

FILOSOFÍA DEL DERECHO, PLURALISMO Y CONFLICTOS PRÁCTICOS*

FRANCISCO JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG

Universidad Carlos III de Madrid

Departamento de Derecho Internacional Público, Derechos Eclesiástico del Estado y Filosofía del Derecho,

javofil@der-pu.uc3m.es

ABSTRACT

In this paper I analyze the conception of the philosophy of Law that underlies the analysis of practical conflicts proposed by Damiano Canale. In the same way, I refer to the pluralist context that characterizes contemporary constitutionalism as an appropriate field for the development of practical conflicts and for the analysis of the implications of the thesis of the separation between law and morality.

KEYWORDS

Philosophy of Law, pluralism, practical conflict, metaethics, normative ethics.

1. PREMISA

El libro de Damiano Canale no sólo es un estudio de los conflictos prácticos. Además, es expresión de un modo de hacer filosofía del Derecho. Así, permite reflexionar sobre el sentido de la filosofía del Derecho, ya que en realidad manifiesta una forma de ver la filosofía del Derecho que está atenta a la realidad social. El hecho de que los casos que

* Las reflexiones incluidas en este trabajo derivan de la lectura del libro de Damiano Canale, *Conflitti pratici. Quando il diritto diventa immorale*, Laterza, Roma-Bari, 2017. Agradezco al profesor Ferdinando Menga la invitación a participar en este foro. El presente texto se ha beneficiado de las observaciones de María del Carmen Barranco, Alessandro di Rosa y Thomas Casadei.

presenta sean significativos en relación con el modelo de sociedad, y que puedan ser resueltos de una manera u otra en función del punto de vista iusfilosófico (y también de la perspectiva moral) que se asuma, es expresión de la relevancia de la filosofía del Derecho y permite considerar su trascendencia. Porque es cierto que los casos analizados no son simples conflictos normativos. Son, más bien, casos que afectan directamente al modelo de sociedad.

En estas consideraciones derivadas de la lectura del libro me voy a centrar en tres aspectos básicos. En primer lugar, propondré una reflexión sobre la idea de filosofía del Derecho que subyace en el análisis desarrollado en el libro. En segundo lugar, y tras una breve alusión al sentido de las etiquetas (*-ismos*) en filosofía del Derecho, me referiré a la relevancia del pluralismo como marco social y moral que propicia la aparición de conflictos prácticos. Posteriormente, me detendré en el análisis crítico de algunas dimensiones de la relación entre Derecho y moral, relación que atraviesa todo el libro y que constituye la cuestión teórica que subyace tras los conflictos prácticos.

2. UNA REFLEXIÓN INICIAL SOBRE EL SENTIDO DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO Y EL MODELO DEL JURISTA

La filosofía del Derecho, como rama del saber jurídico y como propuesta de comprensión de lo jurídico, se diferencia en algunos aspectos respecto a otras ramas o propuestas. Una de las diferencias –aquella que más nos interesa en estos momentos– es la que tiene que ver con el hecho de que la filosofía del Derecho muestre –o deba mostrar– una preocupación por someter a revisión las razones de su existencia y la función social que desarrolla. Este proceso de revisión continua se puede explicar de varias maneras.

En primer lugar, la necesidad de auto revisión continua tiene que ver con un rasgo propio de la filosofía, que es el que consiste en poner en duda, en interrogarse, sobre el sentido de la realidad. Y eso implica necesariamente preguntarse por el sentido de la misma filosofía del Derecho, que forma parte de esa realidad que es objeto de escrutinio. El cuestionamiento por el sentido de la realidad comienza en efecto por la propia filosofía del Derecho. En segundo lugar, nos encontramos con la urgencia de la filosofía del Derecho por justificar su función en la formación del jurista y en el conocimiento y explicación del fenómeno jurídico. En definitiva, la necesidad de justificar su función social.

Esta necesidad se puede explicar de distintas maneras. No descubrimos nada si afirmamos la peculiaridad de la filosofía del Derecho en el conjunto de los saberes jurídicos. Esta peculiaridad se explica, en la actualidad, por el lugar que se le atribuye en el marco de una crisis generalizada de ese tipo de saber que en términos generales identificamos con las “humanidades”¹. Así, muchas veces, la aportación de la filosofía del Derecho en la formación del jurista no es considerada igual de relevante que la de otras materias más directamente vinculadas, se dice, a la realidad del Derecho y a la cotidianeidad en la que el operador jurídico va a desarrollar su actividad. Esto se puede deber a varios factores. Por una parte, tiene que ver sin duda con una cierta “miopía” por parte de quien afirma esto, que deriva (no se sabe bien qué es la causa y qué el efecto) en la afirmación de la futilidad de aquello que puede ofrecer la filosofía del Derecho. La miopía es la que provoca que el Derecho sea considerado exclusivamente como una técnica destinada a solucionar problemas concretos, enfoque que dificulta una consideración más amplia, si se quiere cultural, del Derecho. Pero, por otra parte, es la propia filosofía del Derecho la que tiene que someter a revisión su trabajo. Es decir, tiene que estar muy atenta al tipo de discurso que ofrece, ya que es ese discurso el que se valora y se escruta a la hora de determinar la incidencia de su aportación en la formación del jurista y la función/utilidad social a desarrollar. Y es que, en efecto, no hay que echar la vista muy atrás, o mirar muy lejos, para percatarnos del hecho de que en nuestras Facultades el filósofo del Derecho ha sido considerado en demasiadas ocasiones como una “rara avis” en medio de colegas concentrados en el estudio y explicación de la, considerada, auténtica realidad jurídica. Esa percepción ha sido el resultado del hecho de que el filósofo del Derecho en ocasiones elaboraba un discurso que, en efecto, poco o nada tenía que ver con la realidad jurídica, concentrado en la determinación (cuando no exaltación) de ciertas esencias que el jurista práctico observa como extrañas a su quehacer, lejanas de la realidad con la que tiene que trabajar. Es decir, de manera resumida, la filosofía del Derecho ha podido incurrir en el riesgo de olvidar que es, o deber ser, filosofía del Derecho. En este sentido, la Filosofía del Derecho ha de estar comprometida en la identificación del equilibrio entre el análisis

¹ Son, al respecto, de útil consulta, NUSSBAUM, M. C., *Sin fines de lucro. Por qué la democracia necesita de las humanidades*, trad. de M. V. Rodil, Katz, Madrid, 2010; LLOVET, J., *Adiós a la universidad. El eclipse de las humanidades*, trad. de A. Fuentes, Galaxia Gutemberg, Barcelona, 2011; ORDINE, N., *L'utilità dell'inutile*, Bompiani, Milano, 2013.

conceptual, de un lado, y la demostración de la incidencia y utilidad práctica de los resultados de ese análisis conceptual, de otro. El análisis conceptual debe ser compatible con una reflexión orientada a incidir directamente en la práctica jurídica.

Pues bien, el libro de Damiano Canale asume, en mi opinión, esta necesaria compatibilidad. La finalidad de esta reflexión inicial es la de poner en valor un modelo de filosofía del Derecho –que, como señalo, a mi parecer es el que se propone en el libro- que se caracteriza por no dar la espalda a la realidad jurídica. Es decir, que es bien consciente de que es Filosofía del Derecho. En este sentido, creo que hay dos elementos de este modelo que pueden ser subrayados, ya que van a ser de específica importancia a la hora de consolidar la justificación de la aportación iusfilosófica. Me refiero a su carácter crítico y al hecho de que está (o debe estar) conectada con los problemas jurídicos reales.

