarta todo precepto religioso. La razón se convierte en la instancia absoluta que sustituye a la religión. El derecho natural, según Tomasio, se fundamenta en la naturaleza humana, por lo que define la ley natural como: “ley divina inscrita en los corazones de todos los hombres, que les obliga a hacer aquello que necesariamente conviene a la naturaleza racional humana y a omitir lo que repugna a ésta.”⁴⁶

La conducta del hombre está regulada, para Tomasio, por tres disciplinas: la *ética* (usos sociales), la *política* (reglas políticas) y la *jurisprudencia* (el derecho), pero de tal suerte separadas que cada una de ellas afecta a un tipo específico de conductas.

- el principio de la *ética* es lo *honestum*, su precepto fundamental es “*lo que quieras que otros hagan para sí mismo, hazlo tú para ti*”
- el principio de la *política* es lo *decorum*, su precepto fundamental es “*lo que quiera que otros hagan contigo, hazlo tú con ellos*”.
- el principio de la *jurisprudencia* es lo *iustum*, su precepto fundamental es “*no hagas a otros lo que no quieras que te hagan a ti*”.

Los preceptos fundamentales de la moral, la política y el derecho difieren notablemente en que en el primero se alude a una conducta del sujeto aislado de los demás, mientras que el precepto

⁴⁶ THOMASIIUS, Christian, *Fundamentos de derecho natural y de gentes*, (estudio preliminar Juan José Gil Gremades, trad. Salvador Rus Rufino y M^a Asunción Sánchez), Tecnos, Madrid, 1994, p. 128. La obra de Tomasio posee un carácter pragmático, donde la utilidad se impone como finalidad de la acción humana. La finalidad de todo saber es la eliminación de la intolerancia y el ejercicio de pensamiento. Tomasio continúa la obra secularizadora de los pensadores alemanes iniciada por Puffendorf, que después completará Cristian Wolf.

jurídico se refiere a la actuación del hombre en relación con sus semejantes.

El mundo moral de Tomasio vendría representado por una pluralidad de esferas inconexas entre sí, en la que los sujetos estarían enclaustrados, ateniéndose únicamente a acciones realizadas consigo mismo (lo que quieras que otros hagan para sí mismos, hazlo tú para ti), en tanto que el mundo jurídico⁴⁷ estaría constituido por esferas conectadas o relacionadas las unas con las otras.

La tesis de Tomasio fue recogida posteriormente por Kant con el resultado de conducir hacia una separación entre derecho y moral. Por ello encontramos en Kant, el pensamiento más completo y acabado sobre la distinción entre derecho y moral. Según Kant, la libertad humana se rige por leyes morales⁴⁸, porque se dirigen a regular su comportamiento; las leyes morales que regulan el comportamiento externo de los hombres son leyes jurídicas. De esta forma, las leyes jurídicas se ocupan del ámbito externo de la conducta humana y las morales, en general, del interno, de forma tal, que tenemos dos ordenes normativos distintos por su esfera de acción pero ocupados, ambos, de la conducta humana. El derecho se fija en la acción exterior y a partir de ahí puede obligar, mientras que la Moral se fija sólo en el carácter interno, donde es inaccesible cualquier coacción.

La teoría iusfilosófica kantiana es en realidad una doctrina general de los deberes, donde se distinguen dos tipos de deberes: los deberes jurídicos “para los que es posible una legislación exterior” (*ámbito heterónomo*), y los deberes de la virtud “para los que es imposible una tal legislación” (*ámbito autónomo*)⁴⁹. El derecho le basta

⁴⁷ TRUYOL SERRA, *Historia de la filosofía del derecho y del Estado*, vol. 2, 3º ed., Madrid, 1988, pp. 272-275; FASSÓ, Guido, *Historia de la filosofía del derecho*, vol. 2, 2º ed., Madrid, 1981, pp. 167-173.

⁴⁸ KANT, E., *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Madrid, Espasa-Calpe, 1988.

⁴⁹ KANT, I., *Die Metaphysik der Sitten*, (trad. Cast.) Kant, I., *Metafísica de las costumbres*, trad. Cast. A. Cortina y J. Conill, Tecnos, 1994, (2º ed.); LLANO ALONSO, Fernando H., *El humanismo cosmopolita de Immanuel Kant*, Instituto de Derecho Humanos “Bartolomé de las Casas, Dykinson, Madrid, 2002.

con la *legalidad*, es decir con el cumplimiento externo, mientras que la Moral exige el cumplimiento del deber por el sólo sentido del deber, es decir, por la *moralidad*.

En este sentido, Kant está partiendo de la distinción entre leyes morales y leyes jurídicas conforme al criterio interioridad/exterioridad. Sin embargo, Kant profundiza mucho más que Thomasio en esta diferenciación. Al contrario que para este último autor, para Kant toda legislación tiene dos elementos: uno objetivo (la representación necesaria de la acción que debe realizarse); precisamente, en comparación con lo dicho por Thomasio (para quien la ley únicamente tiene un elemento objetivo)

“El Derecho es el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio de otro según una ley universal de la libertad”.⁵⁰

El filósofo de Königsberg estableció la distinción clara de un uso teórico y práctico de la razón.⁵¹ Ante la pregunta ¿Qué puedo conocer del mundo? (uso teórico de la razón) ¿Cómo debo actuar en el mundo? (uso práctico de la razón). La filosofía práctica kantiana,⁵² o mejor dicho la filosofía moral, política y jurídica, no son un saber doctrinario, ideológico o programático, sino un saber crítico y autónomo sobre los fundamentos de nuestro conocimiento y praxis en el mundo.

⁵⁰ KANT, I., *Die Metaphysik der Sitten*, (trad. Cast.) KANT, I., *Metafísica de las costumbres*, (trad. Cast. A. Cortina y J. Conill), Tecnos, 1994, (2ª ed.), p.230. TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Historia de la filosofía del derecho y del Estado* (del Renacimiento a Kant), vol. II Biblioteca de la Revista de Occidente, Madrid, 1975; HABERMAS, J., “La idea kantiana de paz perpetua” en *La inclusión del otro (Estudios de teoría política)*, Barcelona, Paidós, 1999, HÄBERLE, Peter, *El federalismo y el regionalismo como forma estructural del Estado Constitucional*, México, UNAM, pp.25-130.

⁵¹ KANT, *Crítica a la razón pura*, (traducción, prólogo, notas e índices de Pedro Ribas), Alfaguara, Madrid, 1978. Véase también el trabajo CORTINA, A., “La calidad moral del principio ético de la universalización”, *Sistema*, nº77, Marzo, 1987, pp. 111-120.

⁵² *La metafísica de las costumbres* es en realidad una doctrina sobre los deberes donde distingue entre dos tipos: deberes jurídicos (derecho) y deberes de la virtud (moral), para Kant “metafísica” significa “conocimiento a priori”, es decir, un conocimiento derivado de al razón pura e independiente de la experiencia y todo elemento sen-

Lo primero que podemos apreciar cuando abordamos estos dos ámbitos normativos es el gran arsenal conceptual común que ambas nos proporcionan. En efecto, nociones básicas como deber, responsabilidad, obligación, contrato,... integran el lenguaje común del derecho y la moral. Sin embargo, el derecho y la moral no se proyectan sobre idénticos campos de acción y actuación. El análisis de la relación entre derecho y moral puede asumir la forma de integración y coherencia como la relación de conflicto y tensión permanente.

En el marco de la relación existente entre ciencia jurídica y filosofía jurídica podemos afirmar que el jurista cuando hace ciencia jurídica parte aún sin saberlo de una determinada concepción explícita e implícita del derecho, por tanto, hace uso del saber filosófico-jurídico⁵³. Una primera e importante función de la filosofía del derecho consiste explicar los supuestos conceptuales y metodológicos necesarios para que el jurista proceda con pleno conocimiento de causa y para aclarar el sentido de su actividad. Como expresa Legaz y Lacambra: “Cuanto más contacto con el saber científico tenga un filósofo, tanto más sólida y eficaz será su filosofía”⁵⁴

En el momento actual podemos distinguir siguiendo la magnífica exposición del profesor Pérez Luño cuatro modelos de articulación de las relaciones entre derecho, moral y política:⁵⁵ 1º. Separación radical e independiente del positivismo extremo cuyo exponente máximo es Kelsen; 2º. Separación relativa representado por una pirámide en cuya cúspide estaría la moral como criterio legitimador de la política y representa el positivismo moderado de Hart 3º. El modelo de integración absoluta inmutables y eternos protagonizado por el iusnaturalismo radical y extremo 4º. El mode-

sible. Véase también HABERMAS, J., *El discurso de la modernidad*. Taurus, Madrid, 1983; KRIELE, M., *Liberación e ilustración. Defensa de los derechos humanos*, trad. cast. De GANCHO, C., Barcelona, Herder, 1982.

