

EL FUNDAMENTO MORAL DEL DERECHO

The moral foundation of law

Dr. José Juan Moreso

Catedrático de Filosofía del Derecho
Universitat Pompeu Fabra, España
<https://orcid.org/0000-0003-2702-569X>
josejuan.moreso@upf.edu

Resumen

El artículo se ocupa de la venerable cuestión de en qué medida y cómo el derecho depende de la moralidad. En primer lugar, se analiza la cuestión en los términos tradicionales: ¿son las normas injustas dictadas por las autoridades de derecho válido? Se sostiene que en este sentido esta es una disputa verbal. En segundo lugar, se analiza la cuestión metafísica, a saber, si el derecho proporciona razones decisivas para actuar; entonces, ¿los contenidos jurídicos existen en virtud de, fundados en, hechos sociales únicamente o también en hechos morales? En tercer lugar, se analiza la cuestión epistémica: ¿la identificación del contenido del derecho depende de la identificación de razones y consideraciones morales? En estos dos sentidos es que el debate entre el positivismo jurídico y el antipositivismo tiene sentido. Se termina sugiriendo que si bien tal vez es concebible que el contenido del derecho sea identificado sin recurrir a la moralidad, dicha identificación no es metafísicamente posible.

Palabras clave: fundamento moral; positivismo jurídico; antipositivismo jurídico; argumento de la concebibilidad.

Abstract

The paper deals with the venerable question about to what extent and how law depends on morality. Firstly, the issue is analysed in the traditional terms: unjust norms enacted by legal authorities are valid? It is argued that in this sense is only a verbal dispute. Secondly, the metaphysical question is introduced, to wit, if law provides decisive reasons for action, then legal contents exist in virtue of, grounded on, either only social facts or also on moral facts? Finally, the paper deals with the epistemic question: the identification of the content

of law depends on the identification of moral reasons and considerations? It is in these two last senses in which the debate between legal positivism and anti-positivism makes sense. For concluding it is suggested that, maybe, if it is conceivable that the content of law can be identified without recourse to morality, such identification is not metaphysically possible.

Keywords: moral grounding; legal positivism; legal anti-positivism; the argument of conceivability.

Sumario

1. Introducción. 2. ¿Una disputa verbal? 3. Los fundamentos metafísicos del derecho. 4. La identificación del derecho: una cuestión epistémica. 5. Conclusión. **Referencias bibliográficas.**

1. INTRODUCCIÓN

Es un lugar común que el derecho y la moral tienen relaciones entre sí, que por así decirlo, se solapan. Nadie lo niega, es obvio que la moralidad prohíbe matar a las personas inocentes u obliga a cumplir las promesas y, también es obvio, que todos los sistemas jurídicos contienen pautas que sancionan el homicidio (puede haber excepciones, pero al menos en general lo sancionan) u obligan a cumplir los contratos (que, a menudo, son comprendidos como un tipo especial de promesas).

Lo que se pone en duda es si la existencia del derecho depende *necesariamente* de la moralidad. Para la tradición clásica, hay un conjunto de pautas, independientes de la voluntad humana, que poseen una objetividad práctica, es decir, que son *obligatorias* para todos los seres humanos, es el *Derecho natural*, fundado o bien en la naturaleza o bien en la razón humana, esta polémica clásica no será analizada aquí.¹ A esta tesis, que podemos denominar la tesis de la *objetividad*, se añade otra tesis, que podemos denominar la tesis de la *vincu-*

¹ Buenas presentaciones de la doctrina del Derecho natural pueden hallarse en FINNIS, John, "Natural Law Theories", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2016 Edition), Edward N. Zalta (ed.), 2016; MURPHY, Mark, "The Natural Law Tradition in Ethics", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2019 Edition), Edward N. Zalta (ed.), 2019; y HIMMA, Kennet Einer, "Natural Law", *The Internet Encyclopedia of Philosophy*, 2020. Para la crucial contribución de la escolástica española (principalmente Francisco DE VITORIA y Francisco SUÁREZ), por ejemplo, PÉREZ LUÑO, Antonio E., "Los clásicos españoles del Derecho Natural y la rehabilitación de la razón práctica", *Doxa*, No. 12, 1992, pp. 313-322.

latoriedad, de acuerdo con la cual las pautas establecidas por las autoridades humanas que son contrarias al Derecho natural no son válidas.

Estas son las tesis que asumen las doctrinas *iusnaturalistas*. A ellas se opone una doctrina surgida mucho después, en la modernidad (aunque, como sucede casi siempre en filosofía, con precedentes anteriores), conocida como *positivismo jurídico*, que niega o bien la primera tesis, la tesis de la objetividad o, aceptándola, niega la segunda, la tesis de la vinculatoriedad.²

En este texto, en la sección segunda, voy a presentar este debate como se acostumbra a hacer, para intentar mostrar que, a menudo, se trata solo de una *disputa verbal*. En la sección tercera voy a mostrar un debate más interesante –en mi opinión– que es de carácter metafísico, y que guarda relación con la cuestión de si la existencia del derecho, aparte de depender, como es obvio, de determinados hechos sociales (como, por ejemplo, hechos de promulgación de leyes y otros documentos legislativos), depende también, de manera necesaria, de ciertos contenidos morales. Es decir, si los *contenidos* jurídicos existen (al menos parcialmente) *en virtud de*, o lo que es lo mismo, *fundados en* contenidos morales. En la sección cuarta voy a plantear una cuestión distinta, aunque a menudo no suele distinguirse de la anterior, una cuestión de carácter epistémico: si la *identificación del derecho* depende de consideraciones morales. En la quinta, concluiré.

2. ¿UNA DISPUTA VERBAL?

A menudo las doctrinas del Derecho natural han sido asociadas con esta tesis de carácter semántico: las regulaciones *injustas* de las autoridades políticas no alcanzan el estatus de *Derecho*, no adquieren validez jurídica. Se trata, como puede apreciarse fácilmente, de una consecuencia inmediata de la tesis de la vinculatoriedad. Siempre se alude en estos casos a CÍCERÓN, Agustín DE HIPONA y Tomás DE AQUINO.

Efectivamente, CÍCERÓN arguyó que las leyes injustas no merecen el nombre de leyes, del mismo modo que las prescripciones de sustancias venenosas establecidas por ignorantes e inexpertos, en lugar de por médicos, no merecen el

² Para presentaciones panorámicas del positivismo jurídico puede verse HART, H. L. A., "Positivism and the Separation of Law and Morals", *Harvard Law Review*, No. 71, 1958, pp. 593-629; ROSS, Alf, "Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law", *Revista Jurídica de Buenos Aires*, No. 4, 1961, pp. 46-93; y BOBBIO, Norberto, *Il positivismo giuridico y Giusnaturalismo e positivismo giuridico*.

nombre de prescripciones *médicas*.³ Agustín DE HIPONA escribió: “No me parece ser ley la que fuese injusta”.⁴ Y Tomás DE AQUINO, siguiendo a Agustín, añadió que lo que contradice la ley natural no es ley sino corrupción de ley.⁵ Todavía en el siglo XVIII, el gran jurista inglés William BLACKSTONE escribía: “Este Derecho de la naturaleza, siendo coetáneo con la humanidad, y dictado por Dios mismo, es claramente superior en obligación a cualquier otro. Es vinculante sobre todo el globo, en todos los países y en todos los tiempos: ninguna ley humana tiene validez si es contraria a él: y aquellas leyes humanas que son válidas derivan su fuerza y toda su autoridad, mediata o inmediatamente, de este original”.⁶

De este modo, para las doctrinas iusnaturalistas, el Derecho natural es aquel conjunto de principios y estándares independientes de la actividad humana que guían el comportamiento de los seres humanos en sociedad. El Derecho natural no agota todo el contenido del orden moral, sino solo aquella parte referida a la virtud de la justicia. En este sentido, la adecuación a la moralidad que sostiene la tesis iusnaturalista debe ser entendida como la adecuación a aquella parte del orden moral conocida como Derecho natural. Y, por otra parte, el Derecho natural para Tomás DE AQUINO es la expresión del orden especial de las criaturas racionales en el orden general del universo, regido por la ley eterna. Como es obvio, esta caracterización corresponde a las concepciones *teológicas* del Derecho natural, es decir, a aquellas concepciones que suponen que el origen de tal Derecho se encuentra en el entendimiento o en la voluntad de Dios. Después ha habido concepciones que ya no suponen este origen en Dios del Derecho natural, una tradición

³ Este es el pasaje de Cicerón: “*Quid quod multa perniciose, multa pestifere sciscuntur in populis, quae non magis legis nomen adtingunt, quam si latrones aliqua consensu suo sanxerint? Nam neque medicorum praecepta dici vere possunt, si quae inscii inperitique pro salutaribus mortifera conscripserint, neque in populo lex, cuiusmodi fuerit illa, etiam si perniciosum aliquid populus acceperit. Ergo est lex iustorum iniustorumque distinctio, ad illam antiquissimam et rerum omnium principem expressa naturam, ad quam leges hominum diriguntur, quae supplicio inprobos adficiunt, defendunt ac tuentur bonos*”. CICERÓN, Marco Tulio, *De Legibus*, II.13.

