

Educación para la Ciudadanía. La crítica a esta materia de obligada impartición Martí la ha argumentado *in extenso* en otras muchas publicaciones.

El capítulo conclusivo reitera la tesis central del libro: la religión, especialmente la cristiana, favorece la convivencia entre los hombres y contribuye, así, a edificar la paz, estado natural de la persona. Afirmación que fundamenta Martí en el Magisterio post-conciliar, que, según sostiene, entronca con el humanismo de ciertas escuelas filosóficas, como, por ejemplo, el estoicismo. En este sentido, el autor cierra el volumen citando la famosa sentencia de las Epístolas de Séneca “Homo, res sacra homini”.

Las últimas páginas del libro *Paz, Derecho y Religión* se dedican a enumerar la bibliografía manejada por el autor. Sorprende el gran número de fuentes utilizadas para su redacción. Pero más allá de poner de relieve los conocimientos enciclopédicos de Martí, sin duda demostrados a lo largo de la obra, la lista de publicaciones consultada representa una buena guía para todo lector interesado en profundizar en la materia tratada.

Nos encontramos, pues, ante una obra exhaustiva y bien estructurada, que trata sobre una temática, la paz en la sociedad contemporánea, de extraordinaria importancia. La principal fuente utilizada en la investigación, el Magisterio de la Iglesia, es expuesta y asumida de manera acrítica por el autor, José María Martí; de tal manera que puede afirmarse que el libro se inserta dentro del género, clásico en la bibliografía cristiana, de la apologética. Muestra de ello es, por ejemplo, que a lo largo de sus documentadísimas páginas, en que se combina con lucidez la historia y el momento presente, no se citan los textos de la Iglesia que condenaron sin paliativos el liberalismo filosófico, político y jurídico –también uno de sus postulados principales: la afirmación de la autonomía y la libertad individual frente, incluso, a la verdad revelada– y que fueron expuestos en encíclicas papales como la *Quanta Cura* y el *Syllabus Errorum*, de 1864. Por otro lado, y desde una perspectiva formal, las numerosas citas y una inclinación a cambiar con rapidez de tema sin agotar las virtualidades de las argumentaciones iniciadas, convierten la redacción en algo farragosa, contribuyendo, así, a dificultar la intelección de la obra. Lo cual, insisto, no va en demérito del esforzado trabajo de compilación de fuentes y exposición de las mismas del autor.

Unas últimas palabras para alabar la cuidada –yo afirmaré que bella– edición de la obra por la Editorial Alfonsópolis. A esta Editorial y a su responsable, Santiago Catalá, también debe el *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado* su publicación año tras año, siempre con palpables criterios de calidad. Agradecimiento que creo es de justicia expresar en representación de toda la comunidad española de eclesiasticistas.

En suma, el libro *Paz, Derecho y Religión* de José María Martí, valiente en el objeto de estudio y documentado en sus contenidos, supone un esfuerzo encomiable por abrir los estudios del Derecho Eclesiástico a la interdisciplinariedad.

AGUSTÍN MOTILLA

OLLERO, Andrés, GARCÍA AMADO, Juan Antonio, HERMIDA DEL LLANO, Cristina, *Derecho y moral: una relación desnaturalizada*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2012, 322 pp.

[Es posible que el estilo de la “recensión” que voy a desarrollar a continuación se aleje en exceso de los cánones aplicados habitualmente por la Revista que la acoge e, incluso, de los que podrían fijar la referencia estándar de este tipo de escritos. Si fuera

así, presento las pertinentes excusas al *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, pero, habida cuenta de lo útil que me ha resultado ahora, no estoy seguro de renunciar a este estilo en otras ocasiones].

He de advertir, en consecuencia, antes de adentrarme en el cuerpo de la recensión, que su desarrollo presenta dos peculiaridades que podría ser conveniente destacar.

Primera: la exposición está dividida en dos secciones complementarias, de modo que la inicial recoge la simple exposición tendencialmente descriptiva del contenido del libro, mientras que la segunda se abre a comentarios directos o indirectos sobre algunos planteamientos o propuestas de sus autores, que no me han parecido suficientemente afinados y/o convincentes. (He considerado oportuno hacerlo así para conjurar el siempre inminente peligro de poner a los lectores en la dificultad de distinguir con nitidez lo que ha escrito el autor del libro recensionado y lo que es aportación del recensor).