Desde un punto de vista general, la filosofía se justifica por su dimensión crítica. La filosofía es, entre otras cosas, análisis crítico de determinados problemas y examen crítico de la reflexión, llevada a cabo por otras ramas del saber, sobre esos problemas, desde el momento en que estos saberes carecen de capacidad de autoreflexión²: "la investigación filosófica (*investigatio philosophica*) es aquella que no sólo permite sino que exige el cuestionar ilimitado y radical"³. Este puede ser considerado un elemento común con independencia de los diferentes enfoques filosóficos. Karl Popper explica la dimensión crítica de la filosofía señalando que todo el mundo tiene unos determinados «prejuicios filosóficos», asume -más o menos inconscientemente- unas ideas preconcebidas respecto de las cuales no ejercita individualmente ninguna actividad de examen de las mismas, desarrollando respecto a las mismas una actitud acrítica: son teorías "que inconscientemente se dan por sentadas, o que han absorbido de su ambiente intelectual o de la tradición" ⁴. Precisamente la tarea del filósofo va a consistir en introducir el análisis crítico allí donde éste no existe. En palabras de A. Ayer: "... la filosofía es una actividad consistente en la puesta en tela de juicio de las creencias

² Vid. LOPEZ CALERA, N. M., "Teoría crítica del Derecho", *Anuario de Derechos Humanos*, nº 4, 1986-87, p. 155.

³ VIEHWEG, Th., "Sobre la relación entre Filosofía del Derecho, Teoría del Derecho y Dogmática jurídica", en ID., *Tópica y Filosofía del Derecho*, trad. de J. M. Seña, rev. de E. Garzón, y R. Zimmerling, Gedisa, Barcelona, 1991, p. 25.

⁴ POPPER, K., "Cómo veo la filosofía", V.V.A.A., *La lechuza de Minerva. ¿Qué es filosofía?*, compilación e introducción de Charles J. Bontempo y S. Jack Odell, trad. de Carmen García Trevijano, Cátedra, Madrid, 1979, p. 64.

aceptadas, tratando de encontrar criterios, y de evaluarlos; tratando de sacar a la luz las hipótesis que subyacen en el pensamiento, tanto el de índole científica como ordinaria y vulgar, y procurando después ver si todo ello es válido"⁵. Y en el mismo sentido I. Berlin afirma: "Sin duda, es una hipótesis razonable que una de las principales causas de confusión, desdicha y miedo es, cualesquiera que sean sus raíces psicológicas o sociales, la ciega adhesión a nociones gastadas; la desconfianza patológica de cualquier forma de examen crítico; los esfuerzos frenéticos por prevenir cualquier grado de análisis racional de aquello por y para lo cual vivimos. Esta actividad, socialmente peligrosa, intelectualmente difícil, a menudo dolorosa e ingrata, pero siempre importante, es la labor de los filósofos (...) La meta de la filosofía es siempre la misma: ayudar a los hombres a comprenderse a sí mismos y, de tal modo, actuar a plena luz, en vez de salvajemente en la oscuridad"⁶. Precisamente, a esa constante revisión de lo comúnmente aceptado, incluso por el propio filósofo, a esa permanente puesta en duda, es a lo que se refiere Bertrand Russell cuando señala que "desde el momento en que empezamos a filosofar, hallamos (...) que aún los objetos más ordinarios conducen a problemas a los cuales sólo podemos dar respuestas muy incompletas. La filosofía, aunque incapaz de decirnos con certeza cuál es la verdadera respuesta a las dudas que suscita, es capaz de sugerir diversas posibilidades que amplían nuestros pensamientos y nos liberan de la tiranía de la costumbre"⁷.

Si centramos ahora nuestra atención en la filosofía del Derecho, parece que la crítica constituye una de sus principales vertientes; es más: posiblemente, su principal dimensión justificativa. La actitud crítica respecto al fenómeno jurídico, en sus diversas manifestaciones ha constituido el elemento común entre las distintas formas de reflexión filosófica sobre el Derecho. Así, tanto el Derecho Natural como la Filosofía del Derecho comparten esa vocación⁸. Y es que no sólo desde

⁵ AYER, A., y NAESS, A., "El vaso sobre la mesa: un empírico contra una visión total", en ELDER, F., (ed.), *La filosofía y los problemas actuales*, trad. de A. Gil Lasierra, Ed. Fundamentos, Madrid, 1981, p. 17.

⁶ BERLIN, I., "El objeto de la filosofía", *Conceptos y categorías (Ensayos filosóficos)*, trad. de Fco. González Aramburo, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1983, p. 42.

⁷ RUSSELL, B., *Los problemas de la filosofía*, 12ª edic., prólogo de E. Lledó y trad. de J. Xirau, Labor, Barcelona 1992, p. 132. *Cursivas mías*.

⁸ Asumo en este punto un concepto restringido de Filosofía del Derecho, que la entiende como una específica forma de aproximación filosófica al Derecho, junto al Derecho natural. Vid. GONZÁLEZ VICÉN, F., "La filosofía del Derecho como concepto histórico", in ID., *Estudios de Filosofía del Derecho*, Facultad de Derecho, Universidad de La

posiciones iusnaturalistas se puede mantener una actitud crítico-reflexiva respecto al Derecho. Se desestima, de esta manera, la crítica que acusa a la Filosofía del Derecho construida desde el positivismo de ignorar la posibilidad de iniciar una reflexión axiológica sobre el Derecho. Como señaló C. S. Nino en su obra póstuma, "autores contemporáneos que son representantes preeminentes del positivismo, como Hart, Bobbio, Carrió, Raz, no defendieron posiciones escépticas en materia ética al exponer su posición positivista. Aún quienes son efectivamente escépticos, como Kelsen y Ross, Alchourron y Bulygin no es cierto que sean indiferentes al origen y contenido de los sistemas jurídicos ni que legitimen cualquier configuración del poder político (los escépticos mencionados son o han sido defensores de la democracia, y Kelsen ha sido personalmente víctima de su ausencia)"⁹. Esta crítica, en muchas ocasiones elaborada desde el iusnaturalismo, ha estado también provocada por un positivismo empirista, desde cuyas filas se consideraba que el Derecho era exclusivamente un conjunto de enunciados lógicos y que la labor del filósofo debía consistir sólo en analizar esos enunciados. Todo lo que trascendiera esa tarea, iba más allá de la filosofía y carecía de sentido. Así, en el marco del Círculo de Viena, Moritz Schlick señalaba: "La actividad mediante la cual se determina o descubre el sentido de los enunciados: ésa es la filosofía. Por medio de la filosofía se aclaran las proposiciones, por medio de la ciencia se verifican" ¹⁰. Pero la firme constatación de la positividad del Derecho no implica una desatención a la crítica de esa positividad y a la elaboración de alternativas para su transformación. O. W. Holmes resumió este planteamiento con las siguientes palabras: "Se puede criticar aún lo que se venera. Mi vida está consagrada al Derecho y sentiría que faltó a la devoción que le profesó si no hiciera lo que dentro de mí me impulsa a mejorarlo, y, cuando alcanzo a percibir lo que me parece el ideal de su futuro, si vacilara en mostrarlo y en instar a su consecución con todos los esfuerzos de mi corazón" ¹¹.

Laguna, 1979, pp. 207-256. Me he referido a esta cuestión en ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., "Storia e pluralità nella comprensione moderna del Diritto" , *Rivista di Filosofia del Diritto*, VI/1/2017, pp. 79-96.

⁹ NINO, C. S., *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, p. 19.

¹⁰ SCHLICK, M., "El viraje de la filosofía", en AYER, A. J., (comp.), *El positivismo lógico*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1993, p. 62.

¹¹ HOLMES, O. W., *La senda del Derecho*, pról. de E. A. Russo, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1975, p. 43.

La dimensión crítica de la filosofía del Derecho tiene tres objetivos principales: el propio ordenamiento, el trabajo de los operadores jurídicos y el discurso elaborado por la ciencia jurídica. Es decir, se trata –en primer lugar– de analizar críticamente las dimensiones formales y materiales del ordenamiento, comenzando por la propia idea de ordenamiento; al mismo tiempo, hay que evaluar la actividad de los distintos operadores jurídicos, que asumen diversas responsabilidades en los procesos de creación, interpretación y aplicación del Derecho; en tercer lugar, deben ser evaluadas las propuestas de la ciencia jurídica (y de la propia filosofía del Derecho), comenzando por las que tienen que ver con la misma conceptualización de la idea de Derecho y con la diferencia (y relación) que existe entre la realidad jurídica y otras realidades normativas.

También, la dimensión crítica facilita el análisis de los problemas del Derecho. Pero el hecho de que también los operadores jurídicos, en su labor, estén sometidos a la crítica permite comprender por qué los problemas a los que se ha de referir la filosofía del Derecho no sólo son los problemas conceptuales sino también los prácticos, entendiendo por tales los que se producen a lo largo de los procesos de creación, interpretación y aplicación.