⁴ “*Nam lex mihi esse non videtur, quae iusta non fuerit*”. DE HIPONA, Agustín, *De libero arbitrio. Opera omnia*, I.v.11.

⁵ “*Si vero in aliquo, a lege naturali discordet, iam non erit lex sed legis corruptio*”. DE AQUINO, Tomás, *Summa Theologiae*, I-II, q. 95.a.2co.

⁶ “*This law of nature, being coeval with mankind, and dictated by God himself, is of course superior in obligation to any other. It is binding over all the globe in all countries, and at all times: no human laws are of any validity, if contrary to this; and such of them as are valid derive all their force and all their authority, mediately or immediately, from this original*”. BLACKSTONE, William, *Commentaries on the Laws of England*, vol. 1, p. 41.

que se origina en una expresión atribuida a Hugo GROCI⁷ (aunque no es literal): *etsi Deus non daretur*, “incluso si Dios no existiera”.

Podemos, por otra parte, preguntarnos cómo se muestra la adecuación del Derecho positivo con la moral, con el Derecho natural. Según Tomás DE AQUINO⁸, las normas positivas pueden proceder del Derecho natural de dos modos: a) o bien por derivación lógica de los principios del Derecho natural, *per modum conclusionis*; b) o bien por medio de una especificación de dichos principios, *per modum determinationis*. Un ejemplo del primer caso puede ser el siguiente: “Se debe cumplir lo estipulado por los contratos de compraventa” es una consecuencia lógica del principio “Se deben cumplir las promesas”, bajo el supuesto de que los contratos son un tipo de promesa. Un ejemplo del segundo caso es el siguiente: la norma expresada por “Se debe circular a una velocidad inferior a los 120 km. por hora en las autopistas” no se deriva lógicamente del principio: “Se debe conducir de modo tal que se reduzca al máximo la probabilidad de causar daños a terceros”, pero especifica un modo de cumplir con dicho principio.

Sin embargo, ¿quiere ello decir que los clásicos del Derecho natural pensaban que las regulaciones injustas de las autoridades no son derecho? Ello no es tan claro. Destacados iusnaturalistas actuales han argüido, con buenas razones, que lo que establecía dicha doctrina es que las regulaciones injustas de las autoridades no son derecho en un sentido *focal*, en un sentido pleno, aunque sean derecho en algún sentido. No son derecho *simpliciter*, aunque sean derecho *secundum quid*.⁹ De un modo semejante a como si una persona tiene un viejo coche en su jardín, donde juegan los niños; un coche que hace décadas que no circula y que ya no es recuperable para dicho uso, es todavía un coche en algún sentido (todo el mundo lo entiende cuando dice “sal del coche, por favor, y ven a comer ya”), aunque en otro sentido ya no es un coche plenamente, porque es un coche muy defectuoso, que no sirve para transportarnos de un lugar a otro.

⁷ GROCI, Hugo, *De Jure Belli ac Pacis, libri tres, III. Prolegomena*, 11, 7.

⁸ DE AQUINO, Tomás, *Summa Theologiae*, I-II, q. 95.a.2co, *cit*.

⁹ Véase, en este sentido, la reconstrucción de las ideas de Tomás DE AQUINO por parte de FINNIS, John, *Natural Law and Natural Rights*, pp. 351-370. Esta es también la posición de OLLERO, Andrés, “Derecho y moral: una relación desnaturalizada”, en A. Ollero, J. A. García Amado y C. Hermida, *Derecho y moral: una relación desnaturalizada*, p. 27. Por ejemplo: “El mismo Tomás de Aquino no diría que no nos hallamos ante una ley, sino que se trata de una ley corrompida; no deja pues de ser jurídica, aunque por serlo de modo deficiente merezca también una negativa evaluación moral”.

Veamos ahora cómo razona la doctrina del positivismo jurídico. En un artículo central en esta tradición H.L.A. HART argüía:¹⁰

“No se sigue del mero hecho de que una regla viola los estándares de la moralidad que no es una regla jurídica; y, conversamente, no se sigue del mero hecho que una regla es moralmente deseable que sea una regla jurídica”.

Una formulación que evocaba la clásica formulación de la tradición anglosajona del positivismo jurídico en la Escuela analítica del derecho, debida a John AUSTIN:¹¹ “La existencia del Derecho es una cosa; su mérito o demérito es otra”. Es decir, la validez jurídica de una norma no implica necesariamente que sea justa, su validez moral; y la justicia de una norma no implica su validez jurídica.

Sin embargo, también los iuspositivistas suelen aceptar que las normas injustas no deben ser obedecidas. HART, por ejemplo, afirma que es posible sostener algunas veces “esto es derecho, pero es demasiado inicuo para ser aplicado u obedecido”.¹²

En realidad, solo una posición radicalmente escéptica acerca de la moralidad (una que negara sentido alguno a predicar la justicia de ningún comportamiento o institución), una forma especialmente *afectada* de rechazar la tesis de la objetividad moral del iusnaturalismo, privaría de sentido a la idea de que hay regulaciones humanas que son injustas. Podemos prescindir, según creo, de esta clase de escepticismo y confiar en que la idea de que algunas regulaciones son injustas (como el *apartheid*) es compatible con muchas y diversas posiciones en metaética.¹³

Entonces, me parece que llevan razón NINO y GARZÓN VALDÉS, quienes sostienen que esta es una discusión de palabras, una mera disputa verbal.¹⁴ Así lo dice

¹⁰ HART, H. L. A., “Positivism...”, *cit.*, p. 599. Algo similar sostienen, por ejemplo, DÍAZ, Elías, *Sociología y filosofía del Derecho*, pp. 50-60; o FERRAJOLI, Luigi, *Principia Iuris. Teoría del diritto e della democrazia*, vol. 2, pp. 309-321, en el sentido de que ni la existencia o validez de una norma jurídica implica su justicia, ni su justicia implica su validez.

¹¹ AUSTIN, John, *The Province of Jurisprudence Determined*, p. 157.

¹² HART, H. L. A., *The Concept of Law*, p. 203.

¹³ Es cierto, sin embargo, que algunos importantes positivistas suscribieron algunas veces este tipo radical de escepticismo, pero no lo hicieron siempre ni, en mi opinión, de manera consistente. *Vid.* los casos relevantes de Kelsen, Hans, “The Foundations of Democracy”, *Ethics*, No. 66, 1955, pp. 1-101, y Ross, Alf, *On Law and Justice*.

¹⁴ NINO, Carlos S., “La superación de la controversia ‘positivismo vs. iusnaturalismo’ a partir de la ofensiva antipositivista de Dworkin”, en C. S. Nino, *La validez del Derecho*, pp. 141-174; GARZÓN VALDÉS, Ernesto, “Algo más acerca de la relación entre Derecho y moral”, *Doxa*, No. 8, 1990, pp. 111-130.

DWORKIN:¹⁵ “el venerable problema iusfilosófico del derecho injusto tristemente es poco más que una disputa verbal”.