Segunda: la recensión ha optado por no respetar siempre la decisión de eliminar la mayúscula inicial de los términos «moral» y «derecho», decisión que, al parecer (en una sorprendente muestra de unanimidad) han adoptado todos los colaboradores del volumen. De ahí que, en el marco de esta recensión y salvo cuando se reproduzcan citas literales de los autores, las palabras «derecho» y «moral» aparecerán escritas con mayúscula siempre que, según el humilde entender del recensor, esa elección sea pertinente para asegurar la claridad conceptual del correspondiente discurso (propio o ajeno).

I. PRESENTACIÓN [DESCRIPTIVA] DEL LIBRO

El libro que es objeto de esta recensión parece tener su núcleo germinal en las intervenciones orales de sus autores en uno de los interesantísimos debates que organiza periódicamente la Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Probablemente en las que se produjeron durante una sesión celebrada a finales del mes de noviembre del año 2011 (dato este que el volumen no desvela en ninguno de los ‘lugares’ en que, según se hace habitualmente y como parece de rigor, dejan constancia de él las publicaciones de este tipo; sólo la oportuna alusión de cortesía que hace el profesor García Amado en el inicio de su contra-ponencia permite al lector intuir, al menos en parte, el derrotero genético del libro que tiene entre manos ...). Además, el volumen (cuyo título coincide con el de la ponencia presentada por el profesor Ollero) incluye otros tres apartados o capítulos que recogen materiales nacidos fuera del marco concreto del debate que lo originó. La estructura del libro se ha organizado, pues, sobre seis grandes epígrafes a los que une en último término un nexo subterráneo de proximidad temática.

El *primer capítulo* (“Derecho y moral: una relación desnaturalizada”, pp. 11-51) reproduce la ponencia principal del debate, que fue presentada por Andrés Ollero. En ella, el autor se enfrentó una vez más a los principales problemas teóricos que han ido naciendo al calor del largo desfile histórico de discusiones sobre la dependencia o independencia sistémica de las normatividades moral y jurídica. Y lo hizo, según parece, con la clara intención de proponer “una salida distinta para la vieja polémica entre positivistas y iusnaturalistas”, como apuntaría más tarde [pp. 53-54] el profesor García Amado. También en ese tono desenfadado, ágil y provocador, plagado de ironías y segundas intenciones, al que Andrés Ollero recurre con frecuencia para tratar los temas que aborda, por complicados que parezcan. Consigue así sin duda rebajar la solemnidad ideológica de los debates y enriquecer su potencial interés polémico-político, sin miedo a que pueda parecer en ocasiones que se banaliza un tanto la hondura de los problemas o que se merma la claridad, precisión y credibilidad de las reflexiones.

Los objetivos de la propuesta del ponente parecen centrarse en estas tres tareas

fundamentales: * desautorizar la tesis positivista de que sólo es Derecho el “Derecho positivado”; * precisar en profundidad qué es lo que son propiamente la Moral y el Derecho (y su consiguiente necesidad de distinción/separación); y * aclarar que hay exigencias no incorporadas al “Derecho positivado” que, pese a ser consideradas con frecuencia como pertenecientes al campo de la Moral, son estrictamente jurídicas. Pero el autor de este primer capítulo del libro (guiándose tal vez por el entusiasmo dialéctico más que por el rigor sistemático) no renuncia a la oportunidad de aprovechar el complicado viaje del contraste «Derecho»↔«Moral» para saldar también cuentas con la habitual explicación doctrinal de varios temas directa o indirectamente implicados en ese contraste.