⁵³ WELZEL, H., *Introducción a la filosofía del derecho. Derecho natural y justicia material*, F. Gonzalez Vicén (trad.), Aguilar, Madrid, 1971.

⁵⁴ LEGAZ Y LACAMBRA, *ob.cit.*, p. 20.

⁵⁵ PEREZ LUÑO, A. E., *Teoría del derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, 1997, véase especialmente capítulo IX y X.

lo de integración relativa que frente al imperio y tiranía de los valores absolutos defiende un iusnaturalismo tenue y moderado como el de Ronald Dworkin.

5. Distintos modos de relación del derecho, la moral y la política

5.1. Separación del derecho respecto de la moral

El profesor Perez Luño distingue dos modelos de separaciones, un primer modelo de separación radical y drástica protagonizado principalmente por el pensador austriaco Hans Kelsen, y un segundo modelo de separación relativa, tenue y moderada protagonizado por pensador británico Herbert Hart.

La teoría jurídica que defiende una separación radical entre el derecho y la moral la encontramos en la *Teoría pura del derecho* de Hans Kelsen. Sin duda, este autor puede ser considerado como el pensador más representativo de esta actitud. La teoría del derecho,⁵⁶ para Kelsen, debe tomar como objeto de estudio del derecho en sí, es decir al derecho en cuanto estructura normativa autosuficiente, autoreferente y coherente. Por tanto, la validez de cualquier ordenamiento jurídico positivo es independiente de su correspondencia o de su falta de correspondencia con un orden moral. En este sentido, Kelsen está incurriendo en una posición de *monismo jurídico* al admitir que sólo la existencia de un único derecho: el derecho positivo. De esta forma, impugna el carácter jurídico del derecho natural que queda relegado al ámbito de las exigencias morales, de las convenciones sociales o de las ideologías políticas. Desde un punto de vista intrasistemático,⁵⁷ como bien apunta el

⁵⁶ Kelsen toma la distinción kantiana entre “ser” y “deber ser”, situando al derecho y la ciencia jurídica en el ámbito del “*deber ser*”. Vid. KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, (trad. Roberto J. Vernengo), Porrúa UNAM, 2ª edición, México, 1991, BOBBIO, N, *El problema del positivismo jurídico*, E. Garzón Valdés (trad.) Editorial universitaria Buenos Aires, 1965; BOBBIO Norberto, “La teoría pura del derecho y sus críticos” en *Contribución a la teoría del derecho*, p.119.

⁵⁷ PEREZ LUÑO, A. E., *Teoría del derecho... op. cit.*, p. 197.

profesor Perez Luño, resulta contradictorio respecto a los propios presupuestos teóricos de la *Teoría pura del derecho*, que la norma fundamentadora del sistema de fuentes jurídica no sea una norma puesta, es decir, positiva. Y, en el plano externo, establece una juridificación y reduccionismo demasiado estricto del Estado, desapareciendo el dualismo derecho-Estado en la medida que concibe el Estado sólo como un *orden normativo*.

La teoría pura del derecho, como bien advierte Ernesto Garzón Valdés, fue condenada como la gran culpable: las declaraciones de Kelsen en 1963 nos recuerdan la complicidad entre el positivismo jurídico y la implantación del régimen nazi: “Desde el punto de vista de la Ciencia del Derecho, el derecho durante la dominación nazi fue derecho. Podemos lamentarlo, pero no negar que fue derecho”⁵⁸.

El neopositivismo jurídico, como corriente filosófica del derecho, quiere estudiar un derecho objetivo, neutro axiológicamente, técnico-científico, eficaz despojado de todo contenido ético-político-ideológico, en realidad un derecho irreal, ilusorio y fantasmagórico, pues dicho derecho no existe en la praxis jurídica. Tal pretensión científicista o positivista no deja de ser una corriente ideológica que inició el empirismo anglosajón de Hume y, posteriormente, recuperó la filosofía positiva por Augusto Comte y la Escuela de Viena.

El **neutralismo axiológico** constituye uno de los presupuestos fundamentales de la teoría pura del Derecho. En realidad, Kelsen quería construir una ciencia jurídica libre y no contaminada de ele-

⁵⁸ Cfr. E. Garzón Valdés, “Estudio introductoria” en *Derecho y filosofía*, México, Fontamara, p. 8. Aunque también señala el profesor Garzón Valdés que durante la época de Hitler el positivismo Kelseniano había sido rechazado como opuesto a la ideología nacional-socialista. La filosofía analítica y positivista surgió a principios de siglo, con filósofos, juristas, físicos y matemáticos como Bertrand Russell y Ernst Mach, alcanzando su máximo esplendor en el círculo de Viena, en la década de los años 30 y 40 con O. Neurath, Carnap, O. Quine, Hempel, y Russell, Wittgenstein y Einstein, miembros honoríficos del mismo. Tenían una visión científica del mundo (neopositivista) a través del análisis lógico, negando toda posibilidad a la metafísica como ciencia. MUGUERZA, J., *La concepción analítica de la filosofía*, Madrid, Alianza Editorial, 1974, 2 vols.

mentos éticos, sociológicos o políticos cuyo objetivo final fuese exclusivamente las normas jurídicas. Por tanto, determinar si un Derecho es justo o injusto es algo que queda fuera del ámbito de la ciencia.

El positivismo radical que defiende Kelsen le lleva a impugnar la concepción metapositiva de justicia tradicionalmente defendida en la teoría política y jurídica. En esta línea lanza un duro ataque contra cualquier forma de iusnaturalismo por su creencia en la existencia de una justicia absoluta. Las concepciones de justicia que trascienden el derecho positivo responden a intereses o emociones relativas, contingentes e irracionales. “La justicia absoluta es un ideal irracional, o dicho en otras palabras, una ilusión, una de las ilusiones eternas del hombre”⁵⁹. La justicia es sólo pues un valor intrínseco al derecho positivo. Kelsen defiende un estricto *relativismo axiológico* donde los valores aparecen como expresión de concepciones del mundo contingentes y heterogéneas. Elías Díaz señala en su trabajo *Sociología y filosofía del derecho* que “el relativismo de Kelsen no es sólo absoluto, sino también relativo” donde ante la confusión y diversidad de valores no hay posibilidad de superación coherente y racional. Por tanto nos encontramos ante una posición de emotivismo ético y relativismo absoluto.

Así pues, dentro de la tesis de separabilidad de derecho y moral defendida actualmente por los teóricos iuspositivistas podemos distinguir dos tendencias aproximadas: por un lado tenemos, un iuspositivismo inclusivo más cercano a la posibilidad de inclusión de la moral en el derecho y, por otro lado, tenemos un iuspositivismo exclusivo o clásico que defiende la necesidad analítica de la exclusión de la moral del derecho. De este modo el derecho positivo puede incorporar valores morales, como de hecho ocurre en los Estados constitucionales actuales por vía de recepción de valores recogidos en las disposiciones constituciones llamadas principios.⁶⁰

⁵⁹ KELSEN, Hans, *¿Qué es la justicia?*, Editorial Orbis, 1997. Kelsen defiende que no existe una justicia absoluta para la humanidad, sino una justicia relativa a cada persona y contexto.

⁶⁰ BARBERIS, Mauro, *La heterogeneidad del bien (tres ensayos sobre el pluralismo ético)*, Fontamara, México, 2006, p. 64. El iuspositivismo inclusivo (ing. Inclusive

Ante la enorme heterogeneidad y multiplicidad de concepciones iusfilosóficas Norberto Bobbio nos proporciona una definición común mínima que podría ser aceptada por las diferentes corrientes y doctrinas actuales.

Por *iusnaturalismo* entiendo aquella corriente que admite la distinción entre derecho natural y derecho positivo y sostiene la supremacía del primero sobre el segundo. Por *positivismo jurídico* entiendo aquella corriente que no admite la distinción entre derecho natural y derecho positivo y afirma que no existe otro derecho que el derecho positivo.⁶¹

El segundo modelo de separación relativa simboliza la relación entre derecho, moral y política bajo la forma de una pirámide en cuya cúspide aparece la moral (el mínimo ético) como criterio legitimador del derecho. La teoría jurídica de Hart defiende y formula un contenido mínimo del derecho natural. Lo integrarían un conjunto de verdades obvias que aparecen en el seno del derecho.

H. L. A. Hart es el más importante de los iusfilósofos anglosajones recientes de la segunda mitad del siglo XX y su obra *The concept of Law*⁶² figura entre las obras fundamentales de la teoría del derecho contemporánea. Hart defiende un *iuspositivismo inclusivo* donde reconoce la posibilidad empírica de inclusión de la moral en el derecho.

Hart, aún inscrito en la tradición analítico-positivista, llega a afirmar que la separación entre derecho y moral, no implica que el

positivismo también llamado iuspositivismo débil (sofá positivism) o incorporacionismo (incorporationism) insiste sobre la posibilidad de inclusión empírica y conexión entre derecho y moral. L. FULLER, *The Morality of Law* (1964), New Haven, Yale, U.P., 1969.