En el pragmatista William JAMES se halla una perspicua explicación de lo que es una *disputa verbal*. Considera el ejemplo de un hombre que pasea rápidamente dando vueltas a un árbol, mientras una ardilla se mueve en el tronco del árbol. Ambos están frente al árbol todo el tiempo, pero el árbol está siempre entre ellos. Un grupo de personas discute sobre la cuestión siguiente: ¿el hombre rodea la ardilla o no? JAMES¹⁶ resuelve la cuestión de este perspicuo modo:

“Quiénes llevan la razón depende sobre lo que signifique prácticamente ‘rodear’ la ardilla. Si significa pasar del norte de la ardilla al este, después al sur, después al oeste, y al final al norte de nuevo, es obvio que el hombre rodea la ardilla, puesto que ocupa estas posiciones de modo sucesivo. Pero si, por el contrario, significa estar primero frente a ella, después a su derecha, después detrás de ella, después a su izquierda, y al final de nuevo frente a ella, es bastante obvio que el hombre no consigue rodearla... Hecha la distinción ya no hay ocasión para ninguna disputa más”.

En los términos de CHALMERS,¹⁷ del que, por otra parte, obtengo la preciosa referencia a JAMES): “Intuitivamente, una disputa entre dos partes es verbal cuando las dos partes están de acuerdo en todos los hechos relevantes acerca de un dominio determinado, y sólo discrepan acerca del lenguaje usado para describir el dominio. En tal caso, uno tiene la impresión que las dos partes ‘no están en realidad en desacuerdo’: es decir, que no están realmente discrepando acerca del dominio en cuestión, y que discrepan sólo acerca de materias lingüísticas”.

Y este me parece el caso en la disputa acerca del derecho injusto. Las dos partes en nuestro caso, iusnaturalistas y defensores del positivismo jurídico, acuerdan en que puede haber leyes establecidas por seres humanos que son injustas y que dichas leyes no son obligatorias, no deben ser obedecidas. Discrepan solamente en que los positivistas piensan que estas leyes injustas han de ser clasificadas como válidas jurídicamente, mientras los iusnaturalistas piensan que no han de ser calificadas como válidas jurídicamente. Es decir, discrepan acerca de si el derecho comporta la obligatoriedad de sus pautas, con el

¹⁵ DWORKIN, Ronald, *Justice for Hedgehogs*, p. 411.

¹⁶ JAMES, William, *Pragmatism: A New Name for Some Old Ways of Thinking*, p. 25.

¹⁷ CHALMERS, David, “Verbal Disputes”, *Philosophical Review*, No. 120, 2011, p. 215.

lenguaje de hoy, si el derecho suministra *razones para la acción*.¹⁸ Si, como quieren los iusnaturalistas, solo llamamos derecho a aquellos conjuntos de pautas que están de acuerdo con la justicia, entonces es verdad que el derecho comporta la obligatoriedad. Si, conforme a los positivistas, llamamos derecho a todas las pautas establecidas por las autoridades humanas, entonces solo son obligatorias aquellas pautas jurídicas que están de acuerdo con la justicia y no es verdad que el derecho comporte necesariamente la obligatoriedad. Lo que muestra que se trata de una disputa verbal.¹⁹

Una disputa verbal que puede, sin embargo, tener efectos pragmáticos. En determinadas ocasiones, una concepción iusnaturalista puede usarse para defender el orden establecido, por ejemplo, arguyendo que hay una presunción de justicia en las reglas de las autoridades.²⁰ Pero también puede hacerse mediante algo como *dura lex, sed lex*, tan a menudo usada para combatir la resistencia. Aunque también sucede al revés, los iusnaturalistas pueden animar a la desobediencia fundados en la idea de que algunas directivas de la autoridad son inválidas por injustas, y los iuspositivistas pueden animar a la revuelta con la idea de que dichas normas, que son válidas, son demasiado injustas para ser obedecidas. Sucede aquí algo semejante a lo que acontece con cierta discusión teológica medieval sobre la infalibilidad del Papa (que algunos católicos integristas han resucitado para usarla contra el Papa Francisco): la idea de que todo lo que dice el Papa, en determinadas circunstancias, es verdad, puede servir tanto para predicar la verdad de lo que dice el que ocupa ese lugar en la Iglesia católica, como para argüir que dado que lo que dice no es verdad, entonces no es el Papa, sino el Anticristo.

¹⁸ Véase por todos, RAZ, Joseph, *Practical Reason and Norms*.

¹⁹ Y lo mismo ocurre con otra defensa del no-positivismo muy influyente contemporáneamente, me refiero a ALEXY. Robert ALEXY ("On Necessary Relations between Law and Morality", *Ratio Juris*, No. 2, 1989, pp. 167-189; *Begriff und Geltung des Rechts*; "El No-Positivismo Incluyente", *Doxa*, No. 36, 2013, pp. 15-23) toma como referencia la denominada fórmula de RADBRUCH (RADBRUCH, Gustav, "Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht", *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, No. 1, 1946, pp. 105-108), según la cual las leyes extremadamente injustas no son jurídicamente válidas. Pero de nuevo aquí se trata de una disputa acerca del significado de "válido jurídicamente", si significa que no son obligatorias, entonces no hay discrepancia genuina. Es cierto, sin embargo, que otros aspectos de la posición de ALEXY acercan su debate a la cuestión del fundamento metafísico del derecho, que será tratado en la sección siguiente.

²⁰ Así argumentaba el famoso iusnaturalista racionalista Samuel PUFENDORF (*Elementorum jurisprudentiae universalis, libri II*, observatio V, sec. 21, p. 346): *Praesumptio justitiae semper a principis partibus stet* ("la justicia está siempre de parte del príncipe").

3. LOS FUNDAMENTOS METAFÍSICOS DEL DERECHO

El contenido del derecho, el hecho de que es obligatorio en España (para las personas con determinados ingresos) presentar su declaración de la renta entre los meses de abril y junio de cada año, o el hecho de que solo son hipotecas válidas sobre bienes inmuebles aquellas inscritas en el Registro de la Propiedad, no es parte de la naturaleza en el modo en que lo son, las montañas, los ríos o los eclipses. Dependen de la actividad humana, no habría declaraciones de la renta ni hipotecas sin seres humanos. Se trata de una realidad *institucional*.²¹ El contenido del derecho no está constituido por hechos *fundamentales*, ya no fundados en nada, sino que son hechos fundados en otros hechos del mundo.²² En determinadas acciones humanas y en hechos de *aceptación* de estos seres humanos, que *anclan* determinadas acciones en el mundo.²³ Por ejemplo, el hecho de que un trozo de papel de color azul sea un billete de veinte euros, ¿de qué depende? O, dicho de otro modo, ¿cuáles son las condiciones de verdad de la proposición según la cual este es un billete de cinco euros? Pues bien, según EPSTEIN y simplificando ahora sus ideas, depende de dos relaciones que estructuran nuestro mundo social, nuestro mundo de los significados. Son las relaciones que podemos denominar de *anclaje* y de *fundamentación* (“anchoring” y “grounding”).

Son nuestras creencias y actitudes las que anclan en nuestras comunidades las reglas constitutivas, las reglas que dicen, por ejemplo, que estrecharse las manos *cuenta* como saludarse entre nosotros, que levantar la mano en una asamblea cuenta como votar a favor de una propuesta, que los billetes impresos de acuerdo con las regulaciones del Banco central europeo cuentan como billetes de cinco, diez, veinte, cincuenta, cien, doscientos o quinientos euros. Estas reglas constitutivas existen en un grupo social en la medida en que los

²¹ Por ejemplo, SEARLE, John, *The Construction of Social Reality y Making the Social World*.