Para la filosofía del Derecho, esos problemas prácticos (y las distintas formas de resolverlos) son también relevantes desde el momento en que son, como señala Canale, expresión de diferentes puntos de vista sobre el concepto de Derecho. Lo cual quiere decir (y aquí adelanto una cuestión en la que me detendré más adelante) que –de manera implícita o explícita– serán también expresión de la posición que se asuma respecto a la relación entre el Derecho y la moral.

Pero la dimensión crítica de la filosofía del Derecho no sólo es importante porque nos permite evaluar propuestas teóricas y comportamientos prácticos en relación con el Derecho. Lo es también porque es una estrategia indispensable para la renovación y transformación del sistema jurídico. Cuando Luigi Ferrajoli se refiere a los rasgos que caracterizarían la filosofía del Derecho (para el mundo latino), señala dos. En primer lugar, la confianza en la razón como factor de civilización del Derecho, y de limitación de la arbitrariedad, así como la estrecha vinculación que existe entre la reflexión iusfilosófica y la práctica. En segundo lugar, alude a determinadas características estructurales de los sistemas constitucionales (principio de legalidad y rigidez

constitucional)¹². Más allá de la cuestión de saber si el primer rasgo es atribuible a un modelo de Filosofía del Derecho (en este caso el vinculado al “mundo latino”) o más bien es algo predicable también de otros modelos, lo cierto es que la vinculación entre la filosofía del Derecho y la práctica jurídica es una exigencia que se puede explicar desde diversos puntos de vista. El primero tiene que ver con la utilidad del conocimiento y la reflexión que genera la filosofía del Derecho, que no puede dar la espalda a la realidad jurídica¹³. La filosofía del Derecho ofrece un concepto de Derecho que sin duda va a condicionar el trabajo del jurista. El libro de Damiano Canale es buena muestra de ello. La identificación de lo jurídico y el abordaje de los problemas prácticos (interpretativos y aplicativos) está sin duda condicionado por el concepto de Derecho que se maneje. Pero por otra parte, esa relación tiene que ver también con la función social que desarrolla el jurista. Manuel Atienza se ha referido a la relevancia social de los juristas prácticos al señalar que “son agentes potenciales del cambio social al interpretar y aplicar el Derecho”¹⁴. Pues bien, no hay que limitar la reflexión sobre la intervención potencial en el cambio social al jurista práctico. Más bien, el jurista práctico es un agente real, efectivo, del cambio social. Este carácter viene determinado por el hecho de que los operadores jurídicos (concepto más amplio que el de los juristas prácticos) son auténticos “ingenieros sociales”. En efecto, construyen y gestionan instituciones sociales, que son los marcos de comportamiento a través de los cuales se articula la coexistencia humana. De ahí, su relevancia social. Y también su responsabilidad. En este punto podemos hablar de responsabilidad en un doble sentido: a) tiene que ver con el hecho de que el Derecho presenta una dimensión –no exclusiva– instrumental. Por ello el Derecho sirve para articular modelos de comportamiento a través del establecimiento de obligaciones, prohibiciones o permisos susceptibles de un juicio moral positivo o negativo. Falibilidad moral a la que hay que añadir una falibilidad técnica. Ambas están entre las razones, si bien de manera no exclusiva, que explican la ineficacia del Derecho. Lo anterior no debe ser entendido en el

¹² Vid. FERRAJOLI, L., “El futuro de la filosofía del Derecho”, *Doxa*, nº 39, 2016, p. 256.

¹³ Vid. OST, F. “Quale filosofia del diritto?”, *Rivista di Filosofia del Diritto*, 1, giugno 2012, p. 28.

¹⁴ ATIENZA, M., *Filosofía del Derecho y transformación social*, Trotta, Madrid, 2017, p. 349. Por supuesto, el trabajo del jurista práctico tendrá una mayor o menor capacidad transformadora de la sociedad en función del sentido del mismo y de los fines que persiga.

sentido de que el Derecho sea concebido de manera exclusiva como un instrumento o, si se prefiere, como un artefacto¹⁵, ya que, junto a la dimensión instrumental u organizativa, el Derecho incluye otra dimensión constituida por fines y valores. b) pero, además, la responsabilidad tiene que ver con la capacidad crítica. Y esto se relaciona con la distinción entre diversos modelos de jurista. Ciertamente, esta cuestión bien puede ser entendida como una derivación de la dimensión pragmática de la filosofía del Derecho. La dimensión pragmática de la filosofía del Derecho se puede entender en varios sentidos. Por una parte, tiene que ver con la relación entre la reflexión iusfilosófica y la realidad jurídica. Para la filosofía del Derecho, esa realidad no sólo es objeto de análisis, sino también es objeto de transformación. A través de la incidencia en el Derecho se logra la transformación social. Por otra parte, tiene que ver con la incidencia de la filosofía del Derecho en la formación del jurista.

Creo que hay buenas razones para reivindicar la relevancia de la filosofía del Derecho a la hora de determinar qué modelo de jurista se quiere proponer a la sociedad. Y aquí tenemos dos grandes modelos que puede ser identificados –a grandes rasgos- con el jurista técnico, y con el jurista crítico, respectivamente. El primero, el jurista técnico, deber ser entendido como un profesional habilitado para resolver el conflicto. Es un conocedor de las estrategias jurídicas para intervenir en los conflictos sociales, y en ese marco interviene con su capacidad de gestión. En su actividad, se centra en la consideración exclusiva del Derecho como una herramienta. Se subraya por tanto, en este caso, la dimensión instrumental del Derecho. Este modelo de jurista parece imprescindible ya que el Derecho tiene en efecto esta dimensión instrumental a través de la cual interviene en el conflicto social y desarrolla sus funciones, que se reconducen a la idea de ordenación social. Por su parte, el jurista crítico es aquel que reúne las competencias para intervenir en el conflicto y articular la ordenación social, pero al mismo tiempo tiene capacidad para trascender la letra de la norma, entender el sentido del Derecho, las implicaciones sociales, morales y políticas que permiten comprender la norma en un sentido que trasciende a su literalidad. Es este modelo de jurista el que se vincula con la idea de transformación social, que no es posible sin esa capacidad crítica¹⁶.

¹⁵ Vid. BURAZIN, L. (2016). “Can There Be an Artifact Theory of Law?”, *Ratio Juris*, nº 29, 2016, pp. 385-401.

¹⁶ Sobre la vinculación entre la sensibilidad crítica del jurista (centrando, en este caso, la cuestión en el estudiante de Derecho) y la capacidad de transformación social, vid. M.

Esta capacidad crítica determina la acción del jurista, y le otorga relevancia, desde el momento en que el Derecho, en su naturaleza bifronte, se presenta como una estrategia normativa capaz de articular esquemas de comportamiento tendentes a maximizar la libertad y la igualdad, pero al mismo tiempo puede ser un eficaz instrumento de opresión. Sólo desde una posición crítica se puede justificar la prevalencia de la primera dimensión respecto a la segunda. Por otra parte, no estamos ante modelos excluyentes. Es más, podría afirmarse que la figura del jurista técnico es un elemento necesario aunque no suficiente de lo que puede considerarse un modelo óptimo de jurista. La opción por uno de estos dos modelos de jurista es también relevante debido al hecho de que, en realidad, el jurista tiene una gran responsabilidad social. El hecho de que el jurista sea un auténtico ingeniero social permite comprender su cercanía con el poder político. Y esta cercanía no se debe sólo al hecho de que Derecho y Poder sean, como señalaba Bobbio, las dos caras de la misma moneda, sino a la necesidad que el Poder político tiene del jurista. A través de la intervención técnica de éste, es posible traducir a lenguaje jurídico el contenido de la voluntad política. Eso explica por qué el político siempre se ha visto rodeado de juristas. El “leguleyo”, el jurista dócil y acrítico en relación con las decisiones políticas (y después jurídicas) es la versión trágica de esta relación. Su acción está dirigida a justificar en todo caso la decisión política, el statu quo, y a materializar la afirmación según la cual el Derecho puede ser un obstáculo al cambio social¹⁷.

