DERECHO Y MORAL EN LA ÉPOCA DEL CONSTITUCIONALISMO JURÍDICO

LUIS PRIETO SANCHÍS*

Resumen: Se constata en primer lugar un fenómeno incuestionable del constitucionalismo contemporáneo, como es la incorporación al mismo de un denso contenido sustantivo formado por valores, principios y derechos fundamentales que en conjunto resumen la moral pública de la modernidad; algo impensable desde la perspectiva formalista del constitucionalismo kelseniano. Sin embargo, se rehúsa ver en todo ello un desmentido a la tesis positivista de la separación entre Derecho y moral, argumentando contra el llamado postpositivismo que tanto predicamento ha alcanzado en las últimas décadas. En consecuencia, el trabajo pretende mostrar la compatibilidad entre constitucionalismo y positivismo.

1. La emigración de la moral al interior de la Constitución

Constituciones hay de muchas clases, pero uno de los rasgos definitorios del constitucionalismo de nuestros días es su intensa "rematerialización", la incorporación al documento constitucional de numerosas y variadas normas sustantivas cuya pretensión no es ya organizar el poder (quién manda y cómo manda), sino limitar su ejercicio mediante prohibiciones e incluso también imperativos positivos (qué puede o no puede, qué debe o no debe mandarse) dirigidos a todos los poderes públicos y en particular al legislador. Estas normas reciben diversas denominaciones, como valores, principios, directrices o derechos fundamentales, pero en conjunto producen un efecto impregnación o irradiación sobre el conjunto del sistema, de manera que es difícil hallar un problema jurídico medianamente serio que no encuentre una orientación de sentido desde el texto constitucional, y desafortunadamente con frecuencia no una sino varias orientaciones de sentido. Este fenómeno presenta importantísimas consecuencias tanto teóricas como prácticas en las que no procede profundizar ahora (he intentado hacerlo en PRIETO, L. 2003, pp. 101 y ss.). Tan sólo me ocuparé de un aspecto que ya se anuncia en el título de este artículo: ¿las Constituciones rematerializadas suponen un desmentido de la venerable tesis positivista acerca de la separación entre Derecho y moral?; o para recordar el lema del presente volumen, ¿hay un deber de obedecer el Derecho del constitucionalismo de la misma forma que hay un deber moral de obedecer las prescripciones éticas?

Las preguntas me parecen del todo pertinentes dado que las normas sustantivas de la Constitución y singularmente los derechos fundamentales no son sino normas morales; o,

* Universidad de Castilla-La Mancha.

dicho de otra forma, dado que al parecer la ética o la moral pública de la modernidad han dejado de ser una esfera diferenciada del Derecho para integrarse resueltamente en el mismo. Sobre este punto creo que existe unanimidad: "la moral ya no flota sobre el Derecho... como un conjunto suprapositivo de normas (sino que) emigra al interior del Derecho positivo (HABERMAS. J., 1987, p.168). "El conflicto entre Derecho y moral se desplaza al ámbito del Derecho positivo" (DREIER, R. 1981, p. 74), de manera que lo que antes eran problemas de justicia o legitimidad externa del sistema jurídico se han convertido hoy en problemas de validez. Como observa Ferrajoli, el constitucionalismo moderno "ha incorporado gran parte de los contenidos o valores de justicia elaborados por el iusnaturalismo racionalista e ilustrado", lo que ha propiciado un acercamiento "entre legitimación interna o deber ser jurídico y legitimación externa o deber ser extrajurídico" (FERRAJOLI, L. 1989, p. 360). El papel que desempeñaba antes el Derecho natural respecto del soberano, lo desempeña ahora la Constitución respecto del legislador.

2. El desplazamiento del juicio moral

Lo que gráficamente Habermas denomina la emigración de la moral al seno del Derecho positivo tiene justamente este efecto: lo que antes era un juicio moral sobre la justicia de la norma se convierte ahora en un juicio jurídico sobre la validez de la misma, mientras que los problemas de fundamentación moral se desplazan y casi se circunscriben al debate constituyente; aceptada la justicia de la regla de reconocimiento, el resto parece ser un problema jurídico. El propio Habermas reconoce esta consecuencia: "el efecto específico de la positivización del orden jurídico consiste en un *desplazamiento de los problemas de fundamentación*, es decir, en que el manejo técnico del Derecho queda descargado, *durante largos tramos*, de problemas de fundamentación" (HABERMAS, J. 1981, I, p. 338).

Esta es la razón por la que no parece existir inconveniente en mantener la conexión entre Derecho y moral, defendiendo la consiguiente obligación moral de obediencia al orden jurídico, y en reconocer al mismo tiempo el estatus jurídico de normas que juzgamos inmorales: la Constitución y la democracia política, impregnadas ambas de eticidad, tendrían así la virtud taumatúrgica de sanar las injusticias del Derecho en su conjunto. Aproximadamente, este es el caso de Nino, quien ve en la moral nada menos que el puente de unión entre el Derecho y la política democrática. De la democracia entendida como sucedáneo del discurso moral (NINO, C. S. 1984, p. 387 y s.) se deduce: primero, "que las prescripciones jurídicas de origen democrático son argumentos a favor de que haya razones para actuar" (NINO, C. S. 1994, p. 188); y segundo, que dicho origen "permite fundamentar la observancia

de las prescripciones democráticas aun en aquellos casos particulares en los que nuestra reflexión individual nos da la certeza de que son moralmente incorrectas" (NINO, C. S. 1994, p. 189); es decir, que "por paradójico que suene, (hay) razones morales para obedecer una ley que desaprobamos por razones morales" (KRIELE, M. 1975, p. 24). De este modo, resulta que, al contemplar el Derecho conectado con la moral, ésta se muestra socialmente cognoscible a través de los procesos intersubjetivos propios de la democracia, mientras que la política democrática se revela como una actividad moralizadora, haciéndose acreedora a una actitud moral de obediencia; es decir, que en el Estado constitucional la política representa la fuente de una moralidad pública que cristaliza o se hace presente en la ley (NINO, C. S. 1994, p. 193; HABERMAS, J. 1992, p. 242).