Así, comienza sentando como de pasada y en forma un tanto crítica una de las posiciones axiales de su teoría: que el calificativo *ético* identifica “ese ámbito global de la conducta debida” que incluye tanto “las exigencias que tendrían fundamento *jurídico*” como “las que sólo lo encontrarían en la *moral*” [p. 12]. Desarrolla después una breve crítica a la forma en que el iuspositivismo [pp. 13-19] y cierto sector del iusnaturalismo [pp. 19-22] vienen explicando la distinción/separación entre Moral y Derecho. A continuación [pp. 22-42] expone con cierta parsimonia su propia visión del tema, revisando de paso las habituales explicaciones que se vienen dando tradicionalmente a la relación del Derecho con la “Justicia” [pp. 24-28], con la “objección de conciencia” [pp. 31-34], con la “desobediencia civil” [pp. 35-37], con la “equidad” [pp. 37-38] o con la “caridad” [pp. 38-41]. Y, finalmente [pp. 42-51], resume y perfila de nuevo los puntos fundamentales de su propia teoría.

El *segundo capítulo* (“Iuspositivismo sin misterio y antipositivismo con enigmas. Comentario a las tesis de Andrés Ollero”, pp. 53-116) recoge la réplica dada al ponente por el profesor García Amado. Éste comienza resumiendo [pp. 54-62] en dieciocho enunciados o tesis la teoría que Andrés Ollero acaba de explicitar en su ponencia, pasando de inmediato, en el subapartado II [pp. 63-75], al análisis crítico de las mismas. En el subapartado III, ya como positivista confeso y en permanente diatriba con el ponente, desarrolla [pp. 75-95] un detallado discurso de refutación destinado, según parece, a dejar claro lo que es (o dice) en realidad de verdad el positivismo jurídico “de los grandes autores del siglo XX” (a diferencia de como es presentado con frecuencia por muchos críticos, incluido Ollero): una doctrina muy modesta que se limita a afirmar [p. 76] “que el derecho es lo que es y que como tal puede conocerse y describirse con objetividad”. A su vez, en el subapartado IV [pp. 95-102] focaliza la atención crítica hacia la que parece ser la propuesta más arriesgada de la teoría expuesta por Andrés Ollero: esa instancia decisoria definitiva que éste califica reiterativamente como “justicia objetiva”. Por fin, en el subapartado V [pp. 102-116] el autor de esta parte del libro se ocupa de revisar o matizar algunas consideraciones hechas por el ponente a las relaciones que mantiene el positivismo jurídico con determinadas categorías no estricta y/o exclusivamente jurídicas, tales como la “equidad”, la “objección de conciencia” o los “derechos humanos”. Una oportunidad que el contraponente aprovecha con visible fruición [pp. 107-116] para dar un repaso minucioso y agudo a lo que considera ambigüedades, imprecisiones o inexactitudes que oscurecen la explicación que ha dado previamente Ollero a las implicaciones morales y/o jurídicas que plantea la “objección de conciencia”.

El *tercer capítulo* (“Derecho y moral: anotaciones tras un debate”, pp. 117-131) acoge las aclaraciones a contrarréplica, que Andrés Ollero opone a las observaciones, objeciones y críticas formuladas por Juan Antonio García Amado a su intervención

inicial. El profesor Ollero cierra brevemente el debate con cuatro “anotaciones” sumarias, con destino a la fijación definitiva del alcance y sentido de las correspondientes posiciones-clave defendidas en la ponencia: vinculación de la Moral y del Derecho a la ética, rechazo de la identificación positivista del Derecho con el “derecho positivado”, exaltación de la fundamental importancia de la razón práctica y atribución del protagonismo definitivo a la por él llamada *justicia objetiva*. Por supuesto, sin olvidarse de insistir una vez más (con una manifiesta delectación literaria) en los presuntos fallos o falacias teóricas del iuspositivismo, falacias que, al parecer, el profesor García Amado había intentado obviar o hacer pasar por notables aportaciones al proyecto de clarificar definitivamente lo que en verdad es o no es Derecho.