Pues bien, parece meritorio presentar una imagen de la filosofía del Derecho centrada en lo que ésta puede aportar en la resolución de los problemas como los referidos a la eutanasia, el matrimonio entre homosexuales o la pena de muerte, por citar los analizados en el libro. Problemas como estos, y otros que podrían ser traídos a colación, demuestran, en efecto, que el concepto de Derecho que se asuma previamente va a condicionar la respuesta que se ofrezca.

La caracterización de los conflictos prácticos que se presenta en el libro es la siguiente: “situazione nella quale due o più norme, incompatibili tra loro, esprimono la pretesa di guidare il comportamento del medesimo

MATSUDA, “When the First Quail Calls: Multiple Consciousness as Jurisprudential Method”, *Women’s Rts. L. Rep.*, 14, 1992, pp. 7-10. Agradezco esta referencia a Alessandro di Rosa.

¹⁷ Vid. NOVOA MONREAL, E., *El Derecho como obstáculo al cambio social*, Siglo XXI, México, 1975.

destinatario” (p. 17)¹⁸. La posición frente a los conflictos prácticos a los que se refiere Damiano Canale no sólo está condicionada por una determinada opción en torno al concepto de Derecho. También lo está por la posición moral adoptada. Y ello por varias razones. En primer lugar, porque la perspectiva que se asuma en lo que se refiere al concepto de Derecho implica asumir una “posición” respecto a la cuestión de la relación –conceptual y práctica- que se establecen entre el Derecho y la moral. Pero también porque el tipo de problemas o conflictos sobre los que se pretende discutir tienen un elevado relieve moral. Es decir, no son simples conflictos que pueden ser resueltos de diversa manera en función de los puntos de vista jurídicos y morales, esto es normativos, que se asuman sino que por el contrario, en ocasiones, pueden llegar a presentarse como auténticos “casos trágicos”. Los casos trágicos son aquellos, como sabemos, que superan en su intensidad conflictiva a los meros casos difíciles¹⁹, ya que en ellos se plantean no meros conflictos morales, sino más bien dilemas morales²⁰. Quiere decirse con ello que lo que está en juego no sólo son valores, pretensiones o bienes relevantes pues, dada la relevancia de los mismos, cualquier solución que se proponga no será plenamente satisfactoria desde el momento en que la misma solución implicará un cierto grado de insatisfacción ya que las exigencias de esos valores no han podido ser implementadas en su totalidad. Precisamente, los dilemas morales nos permiten observar de manera más clara la trascendencia práctica de las cuestiones teóricas que plantea la filosofía del Derecho y, por tanto, la utilidad de sus propuestas. Podríamos decir que esos problemas, conflictos, constituyen un magnífico campo de experimentación para la filosofía del Derecho. Pero no sólo. También lo son para la moral. Mauro Barberis se ha encargado de recordar que “il diritto rappresenta il terreno decisivo per controllare la plausibilità delle dottrine etiche e delle teorie metaetiche: una morale e una politica, se vogliono avere conseguenze pratiche, devono potersi

¹⁸ En este sentido, los conflictos a los que se refiere Canale deben ser diferenciados de los desacuerdos intersubjetivos en el ámbito político y jurídico. Vid. BESSON, S., *The Morality of Conflict. Reasonable Disagreement an the Law*, Hart Publishing, 2005, p. 20.

¹⁹ Vid. ATIENZA, “Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos”, *Isonomía*, nº 6, 1990, pp. 7-30.

²⁰ Vid. BARBERIS, M., *Etica per giuristi*, Laterza, Roma-Bari, 2006, p. 184. También, ZUCCA, L., “Los conflictos de derechos fundamentales como dilemas constitucionales”, en ZUCCA, L., LARIGUET, G., MARTINEZ ZORRILLA, D., ALVAREZ, S., *Dilemas constitucionales. Un debate sobre sus aspectos jurídicos y morales*, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 15. Y desde un punto de vista más general, MASON, H. E. (ed.), *Moral Dilemmas and Moral Theory*, Oxford University Press, 1996.

tradurre in leggi e procedimenti giuridici”²¹. Y la demostración de esto debe ser considerada como un mérito del libro de Canale.

De la misma manera que también es un magnífico campo para la filosofía del Derecho el escenario constituido por el constitucionalismo contemporáneo. En efecto, la densidad material de los ordenamientos jurídicos del constitucionalismo, que se manifiesta en términos de rematerialización, permite constatar en qué medida éstos constituyen el ámbito en el que contrastar las propuestas respecto a la relación entre el Derecho y la moral, aunque no sólo. Y esto –el hecho de que el Derecho del constitucionalismo constituya este escenario– es especialmente relevante desde el momento en que cuando hablamos del Derecho y moral estamos frente a una de las cuestiones (junto a otras con las que la anterior está bien conectada, como la referida a la relación entre el Derecho y el Poder) que forman parte del “core” de las preocupaciones y de las responsabilidades de la Filosofía del Derecho.

3. FILOSOFÍA DEL DERECHO, ETIQUETAS Y PROBLEMAS

El libro de Damiano Canale recurre a las etiquetas, a los “ismos”, para caracterizar distintas posiciones, tanto en el ámbito de la filosofía del Derecho como en el ámbito de la metaética. Y posiblemente no pueda ser de otra manera. Las etiquetas tienen una capacidad explicativa y diferenciadora importante, junto a un cierto carácter atractivo (o no) derivado de la lectura política y moral que se hace de las mismas. Pero, posiblemente, las tesis sean más importantes que las etiquetas²². Posteriormente, en función del contexto de las tesis defendidas, viene la adscripción a una u otra etiqueta. No obstante, reitero, la capacidad explicativa corresponde al análisis y exposición de las tesis.

Pues bien, en el libro se defiende explícitamente la siguiente tesis: *“l’esistenza, le caratteristiche distintive e le strategie per governare i conflitti tra diritto e morale dipendono dalla concezione del diritto e dalla concezione della morale sottese al ragionamento pratico di chi agisce, in particolare dei soggetti istituzionali”* (p. 60). En lo que se refiere a la concepción del Derecho, Canale señala que se trata de responder a tres

²¹ BARBERIS, M., *Etica per giuristi*, cit., p. 188.

²² Vid. MORESO, J. J., “Sobre seis posibles conexiones necesarias entre el derecho y la moral”, VVAA., *Una filosofía del derecho en acción. Homenaje al profesor Andrés Ollero*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2015, p. 80.

preguntas: ¿Qué es el Derecho?, ¿Qué relación existe entre el Derecho y la moral? ¿Cómo se aplica el Derecho?

Es cierto que las tres preguntas están relacionadas, de manera que la respuesta que se ofrezca a alguna de ellas está condicionada por, y condiciona, las otras respuestas. Sin embargo, me parece que más allá de la relevancia de la cuestión sobre qué es el Derecho (central para la teoría del Derecho), la otra referida a la relación entre el Derecho y la moral es determinante. Ella está directamente vinculada con el tema central de la filosofía del Derecho, que es el referido a la tensión entre razón y voluntad, en la que se muestra la contradicción potencial entre las dos grandes dimensiones del Derecho: el Derecho como un hecho a través del cual se expresa una voluntad; voluntad que pretendemos someter a determinadas exigencias de racionalidad y corrección, que en definitiva reconducen a la idea de justicia, que se presenta así como la virtud vinculada al Derecho. Esta tensión puede ser explicada de diferentes formas y, en la realidad de nuestros ordenamientos, se manifiesta de diferentes maneras. Robert Alexy se ha referido a ella al explicar la naturaleza dual del Derecho: “Dos propiedades son esenciales para el derecho: la coerción o fuerza, de un lado, y la corrección o rectitud, del otro. La primera se refiere al elemento central de la eficacia social del derecho; la segunda expresa su dimensión ideal o crítica. La pregunta central de la filosofía del derecho es: ¿cómo se relacionan estos dos conceptos con el concepto de derecho y, mediante este último, entre sí mismos? Todas –o por lo menos casi todas- las preguntas de la filosofía del derecho dependen de la respuesta a esta pregunta central”²³. Por otra parte, la tensión que enfrenta al legislador y al juez encargado de proteger la Constitución en los ordenamientos jurídicos del constitucionalismo debe ser interpretada a la luz de esa cuestión. Los problemas más relevantes que nos planteamos en el ámbito de la teoría y de la filosofía del Derecho se reconducen, creo, a esta tensión. Pensemos, por ejemplo, en las cuestiones referidas a la producción normativa, a la interpretación y a la aplicación del Derecho. Todos ellos también se pueden representar y