Quizás exista el riesgo de que quien pretenda emitir un juicio definitivo (y no sólo *prima facie*) sobre la moralidad de las normas termine padeciendo una cierta esquizofrenia: pues ocurre que, de un lado, ha tenido que adoptar el punto de vista jurídico o interno para afrontar el problema de la justicia u obligación *prima facie* de obediencia, que no es otro que el problema de la validez constitucional de la norma; pero, inmediatamente, debe pasarse al punto de vista externo o de moralidad crítica para responder a la pregunta de si *en definitiva* la norma es justa o no, ya que, por definición, esta pregunta no la puede responder desde la regla de reconocimiento. Con la agravante de que acaso ambos juicios difieran: una norma constitucional y, por tanto "justa" *prima facie*, puede parecer *en definitiva* inmoral; pero puede suceder también que, a la inversa, una norma inconstitucional resulte en definitiva justa. En la práctica, sin embargo, me parece que estos temores no se ven confirmados y que lo que acontece es, sencillamente, que el juicio moral sobre el contenido de las normas individuales se desplaza tanto que en la práctica queda eliminado o, al menos, esta parece ser la conclusión teórica del constitucionalismo antipositivista.

Por eso, coincido aquí con las elocuentes palabras de Laporta: "si la identificación del derecho válido se ha de llevar a cabo a través de la idea de 'autoridad' y se colorea la naturaleza de esa autoridad con tintes inequívocamente morales, entonces dicha autoridad se presenta emitiendo decisiones y normas cuyo contenido queda excluido de toda argumentación moral: es decir, se trata de una autoridad cuya mera existencia trata de establecer una restricción 'a priori' a la discusión racional del contenido de las normas o supone que tal restricción es necesaria para la existencia misma del derecho" (LAPORTA, F. 1993, p. 120). Con lo cual, la famosa conexión con la moralidad sería parcial y formal: lo primero porque se circunscribiría a los criterios de reconocimiento, y lo segundo porque éstos se remiten principalmente al concepto de autoridad, en nuestro caso, de autoridad

democrática. La moral estaría presente en el Derecho pero, a diferencia del viejo iusnaturalismo, rehusaría el enjuiciamiento del contenido de las normas; sería una moral puramente procedimental (HABERMAS. J., 1987, p. 168).

Desde *dentro* del sistema jurídico puede ser inevitable que los jueces que aplican las normas acepten éstas porque proceden de una autoridad legítima. Sin embargo, este criterio resulta muy poco estimulante desde un punto de vista político o cultural ligeramente más externo e ilustrado, pues que el participante no esté llamado a escrutar continuamente la moralidad de las normas que aplica no debe impedir que tal escrutinio se realice por un observador para quien la aceptación moral de la regla de reconocimiento es, en el mejor de los casos, sólo una parte del juicio acerca de la justicia de tales normas. En este sentido, conviene reaccionar con un cierto vigor ante la tendencia de atribuir las virtudes legitimadoras de los modelos ideales o contrafácticos a las reglas que efectivamente gobiernan el funcionamiento de las democracias reales; esta es la confusión esencialista que advierte Habermas (HABERMAS, J. 1992, p. 392), pero de la que difícilmente sabe escapar (GARCÍA AMADO. J. A., 1993, p. 254 y s.). Puede ser dudoso que incluso en el más perfecto sistema comunicativo las bondades del procedimiento discursivo llegasen a eliminar por completo el problema de la justicia de cada norma o decisión concreta, esto es, llegasen a garantizar la moralidad de todo resultado (MUGUERZA, J. 1989, p. 19 y s.); pero, desde luego, lo que parece indiscutible es que las democracias constitucionales se hallan muy lejos de satisfacer las referidas exigencias del modelo contrafáctico y, por tanto, muy lejos de hacerse acreedoras al mismo reconocimiento moral. Y si esto es así, si el procedimiento democrático dista algún trecho del modelo de racionalidad procedimental, abdicar del enjuiciamiento moral del contenido de las normas acaso sea abdicar demasiado.

En todo caso, y cualquiera que sea el grado de perfección alcanzado por una democracia, no creo que la conexión del Derecho y de la moral a través de la Constitución deba desplazar o anular el examen de la justicia sobre cada norma particular. Como se ha señalado, tal vez sea inevitable que quienes adoptan el punto de vista interno hayan de limitar su aceptación moral a la regla de reconocimiento o al carácter legítimo de la autoridad que dicta las normas, pero esto lo único que pone de relieve es que dicho punto de vista no excluye, tampoco en el capítulo del juicio moral sobre el Derecho, la perspectiva del observador externo. Más exactamente, la perspectiva de este último parece mejor preparada para responder a las preguntas sobre la moralidad del Derecho; una pregunta que sencillamente no puede quedar cancelada en atención a la producción democrática de las normas, ni incluso a su validez constitucional.

Por otra parte, se han señalado otras dificultades para concebir los derechos fundamentales como una verdadera ética, incluso aunque los entendamos de una forma homogénea en torno a la tradición liberal, pues los derechos encarnan más bien un consenso jurídico acerca de lo que podemos hacer, más que un consenso moral acerca de lo que debemos hacer (VIOLA, F. 1999, p. 507 y ss.). Pero es que, además, proceda o no hablar de una ética de los derechos constitucionales, resulta que éstos no sólo se muestran como tendencialmente contradictorios en lo que tienen de ejercicio de la libertad, sino que parecen responder incluso a un esquema de valores e ideologías diferentes y en tensión; es lo que, con Zagrebelsky, podríamos llamar la disociación entre los derechos y la justicia (ZAGREBELSKY, G. 1992, p.75 y ss.). Hemos de volver sobre este aspecto.

3. ¿Cuál es la moral que se conecta al Derecho?

Una de las tesis centrales del positivismo es la de la separación entre Derecho y moral; que no significa, como es obvio, que las normas jurídicas no incorporen (casi) siempre un punto de vista de relevancia moral, sino sólo que su existencia como tales normas jurídicas es independiente de su justicia, en suma, que la locución "Derecho injusto" no carece de sentido. Hoy, desde la cultura del constitucionalismo, tampoco se afirma que la justicia sea una condición de la existencia del Derecho, pero sí, más modestamente, que todo Derecho ha de presentar siempre una *pretensión* de corrección, de autoridad o de justicia, es decir, una pretensión de que los mandatos del legislador deben ser obedecidos por *alguna razón* distinta a la simple amenaza de la fuerza; pero cuál sea esa razón constituye un tema abierto, de manera que dicha pretensión puede alegar casi cualquier fundamento y exhibir cualquier contenido de moralidad. Veamos las tesis, sorprendentemente similares, de Alexy y Soper.