En su *cuarto capítulo* (“Derecho y moral: tres decenios después...”, pp. 133-162) el libro reproduce un antiguo ensayo que Andrés Ollero había incluido en el volumen *Derechos humanos y metodología jurídica* (1989) y que ahora utiliza como telón de fondo sobre el que destacar los aspectos más novedosos de su actual posicionamiento doctrinal. Para ello, el autor injerta en el viejo texto dos interesantes recursos: de un lado, destaca en negrita los pasajes que considera conveniente revisar para su homologación dentro de la perspectiva de su actual visión del problema central; de otro, incorpora a modo de glosa las matizaciones o comentarios que pueden ser útiles para conseguir esa pretendida homologación. Así que, aunque la posición actual del autor sobre las cuestiones básicas ha quedado ya definida con claridad en las dos intervenciones precedentes, la lectura de estas páginas resulta sin duda muy útil para medir la profundidad de los cambios registrados en su manera de ver las relaciones entre el Derecho y la Moral.

El *capítulo quinto* (“Positivismo jurídico”, pp. 163-264), cuyo contenido parece haber nacido fuera del contexto inmediato del debate, cumple, sin embargo, la importante función de actuar como respaldo y coartada sistemática de los esquemáticos envites dialécticos formulados en la urgencia del debate por Juan Antonio García Amado en su réplica a la ponencia de Andrés Ollero. La presencia de este texto en el volumen se justifica, por tanto, desde la proximidad que la investigación tiene con la aclaración y defensa de la doctrina que, no sólo ha sido uno de los habituales protagonistas del tradicional debate sobre las relaciones entre el Derecho y la Moral, sino que había sido elegida previamente por el profesor Ollero como diana central de sus críticas y puyas. En todo caso, el interés objetivo de estas enjundiosas cien páginas es evidente, pues son el reflejo de un trabajo sistemático de investigación que, en principio, ha sido escrito sin la presión de inmediatez que acompaña casi siempre al bullicio polémico de los debates ante el público. En esa medida, pueden servir al lector para adentrarse con mayor detalle y profundidad en el conocimiento de algunos aspectos que el autor considera decisivos para una correcta comprensión de lo que es o no es el positivismo jurídico, así como para entender mejor los rasgos básicos que, en su opinión, caracterizan hoy a esta doctrina. Consecuentemente, también para medir con mejor acierto el alcance de las tesis defendidas por Ollero y el de las objeciones y críticas a ellas formuladas en la réplica...

En esa línea y con estilo distendidamente pedagógico y un tanto barroco, el profesor García Amado intenta demostrar varias apreciaciones suyas importantes. Por ejemplo, que una de la preocupaciones prioritarias del positivismo jurídico es la correcta utilización del nombre “derecho”, de modo que éste sólo sea empleado para designar a las normas que reúnen todos los caracteres propios de lo jurídico y que, en consecuencia, son Derecho con específica y exclusiva plenitud [pp. 163-183]. Además: que “las dos notas con que el positivismo caracteriza el derecho” [pp. 183-202] son su separa-

ción conceptual de la moral y su convencionalidad. También: que el positivismo sólo compromete a llamar Derecho a lo que en cada sociedad se entiende como tal, no a otras opciones preferenciales que se le atribuyen [pp. 202-222]. Asimismo: que, para el positivismo, una norma jurídica sólo puede ser “derrotada” jurídicamente por otra norma jurídica [pp. 222-227] y que las doctrinas esbozadas por el llamado “positivismo inclusivo” casi nunca implican la unión constitutiva entre Derecho y Moral [pp. 227-254]. Y, por fin: que el trasfondo del debate sobre lo que es o no es Derecho tiene casi siempre importantes implicaciones prácticas y políticas, al menos en los planteamientos de los iusmoralistas [pp. 254-264].

El *último capítulo* (“Diálogo tras el debate”, pp. 265-311) recoge un intercambio a dúo de objeciones, críticas, aclaraciones y matices en el que C. Hermida del Llano y A. Ollero pugnan por depurar de adherencias incómodas la doctrina de éste. No se dice con claridad, pero parece probado que tal intercambio es resultado en su mayor parte de la recreación artificiosa de una situación ideal de diálogo. En cualquier caso, el seguimiento de tan rítmica secuencia de intervenciones ayudará a situar en su posición exacta el perfil de las tesis de Andrés Ollero, las numerosas dificultades teóricas y prácticas que plantean y la probable conveniencia de buscar explicaciones ocasionalmente más plausibles, tal como propone con insistencia, suavidad y agudeza la profesora Hermida del Llano.