²³ ALEXY, R., “La naturaleza de la filosofía del Derecho”, ID., *El concepto y la naturaleza del derecho*, trad. de C. Bernal Pulido, Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 45. Sobre la manifestación de la tensión entre razón y voluntad en el constitucionalismo moderno, vid. FERRAJOLI, L., *La logica del diritto. Dieci aporie nell’opera di Hans Kelsen*, Laterza, Roma-Bari, 2016, p. 236. Me he referido a la cuestión en ANSUATEGUI ROIG, F. J., *Razón y voluntad en el Estado de Derecho. Un enfoque filosófico-jurídico*, Dykinson, Madrid, 2013.

analizar en términos de la referida tensión. A partir de ahí, nos planteamos los problemas sobre los que centra la atención la filosofía del Derecho. En este punto, parece que hay dos problemas relevantes, que pueden ser considerados como una directa derivación de la tensión entre razón y voluntad. Me refiero al problema de la relación entre el Derecho y el Poder, y al de la relación entre el Derecho y la moral. Que a su vez están relacionados y son susceptibles de análisis conjunto.

4. EL CONTEXTO DEL PLURALISMO

Así, en lo sucesivo, voy a centrarme en el tema referido a la relación entre el Derecho y la moral. Por varias razones, además de la referida a su, ya referido, carácter determinante desde el punto de vista conceptual. La más importante, en este momento, es que los conflictos a los que Canale se refiere en el libro son conflictos que tienen un elevado relieve moral.

Pero a la hora de reflexionar sobre la relación entre el Derecho y la moral es necesario tener en cuenta el marco de referencia, el contexto, que puede ser más abstracto o más concreto. En principio, parecería lógico pensar que la perspectiva desde la que la filosofía del Derecho elabora sus propuestas es la abstracta, lo cual es una exigencia del carácter (tendencialmente) general de la misma filosofía del Derecho, que –al menos en teoría-, no está condicionada de manera necesaria y excluyente por los contenidos de un ordenamiento jurídico en concreto. No obstante, me parece que en nuestros días esta generalidad es difícilmente predicable de muchos planteamientos que protagonizan el debate iusfilosófico actual. Es lo que ocurre con las propuestas del neoconstitucionalismo que, en realidad, están pensadas para un contexto político y jurídico que es el del Estado constitucional y el del constitucionalismo²⁴, caracterizado, entre otras cosas, por la densidad moral de los contenidos jurídicos derivada de la positivación de los derechos. No se quiere afirmar con ello la invalidez – en términos prescriptivos- de las propuestas elaboradas por el neoconstitucionalismo. Es cierto, ya se ha señalado, que el escenario constitucionalista constituye un magnífico campo de prueba para las propuestas iusfilosóficas. Por eso es tan interesante para contrastar las tesis mantenidas, por ejemplo, respecto a la relación entre el Derecho y la moral. Y por eso es el contexto en el que Dworkin, Alexy, Nino o Ferrajoli,

²⁴ Vid. PRIETO SANCHIS, L., *Neocostituzionalismo. Un catalogo di problemi e di argomenti*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017, pp 6-7 y 43. Antes, GARCIA FIGUEROA, A., *Criaturas de la moralidad*, Trotta, Madrid, 2009, pp. 47, 69.

entre otros y con diferentes planteamientos entre sí, elaboran sus propuestas. Lo que se quiere recordar es que la realidad del constitucionalismo no es la entera realidad jurídica. Los sistemas constitucionalistas, en los que los derechos gozan de “buena salud” y en los que la moral positivizada es la moral de los derechos, son los menos más allá de nuestros contextos culturales.

La densidad moral de los ordenamientos de los Estados constitucionales es expresión, a su vez, de un determinado tipo de sociedad cuya “morfología” vinculada al pluralismo, se refleja en el Derecho. En efecto, el neoconstitucionalismo se caracteriza por traducir en términos jurídicos el conflictualismo social²⁵. Ese conflictualismo jurídico es, así, expresión del pluralismo. Por eso el Derecho, y en particular la Constitución, en este contexto no se pueden interpretar como expresión de un proyecto político y moral cerrado, determinado, sino como la invitación a un proceso interpretativo abierto en el que, en el marco de una Babel metaética²⁶, es posible identificar una pluralidad de “mundos constitucionalmente posibles²⁷”.

De esta manera, la dimensión conflictual del Derecho que constituye el centro de atención del libro de Damiano Canale sólo es posible en un contexto caracterizado por el pluralismo. Este es el marco en el que el Derecho tiene que desarrollar sus funciones. Es el marco democrático, en el que por definición, es el único que posibilita la viabilidad del pluralismo. De forma que en el Estado Constitucional se establece una relación entre Derecho y pluralismo²⁸. Así, si bien por una parte los conflictos generados por el pluralismo se reflejan en el Derecho, por otra el Derecho se presenta como un instrumento encaminado a gestionar y resolver en la medida de lo posible esos conflictos. La relación entre Derecho y pluralismo, entre Derecho y conflicto, es una manifestación del proceso de positivación de la moral que caracteriza al Derecho del constitucionalismo que, como veremos posteriormente, constituye el escenario en el cual el constitucionalismo elabora su propuesta en torno a la relación entre el Derecho y la moral. El pluralismo

²⁵ Vid. PRIETO SANCHIS, L., *Neocostituzionalismo. Un catalogo di problemi e di argomentí*, cit., pp. 34-35.

²⁶ La expresión, utilizada por A. GARCIA FIGUEROA (*Criaturas de la moralidad*, cit., p. 31) es tomada, como el autor recuerda, de J. WALDRON, “The irrelevance of Moral Objectivity”, ID., *Law and Disagreement*, Oxford University Press, 1999, p. 172.

²⁷ Vid. MORESO, J. J., *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, pp. 167 y ss.

²⁸ Vid. GARCIA FIGUEROA, A., *Criaturas de la moralidad*, cit., pp. 32-34.

no sólo contribuye a determinar la morfología y los contenidos del Derecho; además, condiciona el modo de abordar el conflicto: en este sentido se ha señalado que la derrotabilidad de las normas tiene su origen en el pluralismo²⁹.

En definitiva, el neoconstitucionalismo (entendido como la Filosofía del Derecho del constitucionalismo) guarda una estrecha relación con el tipo de sociedad en la que el constitucionalismo se desarrolla, una sociedad axiológicamente compleja y diversa. Los temas en los que se centra la filosofía del Derecho neoconstitucionalista (relación entre Derecho y moral, distinción entre principios y reglas, discrecionalidad, ponderación...) son especialmente trascendentes en una sociedad en donde coexisten diversas concepciones del bien (que además son expresadas públicamente y aspiran a ser reconocidas por el Derecho). La única sociedad en la que esas diversas concepciones pueden ser expresadas es la sociedad democrática, desde el momento en que la democracia implica libertad. Así, el neoconstitucionalismo se configura como la filosofía del Derecho de nuestra democracia. En democracia el conflicto moral, que no es sino una de las formas de expresión del conflicto social, se traslada al ordenamiento jurídico porque, en primer lugar, las normas se pueden interpretar de distintas maneras; y, en segundo lugar, la democracia es el ámbito en el que la moral social crítica (que se caracteriza por su multiplicidad de contenidos y sentidos) se traslada al Derecho (moral legalizada) a través de la participación. Esta relación entre moral social crítica y moral legalizada sólo es posible en democracia. En definitiva, la sociedad democrática es aquella en la que las condiciones de libertad permiten que se desarrolle el conflicto y se traslade al Derecho.