Ambos coinciden en que sin una mínima pretensión de corrección o legitimidad no existe orden jurídico y que precisamente en esa pretensión reside la conexión necesaria entre Derecho y moral (ALEXY, R. 1994, p. 37 y s.; SOPER, Ph. 1984, p. 25 y s. y 94 y s.). Ahora bien, ¿cuáles son las exigencias de dicha pretensión? o, al menos, ¿cuándo cabe decir que la pretensión de justicia no se produce y, por tanto, que no existe Derecho? Demos la palabra a Alexy: “hay dos tipos de órdenes sociales que, por razones conceptuales, con total independencia del hecho de que puedan logar una vigencia duradera o no, no son sistemas jurídicos: los órdenes absurdos y los depredatorios o de bandidos” (ALEXY, R. 1994, p. 38). Cabe decir que el orden absurdo se identifica con la banda de ladrones que aún carece de una organización elemental, esto es, una esfera de violencia donde todo está permitido y donde no son recognoscibles fines coherentes ni para los gobernantes ni para los gobernados. Por su

parte, el orden depredatorio es el propio de un grupo de malhechores algo más organizado, pero que ni siquiera se toma la molestia de disimular o encubrir ante sus víctimas que les mueve el mero propósito de la dominación y de la explotación. En cambio, todo ello se convierte en un orden jurídico cuando surge la "pretensión de corrección", que, al parecer, tan sólo supone la existencia de algunas reglas generales y de una mínima seguridad en su aplicación, pues "la muerte y el saqueo de los dominados siguen siendo en él siempre posibles" (ALEXY, R. 1994, p. 40).

Por eso, cuando dice Alexy que el enunciado "X es un Estado justo" resulta redundante en una Constitución, acaso tenga razón (Vid. también MACCORMICK, N. 1982, p. 177), pero al precio de dotar a la justicia de cualquier contenido; pues parece que, volviendo a Hobbes, basta una organización elemental y una mínima seguridad en la aplicación de las normas para que nazca la pretensión de corrección y, con ella, el ingrediente moral necesario para la existencia del Derecho (y, no lo olvidemos, de una obligación moral de obediencia al mismo). Por ejemplo, la justicia del Estado "X" bien puede presentar el contenido de la moral esclavista, de manera que "también los esclavos pueden tener obligaciones prima facie de obedecer al Derecho", aunque, eso sí, siempre que "los funcionarios crean sinceramente que ese tratamiento se puede justificar moralmente" (SOPER, Ph. 1984, p. 187). La conclusión no puede parecerme más discutible: bien está que los esclavos soporten la ofensa de un sistema normativo que hace de ellos esclavos, sin necesidad de soportar también el insulto de que vienen moralmente obligados a los opresores que sinceramente creen que tienen derecho a serlo. Y, por lo demás, no deja de ser sorprendente que desde tan débiles premisas se pueda criticar la falta de horizontes morales del positivismo.

Pero prosigamos con otro argumento de Alexy, esta vez mucho más cercano al modelo jurídico del moderno constitucionalismo. Como sabemos, una de las vías de conexión entre el Derecho y la moral está constituida por los principios; todo sistema jurídico mínimamente evolucionado cuenta con principios, que son de naturaleza moral y que reclaman del juez un particular ejercicio de ponderación: allí donde existe ponderación existen principios, y allí donde existen principios se da una presencia de la moral en el Derecho (ALEXY, R. 1994, p. 73 y s.). Ahora bien, parece del todo evidente que los valores morales traducidos en principios pueden ser de lo más heterogéneos: la xenofobia es tan principio como la fraternidad universal.

Alexy es consciente del problema, pero parece dudoso que sea capaz de desentrañarlo. Para empezar, sostiene que la conexión entre Derecho y moral en el nivel de los principios es cualificante y no clasificante, esto es, la norma o el sistema que no satisfaga las exigencias de

los principios será una norma o sistema deficiente, pero no dejará de ser jurídico. Por otra parte, y tras citar un texto alemán de los años treinta en defensa del racismo, aduce que el mismo no cumple las exigencias mínimas de una fundamentación racional. Pero, a reglón seguido, acepta que el juez que aplica el principio de la raza "formula con su decisión una pretensión de corrección... (que) se extiende a la afirmación de que el fallo es correcto en el sentido de una moral fundamentable y, por lo tanto, de una moral correcta" (ALEXY, R. 1994, p. 82). La conclusión es la que cabe imaginar: la presencia del principio "no conduce a una conexión necesaria del derecho con una determinada moral concreta designada como correcta, pero sí a una conexión necesaria del derecho con la idea de una moral correcta en el sentido de una moral fundamentada" (ALEXY, R. 1994, p. 84). Esta idea, dice Alexy, no es vacía, pero la verdad es que se aproxima bastante a la vacuidad: moral fundamentada no es más que decisión argumentada, aunque esa argumentación parta de una moral aberrante. En suma, tras los principios de nuevo encontramos cualquier moral.

Pero no se trata sólo de que los principios puedan resultar eventualmente inmorales. Ocurre también que, incluso en los sistemas constitucionalizados que se basan en el imperio de los derechos y que juzgamos globalmente justos, los principios se nos muestran como tendencialmente contradictorios o conflictivos. Resolver un caso a la luz de los principios entraña siempre resolver un conflicto entre principios o derechos constitucionales y, salvo que entendamos que existen herramientas infalibles para hacer frente a esos conflictos, nada garantiza que nuestro caso (que, por ejemplo, puede ser el enjuiciamiento de una ley) reciba una respuesta moralmente correcta, o la más correcta de las posibles. Si aceptamos que los principios morales de la Constitución suelen entrar en conflicto y que el llamado juicio de ponderación no ofrece siempre una unidad de solución correcta (Me permito remitir de nuevo a PRIETO, L. 2003, pp. 175 y ss.), entonces no cabe sostener que la existencia de principios asegure la justicia o moralidad del conjunto de normas y decisiones. Una cosa es que el constitucionalismo principialista haga de la argumentación jurídica una suerte de argumentación moral, y otra que el ejercicio de esa argumentación — siempre constreñida por límites institucionales — haya de desembocar necesariamente en la más justa de las decisiones.