II. COMENTARIOS [PRESUNTAMENTE] MARGINALES

Parece claro que el libro *Derecho y moral: una relación desnaturalizada* ha sido resultado de una recopilación de ensayos cuya motivación y origen son bastante dispares. Así, mientras que los tres primeros corresponderían básicamente a las intervenciones de sus autores en el debate que mantuvieron en la sede de la Fundación Coloquio Jurídico Europeo a finales de 2011, los otros tres recogen materiales procedentes de trabajos realizados en momentos y contextos de reflexión bastante alejados del anterior. Esta circunstancia ha contribuido sin duda a que pueda apreciarse la existencia de algunas diferencias notables entre ellos, tanto en razón del vínculo genético que les une al debate originario, como en razón de su enfoque, extensión e implicación sistémica. Pero este detalle, sin dejar de ser editorialmente interesante, tiene, en mi opinión, escasa incidencia en la utilidad científica de la publicación, ya que todos los ensayos contenidos en ella contribuyen, de manera más o menos directa y explícita, a clarificar el problema que constituye el argumento central de la publicación: el grado y sentido de la separación existente entre la Moral y el Derecho.

¿Sigue teniendo todavía este problema el suficiente suspense y ‘gancho’ teórico-práctico como para justificar nuevos replanteamientos y nuevas publicaciones? Sin duda, sí. Al menos, para quienes profesan la dedicación al estudio de los viejos temas que continúan formando la interminable noria de preocupaciones de la filosofía política y jurídica. No sé si también para quienes hayan sentido alguna vez la tentación de pensar que se trata de un tema ya superado... En cualquier caso, lo que no parece dudoso es que la atenta lectura del volumen ayudará a calibrar con mayor precisión las implicaciones y matices de un debate que ha venido acaparando desde el siglo XVIII la atención de gran número de estudiosos de la teoría del Derecho y del Estado.

Puede ser, por tanto, útil que dediquemos unos minutos a repensar algunos puntos o aspectos del debate cuyo tratamiento por parte de los estudiosos que se han ocupado del tema no siempre se ha esforzado suficientemente en garantizar la deseable precisión metodológica de los planteamientos.

1. ¿Un error ortográfico?

Curiosamente, los autores del libro (que, como era de esperar, mantienen profundas discrepancias en la forma de ver los problemas teóricos que analizan) han logrado, sin embargo, una pacífica sintonía en la decisión de escribir siempre con minúscula los términos «moral» y «derecho». Una decisión que ha sido aplicada sistemáticamente, con independencia del contexto en que tales términos son empleados, y que, tal como yo veo la situación, al estar abocada a producir en ocasiones considerables trastornos en la correcta percepción del matiz de las observaciones críticas o de las propuestas, carece de justificación suficiente. En primer lugar, porque parece implicar un innecesario menosprecio a los buenos usos tradicionales de nuestra lengua. En segundo lugar, porque, sin aportar ninguna ventaja compensatoria de peso, arrastra el peligro de perturbar lo que verdaderamente importa en cualquier diálogo o debate: la claridad y transparencia de los mensajes. Y esto es siempre lo suficientemente importante como para actuar con precaución a la hora de adoptar los nuevos modos y modas ortográficas.

En efecto, resulta patente que ciertas afirmaciones, que son perfectamente válidas cuando se aplican al Derecho (como código normativo público), no lo serán si se hacen en relación con el derecho (como facultad o poder del sujeto jurídico); y viceversa. E igual sucede en cierta medida con la Moral (en cuanto código de principios y directrices –sean privados o sean públicos–) y “la moral” o “lo moral” (como término de adjetivación de actitudes o conductas).

Creo, en consecuencia, que la decisión de prescindir por sistema de la mayúscula en la grafía de los términos “moral” y “derecho” incrementa la ambigüedad y espesamiento de los discursos, comprometiendo gravemente la necesaria claridad y precisión de las ideas que se exponen o de las posiciones que se adoptan en cada caso. Considero, pues, que esa decisión (de los autores, de los editores, o de ambos) ha sido poco acertada. (Por eso he preferido no secundarla en este escrito, como ya avancé en su inicio).