²² La relación metafísica de *fundamentación*, de existir *en virtud de*, se ha convertido en crucial en la ontología actual. Puede verse SCHAFFER, Jonathan, “On What Grounds What”, en D. J. Chalmers, D. Manley, R. Wasserman (Eds.), *Metametaphysics: New Essays on the Foundations of Ontology*, pp. 347-383; ROSEN, Gideon, “Metaphysical Dependence: Grounding and Reduction”, en B. Hale & A. Hoffmann (Eds.), *Modality: Metaphysics, Logic, and Epistemology*, pp. 109-36; FINE, Kit, “Guide to Ground”, en F. Correia & B. Schnieder (Eds.), *Metaphysical Grounding: Understanding the Structure of Reality*, pp. 37-80; y BLISS, Ricki & Kelly TROGDON, “Metaphysical Grounding”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2016 Edition), Edward N. Zalta (ed.). Y con aplicación al derecho en CHILOVI, Samuele, “Metafísica”, en D. González Lagier, G. Lariguet (Eds.), *Filosofía para juristas*.

²³ Vid. EPSTEIN, Brian, *The Ant Trap. Rebuilding the Foundations of the Social Sciences*.

miembros del grupo las aceptamos colectivamente. Es esta aceptación colectiva lo que ancla su existencia. En otras comunidades, lo que cuenta como un saludo es frotarse la nariz con la nariz del otro, por ejemplo. Y es la existencia de esta regla constitutiva, de acuerdo con la cual los billetes azules impresos conforme a la regulación y autorización del Banco Central europeo cuentan como billetes de veinte euros. Un trozo de papel azul es un billete de veinte euros en virtud de la regla constitutiva según la cual los billetes azules emitidos conforme a la regulación y autorización del Banco Central europeo son billetes de veinte euros.

Así puede ser comprendida la concepción del derecho que se halla en el libro de HART.²⁴ Sin embargo, el derecho en un grupo social tiene relevancia normativa, en virtud de su contenido algunos comportamientos dejan de ser opcionales para sus destinatarios y devienen obligatorios. ¿Cómo es ello posible? Y, sobre todo, ¿de qué depende su normatividad?

Parece plausible sostener que el contenido del derecho se funda en determinados hechos sociales (de promulgación de regulaciones por las autoridades y de aceptación de dichas reglas como directivas de comportamiento), pero en la medida en la cual el derecho proporcione *razones para la acción*, entonces debe fundarse también en determinados hechos de naturaleza moral. Y ello porque solo la moralidad tiene la fuerza de establecer razones *decisivas* para la acción. Solo la moralidad puede proporcionarnos algo como una *normatividad robusta*.²⁵

Por esta razón es que en los últimos años se presenta el debate entre el positivismo jurídico y el ahora denominado antipositivismo jurídico, como un debate acerca de si entre los fundamentos del contenido del derecho hay, aparte de hechos sociales, también hechos morales o no.

Una idea que se halla presente en GREENBERG²⁶ puede servirnos para comprender el alcance de este modo de considerar el debate. Según GREENBERG, la mayoría de juristas y teóricos del derecho, cuando reflexionan sobre él, asumen im-

²⁴ HART, H. L. A., *The Concept...*, *cit.*

²⁵ *Vid.*, por ejemplo, PLUNKETT, David, "Robust Normativity, Morality, and Legal Positivism", en D. Plunkett, S. J. Shapiro and K. Toh (Eds.), *Dimensions of Normativity*, pp. 105-136.

²⁶ GREENBERG, Mark, "The Standard Picture and its Discontents", en L. Green and B. Leiter (Eds.), *Oxford Studies in Philosophy of Law*, vol. 1, pp. 39-106; y "The Moral Impact Theory of Law", *The Yale Law Journal*, No. 123, 2014, pp. 1288-1314.

plícitamente lo que denomina la *imagen estándar* ("Standard Picture") según la cual el contenido del derecho depende, fundamentalmente, del significado de las regulaciones emitidas por las autoridades jurídicas; y por ello se admite implícitamente que no depende de hechos morales. En consecuencia, los teóricos se empeñan en conseguir una noción más plausible de significado: el contenido semántico de las palabras del legislador o lo que quiso decir el legislador (que, tal vez, incluye aspectos pragmáticos, como lo que el legislador presuponía, lo que contextualmente implicaba, etc.). Y ahí las discusiones son, a menudo, si lo relevante son las *intenciones* del legislador, o es lo que esas palabras significaban en el momento de ser pronunciadas, o los propósitos del legislador, etcétera.

Por cierto, este enfoque es compatible con que los hechos morales contribuyan a fijar el contenido del derecho, por ejemplo, porque el derecho remite a la moralidad, declarando nulos los contratos contrarios a la moral o excluyendo los tratos crueles, inhumanos o degradantes, por ejemplo. Pero estos hechos morales, que determinan el contenido del derecho, están a su vez fundados en hechos sociales de creación normativa.²⁷

Hay, sin embargo, al menos dos posiciones contemporáneas que rechazan este punto de vista. No suponen que el contenido del derecho sea el resultado directo del significado atribuido a las regulaciones dotadas de autoridad. Son enfoques antipositivistas. En primer lugar tenemos la posición de Ronald DWORKIN,²⁸ el derecho como *integridad*. Para dicha posición, el contenido del derecho está determinado por el conjunto de principios que mejor justifican, desde el punto de vista moral, la práctica jurídica. Y eso en dos dimensiones, la dimensión de *adecuación* ("dimension of fit") y la dimensión de *justificación* ("dimension of justification"). En la primera, establecemos un filtro entre los contenidos posibles del derecho, de manera que concuerden con la práctica, la práctica legislativa y la práctica judicial de esa comunidad. En la segunda dimensión elegimos aquel contenido que mejor, mejor desde el punto de vista moral, reconstruye la práctica, aquel contenido que ofrece la mejor solución desde el punto de vista moral, de acuerdo con la práctica.

²⁷ Esta es la posición de lo que se conoce como *positivismo jurídico incluyente*. Vid. WALUCHOW, Wilfred J., *Inclusive Legal Positivism*; COLEMAN, Jules, *The Practice of Principle: In Defense of a Pragmatist Approach to Legal Theory*; MORESO, J. J., "In Defense of Inclusive Legal Positivism", en P. Chiassoni (Ed.), *The Legal Ought*, pp. 37-64; HIMMA, Kenneth E., "Inclusive Legal Positivism", en J. L. Coleman & S. J. Shapiro (Eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, pp. 125-165.

²⁸ DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*; y *Law's Empire*.

En segundo lugar tenemos la de Mark GREENBERG.²⁹ Antes que nada hay que advertir que GREENBERG no está de acuerdo con DWORKIN, porque considera que la posición dworkiniana no está en condiciones de proporcionarnos normatividad *robusta* para el contenido del Derecho. Y no lo está porque los principios que permiten considerar la práctica jurídica en su mejor luz pueden ser principios muy defectuosos desde el punto de vista moral, si la práctica es muy defectuosa desde dicho punto de vista. Por ello GREENBERG propone lo que denomina la teoría jurídica del *impacto moral*. Esto es, el contenido del derecho es el impacto apropiado que en el perfil moral tienen las decisiones de las instituciones jurídicas. No el significado de dichas decisiones, tampoco los principios que mejor las justifican, sino el impacto que ellas tienen en nuestro universo moral, como ellas afectan, cambiando, modificando, reforzando, nuestros deberes morales. Por ejemplo, antes del establecimiento de un sistema de tributos, todos tenemos algunos deberes imprecisos de ayudar a los más necesitados y contribuir a los gastos comunes, pero es después de que se establezca un sistema de tributos, que tenemos exactamente el deber de contribuir de acuerdo con él. Ahora el significado de lo que dijeron las autoridades no es determinante (aunque, es claro, es contribuyente), porque lo relevante es cómo queda nuestro perfil moral después de la intervención de las instituciones.

Sea como fuere, ambos enfoques son claramente antipositivistas, en el sentido de que el contenido del derecho depende *necesariamente* de la realidad normativa de la moralidad, el derecho existe *en virtud de* la moralidad. Esta ya no es una disputa verbal, es una disputa metafísica acerca de cuáles son los fundamentos últimos del derecho.