Finalmente, donde parece asomar la moral crítica es un tercer argumento de Alexy, así como en alguna sugerencia de Dworkin; si estuvieran en lo cierto, creo que aún existirían buenas razones en favor de la tesis de la neutralidad, pero cuando menos cabría constatar una efectiva crítica al positivismo, dado que éste, cuando habla de la separación entre Derecho y moral, se refiere siempre a la moral crítica y no a la moral social. El argumento de Alexy se

refiere a las normas injustas o injustas en "una medida insoportable" que, en su opinión, no serían normas jurídicas, aunque, eso sí, sólo desde la perspectiva interna del participante y no desde el punto de vista externo del observador: para el participante, "cuando se traspasa un determinado umbral de injusticia, las normas aisladas de un sistema jurídico pierden el carácter jurídico" (RALEXY, R. 1994, p. 45). El argumento de Dworkin es, en parte, semejante, pues supone negar la aplicabilidad de las normas manifiestamente injustas: si el juez fuera llamado a la aplicación de una ley profundamente inmoral "tendría que considerar... si debería mentir y decir que aquello no era Derecho" (DWORKIN, R. 1986, p. 219; 1977, p. 451).

Ambos argumentos parecen prometedores, pues ya no vienen a decir simplemente que la pretensión de justicia o los principios representan una condición de la existencia del Derecho, pero siendo así que el *contenido* de la pretensión o de los principios pueda ser cualquiera; lo que vienen a decir, y esta es una afirmación fuerte, es que ciertas normas que consideramos absolutamente injustas no son normas jurídicas. Ahora bien, ocurre que para efectuar dicha constatación parece indispensable adoptar el punto de vista externo propio de la moral crítica: si las leyes racistas de la Alemania nazi no merecían ser llamadas Derecho, ello no podía obedecer a que este sistema careciera de una "pretensión de corrección" o a una ausencia de principios, pues cualquier sistema mínimamente evolucionado reúne ambas condiciones, sino a que desde una moral "superior", que es la moral de los derechos humanos, aquellas leyes resultaban injustas y, por tanto, de aceptar esta tesis, no constituían verdaderas leyes. Porque, si nos situamos en la óptica del participante comprometido, las leyes racistas no sólo eran jurídicamente válidas, sino además conformes con el tipo de moral que se desprendía de la filosofía política, de la llamada Constitución material, vigente en la Alemania de los años treinta.

Por ello, creo que la tesis de Alexy se halla en un callejón sin salida: el observador externo puede, sin duda, constatar la injusticia de una norma, pero para él tiene pleno sentido seguir diciendo que esa norma, aunque injusta, es una norma jurídica, y esto lo concede Alexy. En cambio, no se comprende bien que el participante, sin dejar de serlo, pueda siquiera constatar la injusticia extrema de una ley, pues para él la moral (social) que está detrás del Derecho positivo es la moral correcta (LAPORTA, F. 1993, p. 113). En esto tiene razón Nino: "desde la perspectiva interna, la moral que resulta positiva consiste en un conjunto de juicios y principios asumidos como válidos que, por cierto, no se refieren a la misma moral positiva, sino que se consideran parte de una moral crítica o ideal" (NINO, C. S. 1994, p. 46-47); por tanto, si la ley racista se muestra acorde con la moral vigente, también racista, su injusticia no

podrá ser percibida por quien haya interiorizado dicha moral, haciendo de ella "su" moral crítica.

En este sentido, cabe constatar que cuando repasamos los numerosísimos ejemplos de injusticias notorias y prolongadas que ofrece la historia, resulta que tales injusticias encontraban respaldo tanto en el Derecho como en la moral social de la época (esclavismo, intolerancia religiosa, pureza de la raza, etc.); es decir, que para juzgarlas como injusticias notorias es preciso situarse en nuestra propia moral crítica o, lo que es lo mismo, es preciso situarse en el punto de vista externo para el que conserva todo sentido la afirmación de que la ley "x", aunque perfectamente inicua, no deja de ser una ley. Con ello, me parece que una tesis aparentemente tan fuerte como la que venimos comentando queda desactivada: para el participante en el sistema que adopta el llamado punto de vista interno una ley manifiestamente injusta no es una ley, pero sucede que su propia posición comprometida le incapacita para comprobar tal injusticia; ya que si lo hace eso es señal de que abandona la cualidad de participante para convertirse en un observador externo o crítico, quien —reconoce Alexy- ya no tiene dificultad alguna en afirmar que cierta norma es jurídica aunque notoriamente injusta.

Así pues, mi conclusión es que la predicada conexión conceptual entre Derecho y moral sugiere más que lo que dice. Dice simplemente que dentro del Derecho y envolviendo al Derecho hay siempre una cierta concepción de la justicia o de la moralidad y que resulta inimaginable un orden jurídico abiertamente contrastante con dicha concepción; pero esta es una afirmación perfectamente asumible desde premisas positivistas, que tan sólo sostienen la separación entre el Derecho y la moral crítica o ideal. Por eso, en cambio, ya no resulta asumible lo que se sugiere, esto es, que en el concepto de lo jurídico se halla presente necesariamente el ingrediente de la justicia, pues, cuando se está en condiciones de proclamar que una norma o un sistema jurídico son notoriamente injustos, ello es señal de que se ha pasado al punto de vista externo del observador y, a partir de ese momento, la idea de una "norma jurídica injusta" es perfectamente inteligible. Por lo demás, no sólo no es asumible, sino que tampoco es conveniente hacerlo, porque a partir de exigencia tan modesta como la que se deduce de la "pretensión de corrección" se puede intentar obtener (y algunos lo intentan) algo tan fuerte como la existencia de una obligación moral de obediencia al Derecho, a todo Derecho.

4. Sobre el valor moral de la separación entre Derecho y moral

El problema de las relaciones entre Derecho y moral puede ser enfocado desde la perspectiva del Derecho, esto es, preguntándose en qué medida el concepto de Derecho requiere contar con algunas dosis de moralidad, o en qué medida la existencia de un orden jurídico depende del cumplimiento de ciertos principios morales. Esta es la perspectiva que en líneas generales hemos adoptado hasta aquí, sosteniendo la vigencia de la tesis positivista de la neutralidad incluso en el marco de la cultura jurídica alentada por el constitucionalismo. Sin embargo, el problema admite ser enfocado también desde un punto de vista ético y en ese caso lo que se discute es si resulta éticamente más conveniente mantener la tesis de la separación o la tesis de la conexión (Vid., por ejemplo, GARZÓN, E., 1992, p. 330 y s.). Ahora bien, la mayor o menor "conveniencia" de sostener la tesis de la conexión o de la separación creo que depende muy fundamentalmente de la concepción previa que se tenga tanto del Derecho como de la moral. Es obvio que aquí resulta imposible ensayar una explicación, siquiera mínima, de las distintas concepciones en pugna, pero, cuando menos, parece necesario hacer explícito qué óptica adoptamos para dar respuesta a la pregunta. En este sentido, entiendo por Derecho un orden regulador de los comportamientos donde *en último término* lo decisivo es el uso de la fuerza: las conductas que regula el Derecho no son distintas de las que regula la moral (social o crítica), sino que la diferencia se cifra en el modo de hacerlo, es decir, en hacerlo a través de la fuerza. Y entiendo por moral también un orden regulador de los comportamientos, pero donde *en último término* lo decisivo es el juicio autónomo del individuo: las conductas objeto de la moral siguen siendo (al menos, en parte) las mismas que contempla el Derecho, pero sólo son conductas morales si, en definitiva, son asumidas por la conciencia individual.