2. ¿De qué Moral se habla?

Como su propio título indica, el libro sometido ahora a recensión se propone ofrecer los resultados de un análisis multilateral de la distancia que separa (o une) a esas dos realidades designadas respectivamente con los nombres «Moral» y «Derecho». Ha de presuponerse, pues, que los correspondientes debates se desarrollan sobre una plataforma conceptual en la que interlocutores y auditorio pueden tener claro en todo momento cuál es la realidad a que se hace referencia cuando se emplea cualquiera de esos nombres. Sin embargo, no siempre ocurre así en los trabajos que se ocupan de explicar y resolver el problema; tampoco en los planteamientos recogidos en el libro. Mejor dicho, casi nunca se produce esa circunstancia. Lo que sucede habitualmente es que no queda del todo claro de qué realidades concretas está hablando quien formula esta o la otra afirmación acerca de la relación que media entre la Moral y el Derecho. Circunstancia lamentable ciertamente, ya que la reiteración de ese pequeño olvido de los estudiosos amenaza con confinar a todo el importante debate de base en una especie de limbo conceptual cercado de imprecisión.

En relación con este aspecto, aunque la ambigüedad que afecta al concepto del «Derecho» es también grave, el caso más agudo es sin duda el de la «Moral», respecto de la que casi nunca se aclara si es entendida como un conjunto de creencias, convicciones y principios de acción personales de cada individuo (*Moral personal*), de los que son mayoritariamente compartidos de hecho por los miembros de una determinada sociedad (*Moral social* o *pública*) o tal vez de los que vienen exigidos en el dictamen de la racionalidad práctica universal (*Moral crítica*). En consecuencia, cualquiera

que sea el sentido de la respuesta que se da a la pregunta por la relación entre Moral y Derecho, si no se precisa de qué «Moral» se está hablando, tal respuesta será, cuando menos parcialmente, falaz. Incluso cuando (como hacen los iuspositivistas clásicos y el propio Andrés Ollero, en extraña concurrencia con ellos en este punto) se afirme que los conceptos de Moral y Derecho son siempre radicalmente distintos e incommunicables, pues tal tesis no parece aplicable en ningún caso a la llamada “Moral social”...

Habría sido también bueno, por otra parte, que los detallados análisis que recoge el libro comentado hubieran tomado en consideración de manera explícita la posibilidad de examinar el problema, no sólo desde la perspectiva netamente lógica (o conceptual), sino también desde el punto de vista funcional (o práctico). Así se hubiera puesto de manifiesto una constatación muy importante: que el hecho de que sea posible definir la Moral y el Derecho sin que en el concepto de cada uno esté presente ningún elemento del concepto del otro no implica necesariamente que la existencia social del Derecho pueda desarrollarse siempre al margen de la Moral. Y, de ese modo, se habrían cumplido incluso con mejor fidelidad las exigencias de la metodología empirista, llegando a contrastar las ventajas e inconvenientes que aporta el formalismo lógico al proceso de delimitación de las relaciones entre la Moral y el Derecho con los datos que ofrecen las condiciones reales en que suele desarrollarse siempre la vida de éste último en el seno de las diferentes sociedades históricas.

Pienso que la ausencia de cualquiera de las perspectivas que pueden contribuir a incrementar la amplitud y profundidad de los análisis lastra de forma gratuita la claridad y solidez de cualquier discurso sobre la relación entre la Moral y el Derecho, por lo que debería ser meticulosamente excluida. Así resultaría más fácil explicar que, mientras que es inviable atribuir a la llamada “Moral personal” (dada su constitutiva pluralidad diferencial) cualquier tipo de virtualidad configuradora directa de los ordenamientos jurídicos que regulan las relaciones de los grupos humanos, parece razonable exigir a esos ordenamientos que acojan y den su propia cobertura a ciertas manifestaciones de dicha Moral. Asimismo se vería con mayor claridad por qué hay que poner reservas a la decisión de cortar toda vía de comunicación entre la llamada “Moral crítica” y el Derecho, pese a los evidentes problemas de objetividad y fundamentación legitimadora que esa Moral presenta. Si de verdad se entiende que el Derecho está al servicio de las personas humanas y no a la inversa, será inevitable construir algún puente funcional de comunicación que permita a la llamada “Moral crítica” ejercer su capacidad de proporcionar al Derecho referencias firmes para lograr que su regulación de la vida social se ajuste a las exigencias básicas de lo que en cada época consideran razonable, adecuado y justo los pensadores reconocidos como portavoces autorizados de la conciencia ética de la humanidad. (Salvo que alguien se vea impedido por la alergia a cualquier opción doctrinal que tenga la apariencia de coincidir en algo con los planteamientos de los viejos iusnaturalismos clásicos...).