⁶¹ BOBBIO, N, *El problema del positivismo jurídico*, E. Garzón Valdés (trad.) Editorial universitaria Buenos Aires, 1965.

⁶² HART, H. L. A., *El concepto del derecho*, (trad. De G Carrió) Ed. Nacional, México, 1961. Sin duda, Hart es uno de los autores iuspositivistas más considerados en la segunda mitad del siglo XX. Hart ha tratado de combatir las objeciones provenientes del neoconstitucionalismo de Dworkin como también del iuspositivista exclusivo Joseph Raz. En ciertos fragmentos de su obra se podría dudar de que Hart sea verdaderamente un iuspositivista inclusivo.

derecho no tenga un mínimo de contenidos morales lo cual ofrece legitimidad al derecho. Existe un fundamento y contenido mínimo ético del derecho. Por tanto, derecho y moral son esferas diferentes en ciertos aspectos, pero esto no indica que están separados radicalmente entre sí. Existe una conexión necesaria, continua y natural entre derecho y moral partiendo del presupuesto de su interrelación práctica.

... hay muchas cosas que son falsas acerca de las normas tomadas separadamente, pero que son verdaderas e importantes en un sistema jurídico como un todo. Por ejemplo, la conexión entre el derecho y las sanciones, y entre la existencia del derecho y su eficacia tiene que ser comprendida de esta manera general.⁶³

La concepción del derecho en un sentido amplio nos lleva ineludiblemente a una conexión necesaria entre concepciones morales y aspectos jurídicos. Con ello no podemos desdeñar, según Hart, las implicaciones de las morales de un sistema jurídico⁶⁴ considerado como un todo integral.

Todo esto nos demuestra, según Hart,⁶⁵ que el derecho no puede explicarse exclusivamente en términos puramente formalistas o normativos sin hacer referencia a contenidos o necesidades sociales. La idea hartiana de derechos humanos traduce y explicita un derecho natural universal a un derecho igual de todos los hombres a ser libres. Los presupuestos vitales que prohíben el homicidio, la violencia y el robo son ejemplos claros y contundentes que manifiestan la coincidencia y conexión entre todos los sistemas jurídicos y estos principios morales básicos. Estos presupuestos básicos son

⁶³ HART, "El positivismo y la separación entre el derecho y la moral" en *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, Desalma, Buenos Aires, 1962 p. 50.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 51.

⁶⁵ H. L. Hart siguiendo, desde postulados de la filosofía analítica, elabora una teoría del derecho en su obra *El concepto del Derecho* (1961) en la cual trata de subrayar las diferencias entre derecho, coacción y moral. *Vid.* HART, H. L. A., *El concepto del derecho*, (trad. De G Carrió) Ed. Nacional, México, 1961.

los que posibilitan la convivencia con nuestros semejantes y hacen referencia a una “concepción humilde mínimo de derecho natural.”⁶⁶

(...) las reglas que prohíben el uso de la violencia y las que constituyen la forma mínima de propiedad –con los derechos y los deberes suficientes para que los alimentos puedan crecer y ser guardados antes de su consumo –no tendrían el status necesariamente no arbitrario que tienen hoy para nosotros.⁶⁷

Evidentemente, Hart trata de distinguir y demarcar las **normas morales** (*moralidad*) de las **normas jurídicas** (*derecho*), recurriendo a algunos rasgos. Esos rasgos especiales de la moralidad son cuatro: 1) la importancia de las normas morales, en el sentido de que toda sociedad la observancia de dichas normas es considerada como algo fundamental; 2) la inmunidad del caso deliberado, lo que significa que las reglas morales, a diferencia de las jurídicas, no pueden ser creadas, modificadas o suprimidas a voluntad mediante un procedimiento; 3) el carácter voluntario de las trasgresiones morales que apunta; 4) la forma de presión moral, que consiste, no en apelar a las reglas morales mismas y a su respeto como algo importante en sí y por sí.⁶⁸

La moralidad es un conjunto de normas y principios de conducta diferenciados del derecho que carecen de la estructura de coordinación específica y peculiar que caracteriza al derecho. No obstante, a pesar del proceso de diferenciación histórica⁶⁹ que se ha producido no se ha llegado a una separación radical y absoluta de los distintos campos normativos, y es que en el fondo, pese a la diferenciación de sistemas de normas existen elementos comunes de base fuertes.

⁶⁶ HART, “El positivismo y la separación entre el derecho y la moral” en *Derecho y moral*, *op. cit.* 1962, p. 73.

⁶⁷ *Ibid.*, 52.

⁶⁸ *Vid.* LAPORTA, Francisco, *Entre el derecho y la moral*, Fontamara, México, 3º ed., 2000, p. 36.

⁶⁹ DE CASTRO CID, B., “Moral y derecho”, en *Lecciones de teoría del derecho y derecho natural* (A. Fernández-Galiano y B. de Castro Cid), 1999.

5.2. *La integración del derecho y la moral*

5.2.1. Distintos modelos de integración absoluta

La reminiscencia del *ethos* antiguo como el ideal de un orden jurídico y político sustentados sobre la moral nos ha conducido a una estricta integración de los tres ámbitos normativos de la conducta práctica. Así pues, esta postura defiende una integración absoluta donde: “la moral posee un *significado omnicomprendivo* abarcador de las demás normatividades”.⁷⁰

En el mundo griego, la triada moral, política y derecho se encontraban indisolublemente unidos y fusionados, el sentimiento de pertenencia a la polis y el respecto absoluto a sus leyes marcaban la pauta a seguir. Sócrates fue un testimonio excepcional de este pensamiento ético-jurídico,⁷¹ cuando decidió morir por Atenas, pues pensaba que las leyes son criticables, reformables, revisables; pero ante todo deben ser obedecidas y cumplidas pues constituyen el factor de cohesión social y armonía de la comunidad política. Las leyes ejercen una función claramente ordenadora, organizadora y práctica de la *polis* (ciudad-Estado). Platón, igualmente, en su tratado *Las Leyes*, observaba la función política, pedagógica y ética de la legislación ordinaria (*nomos*).⁷² Las leyes humanas son medios idóneos para lograr las virtudes públicas y sociales. Las leyes educan a los ciudadanos hacia una vida buena y justa, sin leyes sólo cabe arbitrariedad, impunidad e injusticia.

⁷⁰ PEREZ LUÑO, *op. cit.* p. 136.

⁷¹ BLOOM, Allan, *The Republic of Plato*, Nueva York, Basic Books, 1968; ROCCO, Christopher, *Tragedy and Enlightenment: Athenian Political Thought and the Dilemmas of Modernity*, University of California Press, California, 1996; LEWIS, Sian, *News and Society in the Greek Polis (Studies in the History of Greece and Rome)*. The University of North Carolina Press, Chapel Hill, 1996. VERNANT, Jean-Pierre VIDAL-NAQUET, *Myth and tragedy in ancient Greece*, trad. Ing. Janet Lloyd, Nueva York, Zone Books, 1980.

⁷² PLATON, *Leyes*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1999.

Aristóteles entendía la dimensión política como conquista de la vida buena y justa,⁷³ como una continuación y prolongación de la ética. De este modo, moral, política y derecho estaban indisolublemente vinculados recíprocamente, el bien político está unido al bien personal y viceversa. El hombre no es autosuficiente, pues depende de la ciudad para la realización de su propia naturaleza. El hombre es por naturaleza un animal social, por tanto la *sociabilidad humana* tiene un fundamento natural y biológico. Para Aristóteles, es imposible concebir un hombre en estado de aislamiento. El hombre vive incardinado en la *polis* (ciudad-Estado), se perfecciona en esta, se realiza a través de esta. La polis es la sociedad superior, más perfecta y autosuficiente. El individuo precisa de ella. Por consiguiente, el ciudadano es aquel que tiene derecho en participar en las funciones deliberativas de la ciudad, o sea, quien participa en la vida pública. Aquel que tiene derecho a participar en las funciones organizativas del Estado (funciones deliberativas y judiciales) del Estado. La comunidad política es una comunidad de ciudadanos libres orientada a la finalidad de vivir bien, es decir, vivir conforme a la virtud (*areté*).

Esta *integración absoluta* se prolongó históricamente con la irrupción y expansión del cristianismo a lo largo de toda la Edad Media a través de figuras como Agustín de Hipona, y posteriormente, santo Tomás de Aquino. Estas tesis de identificación absoluta y radical⁷⁴ ha encontrado eco en el iusnaturalismo neotomista y escolástico, así como en otras doctrinas neoiusnaturalistas de nuestra cultura contemporánea.