Pues bien, a partir de esta concepción del Derecho y de la moralidad y aun reconociendo que las posiciones teóricas no son determinantes de ningún modelo político o ideal cívico, sino que más bien son compatibles con casi todos ellos, creo que desde un punto de vista ético la tesis de la separación resulta en términos generales preferible a la de la conexión, y ello incluso pensando en sistemas jurídicos que consideramos globalmente justos. El motivo fundamental de esa preferencia es que, a mi juicio, el positivismo metolodológico fomenta el ejercicio de la responsabilidad moral del individuo, así como su capacidad crítica frente a las decisiones del poder, es decir, fortalece el principio de autonomía; pues quien adopta un estricto punto de vista interno y presume el valor moral intrínseco del Derecho vigente en el fondo se inhabilita o, al menos, se impone serios obstáculos para juzgar autónomamente las normas o decisiones del poder, así como para asumir como propio el significado y alcance

moral de las acciones. Llevado a su extremo, el argumento del punto de vista interno termina estrechando la mano del positivismo ético: suponer que el Derecho es necesariamente justo o que presenta siempre una pretensión de corrección generadora de obediencia implica, en definitiva, añadir a la fuerza coactiva del Derecho la fuerza persuasiva de la moral, eludiendo de paso la enojosa evaluación de la justicia de las normas y lógicamente de las conductas que se amparan en las mismas.

Con ello, no pretendo negar que existan razones morales en favor del Estado constitucional, pues, como es bien sabido, de la tesis que niega la relación necesaria entre el Derecho y la moral crítica no cabe deducir la tesis de que necesariamente no pueda existir ninguna relación: el sistema jurídico refleja siempre opciones de moralidad social y tanto mejor si además éstas coinciden con una moral crítica o racional. Sin embargo, ni esa relación contingente impide el desarrollo de una crítica externa al Derecho ni, sobre todo, tiene el alcance legitimador o de justificación sobre el conjunto de las normas que en ocasiones se pretende sugerir. Lo primero no creo que admita mucha discusión: de un lado, tanto el texto constitucional como las normas que lo desarrollan son susceptibles de crítica; de otro, resulta que la propia Constitución no prefigura absolutamente el sentido de las demás normas, de manera que el legislador y, en mi opinión, también los jueces disponen de un ámbito de discrecionalidad cuyo ejercicio puede ser asimismo censurado desde un punto de vista externo. Este último es, por tanto, indispensable si no se quiere abdicar de un completo enjuiciamiento ético sobre el Derecho.

Más importante es el segundo aspecto. La objeción que cabe hacer a la tesis de la conexión necesaria no es tanto que subraye la bondad o racionalidad de la moral que subyace al Estado constitucional, sino más bien que pretenda transmitir o extender dicho juicio al conjunto del sistema, “como si” todas sus normas válidas compartiesen la virtud moral de los valores y principios constitucionales. Esto no es, obviamente, así: primero, porque la democracia real o práctica no deja de ser un pobre sucedáneo de los refinados modelos comunicativos; segundo, porque la Constitución no sólo se viola por acción, sino también por omisión (con independencia de las dificultades técnicas que existan para hacer valer las infracciones omisivas), de manera que no deja de ser un tanto sorprendente pretender legitimar una cierta política legislativa en la fuerza moral de unos valores o derechos que precisamente no se cumplen; y tercero, porque merced a las limitaciones del control jurisdiccional, es muy factible que se consoliden y apliquen en el sistema normas inconstitucionales. En suma, pese a la profunda evolución que han sufrido los sistemas jurídicos desde los tiempos de Kelsen, sigue siendo fundamentalmente cierto que la validez es

un concepto dinámico que reposa en la noción de autoridad, mucho más que un concepto estático basado en la noción de verdad: una norma es válida cuando procede de una autoridad respaldada por la Constitución, y quizás esto sea demasiado poco para presumir su obligatoriedad moral.

La tesis positivista de la separación entre Derecho y moral se muestra perfectamente compatible con el reconocimiento del valor ético de la Constitución y de la justicia de las normas y decisiones del sistema. Simplemente, y creo que sabiamente, reduce al mínimo cualquier presunción a propósito de esa "transmisión de legitimidad". Adoptando la posición del observador externo, nada impide defender que ésta o aquélla disposición encarna las exigencias de la justicia, incluso que el origen democrático de las leyes es ya una razón moral en favor de la obediencia. Pero, al mismo tiempo, esa posición expresa una vigilia permanente que permite un escrutinio singular de todas y cada una de las disposiciones jurídicas, así como de las acciones que en ellas encuentran cobertura. En resumen, sólo cuando la moral se concibe separada del Derecho puede representar una atalaya imparcial para emitir juicios independientes sobre el propio sistema jurídico; juicios que tanto pueden ser estrictamente externos, es decir, tomando como parámetro de enjuiciamiento una moral ajena al Derecho, como también internos o a partir de los mismos valores y principios constitucionales, con frecuencia insatisfechos o sencillamente violados por otras normas o decisiones del sistema.

La cuestión adquiere mayor trascendencia si, en lugar de pensar en los ciudadanos, lo hacemos en los jueces y funcionarios. ¿Es preferible un juez militante o comprometido que confiera valor moral a las normas que aplica por el hecho de proceder de una autoridad? Antes de intentar contestar a esta pregunta, tal vez convenga recordar que no han sido los actuales partidarios del punto de vista interno los primeros en proponer una respuesta afirmativa, o quizás fuera más correcto decir que el punto de vista interno es mucho más antiguo de lo que a veces se sugiere. Un ejemplo sobresaliente de esta tradición puede encontrarse en toda una legión de canonistas que mantienen que para *conocer* plenamente el Derecho de la Iglesia católica -no digamos ya para aplicarlo- es preciso *creer* en ella, y esto por la sencilla razón de que ese orden jurídico constituye un trasunto del Derecho divino (IBÁN, I. C. 1984, p. 287 y ss.) o, como acaso se diría hoy, porque es un sucedáneo de la verdadera moralidad. Otro caso, ideológicamente distinto pero que conduce a parecidos resultados, es el de algunos penalistas cuando afirman que "basar el método jurídico-penal en una concepción política determinada, esto es, proclamar una metodología políticamente comprometida, constituye una exigencia del actual momento cultural" (MIR, S. 1976, p. 301); lo que, como se ha observado desde una óptica positivista, supone una especie de huida hacia adelante, que pretende convertir en

virtudes las inevitables deficiencias de la ciencia jurídica como tal ciencia (LAMARCA, C. 1987, p. 537).