En todo caso, la identificación precisa de la clase de Moral de la que se está hablando cuando se examinan sus posibilidades de comunicación con el Derecho es imprescindible, puesto que hay al menos un supuesto en el que no parece posible excluir esa comunicación. En efecto, no sería razonable dudar de la estrecha vinculación (tanto conceptual como funcional) que une al Derecho con la llamada “Moral social”. Ésta es inevitablemente la matriz en la que se gestan los ordenamientos jurídicos de todas las sociedades. Y es también la savia que alimenta su constante proceso de realización y transformación, hasta el punto de que ha llegado a ser imposible no reconocer que hay siempre una amplia zona que es común a las exigencias de la Moral social del grupo y

a lo que en cada momento es Derecho para ese grupo. Resulta, por tanto, obligado reconocer que todo Derecho positivo está siempre inspirado, acompañado, apoyado, condicionado y penetrado por la respectiva Moral pública de la correspondiente sociedad, tal como ocurre en la actualidad en casi todas las sociedades desarrolladas con el entramado de valores y principios relativos a la afirmación de la libertad, la igualdad, la solidaridad y la democracia, o al rechazo de la esclavitud, el terrorismo, la explotación infantil, el tráfico de personas, la explotación sexual y la pederastia.

Debe insistirse, en consecuencia, en la idea de que cualquier elucubración sobre la relación entre la Moral y el Derecho corre un serio peligro de resultar vacía si no se inicia con la escrupulosa delimitación de lo que en cada momento se entiende por «Moral» y por «Derecho» (tarea esta que, en mi opinión, no han asumido seriamente los autores del libro que comento). No en vano han transcurrido tres centurias desde el momento en que Ch. Thomasius puso en circulación el eslogan de la separación entre la Moral y el Derecho, con el propósito de eliminar una de las bases racionales que venían dando coartada moral al principio “*cuius regio eius religio*” y a las consiguientes guerras llamadas “de religión”. Hablar entonces simplemente de “Moral” era suficiente porque todos tenían claro que ese era el nombre con que se designaba al conjunto de creencias y actitudes de inspiración religiosa que regían la vida personal y social de los miembros de los diferentes grupos sociales. Pero hoy, tras el viaje realizado por la teoría ética desde el «paradigma Thomasius» hasta el «paradigma Kant» y la consiguiente subjetivación aguda de la Moral, no se da ya esa circunstancia. No le queda, pues, a esa teoría más remedio que apuntalar su discurso con una previa aclaración explícita del significado que atribuye al término-concepto «Moral» en el contexto de cada uno de sus debates.

3. ¿Reversibilidad del concepto de Derecho?

Otro de los riesgos que acechan a la racionalidad interna de los debates sobre las relaciones del Derecho con la Moral es, obviamente, la imprecisión o manipulación conceptual de aquél, ya que, como resulta evidente, la respuesta a la pregunta por esas relaciones vendrá inevitablemente predeterminada por lo que se haya dicho previamente que **son** cada uno de ellos. Así, si yo iniciara el debate partiendo de la idea previa de que sólo puede ser designado con el nombre «Derecho», por ejemplo, la reglamentación establecida por el gobernante legítimo (ateniéndose o no a un procedimiento tasado) [opción A], o el conjunto de normas políticas que no contravienen las exigencias primarias de la conciencia individual [opción B], o la regulación que es aceptada y respaldada por la respectiva sociedad [opción C], o el código normativo que merece la aprobación de los sabios [opción D], resultaría evidente que mi ulterior discurso sobre el papel que puede/debe atribuirse a la Moral en el proceso de delimitación conceptual y operativa del Derecho sería superfluo, pues no haría más que verbalizar la tesis implícitamente asumida ya en la posición de partida.