⁷³ El hombre es por naturaleza un animal político (*ζoon politikón*), de que aquí que el hombre aislado es insuficiente o no se baste a sí mismo. La comunidad política es concebida como algo natural, no artificial ni convencional. La deliberación forma parte de la prudencia (*prónesis*) que es la principal virtud ético-política para la ciudadanía. RUS RUFINO, Salvador, *La razón contra la fuerza. Las directrices del pensamiento político de Aristóteles*. Tecnos, Barcelona, 2005.

⁷⁴ John Finnis pertenece a la denominada *Nueva Escuela Anglosajona del Derecho Natural*, escuela que realiza una relectura del pensamiento de Tomás de Aquino. *Vid.* FINNIS, J., *Natural Law y natural rights*, Ed. Clarendon Press, Oxford, 1980, trad. Cristóbal Órrego Sánchez, Buenos Aires, 2000. La nueva escuela Anglosajona del derecho natural tiene como principales representantes a Germain Grisez, Joseph

En el marco amplio de la filosofía jurídica del siglo XX podemos encontrar una fuerte reacción contra el positivismo dentro desde neousnaturalismo a través del restablecimiento del neokantismo formalista llevado de forma pionera y crucial por Rudolf Stammler, aunque igualmente podemos destacar figuras tan destacadas como Emilio Lask, Max Ernesto y Gustavo Radbruch. Dentro de este amplísimo panorama se produce un retorno del derecho natural Para la Escuela Alemana neokantiana,⁷⁵ el derecho es contemplado como una realidad cultural, es decir, referida a los valores, una *realidad cultural* cuyo sentido estriba en servir a la justicia.

El *derecho justo*,⁷⁶ para Stamler, es un “*Derecho establecido*”, que posee unas características peculiares. Es “un Derecho positivo cuyo contenido volitivo posee la característica de la justicia”,⁷⁷ en este sentido, debemos remarcar que hablamos, primero, de un derecho establecido y positivo, y en segundo lugar, que posee una vigencia normativa y fáctica en un determinado ámbito espacial y un determinado ámbito histórico. El derecho justo es un peculiar modo de ser del derecho positivo. Existe, por tanto, diferentes graduaciones de justicia en el derecho, hablamos de un derecho positivo justo,

Boyle, Robert P. George y William May.

⁷⁵ Erich Kaufmann en su libro *Crítica de la filosofía del derecho neokantiana* aparecida en 1921 indicaba como el neokantismo había pasado por un momento álgido influyendo en diversas direcciones como la “Fenomenológica” de Edmund Husserl, la “Ética material de los valores” y la “Ontología” de Max Scheler y Nicolai Hartmann. Kaufman reprochaba al neokantismo que se había equivocado al tratar de “asegurar la existencia de un reino de valores absolutos por encima de la realidad como su punto de apoyo y pauta” y que se quedó enclaustrado en un racionalismo formal teórico-cognoscitivo”. *Vid.* KAUFMAN, E., *Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie*, p. 98.

⁷⁶ La expresión “*Derecho justo*” procede de su libro célebre que Rodolfo Stamler el filósofo del derecho publicó en 1902. Desde entonces se ha utilizado en obras de filosofía del derecho y en la literatura jurídica en general, aunque no siempre se haya entendido del modo como Stamler lo planteó en un inicio. LARENZ, KARL, *Derecho justo, fundamentos de ética jurídica*, Civitas, Madrid, 2000; DE LUCAS, J. *Introducción a la teoría del derecho*, 3ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1977.

⁷⁷ STAMMLER, R., *Tratado de filosofía del derecho*, trad. W. Roces, Editora Nacional, México, 1980. Stammler, R., *Teoría de la ciencia del derecho*, p. 185.

otro injusto, y otro parcialmente justo, y otro parcialmente injusto.

La doctrina jurídico-política de Stammler⁷⁸ tuvo una gran difusión y contribuyó a rehabilitar la expresión *Derecho natural* que, en la doctrina de Stammler queda al margen del iusnaturalismo tradicional, puesto que la idea de derecho sólo nos dice qué es formalmente justo desde un punto de vista abstracto, pero no lo que es justo en cada momento histórico concreto.

El derecho y la moral, para el profesor Del Vecchio, son dos manifestaciones de un mismo orden ético regulador de la conducta humana⁷⁹, por tanto, existe una clara subordinación del derecho a la moral, a todo ordenamiento jurídico le corresponde un ordenamiento moral, aunque son dos ámbitos claramente distintos. La moral como el derecho pertenecen al conjunto integro de la acción humana, pero desde una perspectiva distinta. Por tanto, no es admisible la teoría que atribuye al derecho la regulación de los actos externos y a la moral la de los actos internos. Toda acción humana es interna y externa a la vez, y ambos aspectos se encuentran fundidos en su dinámica vital.

Igualmente, Radbruch⁸⁰ propugna un *iusnaturalismo radical integrador* de la política y el derecho en la moral y, desde esta visión, nos plantea cómo el derecho positivo no es derecho si no lleva implícito el sentido de *servicio a la justicia*. Radbruch considera al derecho natural como encarnación de los valores éticos de justicia,

⁷⁸ La filosofía jurídica de Stammler ha sido objeto de distintas objeciones entre las que podemos destacar como Stammler se sitúa en un formalismo kantiano estricto de las formas jurídicas a priori como abstracciones que posteriormente han de ser concretadas en la realidad empírica. Indudablemente, esta tarea o actividad jurídica concreta de determinación del contenido desde principios abstractos no es aclarada explícitamente.

⁷⁹ El catedrático italiano Del Vecchio contribuyó a la restauración del problema del derecho natural combatiendo las posiciones iuspositivistas y colocando la cuestión del concepto universal de lo jurídico en la base de la filosofía del derecho. Pero no se trata de una restauración del derecho natural en el sentido de regreso puro y simple a las concepciones clásicas, sino desde una base idealista.

⁸⁰ Gustav Radbruch (1878-1948), filósofo, jurista y hombre político, ha sido un pensador de extraordinaria relevancia en la época del famoso “laboratorio Weimar”, intelectual fuertemente comprometido con los ideales constitucionalistas hacia la

como un derecho superior a la ley, suprallegal, por el cual podemos medir y evaluar todas las leyes positivas.

Mi derecho es, en el fondo, el derecho a cumplir mi deber moral; y al contrario, es, por eso, mi deber, garantizar derecho. En sus derechos lucha el hombre por sus deberes, por su personalidad moral. Así pudo Jhering predicar la “*lucha por el derecho*” como un deber de la “*autoafirmación moral*”.⁸¹

Toda la filosofía del derecho desde su comienzo hasta el principio del siglo XIX ha sido derecho natural. Sin embargo, conviene precisar que el término derecho natural⁸² es una acepción demasiado ambigua, equívoca y polisémica, conformada según la historia por diferentes concepciones y significaciones, iusnaturalismo antiguo, medieval, moderno y contemporáneo.

El *iusnaturalismo radical y absoluto* ha tropezado siempre con el escollo que supone negar la condición de derecho a las legislaciones históricas que no responden a determinados criterios de justicia. Esta postura tiene a su favor el rechazo del relativismo y el escepticismo axiológicos;⁸³ pero en su contra hay que advertir que propugnan un orden ontológico, cerrado y ahistórico de valores metafísicos, eternos e inmutables. El problema consiste en el riesgo de este sector de imponer una “*tiranía de valores*”⁸⁴ a los demás, un

reconstrucción pacífica del socialismo. Para un estudio más profundo véase RECASENS SICHES, L., *Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico*, Barcelona, Ed. Labor, 1929, p. 172, MONEREO PÉREZ, J. L., *La filosofía de Gustav Radbruch: una lectura jurídica y política*, estudio preliminar en Radbruch, Gustav, *Filosofía de derecho*, Ed. Comares, Granada, 1999.

⁸¹ Radbruch, Gustav, *Filosofía de Derecho*, Ed. Comares, Granada, 1999, p.56. La filosofía, para Radbruch, tiene como objetivo el conocimiento del deber ser y no del ser, más el valor y el fin, que la realidad y las causas, inclinándose por la distinción, separación y relativa independencia entre valor y realidad (su correlato hecho y valor), establecido por Kant en su *Crítica a la razón práctica*. La filosofía del derecho es una valoración del derecho como “doctrina del derecho justo” (Stammler), siendo los rasgos de su método el llamado dualismo metódico.

⁸² WELZEL, H., *Introducción a la filosofía del derecho. Derecho natural y justicia material*, F. Gonzalez Vicén (trad.), Aguilar, Madrid, 1971.

⁸³ PEREZ LUÑO, *op. cit.* p. 137.