4. LA IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO: UNA CUESTIÓN EPISTÉMICA

Sin embargo, el mayor representante del positivismo jurídico contemporáneo, Joseph RAZ, no rechaza de plano esta tesis metafísica. Son hechos *normativamente robustos* los que fundan, en último término, la capacidad del derecho de proveernos con razones para la acción.³⁰ Por ejemplo:

²⁹ GREENBERG, Mark, "How Facts Make Law", *Legal Theory*, No. 10, 2004, pp. 157-198; "The Moral Impact...", *cit.*

³⁰ Esta conjetura se halla también en PLUNKETT, David, "Robust Normativity...", *cit.*, pp. 119-122, 125-130, en donde argumenta –siguiendo las ideas sobre *grounding* de autores como BENNET, Karen, "By Our Bootstraps", *Philosophical Perspectives*, vol. 25, No. 1, 2011, pp. 27-41, y de ROSSET, Louis, "Grounding Explanations", *Philosophers'Imprint*, vol. 13, No. 7, 2013, pp. 1-26– que si los hechos B fundan los hechos C, y los hechos A fundan el hecho de que los hechos B

“Todo lo que estoy diciendo es que, cuando asumimos que un sistema jurídico es legítimo y obligatorio, que impone los deberes que pretende imponer –y procederé en esta presentación asumiendo que los sistemas jurídicos que estamos considerando disfrutan de dicha legitimidad–, en tales casos no podemos separar el derecho de la moralidad como dos puntos de vista normativos independientes, porque el jurídico deriva la validez que tiene de la moralidad”.³¹

Ahora bien, ¿cómo esta posición es compatible con la defensa estricta de la *tesis de las fuentes sociales del derecho* que caracteriza para RAZ el denominado *positivismo jurídico excluyente*? y que puede ser formulada del modo siguiente:³²

“Una teoría del derecho es aceptable solo si sus criterios para identificar el contenido del derecho y determinar su existencia dependen exclusivamente de hechos del comportamiento humano capaces de ser descritos en términos valorativamente neutros, y aplicados sin recurrir al argumento moral”.

Con arreglo a la concepción de Joseph RAZ,³³ las normas jurídicas son razones *protegidas*, esto es, razones de primer orden que prescriben comportarse como la norma establece y, a la vez, razones de segundo orden de carácter excluyente, que desplazan cualquier tipo de otras razones de primer orden. Dicha concepción va unida a su concepción de la autoridad como *servicio*³⁴, según la cual las normas de las autoridades legítimas sirven como mediadoras entre nuestras razones subyacentes para actuar (nuestras razones morales) y aquello que debemos hacer. En esta concepción, el hecho de que las autoridades jurídicas legítimas hayan promulgado determinadas normas, cambia nuestras razones para actuar. Es decir, las normas jurídicas tienen relevancia práctica en la medida en que están dotadas de autoridad.

fundan los hechos C, entonces los hechos A también fundan los hechos C. Con esta posición –que no está exenta de controversia, *vid.* DASGUPTA, Shamik, “The Possibility of Physicalism”, *The Journal of Philosophy*, vol. 111, No. 9, 2014, pp. 557-592– sugiere que, tal vez, RAZ debe ser comprendido en el sentido de que los hechos normativamente robustos fundan el hecho que funda que solo los hechos sociales fundan los hechos del contenido del derecho, un fundamento de tercer nivel.

³¹ RAZ, Joseph, *Between Authority and Interpretation*, p. 189.

³² RAZ, Joseph, *The Authority of Law*, pp. 39-40.

³³ RAZ, Joseph, *Practical Reason...*, *cit.*

³⁴ RAZ, Joseph, *Ethics in the Public Domain*, cap. 10.

Esto es, las autoridades jurídicas son autoridades prácticas y es un rasgo necesario de la naturaleza del derecho la pretensión de autoridad. Hay que admitir que no todas las autoridades jurídicas tienen legitimidad, sin embargo, todas las autoridades *de facto* pretenden poseer autoridad legítima. Y, según RAZ,³⁵ las tesis que caracterizan a la autoridad legítima son las tres siguientes:

1. *La tesis de la dependencia*: todas las directivas dotadas de autoridad han de basarse, entre otros factores, en razones que se aplican a los sujetos de aquellas directivas y que se sostienen en las circunstancias cubiertas por las directivas. Las llamaré *razones dependientes*.
2. *La tesis de la justificación normal*: el modo normal y primario de establecer que una persona debe ser reconocida como teniendo autoridad sobre otra persona es que probablemente cumplirá mejor con las razones que se le aplican (distintas de las presuntas directivas dotadas de autoridad), si acepta las directivas de la presunta autoridad como obligatorias autoritativamente e intenta seguir las, que si intenta seguir las razones que se le aplican directamente.
3. *La tesis del reemplazo (The Preemption Thesis)*: el hecho de que una autoridad requiere realizar una acción, es una razón para su realización que no se añade al resto de razones relevantes cuando se evalúa qué hacer, sino que las reemplaza.

Entonces, por un lado, la fuerza obligatoria del derecho –en el caso que las autoridades jurídicas sean legítimas– deriva de estos hechos normativos robustos, de naturaleza moral, que legitiman la autoridad. Por otro lado, para que el derecho, con arreglo a su naturaleza, cumpla su función, este debe identificarse sin recurrir a consideraciones morales, porque cuando se recurre a ellas, nos vemos compelidos a analizar todas las razones y a ponderarlas y, por dicha razón, el derecho pierde su carácter de reemplazo, entonces las directivas ya no están protegidas, ya no son razones *excluyentes*.

Es más, y constituye otra razón para atribuir a RAZ la tesis de la dependencia metafísica del derecho de la moralidad: cuando RAZ se refiere a la cuestión de la aplicación del derecho sostiene:

“Una teoría de la aplicación del derecho es una teoría moral. Se refiere a todas las consideraciones que afectan el razonamiento de los tribunales, las

³⁵ *Ibidem*, p. 214.

jurídicas y las no jurídicas. Al pronunciarse acerca de qué consideraciones extrajurídicas tienen fuerza y cuánto peso debe dárseles, se compromete con el argumento moral. Cuando la doctrina de la naturaleza del derecho es identificada con la teoría de la adjudicación, deviene en sí misma una teoría moral.³⁶

¿Cómo es posible que una teoría del derecho sea aceptable solo si los criterios para la identificación del contenido del derecho no remitan a consideraciones morales y que la teoría de la aplicación del derecho sea, a su vez, una parte de la teoría moral? Bien, lo que RAZ³⁷ sugiere es que hay que distinguir entre el razonamiento para establecer el contenido del derecho, sujeto a la tesis de las fuentes, y el razonamiento con arreglo al derecho, que puede requerir el recurso de los jueces a las razones morales. Otra vez, y de nuevo, RAZ asiente a la idea de que, desde el punto de vista de la aplicación, el derecho modifica nuestras razones para la acción conforme al *impacto moral* de sus directivas, es decir, las directivas jurídicas solo generan directamente razones para la acción cuando son emitidas por autoridades legítimas que, en dichas circunstancias, consiguen que sus directivas se comporten como razones excluyentes.

Creo, y es una sugerencia que también se halla en PLUNKETT³⁸ y en MONTI,³⁹ que la tesis de las fuentes sociales es una tesis de carácter epistémico y no metafísico, dice cómo debe ser identificado el contenido del derecho, no dice, en cambio, en virtud de qué existe el contenido del derecho, lo que depende, para RAZ, de su doctrina de la autoridad y de su concepción de las razones normativamente robustas para actuar. PLUNKETT⁴⁰ lo dice del modo siguiente: “[para Raz] los agentes deben ser capaces de identificar el contenido del derecho *sin* comprometerse en el razonamiento práctico considerando todas las circunstancias acerca de qué hacer, o acerca de qué deben hacer *realmente* (donde ‘realmente’ aquí, y de nuevo, significa la invocación de la idea de la normatividad robusta). Esta es una restricción epistemológica [...]”. Y MONTI⁴¹ de este otro modo: “debe apreciarse que la tesis de las fuentes es formulada en términos *epistemológicos* más bien que metafísicos. La tesis es que la existencia y el contenido del derecho

³⁶ *Idem*, cap. 9, p. 193.