Pues bien, ¿dónde conduce el modelo de jurista comprometido con el punto de vista interno que de algún modo presume la moralidad del Derecho y que tampoco tiene inconvenientes en ampliar las fronteras de éste para dar entrada a esa misma moralidad o concepción de la justicia? Desde luego, no necesariamente a una mayor presencia de estos elementos extrasistemáticos en sus sentencias, que en todo caso habrían de asomar en ellas si aceptamos la tesis positivista de la discrecionalidad; es verdad que tal vez el juez Hércules o cualquiera que confíe en que, merced a la filosofía política que se conecta al Derecho, siempre es posible hallar la "única solución correcta", muestren menores reparos a la hora de invocar valores extraños al Derecho, pero, desde nuestra perspectiva, sería injusto decir que el juez positivista no hace otro tanto cuando ejerce la discrecionalidad. En realidad, creo que para este jurista militante las consecuencias son casi las mismas que para el ciudadano o destinatario del Derecho que adopta el punto de vista interno a la hora de enjuiciarlo, si bien más acentuados: primero, la afirmación de la irresponsabilidad del juez y el posible incremento del activismo judicial; y segundo, el riesgo de legalizar la moral con la consiguiente desactivación de una instancia crítica frente al Derecho.

Por lo que se refiere al primer aspecto, cuanto mayor sea la confianza en que las normas jurídicas son expresión de normas morales o en que alguna moralidad objetiva viene en nuestro auxilio en los casos difíciles, mayor será la tentación de encubrir la discrecionalidad y, con ello, de ocultar la responsabilidad sobre la decisión, haciendo aparecer como Derecho (esto es, como decisión ajena) lo que, en el fondo, no deja de ser una — mejor o peor — concepción moral de quien la sustenta. De este modo, los jueces disponen de una amplia cobertura ideológica para *endosar* a otros (el legislador o la "mejor teoría moral") sus propios fallos; una cobertura que no equivale a comodidad, pues exige de ellos un conocimiento y una reflexión hercúlea, pero que, a cambio, asegura su irresponsabilidad como creadores de Derecho, con lo que, paradójicamente, no se cercena, sino que se estimula la discrecionalidad judicial (BARTOLE, S. 1980, p. 193). Desde la perspectiva de la aplicación del Derecho, la tesis de la conexión necesaria con la moral propicia el mantenimiento de la figura paleopositivista del juez irresponsable; por supuesto, el juez asume una grave responsabilidad técnica, pues ha de ser capaz de indagar en las raíces morales de las normas, pero que se torna en irresponsabilidad política desde el momento en que se presume que todos los aspectos de su decisión le vienen dados por un Derecho preexistente, que además se prolonga en la mejor moral. La lección podría resumirse así: es verdad que los jueces no se ajustan

escrupulosamente a las normas explícitas, y que éstas tampoco resultan suficientes, pero esto no significa que actúen como órganos políticos porque las fuentes morales de donde obtienen los criterios para decidir forman parte del propio Derecho y, en todo caso, son ajenas a sus creencias ideológicas subjetivas.

Dworkin sugiere que la posición del juez positivista es más cómoda o perezosa, pues cuando el caso presenta dificultades o no resulta fácilmente encuadrable en las leyes, se limita a fallar según su propio criterio (DWORKIN, R. 1977, p. 83 y ss.). Desde un punto de vista moral, sin embargo, creo que ocurre todo lo contrario: es mucho más incómodo o inquietante saber que en algunos casos o extremos la decisión dependa de nosotros mismos, que no suponer que uno sigue siendo la boca muda que pronuncia las palabras de la ley, aunque aparentemente sea una boca muy habladora. El positivismo moderno sitúa al juez ante su propia realidad y contribuye a levantar el velo de santidad que pretende cubrir los actos de la judicatura; en otras palabras, permite comenzar a hablar del control y de la crítica — no meramente jurídica — de las decisiones judiciales. Y esto tiene, a mi juicio, la saludable consecuencia de estimular la argumentación moral sobre problemas sustantivos y no ya la motivación formal dirigida únicamente a justificar la adecuación del fallo con unas determinadas reglas preexistentes: a quien falla según estándares ajenos (o cree hacerlo) le basta con invocar la autoridad de la fuente de la que proceden tales estándares (el Derecho, la moral social o ambas cosas); quien falla, al menos en parte, según su propio criterio viene obligado al desarrollo de su razonamiento con pretensiones de validez intersubjetiva en favor de la decisión.

También Dworkin suele decir que este punto de vista entraña escepticismo moral, lo que en su opinión constituye un grave pecado de quienes albergan alguna duda a propósito de la unidad de solución justa (DWORKIN, R. 1986, p. 76 y ss.). No es momento de estudiar todas las implicaciones y sentidos del escepticismo, pero me interesa destacar que, si bien no es corriente, el positivismo jurídico resulta compatible con los mayores excesos cognoscitivistas y objetivistas en materia de moralidad. El modelo de juez que Dworkin escoge como adversario puede tener muy claras las cosas desde el punto de vista moral y, consiguientemente, cuál es la mejor respuesta al caso planteado; la diferencia es que no pretende hacer pasar por Derecho lo que él considera mejor solución moral, esforzándose en cambio por distinguir hasta donde sea posible entre aquello que el Derecho prescribe y aquello que debería prescribir y que, entre tanto, sólo puede encontrar algún acomodo a través de un ejercicio argumentado de discrecionalidad.

Es más, y por idénticas razones, la posición extrema del juez que miente acerca del Derecho positivo, que lo manipula para impedir una solución injusta o que sencillamente se niega a fallar, me parece mucho más inteligible desde la perspectiva de un positivismo metodológico que desde la óptica de la conexión necesaria entre Derecho y moral. De entrada, conviene advertir que un juez positivista (que no lo sea en sentido ideológico) no tiene por qué ser un juez menos dispuesto que Hércules a la desaplicación de una norma injusta. La única diferencia es que el positivista no tiene más pertrechos que su autonomía moral, su responsabilidad y sus buenas razones; mientras que Hércules al parecer cuenta sobre todo con el respaldo de una moralidad esclarecida que naturalmente se justifica por sí misma, aunque a la postre resulte asimismo subjetiva.