⁸⁴ SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución* (trad. Cast. F. Ayala, del original

orden axiológico demasiado cerrado y extremo que no permita la clara y pacífica convivencia del pluralismo moral, político e ideológico de nuestras sociedades contemporáneas. Aunque, podemos elogiar los intentos de control y vigilancia sobre el derecho positivo concreto que pueden ejercer. En este sentido, e profesor Eusebio Fernández ha recalado siempre la necesidad de reivindicar “la importante función histórica del Derecho Natural”, “su aspiración ética”, su comprensión como “ética jurídica material”.⁸⁵

El modelo de integración relativa defiende un *iusnaturalismo moderado y tenue*⁸⁶ que rechaza tanto la tesis que propugna la separación radical entre derecho y moral como la que postula una integración total y absoluta. El representante de esta tesis es Ronald Dworkin, quien propugna que todo ordenamiento jurídico se halla integrado por un conjunto de principios (*principles*), medidas o programas políticos (*policies*) y reglas o disposiciones específicas (*rules*).

Dworkin nos habla de principios que tienen su origen no tanto en alguna decisión particular de algún legislador, sino convicciones, prácticas, intuiciones profesionales y populares entendidas en sentido amplio. Y además los principios tienen una peculiaridad: “son proposiciones que describen derechos”:⁸⁷ Los derechos se imponen en particular a las “directrices políticas” (*policies*) definidas

alemán *Verfassungslehre*, München/Leipzig, 1928), 1º ed., Alianza Universidad, 1982.

⁸⁵ Cfr. EUSEBIO FERNÁNDEZ, “El iusnaturalismo” en GARZÓN VALDÉS, E. y LAPORTA Francisco J. (comp.) *El derecho y la Justicia*, CSIC, Madrid, 1996, p. 267.

⁸⁶ La concepción iusnaturalista integradora de Dworkin se enfrenta radicalmente a la posición positivista que sostiene que sólo son normas jurídicas aquellas que son reconocidas por su origen fáctico y perfectamente distinguible de las normas morales. Su posición se apoya en la admisibilidad de ciertos tipos de estándares morales como parte del derecho, el alcance de la discreción judicial y la posibilidad de justificar proposiciones jurídicas sobre la base de prácticas sociales. Estos tres elementos se enfrentan radicalmente a la visión positivista. Véase al respecto el trabajo NINO, Carlos Santiago “Dworkin y la disolución de la controversia positivista versus iusnaturalismo” en SQUELLA Agustín, “Ronald Dworkin”, *Revista de Ciencias sociales*, Universidad de Valparaíso, Chile, n°38, pp. 495-528.

⁸⁷ Cfr. DWORKIN, R., *Taking Rights Seriously*, Duckworth, London; trad. Cast. *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, p. 307. La teoría de Ronald Dworkin se ubica

en términos utilitaristas. Un derecho es algo que debe ser respetado y satisfecho, aun cuando su respeto y satisfacción vayan contra la directriz política a favor del interés general. Los derechos, que son descritos a través de los principios pertenecen en parte, no al sistema normativo jurídico, sino a la vida y la cultura: es decir, a la moralidad de una determinada comunidad.

El iusnaturalismo moderado de Ronald Dworkin⁸⁸ trata de recuperar la idea de la existencia de unos **derechos morales**, naturales, previos al Estado y que, en todo caso, sirven de módulo justificador para su operatividad y eficacia práctica, creando una protección de los ciudadanos frente al gobierno. Estos principios morales son vividos por una determinada comunidad y a ellos puede acudir un juez para decidir ante los casos difíciles.

La teoría político-jurídica de Dworkin se fundamenta principalmente en una concepción de derechos individuales lo cual supone estos derechos y, sobre todo, el derecho a la igual consideración y respecto significan históricamente un triunfo frente a la mayoría.⁸⁹ En este sentido, ningún ordenamiento jurídico, directriz política ni objetivo social colectivo puede rebasar, anular o transgredir este auténtico derecho humano que reside en la igualdad y la dignidad humana. Esto convierte a los derechos humanos en la instancia legítima última fundamental de toda institución política y jurídica. Las ideas de dignidad humana e igualdad política presiden la noción de derechos individuales, éstas dos categorías se constituyen en baluartes inexpugnables ante los que el poder estatal ha de

claramente dentro del derecho norteamericano y su filosofía jurídica pone de manifiesto y evidencia la enorme vinculación que existe entre derecho y moral, en todo sistema jurídico existen principios inmanentes que de alguna manera fundan la interrelación entre derecho y moral. Estos principios extrajudiciales operan en la interpretación y aplicación de la norma jurídica que realiza el juez en su casuística contextual ordinaria y fáctica. *Vid.* DWORKIN, Ronald, *Ética privada e igualitarismo político*. Barcelona, Paidós, 1993.

⁸⁸ DWORKIN, R., *El imperio de la justicia: de la teoría general del derecho e interpretación de los jueces y de la integridad política como clave de la teoría y la práctica*. Barcelona, Gedisa, 1998.

⁸⁹ CALSAMIGLIA, A. “Estudio preliminar” en DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1999, p.16.

detenerse para salvaguardar la primacía de la persona según la tradición del liberalismo político; pero no sólo eso, sino que además deben convertirse en faros orientadores de todo Estado democrático y social que se precie.

Cualquiera que declare que se toma los derechos en serio y que elogie a nuestro gobierno por respetarlos debe tener alguna idea de qué es ese algo. Debe aceptar como mínimo una o dos ideas importantes. La primera es la idea, vaga pero poderosa, de la dignidad humana. Esta idea asociada con Kant, pero que defienden filósofos de diferentes escuelas supone que hay maneras de tratar a un hombre que son incongruentes con el hecho de reconocerlo cabalmente como miembro de la comunidad humana y sostiene que un tratamiento tal es profundamente injusto. La segunda es la idea, más familiar, de la igualdad política, que supone que los miembros más débiles de una comunidad política tienen derecho, por parte del Gobierno, a la misma consideración y el mismo respecto que se han asegurado para sí los miembros más poderosos, de manera que si algunos hombres tienen libertad de decisión, sea cual fuere el efecto de la misma sobre el bien general entonces todos los hombres tienen que tener la misma libertad.⁹⁰

El positivismo jurídico considera que los únicos derechos existentes son los reconocidos por el sistema jurídico. Frente a esta concepción positivista Dworkin mantiene que junto a los derechos legales existen los derechos morales. Los derechos jurídicos y los derechos morales no pertenecen a órdenes conceptuales distintos, en caso de conflicto entre derechos morales y derechos jurídicos, éstos últimos no triunfan necesariamente sobre aquellos. Para él la cuestión de los derechos no se resuelve mediante la positivación o el mero reconocimiento legal porque la frontera o demarcación entre los derechos morales y jurídicos es una frontera difusa, movediza y permeable. Una demarcación no demasiado explícita y clara entre moral y derecho, derechos humanos y derechos positivos. “La garantía de los derechos individuales es la función más importante del sistema jurídico.”⁹¹

Dworkin defiende la prevalencia de unos *derechos morales fuertes* (*strong rights*), derivados de la tutela de los principios básicos, principalmente,

⁹⁰ DWORKIN, R., “Los derechos en serio”, *Op. cit.* p. 295.

⁹¹ *Cfr.* CALSAMIGLIA, A., *Op.cit.*, p. 17.

la dignidad humana e igualdad política, que no pueden ser desconocidos por los poderes públicos. Sostiene la existencia de derechos preexistentes, sin defender una teoría metafísica concreta.⁹² Los individuos tienen derechos, aún cuando éstos no están positivizados en ningún texto legal. Por tanto, al lado de los derechos legales existe otro tipo de derechos cuyo fundamento jamás será el consenso social reconocido en una norma sino, según le hemos visto, un cierto tipo de moralidad básica. Los derechos humanos tienen un marcado carácter moral que posibilita su fundamentación para la teoría y práctica jurídica, por el principio intrínseco de justicia que tienen de forma inherente. El derecho no es más que un instrumento que tiene como fin tutelar y garantizar los derechos fundamentales frente a las agresiones o violaciones de la mayoría y del gobierno. Por lo que, Dworkin habla de los derechos contra el gobierno (*rights against the government*), es decir derechos⁹³ cuya violación admitiría y justificaría unos actos de desobediencia frente al gobierno. Estos no son derivados del propio ordenamiento jurídico, sino derechos morales del individuo. En este sentido, su teoría acerca del derecho y la justicia es una postura antipositivista en el sentido que sostiene la existencia de derechos preexistentes al reconocimiento legal y positivo del ordenamiento jurídico.

El positivismo jurídico no acepta la idea de que puedan preexistir derechos a cualquier forma de ordenamiento jurídico, es decir, rechaza la idea de que a los individuos se les pueda adjudicar derechos no explícitamente previstos en el conjunto de normas explícitas que componen la totalidad del ordenamiento jurídico de una comunidad.

El razonamiento jurídico depende del razonamiento moral, en el sentido en que los principios morales juegan un papel muy importante en el razonamiento jurídico, especialmente en los casos difíciles.⁹⁴

⁹² Vid. DE ASIS ROIG, Rafael, “Dworkin y los derechos en serio” en QUELLA Agustín, *Ronald Dworkin*, Revista de Ciencias sociales, Universidad de Valparaíso, Chile, n° 38.