³⁷ *Idem*, cap. 14, pp. 310-324.

³⁸ PLUNKETT, David, “Robust Normativity...”, *cit.*

³⁹ MONTI, E., *The Binding Nature of Law*.

⁴⁰ PLUNKETT, David, “Robust Normativity...”, *cit.*, p. 120.

⁴¹ MONTI, E., *The Binding Nature...*, *cit.*, p. 33.

pueden ser *identificados* sin recurrir a la argumentación moral, no que los hechos jurídicos no dependan para existir de los hechos morales”.

De hecho, para RAZ y, según parece, para los defensores del positivismo jurídico excluyente en general,⁴² la tesis de las fuentes sociales es una tesis epistémica acerca de la identificación del derecho, no una tesis metafísica. Más todavía, la tesis de las fuentes sociales es una consecuencia de determinada concepción de la autoridad y de la normatividad robusta de carácter moral que, por lo tanto, hace imposible tener razones decisivas y robustas para comportarse de determinado modo sin que dichas razones no *dependan* (en algún modo de depender que habrá de ser precisado) de razones morales.

Sin embargo, tal vez en esta cuestión epistémica pueda situarse la polémica entre el positivismo jurídico excluyente y el incluyente. Para el primero, la identificación del derecho necesariamente no depende de las razones morales, por las razones que hemos analizado. Para el positivismo incluyente, en cambio, la identificación del derecho no depende de las razones morales de manera necesaria, pero puede depender de manera contingente; como sabemos, ello sucede cuando son las propias fuentes del derecho (la constitución, la legislación los precedentes judiciales) las que incorporan pautas morales.

Es más, podría argüirse que aunque los sistemas jurídicos cuya identificación no depende de la moralidad son, tal vez, *concebibles*, no es tan claro que sean posibles.⁴³ En la filosofía contemporánea se usa un argumento denominado de la *concebibilidad*, que supone que todo lo concebible es posible. El argumento ha hecho fortuna como una defensa del dualismo entre mente y materia. Se arguye acerca de los *zombies*, seres como nosotros que actúan como nosotros, pero que carecen de conciencia. Y, por ejemplo, CHALMERS⁴⁴ argumenta así:

1. Los *zombies* son concebibles.
2. Todo lo concebible es posible metafísicamente.

Luego, los *zombies* son posibles metafísicamente.

⁴² Así, MARMOR, Andrei, “Exclusive Legal Positivism”, en A. Marmor, *Positive Law and Objective Values*, pp. 49-70; SHAPIRO, Scott J., *Legality*.

⁴³ Hay una relevante discusión filosófica acerca de las relaciones entre lo concebible y lo posible. Por ejemplo, GENDLER, Tamar S. & John HAWTHORNE (Eds.), *Conceivability and Possibility*.

⁴⁴ CHALMERS, David, *The Conscious Mind: In Search of a Fundamental Theory* y “Does Conceivability Entail Possibility?”, en T. S. Gendler & J. Hawthorne (Eds.), *Conceivability and Possibility*.

De lo que se infiere que lo mental no es reducible a lo material y que, por lo tanto, el fisicalismo es falso.

Pero muchos autores rechazan la idea de que la concebibilidad (una noción epistémica al fin y al cabo) implique la posibilidad metafísica.⁴⁵ Y esta es la conjetura que yo recojo para nuestro caso: aunque es concebible un sistema jurídico cuya identificación nunca remita a la moralidad, no es posible metafísicamente su existencia.

Tal como es presentada la tesis de la relación no necesaria entre el derecho y la moralidad, en una de las primeras argumentaciones a favor del positivismo jurídico incluyente, en COLEMAN⁴⁶ puede entenderse como una especie del género del *argumento de la concebibilidad*, que como decía sostiene que si algo es concebible, entonces es también metafísicamente posible:

“La tesis de la separabilidad sostiene que existe al menos una concebible regla de reconocimiento (y por lo tanto un posible sistema jurídico) que no selecciona la verdad de un principio moral entre las condiciones de verdad de cualquier proposición jurídica”.

Parece que COLEMAN acepta que si algo es concebible, entonces es metafísicamente posible. Pero esta inferencia es controvertible. Quiero decir que tal vez algunos de los rasgos necesarios de los seres humanos, que somos agentes morales, hagan imposible que en ningún caso un sistema jurídico licencie el uso del razonamiento moral. Es un hecho constitutivo de nuestra agencia moral que somos seres *sensibles a razones* y, por lo tanto, no podemos abdicar de ello nunca, ni siquiera cuando estamos sometidos a la autoridad. Entonces tampoco las directivas de las autoridades jurídicas pueden funcionar *siempre* en nuestro razonamiento como razones excluyentes. Tal vez por ello, nuestros sistemas jurídicos contienen causas de justificación en derecho penal, vicios del consentimiento en el derecho privado, conceptos jurídicos indeterminados y cláusulas generales en especial en el derecho público y toda la panoplia de principios y derechos del derecho constitucional. Estos mecanismos funcionan autorizando a los jueces que apliquen el derecho a los casos individuales acudiendo, en determinadas ocasiones, a las razones que justifican la regla y

⁴⁵ Véase esta discusión bien presentada en KIRK, Robert, “Zombies”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (spring 2019 Edition), Edward N. Zalta (Ed.).

⁴⁶ COLEMAN, Jules, “Negative and Positive Positivism”, *Journal of Legal Studies*, No. 11, 1982, p. 141.

que dichos elementos expresan.⁴⁷ De un modo similar, en lo que la analogía pueda valer, a que aunque es imposible que los seres humanos tengamos más (o menos) de 46 cromosomas (en todos los mundos posibles los seres humanos tenemos 23 pares de cromosomas), es concebible un mundo en donde tengamos solo 20 pares de cromosomas.

5. CONCLUSIÓN

Con los argumentos aquí desarrollados, es razonable conjeturar que la tesis según la cual el derecho depende necesariamente de la moralidad esconde varias tesis, distintas entre sí, en su seno.

En un sentido, en el que ha sido comprendida usualmente en la tradición, la tesis produce el debate acerca de si las regulaciones *injustas* de la autoridad son derecho. Hemos argüido que dicho debate es solo una disputa verbal. Si por derecho entendemos contenidos prácticos aptos para proveernos de razones *decisivas* para actuar, entonces es verdadera. Si por derecho nos referimos al significado de las regulaciones emitidas por las autoridades, entonces es falsa.

Más admisible parece la tesis desde el punto de vista metafísico. Si suponemos que hay algo como una *normatividad robusta*, entonces dicha normatividad no puede proceder del hecho de que determinadas autoridades dicen determinadas cosas en una práctica que es seguida y aceptada en determinado grupo social. Ha de proceder de las razones morales, las únicas que son aptas para albergar dicha normatividad.

Y, por último, entendida como una tesis de carácter epistémico, referida al modo en el que sus destinatarios han de identificar el contenido del derecho, es también aceptable.

Parece que, aunque tal vez sea concebible un sistema jurídico en el que sus destinatarios pueden cumplir con lo exigido por las normas sin recurrir a la moralidad, dicho sistema no es realmente posible, los seres humanos somos agentes morales, y como tales, la deliberación es constitutiva de nuestra natu-

⁴⁷ Para una argumentación a favor de que estos rasgos del derecho constituyen una *virtud* y no un defecto, puede verse SCHIFFRIN, Seana Valentine, "Inducing Moral Deliberation: On the Occasional Virtues of Fog", *Harvard Law Review*, No. 123, 2010, pp. 1214-1246; MORESO, J. J., "Marry Me a Little. How Much Precision is Enough in Law?", en M. Carpentier (dir.), *Droit et Philosophie: Droit et indétermination*.

raleza moral y la deliberación conspira con el hecho de que debamos tomar las directivas de las autoridades siempre como razones excluyentes.