Me parece que lo anterior es importante desde el momento en que afecta directamente al punto de partida que asume Damiano Canale en su libro. Dicho punto de partida es la pregunta ¿qué hacer cuando el Derecho es inmoral? Es decir, da la impresión de que el conflicto se plantea entre dos sistemas normativos diferenciados, externos el uno al otro. Pero creo que cabe otro enfoque, ya que esos conflictos en realidad pueden ser considerados como internos al Derecho, a partir de la rematerialización que caracteriza al ordenamiento jurídico del Estado constitucional. Esta rematerialización tiene como consecuencia el hecho de que el juicio moral no necesariamente se sitúa extramuros del

²⁹ Vid. GARCIA FIGUEROA, A., *Criaturas de la moralidad*, cit., p. 59.

ordenamiento jurídico, sino que tiene cabida dentro del mismo³⁰, produciéndose una ampliación del “campo di esperienza giuridico”³¹ Sabemos que la interpretación moral de las normas constitucionales puede ser múltiple. Por eso los conflictos pueden ser resueltos de diferente manera, en el marco de esa pluralidad de mundos constitucionalmente posibles de la que habla Moreso. Lo que interesa subrayar, por tanto, es que estos conflictos prácticos no deben ser considerados fruto de la contradicción entre dos sistemas normativos diferenciados (Derecho y moral) sino más bien como conflictos internos al Derecho, dada la diferente interpretación moral que se puede hacer de las normas jurídicas.

No obstante, en este punto cabe una matización. Parece que los tres conflictos que se proponen en el libro no son equiparables. Y no lo son desde el momento en que no parece que todos ellos tengan la misma cabida en los ordenamientos jurídicos de los sistemas constitucionales. En este sentido, el conflicto práctico que se produce en aquellos casos en los que se plantea la cuestión del matrimonio entre personas del mismo sexo o en los que se trata el problema de la eutanasia (en este caso eutanasia pasiva voluntaria) es diferente al que se plantea en el caso de la pena de muerte. Teniendo en cuenta que el discurso moral que se asume en el Derecho del constitucionalismo es el de los derechos fundamentales, podríamos admitir que, en términos generales, es mucho más factible pensar en la posibilidad de que en ese contexto jurídico político se den los dos primeros conflictos antes que el constituido por la pena de muerte. La razón es que en el constitucionalismo, los planteamientos morales que en su caso avalarían la legitimidad de la pena de muerte no tienen cabida por ser absolutamente contradictorios con que puede ser considerada *la lógica de los derechos* o, si se prefiere, *el sentido del discurso de los derechos*. De forma que aquí caben dos posibilidades, siendo las dos expresión de conflictos verdaderamente externos. La primera, es que exista un conflicto entre una norma moral (entendida como mera propuesta sobre lo correcto/incorrecto) crítica comprometida con la pena de muerte y un ordenamiento constitucional. Es un conflicto externo que se diluye desde

³⁰ Este es el sentido de la tesis de L. FERRAJOLI, de acuerdo con la cual la *novedad histórica* del Estado de Derecho consiste precisamente en la incorporación jurídica de gran parte de las que hasta un determinado momento fueron exclusivamente las fuentes de legitimación externa, que pasan a ser criterio de legitimación interna (Vid. *Diritto e ragione*, Laterza, Roma-Bari, 1990, p. 384).

³¹ Vid. VILLA, V., *Disaccordi interpretativi profondi. Saggio di metagiurisprudenza ricostruttiva*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 44. Vid al respecto, GRECO, T., “Conflitti e confini nel campo del diritto”, *Diritto & Questioni Pubbliche*, XVII, 2017/2, pp. 311-324.

el momento en que una posible ponderación o comparación de argumentos no cabe debido a la contradicción de la reivindicación de la legitimidad de la pena de muerte con las exigencias morales mínimas de los derechos. La segunda, la que se produciría en aquel caso en el que la “moralidad” de la pena de muerte fuera admitida y positivizada jurídicamente, nos alejaría del escenario constitucionalista, que es aquel en el que estos conflictos se producen.

Podría pensarse, no obstante, que la lógica de los derechos lleva a solucionar los otros dos conflictos de una manera determinada. Así, el principio de igualdad de un lado, y el valor de la autonomía a la hora de definir lo que se entienda por valor/calidad de la vida, de otro, permitirían resolver en un determinado sentido esos conflictos. Pero lo que también es cierto es que, precisamente, el carácter plural y conflictual de la sociedad y del Derecho del constitucionalismo permiten reconocer el carácter problemático de una interpretación incontestada de esos contenidos morales. Precisamente, por eso estamos frente a conflictos. De lo contrario, estos no existirían. Pero, como ya hemos señalado, Luis Prieto nos recuerda que lo característico del constitucionalismo es, frente al coherentismo, el conflictualismo.

5. DE NUEVO SOBRE LA RELACION ENTRE DERECHO Y MORAL

Regresando a la cuestión de la relación entre el Derecho y la moral, ésta constituye, como se ha señalado, la cuestión central de la que Canale se sirve para diferenciar entre el iusnaturalismo, el positivismo jurídico y el neoconstitucionalismo. Para el iusnaturalismo existe una conexión necesaria entre el Derecho y la moral. Dicha tesis se puede articular de acuerdo con diferentes versiones, con distintas consecuencias. Según el iusnaturalismo excluyente fuerte, el defecto moral de la norma impide considerarla jurídica en sentido pleno. Para la versión débil del iusnaturalismo excluyente, la inmoralidad de la norma no impide reconocer su validez, lo que está en juego es la obligatoriedad de la misma. Y para el iusnaturalismo incluyente la norma jurídica injusta puede perder su validez y obligatoriedad en el caso de que sea intolerablemente injusta. Por su parte, el positivismo jurídico afirma la inexistencia de una conexión necesaria entre el derecho y la moral. En su versión excluyente, se propugna que, desde el punto de vista jurídico, el Derecho y la moral necesariamente no están conectados, mientras que en su versión

incluyente se admite la posibilidad de conexión entre el Derecho y la moral. Por fin, el neoconstitucionalismo defiende la tesis según la cual existe una conexión necesaria entre el Derecho y la moral en el interior de los Estados constitucionales de Derecho.

Este es el mapa de las propuestas en torno a la relación entre el Derecho y la moral que nos presenta Canale. Es un mapa que incluye todas las posiciones relevantes en el debate contemporáneo. En este punto no voy a cuestionar el sentido general de la caracterización y de los contenidos de dicho mapa. Me interesa, por el contrario, someter a revisión algunos aspectos de la misma. Así, me referiré, en primer lugar, al sentido de la equiparación entre los planteamientos iusnaturalistas, positivistas y neoconstitucionalistas respecto a la relación entre el Derecho y la moral. En segundo lugar, plantearé la cuestión de la difuminación de la distinción entre las respuestas jurídicas y morales en los casos difíciles y trágicos. En tercer lugar, haré referencia a la utilidad del análisis centrado en la distinción de las posiciones metaéticas respecto a aquella otra referida a la ética normativa.

1. En el libro se presentan tres concepciones del Derecho principales, el iusnaturalismo, el positivismo y el neoconstitucionalismo³². En tanto que concepciones del Derecho, son expresión de distintos planteamientos respecto a la relación entre el Derecho y la moral. Sabemos que son cuestiones interrelacionadas. Además, Damiano Canale está asumiendo en este punto una distinción generalmente admitida desde el punto de vista doctrinal.

Pero lo que interesa poner de relieve en este punto es que es posible efectuar alguna distinción que permita afirmar que, en realidad, la cuestión de la relación entre el Derecho y la moral no es abordada en el mismo sentido, en el mismo plano, en cada uno de los tres casos. Y ello es

³² El planteamiento de Canale, centrado en la cuestión de la relación entre el Derecho y la moral, deja fuera de su análisis otros planteamientos relevantes en el ámbito de la filosofía del Derecho contemporánea. Al respecto, puede consultarse ZANETTI, G. (a cura di), *Filosofia del diritto contemporanei*. Raffaello Cortina Ed., Milano, 1999; y, más recientemente CASADEI, Th. (a cura di), *Donne, diritto, diritti. Prospettive del giusfemminismo*, Giappichelli, Torino, 2015, y BERNARDINI M. G. e GIOLO, O., *Le teorie critiche del diritto*, Pancini Giuridica, Pisa, 2017.