⁹³ Vid. Dworkin, R, *Freedom's Lan. The Moral Reading of the American Constitution*, Harvard University Press, Cambridge, Mass.

⁹⁴ CALSAMIGLIA, *Op. cit.*, p. 11.

Por tanto, la tesis central del positivismo que defiende la separación radical entre derecho y moral es falsa. No se puede separar razonamiento jurídico de razonamiento moral. Este filósofo norteamericano, según el profesor Calsamiglia, intenta construir una tercera vía entre el iusnaturalismo e iuspositivismo, fundamentada en el modelo reconstructivo de Rawls. En mi opinión, considero que no se trata de una tercera vía sino de la recuperación y restauración de un iusnaturalismo moderado, crítico y progresista que trata de restaurar la abrupta ruptura neopositivista entre razonamiento moral y razonamiento jurídico, defendido por Bentham, Austin y Hart.

Desde este iusnaturalismo deontológico moderado de Dworkin está demostrando lo que Isaiah Berlin plantea que existe una serie de valores compartidos, “un mínimo sin el que las sociedades difícilmente podrían sobrevivir”⁹⁵ La necesidad de aceptar y respetar esos valores es imperiosa en nuestra actual sociedad.

En su famosa obra *Taking Rights Seriously*, publicada en 1977, Dworkin sostiene una visión clara de los derechos humanos como derechos fundamentales del individuo.

Estos derechos funcionarán como *cartas de triunfo* al ser invocadas por los ciudadanos; permitirán a los individuos resistirse a decisiones particulares a pesar de que esas decisiones hayan sido alcanzadas por medio del funcionamiento normal de instituciones generales, las cuales no son en sí mismas desafiadas por esta resistencia.⁹⁶

6. Criterios de diferenciación entre moral y derecho

Los criterios de distinción entre moral y derecho han sido muy variados a lo largo de la historia, pero básicamente pueden resumirse básicamente en los siguientes:⁹⁷

⁹⁵ BERLIN, I., *El fuste torcido de la humanidad*, (trad. J. M. Álvarez Flores), Península, Barcelona, 1992, p. 9.

⁹⁶ DWORKIN, Ronald, *Liberalismo, constitución y democracia*, Buenos Aires, Ed. La isla de la Luna, 2003, p. 32.

⁹⁷ ARA PINILLA, I.: “Derecho y moral”, en *Teoría del derecho*, 1996, p. 134; ARA

1.- El carácter peculiar de los actos regulados. Normalmente, se ha entendido por la doctrina tradicional desde Thomasio hasta nuestros días que el derecho se refiere a los actos externos, la moral atendería a actos internos. Pero tenemos que hacer varias salvedades al respecto. En primer lugar, no podemos hablar en sentido estricto de actos puramente externos, pues, con la circunstancial excepción de los actos reflejos, en todos ellos interviene el proceso interno, al menos el proceso de reflexión mental que lleva a la determinación de una determinada acción. Igualmente, la moral no sólo se ocupa de la regulación de actos internos, sino también de la de los externos, o, por decirlo más correctamente, de la de los actos que poseen una manifestación social externa. También tenemos que considerar que el derecho toma en cuenta en su regulación determinados elementos internos de acciones humanas, elementos de orden moral, como pueden ser, por ejemplo, la premeditación, el error, el arrepentimiento, la buena o mala fe...⁹⁸

2.- La importancia de la materia regulada. Podemos decir que existe cierta constancia en los juicios morales frente a la variabilidad de las regulaciones jurídicas siempre resultan mucho más circunstanciales. Los preceptos morales que establecen el deber de no matar, de no robar, de ayudar al prójimo, (...) muestran una resistencia al cambio muy superior a la de la inmensa mayoría de los preceptos jurídicos.

3.- La formulación lingüística de las normas. El derecho viene formulado con preceptos negativos (no matar, no robar, no realizar actos de usura)... a diferencia de la moral que viene tanto con preceptos negativos como positivos.

PINILLA, Ignacio, *Las transformaciones de los derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1990.

⁹⁸ DE CASTRO CID, B., "Moral y derecho", en *Lecciones de teoría del derecho y derecho natural* (A. Fernández-Galiano y B. de Castro Cid), 1999; PÉREZ LUÑO, A. E. (1991): "Qué moral? Sobre la justificación moral de la obediencia al Derecho", *Sistema* n°102, pp. 83-97; ARA PINILLA, "Derecho y moral", en *Teoría del derecho*, 1996, RECASENS SICHES, Luis, *Filosofía del derecho*, Editorial Porrúa, México, 1965.

⁹⁹ HART, H. L. A., *El concepto del derecho*, (trad. De G. Carrió) Ed. Nacional, México, 1961.

4.- La forma de imposición de las normas. Normalmente se indica que las normas morales se distinguen de las normas jurídicas de su condición de normas autónomas frente a la heteronomía que caracteriza a estas últimas. Con ello se quiere decir que el autor de las normas es el mismo sujeto obligado a su cumplimiento, a diferencia de los que sucede con las normas jurídicas.

Sin embargo, esta distinción no considera que las normas son sociales además de individuales, existe la moral social por lo que los individuos también experimentan un fuerte condicionamiento por parte de la sociedad convirtiendo la moral en heterónoma también, al igual que podemos afirmar que muchas normas jurídicas no son absolutamente heterónoma, puesto que, en un Estado democrático de derecho los ciudadanos los ciudadanos pueden cumplir las normas desde un criterio de plena autonomía moral.

5.- La especificidad de la sanción. En algunas circunstancias, la especificidad de la sanción moral reside en su carácter interno que se contrapone a la naturaleza externa de la sanción jurídica, alegando que mientras la sanción jurídica se extiende con la realización de los actos, el pago de la multa, la reclusión en el centro penitenciario... la sanción moral se emplaza en un universo de sentimiento personales (remordimiento de conciencia...)

La sanción jurídica pretende la realización forzosa de la conducta sancionada y, en su defecto, su sustitución por una consecuencia desfavorable, a diferencia de la sanción moral, que no puede imponer un comportamiento al no contar con los medios eficaces para ello, en definitiva, al no disponer de las posibilidades que ofrece la coacción organizada.

Si buscamos un concepto amplio de derecho debemos acudir a una comprensión integral de reglas (primarias y secundarias), la directrices y los principios donde se diluye se la separación estricta entre derecho y moral y se abre a los valores.

Hay muchos tipos diferentes de relaciones entre el derecho y la moral, y nada hay que pueda estudiarse provechosamente en forma separada como la relación entre uno y otra. En cambio es importante distinguir

algunas de las muchas cosas diferentes que se pueden querer decir al afirmar o negar que el derecho y la moral están relacionados.⁹⁹

Norma jurídica, moral y realidad social son elementos necesarios que debemos tener en cuenta a la hora de realizar una correcta interpretación y aplicación del derecho.

La existencia de tal *sistema de legalidad* con las exigencias que lleva consigo respecto a las estructuración y funcionamiento del orden jurídico-estatal, constituye sociológicamente el hecho dominante principalmente en el derecho del Estado moderno, así como deontológicamente, representa la exigencia ideal a que debe atenerse todo Estado que quiera justificarse como Estado de derecho.¹⁰⁰

7. Conflicto entre moral y derecho: la objeción de conciencia

7.1. Delimitación de conceptos: obligación moral y obligación jurídica

¿Pues a quién le agradaría un Estado sin leyes?...
¿Acaso vas a evitar las ciudades con buenas leyes?
Y si haces esto ¿te valdría la pena vivir?
 Platón, *Critón*, 53 a-d

Sin lugar a dudas, la objeción de conciencia, la desobediencia civil y el derecho de resistencia actualizan el problema clásico de la obediencia al derecho, así como cuestionan la compleja relación y demarcación existente entre derecho y moral. En primer lugar, conviene precisar que tanto el derecho como la moralidad se ocupan de imponer normas de conducta sin las cuales difícilmente podría sobrevivir la humanidad, o cualquier tipo de sociedad o comunidad política.

Los distintos conjuntos normativos implican distintas formas de obligación; pero debemos delimitar y demarcar estos dos campos claramente diferenciados como son la obligación político, jurí-

¹⁰⁰ LEGAZ Y LACAMBRA, Luís, *Filosofía del derecho*, op. cit., p. 278.