Sin embargo, entonces cuál es la fuerza que hace el positivismo jurídico tan atractivo para muchos teóricos del derecho. Me parece que reside en que es en el ámbito del positivismo jurídico en donde se han desarrollado los enfoques más articulados para dar cuenta de la *dimensión institucional* del derecho.⁴⁸ Es esta dimensión institucional precisamente la que hace posible que las decisiones jurídicas *finales*, que tienen fuerza de cosa juzgada, que ya no pueden ser revisadas, no estén ya sujetas a lo que DWORKIN denominó *la lectura moral*. Pueden ser decisiones equivocadas jurídicamente, pero son jurídicamente vinculantes. En este sentido, como quería HART,⁴⁹ la práctica jurídica está anclada en nuestras prácticas sociales con independencia de la moralidad. Soy consciente de que mucho más debería decir sobre esta conjetura para hacerla plausible.

En realidad, el derecho es a la vez un conjunto de reglas sustantivas que regulan el comportamiento humano y un conjunto de reglas procesales que establecen las autoridades, los procedimientos y las consecuencias que tiene seguir o violar las reglas sustantivas. Estos dos tipos de reglas están en tensión.⁵⁰ Es decir, como se ha señalado, es posible que una autoridad establezca que determinada regla sustantiva ha sido vulnerada cuando no lo ha sido y viceversa. Por esta razón, considero que en el derecho hay algunas pocas partes intocables. Quiero decir, algunas reglas cuya identificación no puede remitir a la argumentación moral.⁵¹ Son, en mi opinión, las siguientes:⁵²

- a. Las reglas sustantivas contenidas en las decisiones judiciales y administrativas individuales.

⁴⁸ Vid. para ello, ATIENZA, Manuel y Juan RUIZ MANERO, "La dimensión institucional del derecho y la justificación jurídica", *Doxa*, No. 24, 2001, pp. 115-130.

⁴⁹ HART, H. L. A., *The Concept of Law*, cit.

⁵⁰ Vid. RUIZ MANERO, Juan, "Algunas pretensiones en conflicto en el Derecho", *Analisi e Diritto*, 2015, pp. 82-84.

⁵¹ Y, para estas reglas y solo para ellas, la tesis fuerte de las fuentes sociales asociada al positivismo jurídico excluyente, es verdadera como quiere el positivismo jurídico excluyente.

⁵² MORESO, J. J., "La doctrina Julia Roberts y los desacuerdos irrecusables", en J. J. Moreso, L. Prieto Sanchís y J. Ferrer Beltrán, *Los desacuerdos en el Derecho*, pp. 49-86; "The Untouchables of Law", *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, No. 19, 2016, pp. 496-504; "Diez tesis sobre el neoconstitucionalismo (y dos razones a favor del positivismo jurídico)", *Revista i-latina*, No. 1, 2019, pp. 1-42.

- b. Las reglas procesales que definen las instituciones jurídicas: el Parlamento, el Tribunal Supremo, el Tribunal Constitucional, por ejemplo.
- c. Las reglas procesales que establecen cuáles son las decisiones judiciales finales y definitivas, que definen la *res iudicata*.

Algunos comentarios acerca de las partes intocables son necesarios. Primero, las decisiones particulares que ponen fin a las controversias jurídicas han de poder ser identificadas clara y precisamente. Por diferencia a las normas generales del código penal, una sentencia ha de establecer que A ha de ser castigado a la pena de, por ejemplo, seis años de prisión; no que A ha de ser castigado a dicha pena, excepto si su conducta era jurídicamente justificada. Esto abriría de nuevo la controversia. Las decisiones individuales han de poder identificarse de un modo que sea totalmente opaco a su justificación.

En segundo lugar, las reglas que confieren las competencias al Parlamento o al Tribunal Constitucional son a menudo fuentes de controversia acerca del contenido o de los límites de la competencia. Es suficiente que la parte intocable de estas reglas alcance a la identificación de las instituciones de un modo no controvertible.

Finalmente, DWORKIN⁵³ parece tomar en cuenta este aspecto cuando se refiere a los principios de la estructura procesal y añade: “una vez rechazamos el modelo de los dos sistemas, y concebimos el derecho como una parte diferenciada de la moralidad política, debemos tratar los principios que estructuran esta especificidad y separan el derecho del resto de la moralidad política como principios políticos en sí mismos que necesitan una lectura moral”.

Esta aserción puede ser interpretada de dos maneras: si es interpretada en el sentido de que la justificación de la función de estos principios necesita una lectura moral, entonces yo estoy de acuerdo; pero si es interpretada en el sentido de que la identificación de su contenido depende de la lectura moral, entonces no lo estoy. Cuando la Corte Suprema estadounidense, en *Bush v. Gore*,⁵⁴ decidió que el método establecido por la Corte Suprema de Florida para recontar las papeletas del voto conllevaba una violación de los derechos cons-

⁵³ DWORKIN, Ronald, *Justice for Hedgehogs*, *cit.*, p. 413.

⁵⁴ 531 US 98 (2000).

titucionales, la decisión fue muy controvertida y muchos consideraron que era una decisión errónea desde el punto de vista del derecho constitucional.⁵⁵

Sin embargo, hasta donde yo sé, nadie consideró que la sentencia de la Corte no debía ser obedecida y que, por lo tanto, el presidente BUSH era un presidente *ilegal*, aunque la decisión judicial que autorizó su proclamación fuese *constitucionalmente* inválida. Algunas veces, por paradójico que parezca, los procedimientos jurídicos requieren la aplicación de reglas *inválidas*.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- ALEXY, Robert "On Necessary Relations between Law and Morality", *Ratio Juris*, No. 2, 1989.
- ALEXY, Robert, *Begriff und Geltung des Rechts*, Verlag Alber, Freiburg/München, 1992.
- ALEXY, Robert, "El No-Positivismo Incluyente", *Doxa*, No. 36, 2013.
- ATIENZA, Manuel y Juan RUIZ MANERO, "La dimensión institucional del derecho y la justificación jurídica", *Doxa*, No. 24, 2001.
- AUSTIN, John, *The Province of Jurisprudence Determined*, W.J. Rumble Ed., Cambridge University Press, Cambridge, 1832-1995.
- BLACKSTONE, William, *Commentaries on the Laws of England*, vol. 1, Robert Bell, Philadelphia, 1771, disponible en <https://oll.libertyfund.org/titles/blackstone-commentaries-on-the-laws-of-england-in-four-books-2-vols>
- BLISS, Ricki & Kelly TROGDON, "Metaphysical Grounding", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2016 Edition), Edward N. Zalta (ed.), 2016, URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/grounding/>>
- BOBBIO, Norberto, *Il positivismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 1961.
- BOBBIO, Norberto, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Ed. di Comunità, Milano, 1965.
- BENNET, Karen, "By Our Bootstraps", *Philosophical Perspectives*, vol. 25, No. 1, 2011.
- CHALMERS, David, *The Conscious Mind: In Search of a Fundamental Theory*, Oxford University Press, Oxford, 1996.
- CHALMERS, David, "Does Conceivability Entail Possibility?", en T. S. Gendler & J. Hawthorne (Eds.), *Conceivability and Possibility*, Oxford University Press, Oxford, 2002.
- CHALMERS, David, "Verbal Disputes", *Philosophical Review*, No. 120, 2011, pp. 515-566.

⁵⁵ Por ejemplo, DWORKIN, Ronald (Ed.), *A Badly Flawed Election. Debating Bush v. Gore, the Supreme Court, and American Democracy*.