La segunda consecuencia de la adopción del punto de vista interno y de la creencia en alguna conexión necesaria entre el Derecho y la moral me parece que no resulta muy diferente desde la perspectiva de los jueces y funcionarios que desde la del resto de los ciudadanos; me refiero a la legalización de la moral, que puede hacer suponer que las respuestas jurídicas encarnan siempre las mejores respuestas morales o, lo que es lo mismo, que en el orden jurídico cristaliza, al menos en parte, el supremo código de la moralidad. Un primer inconveniente de esta consecuencia ya ha sido expuesto: dado que la obligatoriedad moral de la norma nace, no tras un escrutinio singular de la misma, sino a partir de su adecuación a las exigencias del sistema, resulta que al final la clave reside en la noción de autoridad, lo que desplaza o elimina el propio enjuiciamiento crítico y, desde luego, prescinde del complejo funcionamiento de un orden jurídico donde de hecho existen normas válidas pero ineficaces, y normas eficaces pero inválidas; por ejemplo, normas constitucionales que no son sino promesas incumplidas, y leyes o decisiones eficaces que no son sino desmentidos del horizonte moral del que precisamente pretenden recabar su legitimidad y obligatoriedad.

En suma, y aún en la mejor de las hipótesis de que el Derecho sea relativamente justo, como sucede en el modelo del constitucionalismo, la legalización de la moral empobrece y transforma en heterónomos los requerimientos de ésta, esclerotiza su libre formación en el ámbito de la conciencia y del diálogo moral (que no es el diálogo jurídico, mucho más cercano al monólogo del poder) y, en fin, limita muy seriamente su virtualidad como instancia crítica frente al Derecho. Pero creo que las consecuencias son aún peores en la hipótesis de que el Derecho resulte injusto y congruente con una moral también inicua, pues ¿dónde queda entonces la instancia crítica y, por tanto, externa a las instituciones y a sus decisiones?; en este supuesto, y teniendo en cuenta que el juez Hércules cuenta con una visión esclarecida del

Derecho y de la moralidad, ¿habremos de suponer que sus decisiones, por ser jurídica y socialmente correctas, son también moralmente justas?

5. Observación final

Parece incontestable que en la cultura jurídica de nuestros días el positivismo se bate en retirada, si es que no ha sido ya definitivamente vencido. Tal vez pueda decirse que numerosas críticas parten de una visión equivocada o parcial de lo que el positivismo significa y que, tomando la parte por el todo, dan por muerto al adversario cuando éste sólo ha resultado herido en alguno de sus miembros. Pero, sea como fuere, la superación del positivismo parece haberse convertido en el lema del actual pensamiento jurídico, desde las dogmáticas más apegadas a la exégesis de textos a las concepciones de filosofía política y del Derecho pretendidamente más generales, pasando desde luego por el constitucionalismo, que acaso represente el punto de intersección de todas estas voces; el punto donde las dogmáticas pueden enlazar con una moral positivizada, y donde las filosofías pueden encontrar un banco de pruebas para la verificación de sus tesis.

A mi juicio, el gran mérito del antipositivismo es que ha sabido actuar como saludable revulsivo de un conocimiento jurídico y de una práctica forense excesivamente formalistas, autosuficientes, anclados en el modelo del Estado liberal decimonónico y, sobre todo, alejados tanto de las demás ciencias sociales como de la filosofía moral y política. De entrada, cabe decir que hoy resulta difícil mantener en pié la mayor parte de las tesis atribuidas al llamado positivismo teórico, pues sin duda es en este capítulo donde han tenido mayor incidencia las transformaciones propiciadas por el constitucionalismo. La pluralidad de tipologías normativas ha sustituido al esquema unitario del positivismo; la pluralidad del sistema de fuentes ha sustituido al monopolio casi absoluto de la ley; la complejidad del juicio de ponderación ha desplazado a la sencilla subsunción; y, en fin, el desarrollo de la argumentación jurídica ha venido a llenar el vacío de la teoría de la interpretación positivista. En mi opinión, tan sólo la tesis de la discrecionalidad sigue contando con mejores razones que la tesis contraria de la unidad de solución correcta.

También la crítica a la tesis de la neutralidad o de la no conexión necesaria entre Derecho y moral resulta comprensible, aunque me parezca desenfocada. Y es comprensible porque las ideas tradicionales entre los juristas del foro y de la Universidad han supuesto durante décadas una premeditada postergación de la dimensión moral y política del Derecho; en parte, debido a una errónea comprensión de la famosa tesis positivista de la separación conceptual, pero en gran parte también por comodidad y por el deseo de mantener la ficticia

vitola de cientificidad profesional, los juristas han contribuido muchas veces a ocultar que los problemas jurídicos eran al mismo tiempo problemas de moralidad y de poder. Y creo que esto ha sido cierto incluso entre algunos cultivadores del Derecho natural, capaces de adentrarse con la misma soltura en la metafísica de la justicia que en la exégesis de las Leyes Fundamentales del franquismo, pero incapaces al final de contrastar las exigencias morales con las prescripciones del Derecho positivo.

Sospecho, sin embargo, que la mayor parte de los juristas han estado siempre persuadidos de que la predicada autonomía de su objeto y de su saber reposaba en una pequeña mentira; han sido conscientes de que su lema favorito, "la ley es la ley", era una verdad a medias que ocultaba que la ley es además expresión de la voluntad del poder y que encarna un cierto punto de vista sobre la justicia. De manera que el constitucionalismo postpositivista ha contribuido a la propagación de una auténtica epidemia de sinceridad, ofreciendo respaldo o cobertura teórica para decir con argumentos refinados lo que casi todos sabían o intuían, a saber: que cuando se resuelven conflictos jurídicos se están ofreciendo respuestas morales y que, por tanto, es perfectamente lógico que en el razonamiento jurídico se conjuguen argumentos procedentes del Derecho estricto con otros derivados de la filosofía de la justicia, ya sea de aquella en que se supone reposa todo el modelo de convivencia, de aquella más o menos esclarecida que profesa el intérprete, ya sea más probablemente de una combinación de ambas.