¹⁰¹ KANT, Immanuel, *Die Metaphysik der Sitten*, (trad. Cast.) Kant, I., *Metafísica de las costumbres*, trad. Cast. A. Cortina y J. Conill, Tecnos, 1994, (2ª ed.); Para un

dica y la obligación moral. No es lo mismo hablar de “*deber*” que de “*deber ser*”. El deber ser ético implica que uno mismo a través de su razón, su emotividad o su conciencia individual se da sí mismo unas normas. Kant diferenciaba claramente estos dos ámbitos afirmando la *heteronomía* del derecho en oposición, a la *autonomía* de la moral.¹⁰¹ El derecho pertenece a un ámbito externo, heterónimo y coactivo, mientras la ética pertenece a un ámbito íntimo, autónomo y voluntario. Las normas morales imponen obligaciones en sentido distinto a la obligatoriedad impositiva y estricta como deben ser obedecidas las normas jurídicas. Por tanto, debemos distinguir claramente entre obligación moral, política y obligación jurídica para abordar el problema de la legitimidad democrática que puede tener la desobediencia civil.

En primer lugar nos asaltan problemas como: ¿por qué debemos obedecer las leyes del Estado?, ¿por qué son necesarias las leyes?, ¿cuáles son las razones que nos obligan a obedecerlas?, ¿cuales son las razones fundadas que posibilitan su desobediencia?, ¿en qué casos es legítima su desobediencia? En primer lugar, debemos establecer una clara diferenciación entre dos tipos de obligación. En la *obligación política* a una ley proviene de la legitimidad institucional basada en procedimientos democráticos (parlamento, leyes, tribunales...) para hacerla cumplir. Mientras que la *obligación moral* responde proviene de foro interno o su conciencia moral. Para una posición legitimista democrática, las leyes son expresión de la voluntad mayoritaria en una democracia, es decir expresión de la voluntad del pueblo a través de sus representantes, y por tanto, esta-

estudio más amplio sobre la diferencia entre obligación moral, política y jurídica puede consultarse el artículo así como el libro del profesor RUBIO CARRACEDO, J. L., “Paradigmas de la obligación política”, en *Sistema*, n° 85, 1990, pp. 89-106. Recogido en su libro, *Paradigmas de la política. Del Estado justo al estado legítimo (Platón, Marx, Rawls, Nozick)*, 1990; VALLESPIN, F., “La democracia como proyecto inacabado” en *Claves de la Razón práctica*, n° 13, Junio, 1991, pp. 44-47; MACPHERSON, C. B., *La democracia liberal y su época*, Alianza, Madrid, 1987; HELD, D., *Modelos de democracia*, Alianza, Madrid, 1991.

¹⁰² WEBER, Max, *El político y el científico*, Alianza, Madrid, 1989, pp. 83-85.

¹⁰³ DÍAZ, Elías, *De la maldad Estatal y la soberanía popular*; Colección Universitaria,

mos obligados a obedecerlas en cuanto pertenecemos a esa colectividad. En este sentido, la posibilidad de desobedecer al derecho legalmente puede significar un síntoma de debilidad, fragilidad y vulnerabilidad de nuestro sistema democrático y Estado de derecho regido por el imperio de la ley. En primer lugar, porque rompe con las reglas procedimentales del juego democrático, en segundo lugar, porque atenta fundamentalmente el principio de seguridad jurídica como pilar básico del Estado de derecho.

El problema de la obligación de obedecer a las leyes nos remite irremediabilmente a las fuentes de la legitimación política del poder. El sociólogo alemán Max Weber estableció la distinción de tres formas históricas de poder político, aunque en la realidad empírica se dan como formas impuras y mezcladas de poder político. La primera es de *legitimidad carismática* donde una persona individual es reconocida como líder y jefe por sus cualidades ejemplares, acciones, heroísmo (carisma). La *legitimidad tradicional* basada en la tradición, la costumbre, la creencia en las instituciones y el reconocimiento de las personas que la representan. La tercera forma es *legitimidad legal-racional* (democrática) basada en un conjunto de leyes que configuran la legalidad establecida (Constitución) y que dan poder y autoridad a los gobiernos nombrados conforme a un procedimiento democrático.

Hoy, por el contrario, tendremos que decir que Estado es aquella comunidad humana que, dentro de un determinado territorio, reclama con éxito para sí el monopolio de la violencia legítima. Lo específico de nuestro tiempo es que a todas las demás asociaciones e individuos sólo se les concede el derecho a la violencia física en la medida en que el Estado le permite. El Estado es la única fuente del “derecho” a la violencia¹⁰².

Históricamente, podemos encontrar dos posiciones teóricas de justificación del poder político, por un lado, una posición de positivismo y realismo jurídico que mantiene que la obligación de obediencia a las leyes proviene de los mecanismos que fuerzan a obe-

Editorial Debate, Madrid, 1984. p. 79. *Vid.* PÉREZ LUÑO, A. E., “¿Qué moral?”

decerlas independientemente del grado de legitimidad ética que posean. La *obligación política* de obediencia a las leyes es incondicional y absoluta. Mientras, para una postura legitimista democrática, la obligación de obedecer las leyes proviene del consentimiento libre y voluntario de los ciudadanos a través de los procedimientos formales. La obligación política es, por tanto, relativa pues depende del respecto al conjunto de valores constitucionales y derechos fundamentales de los ciudadanos. La obligación política, en este caso, es condicional y relativa.

El profesor Elías Díaz mantiene una posición intermedia y moderada entre un positivismo jurídico estricto y un iusnaturalismo radical afirmando “*que pueden darse razones éticas (fundadas) para el cumplimiento del derecho; pero por supuesto pueden darse razones éticas para su no cumplimiento, es decir para la desobediencia al derecho*”.¹⁰³ En oposición a esta visión el profesor González Vicén afirma que “*Mientras que no hay fundamento ético para la obediencia al derecho; si hay un fundamento ético absoluto para su desobediencia*”.¹⁰⁴

Para éste autor, la “*obligación*” en sentido riguroso sólo puede hablarse “*cuando nos referimos –dice- a los imperativos de la conciencia ética individual. No hay obligación de obedecer al Derecho, si tomamos la palabra obligación en sentido estricto, obligación ética.*”¹⁰⁵ Al derecho se le obedece por multitud de causas prácticas y funcionales, pero no por vicencias éticas. No obstante, esta separación radical y drástica entre

Sobre la justificación moral de la obediencia al Derecho”, *Sistema*, nº 102, 1991, pp. 83-97; GARCIA COTARELO, Ramón, *Resistencia y desobediencia civil*, Madrid, Eudema, Edición de la Univ. Complutense de Madrid, 1987; MALEM SEÑA, J. F., *Concepto y justificación de la desobediencia civil*. Barcelona, Ariel, 1988.

¹⁰⁴ GONZALEZ, VICÉN, Felipe, “La obediencia al derecho” en *Revista de Estudios de Filosofía del Derecho*, Tenerife, Universidad de la Laguna, 1979, p.388; Véase también GONZALEZ VICÉN, F. “La obediencia al derecho. Una autocrítica”, En *Revista Sistema*, nº 65, Marzo, 1985, pp. 1001-1006.

¹⁰⁵ GONZALEZ, VICÉN, Felipe, “Obediencia y desobediencia al derecho. Unas reflexiones”, *sistema*, nº 88 (enero), 1989, pp. 105-9; *Vid.* Lloyd, *The idea of Law*, Penguin Books, Middlesex, England, 1979, p. 57.

¹⁰⁶ *Cfr.* ESCOHOTADO, A., “Moral y derecho” *Revista Sistema*, Madrid, nº 67, pp. 121-135, p. 122.

derecho y moral puede generar numerosos problemas, pues en última instancia, los fundamentos y principios legitimadores del derecho siguen siendo los valores de justicia, no sólo experimentados como vivencias procedimentales, sino también como vivencias éticas.

Evidentemente, la obligación ética y política no se agota en la obligación jurídica. El derecho positivo es limitado pues no puede imponer todo lo bueno, ni prohibir todo lo malo. Todo ordenamiento jurídico de un Estado democrático se configura como un sistema de reglas que sirve a intereses permanentes de estabilidad, seguridad y fluidez de los intercambios sociales de una determinada comunidad.