- CHILOVI, Samuele, "Metafísica", en D. González Lagier, G. Lariguet (Eds.), *Filosofía para juristas* (de próxima publicación en Madrid: Trotta), 2020.
- CICERÓN, Marco Tulio, *De Legibus*, Georges de Plinval, Ed., Belles Lett, Paris, 1959, disponible en <http://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Perseus%3Atext%3A2007.01.0030%3Abook%3D2%3Asection%3D13>
- COLEMAN, Jules, "Negative and Positive Positivism", *Journal of Legal Studies*, No. 11, 1982, pp. 139-162.
- COLEMAN, Jules, *The Practice of Principle: In Defense of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 2001.
- DASGUPTA, Shamik, "The Possibility of Physicalism", *The Journal of Philosophy*, vol. 111, No. 9, 2014.
- DE AQUINO, TOMÁS, *Summa Theologiae*. Textum Leoninum Romae 1888 editum, disponible en <http://www.corpusthomicum.org/sth1001.html>
- DE HIPONA, Agustín, *De libero arbitrio. Opera omnia*, 2014, disponible en http://www.augustinus.it/latino/libero_arbitrio/index2.htm
- DE ROSSET, Louis, "Grounding Explanations", *Philosophers'Imprint*, vol. 13, No. 7, 2013.
- DÍAZ, Elías, *Sociología y filosofía del Derecho*, Taurus, Madrid, 1971.
- DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Duckworth, London, 1977.
- DWORKIN, Ronald, *Law's Empire*, Mass.: Harvard University Press, Cambridge, 1986.
- DWORKIN, Ronald (Ed.), *A Badly Flawed Election. Debating Bush v. Gore, the Supreme Court, and American Democracy*, The New Press, New York, 2002.
- DWORKIN, Ronald, *Justice in Robes*, Mass.: Harvard University Press, Cambridge, 2006.
- DWORKIN, Ronald, *Justice for Hedgehogs*, Mass.: Harvard University Press, Cambridge, 2011.
- EPSTEIN, Brian, *The Ant Trap. Rebuilding the Foundations of the Social Sciences*, Oxford University Press, Oxford, 2015.
- FERRAJOLI, Luigi, *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, 3 vols., Laterza, Roma-Bari, 2007.
- FINE, Kit, "Guide to Ground", en F. Correia & B. Schnieder (Eds.), *Metaphysical Grounding: Understanding the Structure of Reality*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012.
- FINNIS, John, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1980.

- FINNIS, John, "Natural Law Theories", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (winter 2016 Edition), Edward N. Zalta (ed.), 2016, URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/natural-law-theories/>>
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto, "Algo más acerca de la relación entre Derecho y moral", *Doxa*, No. 8, 1990.
- GENDLER, Tamar S. & John HAWTHORNE (Eds.), *Conceivability and Possibility*, Oxford University Press, Oxford.
- GREENBERG, Mark, "How Facts Make Law", *Legal Theory*, No. 10, 2004.
- GREENBERG, Mark, "The Standard Picture and its Discontents", en L. Green and B. Leiter (Eds.), *Oxford Studies in Philosophy of Law*, vol. 1, Oxford University Press, Oxford, 2011.
- GREENBERG, Mark, "The Moral Impact Theory of Law", *The Yale Law Journal*, No. 123, 2014.
- GROCIO, Hugo, *De Jure Belli ac Pacis, libri tres*. In quibus is naturae & Gentium: ítem iruis publici preciptae explicantur, Pariis: Apud Nicolam Buon, MDCXXV, cum privilegio regis Via Gallica (the French National Library), 1625, disponible en <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/btv1b86069579/f11.image.r=.langEN>
- HART, H. L. A., "Positivism and the Separation of Law and Morals", *Harvard Law Review*, No. 71, 1958.
- HART, H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 1961.
- HIMMA, Kennet Einer, "Inclusive Legal Positivism", en J. L. Coleman & S. J. Shapiro (Eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2002.
- HIMMA, Kennet Einer, "Natural Law", *The Internet Encyclopedia of Philosophy*, 2020, disponible en <https://www.iep.utm.edu/>, consultada el 27-03-2020.
- JAMES, William, *Pragmatism: A New Name for Some Old Ways of Thinking*, Longman Green and Co., New York, 1907.
- KELSEN, Hans, "The Foundations of Democracy", *Ethics*, No. 66, 1955.
- KIRK, Robert, "Zombies", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (spring 2019 Edition), Edward N. Zalta (Ed.), 2019, URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2019/entries/zombies/>>
- MARMOR, Andrei, "Exclusive Legal Positivism", en A. Marmor, *Positive Law and Objective Values*, Oxford University Press, Oxford, 2011.
- MONTI, E., *The Binding Nature of Law*, PhD Dissertation, King's College, London, 2019.
- MORESO, J. J., "In Defense of Inclusive Legal Positivism", en P. Chiassoni (Ed.), *The Legal Ought*, Giappichelli, Torino, 2001.

- MORESO, J. J., "La doctrina Julia Roberts y los desacuerdos irrecusables", en J. J. Moreso, L. Prieto Sanchís y J. Ferrer Beltrán, *Los desacuerdos en el Derecho*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2010.
- MORESO, J. J., "The Untouchables of Law", *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, No. 19, 2016.
- MORESO, J. J., "Marry Me a Little. How Much Precision is Enough in Law?"; en M. Carpentier (dir.), *Droit et Philosophie: Droit et indétermination*, 2017.
- MORESO, J. J., "Diez tesis sobre el neoconstitucionalismo (y dos razones a favor del positivismo jurídico)", *Revista i-latina*, No. 1, 2019.
- MURPHY, Mark, "The Natural Law Tradition in Ethics", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (summer 2019 Edition), Edward N. Zalta (ed.), 2019, URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2019/entries/natural-law-ethics/>>
- NINO, Carlos S., "La superación de la controversia 'positivismo vs. Iusnaturalismo' a partir de la ofensiva antipositivista de Dworkin", en C. S. Nino, *La validez del Derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1985.
- OLLERO, Andrés, "Derecho y moral: una relación desnaturalizada", en A. Ollero, J. A. García Amado y C. Hermida, *Derecho y moral: una relación desnaturalizada*, Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2012.
- PÉREZ LUÑO, Antonio E., "Los clásicos españoles del Derecho Natural y la rehabilitación de la razón práctica", *Doxa*, No. 12, 1992.
- PUFENDORF, Samuel, *Elementorum jurisprudentiae universalis, libri II*, Joann Hayes, Cambridge, 1672.
- PLUNKETT, DAVID, "Robust Normativity, Morality, and Legal Positivism", en D. Plunkett, S. J. Shapiro and K. Toh (Eds.), *Dimensions of Normativity*, Oxford University Press, Oxford, 2019.
- RADBRUCH, Gustav, "Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht", *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, No. 1, 1946.
- RAZ, Joseph, *Practical Reason and Norms*, Hutchinson, London, 1975.
- RAZ, Joseph, *The Authority of Law*, Oxford University Press, Oxford, 1979.
- RAZ, Joseph, *Ethics in the Public Domain*, Oxford University Press, Oxford, 1994.
- RAZ, Joseph, *Between Authority and Interpretation*, Oxford University Press, Oxford, 2009.
- ROSEN, Gideon, "Metaphysical Dependence: Grounding and Reduction", en B. Hale & A. Hoffmann (Eds.), *Modality: Metaphysics, Logic, and Epistemology*, Oxford University Press, Oxford, 2010.

ROSS, Alf, *On Law and Justice*, Stevens and Sons, London, 1958.

ROSS, Alf, "Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law", *Revista Jurídica de Buenos Aires*, No. 4, 1961. También en Stanley L. Paulson and Bonnie L. Paulson (Eds.), *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford University Press, Oxford, 1998, pp. 148-163.

RUIZ MANERO, Juan, "Algunas pretensiones en conflicto en el Derecho", *Analisi e Diritto*, 2015, pp. 71-86.

SCHAFFER, Jonathan, "On What Grounds What", en D. J. Chalmers; D. Manley; R. Wasserman (Eds.), *Metametaphysics: New Essays on the Foundations of Ontology*, Oxford University Press, Oxford, 2009.

SCHIFFRIN, Seana Valentine, "Inducing Moral Deliberation: On the Occasional Virtues of Fog", *Harvard Law Review*, No. 123, 2010.

SHAPIRO, Scott J., *Legality*, Mass.: Harvard University Press, Cambridge, 2011.

SEARLE, John, *The Construction of Social Reality*, Penguin Books, London, 1995.

SEARLE, John, *Making the Social World*, Oxford University Press, Oxford, 2010.

WALUCHOW, Wilfred J., *Inclusive Legal Positivism*, Oxford University Press, Oxford, 1994.

Recibido: 29/3/2021
Aprobado: 20/4/2021