Es cierto que en el libro se hace referencia también al realismo jurídico, sin marcar diferencias entre el realismo norteamericano y el escandinavo (pp. 85-87). El propio Canale asume, recordando a Brian Leiter, que “il realismo giuridico condivide tuttavia col giuspositivismo gran parte delle sue tesi fondamentali al punto da poter essere oggi considerato una sua variante” (p. 85). Por eso no me referiré a él de forma autónoma.

debido al carácter identificado o no de la moral a la que se hace referencia en cada una de las propuestas teóricas.

En el caso del iusnaturalismo, esta moral está constituida, en última instancia, por el Derecho natural. Es sabido que la mera alusión al Derecho natural tampoco genera demasiada certeza a la hora de identificar de qué moral sustantiva se está hablando. Conocidas son las críticas dirigidas al carácter indeterminado del concepto de naturaleza de las cosas³³, más allá de los problemas que plantea la confusión entre las proposiciones descriptivas y las consecuencias normativas que se hacen derivar de las anteriores. En el caso del neoconstitucionalismo, la relación entre el Derecho y la moral se plantea en referencia a la moral que se positiviza en los ordenamientos jurídicos del constitucionalismo democrático. Estamos frente a una moral identificable con la que se expresa a través de la juridificación de los derechos fundamentales, en última instancia. En el ordenamiento jurídico del Estado constitucional, la moral no está “ahí fuera”³⁴. Evidentemente, el hecho de que en ambos casos, en el del iusnaturalismo y en el del neoconstitucionalismo, estemos haciendo referencia a una moral identificada, por así decirlo, a priori -la del Derecho natural y la de los derechos fundamentales-, es una circunstancia que, por supuesto, no excluye a su vez ulteriores problemas de identificación derivados del amplio rango de las posibilidades interpretativas existentes en ambos casos. Pero en el caso del positivismo, por su parte, tanto en su versión excluyente como en la incluyente, la cuestión de la relación entre el Derecho y la moral no se plantea pensando en una propuesta moral concreta. Es cierto, nos lo recuerda Canale, que cuando los principales exponentes del positivismo jurídico incluyente, como Coleman y Waluchow, señalan que el hecho de que Derecho y moral sean sistemas normativos diferentes no excluye que existan ordenamientos jurídicos que incluyan en su interior normas morales, están pensando en

³³ Vid. BOBBIO, N., “Quelques arguments contre le droit naturel”, VVAA, *Le droit naturel*, Institut International de Philosophie Politique, Paris, 1959, pp. 175-190; ID., “La natura delle cose”, en ID., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano, 1984, pp. 197-212; GARZON VALDES, E., *Derecho y «naturaleza de las cosas». Análisis de una versión del derecho natural en el pensamiento jurídico alemán contemporáneo*, (2 tomos), Universidad Nacional de Córdoba, Argentina, 1970; ID., “La naturaleza de la cosa”, ID., *Derecho, ética y política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 35-72; RECASENS SICHERS, L., *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica “razonable”*, Fondo de Cultura Económica-UNAM, México, 1971, pp. 193-324.

³⁴ Vid. GARCIA FIGUEROA, A., *Criaturas de la moralidad*, cit., p. 257.

aquello que ocurre típicamente en los regímenes democrático-constitucionales contemporáneos (p. 84). Pero si acudimos al que puede ser considerado posiblemente uno de los mayores estímulos de la distinción entre las versiones excluyente e incluyente del positivismo jurídico, el *Postscript* de Hart, vemos que allí no se está haciendo referencia a ordenamientos jurídicos concretos, sino al hecho de que “the ultimate criteria of legal validity might explicitly incorporate besides pedigree, principles of justice or substantive moral values, and these may form the content of legal constitutional restraints”³⁵.

Así, parece que es posible encontrar un matiz diferenciador entre los planteamientos iusnaturalistas y neoconstitucionalistas, de un lado, y los positivistas, de otro. Podríamos decir que en el primer caso se está aludiendo a una moral con nombres y apellidos, concreta, mientras que en el segundo esa identificación de la moral no existe. Es más, lo anterior está en línea con la que debe ser una interpretación adecuada de la tesis de la separación conceptual entre el Derecho y la moral, que como bien se recuerda en el libro, es un postulado básico del positivismo. Sabemos que el Derecho, en lo que a la relación con la moral se refiere, no puede ser neutro, es decir no puede suspender el juicio moral. De lo contrario, carecería de referentes últimos a la hora de diferenciar las conductas entre obligatorias, prohibidas o permitidas. El Derecho, todo ordenamiento jurídico siempre incluye un punto de vista moral, siempre es expresión de algún planteamiento sobre la justicia, más allá de cuál sea éste en concreto; y del juicio crítico que nos merezca. De esta circunstancia no escapan ni los sistemas jurídicos más odiosos que podamos imaginar o de los que tengamos memoria. Negarlo supondría, por una parte, defender una idea del Derecho demasiado ideal; y, de otra, una importante dificultad a la hora de determinar de acuerdo con qué criterio se aplican los operadores deónticos a determinadas conductas. Si, así las cosas, el Derecho no puede ser neutro (puesto que entonces, reitero, no sería posible justificar la obligación, la prohibición o el permiso), y además todo ordenamiento es expresión siempre de un punto de vista, el que sea, sobre la justicia, parece que la manera razonable de entender la tesis positivista de la separación conceptual entre Derecho y moral consiste en entender la referencia a la moral en términos de moral correcta. Lo que se niega es

³⁵ HART, H. L. A., “Postscript”, ID., *The Concept of Law*, second edition, ed. by. P. A. Bulloch and J. Raz, Oxford University Press, 1994, p. 247. La referencia que Hart hace a algunos sistemas jurídicos, como el de Estados Unidos, debe ser entendida, en mi opinión, en sentido meramente ejemplificativo.

que en el Derecho deban tener necesaria cabida los planteamientos de aquello que podríamos considerar moral crítica, correcta, esclarecida (es decir, una moral determinada como aquella que se identifica, en su caso, con el derecho natural o con los derechos fundamentales); pero no que en el Derecho no vayan a incluirse planteamientos morales. Eso contribuiría a dificultar la comprensión de la dimensión normativa del Derecho.

A partir de ahí, se podría afirmar que el neoconstitucionalismo se presenta como una versión del iusnaturalismo. No tanto por el hecho de sus coincidencias funcionales³⁶, sino por el hecho de que en ambos casos la validez jurídica se hace depender de la coincidencia con una versión determinada de la normatividad moral. En este sentido, el hecho de que el neoconstitucionalismo centre su atención en la situación de determinados ordenamientos jurídicos, y no se pretenda presentar como una teoría del Derecho con pretensión de universalidad (como lo hace el iusnaturalismo), contribuye a mantener una diferencia importante entre ambos. En el fondo estamos frente al problema de hasta qué punto el neoconstitucionalismo es una propuesta con una pretensión de generalidad, explicativa y justificativa, parangonable a las que tienen el iusnaturalismo y el positivismo. En efecto, lo sabemos, Coleman y Waluchow proponen como ejemplo los sistemas constitucionales. En realidad, construyen un relato sobre lo que ocurre en un determinado modelo de Derecho. Con lo cual no se estaría ofreciendo una propuesta general y abstracta sobre el concepto de Derecho. Damiano Canale, al principio del libro, señala que uno de los problemas de la Filosofía del Derecho es que durante mucho tiempo no se ha hecho referencia concreta a una realidad jurídica. Pero el problema aquí es que la referencia a esa realidad –la del Ordenamiento jurídico del Estado constitucional- limita la perspectiva de la Filosofía del Derecho. En este sentido, podríamos hablar de una tensión entre lo local y lo general en la Filosofía del Derecho³⁷. En efecto, para conceptualizar el Derecho parece necesario tener algún tipo de referencia que tiene que ver con la experiencia. El sujeto se ve en la necesidad de conceptualizar el Derecho cuando existe una realidad a la que tiene que dar un nombre. El concepto no preexiste a la realidad. La conceptualización permite hacer referencia a la realidad en nuestra

³⁶ Vid. PRIETO SANCHIS, L., *Neocostituzionalismo. Un catalogo di problemi e di argomenti*, cit., p. 75.