El profesor Antonio Escotado manifiesta:

Los deberes morales no se agotan en los jurídicos, y los jurídicos conciernen a una esfera de actuación exterior donde muchas veces sólo importa precisar, organizar, siguiendo la máxima eficacia y el mínimo apasionamiento. Allí donde el derecho positivo sabe que no puede imponer todo lo bueno, ni prohibir todo lo malo, se configura como un sistema de reglas que sirve a intereses permanentes de orden y de fluidez en los intercambios sociales.¹⁰⁶

7.2. Rasgos diferenciales de la objeción de conciencia

La desobediencia civil y la objeción de conciencia hacen una referencia explícita a la posibilidad de que un ciudadano se oponga, de forma justificada, a la leyes vigentes de un determinado país. Sin duda, la desobediencia civil no presenta problemas cuando las leyes han sido promulgadas por un dictador o por procedimientos no claramente democráticos. En este caso, nos encontraríamos ante un autoritarismo o legítimo derecho de resistencia al poder. La desobediencia puede adoptar diferentes y variadas formas políticas como insumisión al servicio militar obligatorio, objeción fiscal, cortes de carretera, encierros, asentadas, manifestaciones, plantones, huelgas de hambre, encadenamientos públicos. Este tipo de actos morales y políticos no deben ser considerados peligrosos para la

¹⁰⁷ Vid. SINGER, P., *Democracia y desobediencia*, Barcelona, Ariel, 1986; GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Obediencia al derecho y objeción de conciencia*, Centro de Estudios

democracia,¹⁰⁷ sino al contrario como uno de los rasgos básicos de un sistema democrático plural siempre que cumplan determinadas condiciones básicas necesarias que en el siguiente capítulo enunciaré. Como afirma la profesora Adela Cortina dependiendo cómo consideremos este delito,¹⁰⁸ tendremos en buena medida un indicador efectivo para saber el grado de democracia alcanzado en un determinado país. Por tanto, la desobediencia atiende a criterios de legitimidad democrática lejanos a cualquier forma de legalismo autoritario y como afirma Habermas constituye un “patrimonio irrenunciable de una cultura política madura”.¹⁰⁹

Normalmente no suele distinguirse la desobediencia civil de la objeción de conciencia; pero existen numerosos aspectos diferentes entre ambas posiciones que nos permiten realizar una clara y explícita demarcación. En primer lugar, la objeción de conciencia se apela a motivaciones de índole moral o religiosa, por tanto, privadas, mientras en la desobediencia civil los motivos han de ser de naturaleza política y, por tanto, pública. En segundo lugar, la objeción de conciencia no necesita ser pública porque no pretende modificar ningún programa de gobierno o ley que se considera injusta. El objetor de conciencia simplemente busca no someterse a una ley porque considera que atenta a su conciencia moral personal y en ese sentido no pretende cuestionar el carácter de justicia del ordenamiento jurídico específico que pretende eludir. En muchos casos la objeción de conciencia suele estar contemplada jurídicamente bajo ciertos supuestos, por lo que no necesariamente es un acto ilegal. Tal es el caso de aquellos países democráticos que admiten leyes generales de objeción de conciencia al servicio militar y, en su

Constitucionales, Madrid, 1990; PECES BARBA, G., “Desobediencia civil y objeción de conciencia”, en *Anuario de derechos humanos*, Madrid, nº 5, 1988, p. 179.

¹⁰⁸ CORTINA, Adela, *Ética sin moral*, Tecnos, Madrid, 1999; CORTINA, A., “La calidad moral del principio ético de la universalización”, *Sistema*, nº77, Marzo, 1987, pp. 111-120; MUGUERZA, J., “La alternativa al disenso” en PECES-BARBA, G. (ed.), *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid, Debate, pp. 19-56.

¹⁰⁹ HABERMAS, J., “La desobediencia civil”, en *Leviatán*, nº14, 1983, p. 101; Véase también HABERMAS, J., *Ensayos políticos*, Barcelona, Península, 1989.

lugar, proponen un servicio social o civil sustitutorio, es decir, la posibilidad de servir de forma civil al Estado en necesidades de orden social. O en los casos en los que una ley del aborto posibilita este supuesto de objeción de conciencia al personal de servicio médico que lo desee.

8. Bibliografía

AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique, “Universalidad de los derechos humanos y crítica a las teorías de la naturaleza humana en el pragmatismo de Richard Rorty”, Revista *Universitas* (Revista de filosofía, derecho y política), Universidad Carlos III de Madrid, Instituto de Derechos humanos “Bartolomé de las Casas”, vol, V, 2006, pp. 47-75.

_____ “El debate iusfilosófico contemporáneo en torno a la ciudadanía entre comunitaristas y liberales” en *Anuario de Derecho Universidad de Alcalá de Henares*, Universidad Alcalá de Henares, Madrid, año 2006, pp. 6-44.

_____ “Multiculturalismo, derechos humanos y ciudadanía cosmopolita” en *Revista Letras jurídicas*, Universidad de Guadalajara, México, n°3, Otoño, 2006, pp. 1-29, p. 17.

_____ “Fundamento, naturaleza y garantías jurídicas de los derechos sociales ante la crisis del Estado social” en *Revista Telemática de filosofía del derecho*, Madrid, n°10, año 2006, pp.1-29.

_____ “Posibilidad, sentido y actualidad de la filosofía del derecho” en *Revista Ius et praxis*, Universidad de Talca, Chile, año 13, n°2, 2007, pp. 169-193.

_____ “La igualdad como valor normativo, axiológico y político fundamental” en Figueruelo, Ángela, *¿Igualdad ¿para qué?*, Editorial Comares, Granada, 2007, pp. 15-49.

_____ “La encrucijada de una ciudadanía constitucional europea a través del pensamiento federalista” en TORRES ESTRADA, Pedro y BARCELO ROJAS, Daniel (ed.) *La reforma del Estado*, Editorial Porrúa, México, 2007.

ARANGUREN, J., *Ética y política*. Orbis, Madrid, 1983.

ARENDT, H., *Crisis de la República*, Madrid, Taurus, 1973.

- CLAUSS OFFE, *Partidos políticos y nuevos movimientos sociales*, Sistema, Madrid, 1988.
- DÍAZ, ELÍAS, *Estado de derecho y sociedad democrática*, Taurus, Madrid, 1998 (3ªed.).
- ESTEVEZ ARAUJO, J. A., *La constitución como proceso y la desobediencia civil*, Madrid, Trotta, 1994.
- GARCIA COTARELO, Ramón, *Resistencia y desobediencia civil*, Madrid: Eudema Edic. de la Univ. Complutense de Madrid, 1987.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Obediencia al derecho y objeción de conciencia*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.
- GONZALEZ VICÉN, F. “La obediencia al derecho. Una autocrítica”, En Revista *Sistema*, nº 65, Marzo, 1985, pp. 1001-1006.
_____: “Obediencia y desobediencia al derecho. Unas reflexiones”, *sistema*, nº 88 (enero),1989, pp. 105-9.
- HABERMAS, J., *Ensayos políticos*, Barcelona, Península, 1989.
_____, *El discurso de la modernidad*. Taurus , Madrid, 1983.
_____, *Facticidad y validez*, Taurus, Madrid,1992.
- KELSEN, H., *Teoría general del Estado*, México, Editora Nacional, 1985.
- LUTHER KING, Martín (1975): “¿Porqué no podemos esperar? Sígueme, Salamanca.1975.
- MALEM SEÑA, J. F., *Concepto y justificación de la desobediencia civil*. Barcelona, Ariel, 1988.
- MACPHERSON, C. B., *La teoría política del individualismo posesivo: de Hobbes a Locke*, Barcelona, Fontanella, 1970.
- MUGUERZA, J (1988): “La alternativa del disenso”, en PECES-BARBA, G.(ed.): El fundamento de los derechos humanos. Madrid: Debate, pp.19-56.

- MUGUERZA, J.(1990): Desde la perplejidad. (Ensayos sobre la ética, la razón y el dialogo), Madrid, FCE.
- PECES BARBA, G. (1988): “Desobediencia civil y objeción de conciencia”, en *Anuario de Derechos humanos*, Madrid, nº 5, p. 179.
- PÉREZ; Juan Carlos (1999): “Rebelión en la sociedad civil” Ed. Flor de viento, Barcelona.
- PÉREZ LUÑO, A. E.(1991): “Qué moral? Sobre la justificación moral de la obediencia al Derecho”, *Sistema* nº 102, pp. 83-97.
- RUBIO CARRACEDO, J.(1990): “Paradigmas de la obligación política”, en *Sistema*, nº85, pp. 89-106. Recogido en su libro (1990): *Paradigmas de la política. Del Estado justo al estado legítimo (Platón, Marx, Rawls, Nozick)*. Barcelona, Anthropos.
- SCHMITT, C., *Legalidad y legitimidad*, Madrid, Aguilar, 1971.
-*Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza, 1982.
- SINGER, P., *Democracia y desobediencia*, Barcelona, Ariel, 1986.
- STUART MILL, J., *Sobre la libertad*, Orbis, Madrid, 1980.
- TAYLOR, Charles, *Ética de la autenticidad*, Paidós, Barcelona, 1998.
- THOUREAU, Henry D. *Del deber de la desobediencia civil*” Sígueme, 1985.
- THOUREAU, Henry D., *Walden* Barcelona, Fontanella, 1988.
- TOLSTOI, L., *Escritos sobre insumisión y otros ensayos*’ Madrid, Ed. Zero, 1988.
- TORRES DEL MORAL, *Principios de derecho constitucional español*, Átomo ediciones, Madrid, 1988.
- ZARAGOZA HUERTA, José, AGUILERA PORTALES, Rafael, NÚÑEZ TORRES, Michael, *Los derechos humanos en la sociedad contemporánea*, México, Editorial Lago, 2007.