Acaso el actual pensamiento jurídico antipositivista no haya desarrollado con pleno acierto esa idea básica y, desde luego, a lo largo de este trabajo no hemos ahorrado las críticas. Pero, en mi opinión, hay una crítica que envuelve y en parte explica a todas las demás, y es que dicho pensamiento no ha sabido evadirse de una cierta versión del positivismo urdida por algún sector arcaico de sus cultivadores. Me refiero justamente a esa vitola de neutralidad y cientificidad; hoy todos parecen ser conscientes de que con el Derecho estricto y las herramientas interpretativas del positivismo no era posible mantener esa imagen, pero, en lugar de abandonarla, prefieren aferrarse a ella e intentar resolver los problemas invocando los principios de la moralidad encarnados en la Constitución; con lo cual, en fin, esa moralidad viene a desempeñar la misma función sedante sobre la conciencia de los juristas que antes satisfacía sólo el Derecho. La teoría de los principios no representa así un llamamiento a la responsabilidad moral y política del intérprete, sino el bálsamo de su carencia. Todo sigue casi igual que antes: la profesión de jurista se ha salvado, e incluso ya no hace falta mentir acerca de la autosuficiencia del Derecho, ni ocultar el papel de la moral. La cuestión es precisamente si merece la pena mantener esa imagen o si, por el contrario, no será preferible mostrar de

una vez por todas las cartas y perder el temor a confesar que los operadores jurídicos son titulares de un poder de decisión, aunque de un poder de naturaleza distinta a la que encarna el legislador.

Y este poder de decisión del legislador y de los jueces, por más que se ejerza en el marco de un modelo constitucional basado en el respeto a los derechos fundamentales y a la soberanía popular, no deja de ser un poder de decisión enjuiciable desde la perspectiva externa de la moral crítica. El lema de que hoy "veritas, non autoritas, facit legem" representa una exageración, acaso útil para mostrar la distancia con el Estado de Derecho decimonónico, pero que no se puede aceptar en términos literales. El Derecho sigue siendo, ahora como antes, más el fruto de la voluntad que de la razón, más del poder que de la verdad. Por ello, incluso ante sistemas que nos parezcan global o generalmente justos, cualquier presunción a propósito de la moralidad intrínseca de sus normas ha de tomarse con suma cautela; al menos, con tanta cautela como ancha es la distancia que separa el horizonte moral que, por ejemplo, figura en el frontispicio de la Constitución española de 1978 y la realidad cotidiana de nuestro Derecho en acción.

En suma, la tesis positivista de que no existe una relación necesaria entre el Derecho y la moral no queda desmentida por el hecho de que circunstancialmente pueda darse esa relación, como ocurre con el Estado constitucional. Pero, a su vez, ese mismo positivismo que nos sitúa en el punto de vista externo y que nos permite mantener en su integridad las exigencias de la moral crítica, sigue representando la mejor posición para comprender y, sobre todo, para enjuiciar el valor o la falta de valor moral del Derecho y de cada una de sus normas, incluso en el marco de un sistema relativamente justo; enfoque externo que, por otro lado y como ya sabemos, tampoco impide el desarrollo de una crítica interna. Ni qué decir tiene, por último, que dicho punto de vista externo sigue resultando indispensable para cualquier teoría del Derecho que pretenda explicar el fenómeno jurídico jurídico más allá del modelo del constitucionalismo.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. *El concepto y la validez del Derecho*. trad. de J. M. Seña. Gedisa, Barcelona: 1994.

BARTOLE, S. In margine a Taking Rights Seriously di Dworkin. En: *Materiali per una storia della cultura giuridica*, vol. X, 1, 1980.

DREIER, R. (1981). Derecho y Moral. En: *Derecho y filosofía*. E. Garzón Valdés (Compilador). Barcelona: Ed. Alfa, 1985.

DWORKIN, R. (1977). *Los derechos en serio*. Trad. de M. Guastavino, Ariel, Barcelona: 1984

_____. (1986). *Law´s Empire* London: Fontana Hay traducción de L. Ferrari, Gedisa. Barcelona: 1988.

FERRAJOLI, L. (1989). *Diritto e Ragione. Teoria del garantismo penale*. Bari: Laterza, 2ª ed., 1990. Hay traducción castellana de P. Andrés, A. Ruiz Miguel, J.C. Bayón, J. Terradillos y R. Cantarero. Madrid: Trotta 1995.

GARCIA AMADO, J.A. La filosofía del Derecho de Jürgen Habermas. En: *Doxa,* nº 13, 1993.

GARZON, E. Algo más acerca de la relación entre Derecho y moral. En *Derecho, Etica y Política*. C.E.C. Madrid: 1992.

HABERMAS, J. (1981) *Teoría de la acción comunicativa*. Trad. de M. Jiménez Redondo, 2 vols. Madrid: Taurus, 1987.

_____. (1987). ¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?. En: *Escritos sobre moralidad y eticidad*. Trad. e introducción de M. Jiménez Redondo. Barcelona: Paidós, 1991.

_____. (1992), *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt: Suhrkamp. Hay traducción española de M. Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998.

IBAN, I.C. *Derecho Canónico y Ciencia jurídica*, Facultad de Derecho. Madrid: Universidad Complutense, 1984.

KRIELE, M. (1975). *Introducción a la teoría del Estado*. Trad. de E. Bulygin. Buenos Aires: Desalma, 1980.

LAMARCA, C. (1987), "Posibilidades y límites de la Dogmática penal", en *Revista de Cuadernos de Política Criminal*, nº 33.

LAPORTA, F. *Entre el Derecho y la moral*. México: Fontamara, 1993.

MAcCORMICK, N. (1982). Law, Morality and Positivism. En: N. MacCormick y O, Weinberger, *Il Diritto come istituzione*, *a cura de M. La Torre*. Milano: Giuffrè, 1982.

MIR, S. *Introducción a las bases del Derecho penal. Concepto y método*. Barcelona: Bosch, 1976

MUGUERZA, J. (1989), La alternativa del disenso En: *El fundamento de los derechos humanos*. Ed. de G. Peces-Barba. Madrid: Debate, 1989

NINO, C.S. *Derecho, mora l y política*. Barcelona: Ariel, 1994.

PRIETO, L. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003.

SOPER, PH. (1984). *Una teoría del Derecho*. Trad. de R. Caracciolo. Madrid: C.E.C., 1993

VIOLA, F. (1999), La ética de los derechos. En: *DOXA*, núm. 22.

ZAGREBELSKY,G. (1992). *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trad. de M. Gascón. Madrid. Trotta, 1995.