³⁷ Vid. RAZ, J., “Can There Be a Theory of Law?”, en GOLDING, M. P. Y EDMUNDSON, W. A (eds), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Blackwell, Oxford, 2005, pp. 324-342.

práctica discursiva. A partir de ahí, cabe la posibilidad de que esa experiencia limite de alguna manera la perspectiva del sujeto, de forma que se confunda la realidad entera con lo que en definitiva es una manifestación concreta de esa realidad.

2. Canale no duda de la posibilidad de distinguir el Derecho de la moral. Lo cual no parece demasiado problemático. Desde el punto de vista teórico se pueden elaborar propuestas tendentes a demostrar que los dos sistemas normativos –y también las respuestas que se ofrecen desde cada uno de ellos- están delimitados, en su caso, con un mayor o menor grado de nitidez. En este sentido, los límites pueden presentarse como bien marcados. Pero, posiblemente, esa nitidez a la hora de delimitar ámbitos y espacios que les son propios a la moral y al Derecho respectivamente, pueden ser más difícilmente identificable cuando pensamos en los concretos conflictos prácticos. El hecho de que estemos frente a casos difíciles – si no trágicos- implica que la respuesta clara no puede derivar ni del Derecho ni de la moral de manera excluyente. Por eso, el ámbito de los conflictos prácticos es el ámbito en el que hay que recurrir a la razonabilidad, entendida como un ámbito de confluencia entre el Derecho y la moral.

3. Cuando, tras haber hecho referencia a las concepciones del Derecho, ya comentadas, Canale avanza en el discurso y aborda el tema de las concepciones de la moral, asume la distinción, por otra parte generalmente admitida, entre moral positiva (o ética descriptiva), ética normativa y metaética. La moral positiva se corresponde con el conjunto de juicios morales compartidos y aceptados por una determinada comunidad en un cierto momento histórico; la ética normativa está constituida por un discurso prescriptivo que pretende responder a la pregunta ¿qué debo hacer?. Por su parte, la metaética tiene como objeto tanto la moral positiva como la ética normativa y no asume como finalidad la guía de las conductas –a diferencia de lo que hace la ética normativa- sino que elabora un discurso sobre el significado de los términos a través de los cuales se articula el discurso moral, explicando las características de los juicios morales, su accesibilidad y determinación, su origen y sus funciones (pp. 98-99).

Pues bien, lo importante –más bien, lo decisivo en el desarrollo del discurso de Canale- es que a partir de ahí, la argumentación se centra en la caracterización de dos posiciones metaéticas, como son el realismo y el anti-realismo moral. Es decir, el discurso moral que se asume como referencia a la hora de abordar los conflictos prácticos es el constituido por la metaética. Así, estos conflictos se resolverían de una u otra manera

en función, no sólo del concepto de Derecho asumido, sino también dependiendo de la posición metaética compartida.

En este punto, surgen dos cuestiones que, en mi opinión, merecen algún comentario. La primera es la referida a la relación necesaria entre las concepciones del Derecho y las concepciones morales que, en este caso, serían concepciones metaéticas. La segunda tiene que ver con el mayor o menor acierto en tratar los conflictos prácticos a la luz de determinadas concepciones metaéticas, en vez de tomar como referencia planteamientos de ética normativa.

Pero vayamos por partes. En el libro se establece una conexión entre iusnaturalismo y realismo moral, entre positivismo y anti-realismo moral (si bien es cierto que esa conexión se modula y matiza en las versiones excluyentes e incluyentes del positivismo), y entre neoconstitucionalismo y realismo moral (si bien es cierto que, en este caso, se trataría de un realismo “relativo” desde el momento en que en este caso los hechos morales “costituiscono il prodotto evolutivo di una certa tradizione giuridica in un certo contesto storico, e sono dunque soggetti a mutamenti nel tempo e nello spazio” (p. 125). La cuestión es que la identificación propuesta entre concepciones del Derecho y concepciones metaéticas puede ser sometida, en mi opinión, a reformulación. Para argumentar en este sentido, utilizaré como referencia la caracterización que del iusnaturalismo ofreció en su momento Carlos Nino.

Como es sabido, Carlos Nino señala que el iusnaturalismo se distingue por afirmar conjuntamente dos tesis: “a) Una tesis de filosofía ética que sostiene que hay principios morales y de justicia universalmente válidos y asequibles a la razón humana; b) una tesis acerca de la definición del concepto de derecho, según la cual un sistema normativo o una norma no pueden ser calificados de «jurídicos» si contradicen aquellos principios morales o de justicia”. Y añadía: “Si alguien rechaza alguna de estas tesis, aún cuando acepte la otra (suponiendo que ello sea posible), no será generalmente considerado un iusnaturalista”³⁸.

Creo que el valor explicativo de esta caracterización es grande y, sobre todo, exime de una complicada reconstrucción del iusnaturalismo a través de un recorrido histórico por todas sus manifestaciones. Pero lo interesante en este punto es constatar que cada una de las dos tesis se sitúan en diferentes niveles discursivos. Es algo que el propio Nino reconoce. La primera tesis es una tesis de filosofía ética; de metaética,

³⁸ NINO, C. S., *Introducción al análisis del derecho*, 2ª edic. ampliada y revisada, Astrea, Buenos Aires, 2003, p. 28.

podríamos concretar. Y es una tesis objetivista y cognoscitivista, adscribible al realismo moral, tal y como es caracterizado por Canale: hay contenidos objetivos de moral (los del Derecho natural), y además se pueden conocer. La segunda tesis ya no se sitúa en el ámbito metaético, sino que se refiere al concepto de Derecho, estableciendo la vinculación necesaria entre la juridicidad y esos contenidos. Vale la pena constatar que Nino afirmaba la vinculación necesaria entre las dos tesis. No obstante, parece lógicamente posible afirmar la primera tesis y no pasar ulteriormente a comprometerse con la segunda. Es decir, se puede creer en la existencia de los contenidos a los que se hace referencia en la primera tesis sin hacer depender la juridicidad de la norma o del sistema del respeto a esos contenidos. Yo puedo ser, imaginemos, una persona con unas muy firmes creencias religiosas y no hacer depender mi reconocimiento de lo que es Derecho o deja de serlo de la adecuación de las normas a esas creencias. Es decir, se puede ser un realista sin ser un iusnaturalista. El iusnaturalista es el que, tras admitir la primera tesis, comparte también la segunda tesis. Lo que no sería posible es ser iusnaturalista sin ser realista. Por tanto, esa imposibilidad de mantener separadas las dos tesis que afirmaba Nino debería ser entendida más en un sentido sociológico que lógico. Defender la primera tesis no implica necesariamente defender la segunda. Aunque, podríamos añadir (y aquí podemos recurrir a la estadística) normalmente quienes afirman la primera tesis se comprometen con la segunda. Si este razonamiento es correcto, posiblemente sea factible someter a revisión la afirmación indiscutida relación necesaria entre concepciones del Derecho y concepciones metaéticas.

La última cuestión que quiero señalar está referida a la viabilidad, a la hora de explicar las distintas opciones que existen cuando se resuelven los conflictos prácticos, de un enfoque centrado en la metaética y no en la ética normativa. Dichos conflictos, al ser prácticos, deberían ser afrontados desde planteamientos referidos a determinadas concepciones del bien, de lo correcto, de lo justo. Esos planteamientos son los propuestos por la ética normativa, en donde se responde a la pregunta ¿qué debo hacer?. Parece que el potencial a la hora de guiar las conductas, y por tanto de resolver los conflictos prácticos, es mucho mayor si recurrimos a la ética normativa que si recurrimos a la metaética.

En definitiva, si la conexión entre concretos conceptos de Derecho y concretas concepciones metaéticas no es lógicamente necesaria, de un lado, y la resolución de los conflictos prácticos viene determinada más por la ética normativa que por la metaética, estamos frente a cuestiones que

certifican la complejidad de las cuestiones abordadas en el libro de Damiano Canale. Y su valor a la hora de navegar frente a ese iusfilosófico Cabo de Hornos que Ihering identificaba con el tema de la relación entre el Derecho y la moral.