Esta constatación pone en entredicho la utilidad teórica de la acumulación de las disquisiciones conceptuales acerca de lo que es o no Derecho con las que tratan de precisar el sentido de su relación con la Moral. Sin embargo, eso es lo que suelen hacer habitualmente quienes se ocupan de resolver este problema. Por otra parte, no es tampoco infrecuente que los respectivos discursos sean contruidos como si sus autores no hubieran caído en la cuenta de que el juego dialéctico que ensayan se parece un poco al conocido juego de engaño de los tahúres del trile, pues utilizan casi siempre una pieza trucada: el concepto de Derecho. En efecto, el planteamiento mismo de las disquisiciones sobre lo que es o no es Derecho está predeterminado ya por el corres-

pondiente pre-juicio de cómo debe ser definido para que el concepto resultante sirva de sostén al propio diseño teórico previo de la relación Derecho↔Moral. De ese modo ocurre que, cuando cada uno llega a *descubrir* finalmente lo que es el Derecho que “debe” tomarse como referente para medir el alcance de su relación con la Moral, lo que hace en realidad, en la gran mayoría de los supuestos, es *justificar* ante el auditorio el concepto de Derecho que él mismo necesita para legitimar su propia propuesta de cómo debe ser entendida la relación. Está utilizando, pues, el concepto del Derecho como si fuera un “boomerang” lógico capaz de neutralizar las distancias que median entre lo que es Derecho, lo que es el Derecho y lo que debe opinarse acerca de la relación entre éste y la Moral.

¿Actuación ingenua? Tal vez; pero no debe olvidarse la frecuencia con que las batallas conceptuales tienen una trastienda instrumental estrictamente pragmática, como señaló (pp. 261-262) en su segunda colaboración en el libro cuya recensión ha dado pie a este comentario el profesor García Amado, con la ayuda de su parábola del concepto de “árbol”. Y no debe olvidarse tampoco que esa circunstancia se da “urbi et orbi”, no sólo en el caso de los iusmoralistas (con especial referencia a R. Alexy) como parece suponer el citado autor; la carga crítica de esa observación es siempre perfectamente reversible. Hay, en consecuencia, muchas probabilidades de que tampoco el interés que suelen poner los iuspositivistas en la determinación del concepto del Derecho responda sólo a una preocupación estrictamente “conceptual y semántica”. En cualquier caso, es inevitable reconocer la necesidad de poner siempre una especial atención para descubrir cuáles son los posibles intereses no lógicos que subyacen a las diferentes propuestas de delimitación lógica del concepto del Derecho.

Por otra parte, no es inusual que los estudiosos de la relación que une al Derecho con la Moral cometan también el desliz de no separar de forma escrupulosa las preguntas acerca de “lo que es Derecho” y “lo que es el Derecho”. Y, cuando esto ocurre, es también fácil caer en el error de atribuir a una manifestación histórica cualquiera el valor modélico que corresponde al prototipo conceptual en cuya referencia se definen todas las particulares manifestaciones empíricas. Pero, salvo para los nominalistas irredentos, esa sería una desviación lógica grave, pues no parece posible afirmar que «algo» forma parte del conjunto de seres A sin tener medianamente claro cuáles son los elementos que determinan el perfil conceptual del modo-de-ser A.

Parece, en consecuencia, necesario insistir en que, cuando se plantea la pregunta sobre la relación que existe entre «la Moral» y «el Derecho», no se intenta averiguar cuál es la situación fáctica de esa relación en el caso del Derecho histórico X o Z (tema, por lo demás, de un gran interés). Así que las argumentaciones basadas en la experiencia inmediata tendrán un recorrido muy corto en el camino hacia la construcción del concepto del Derecho dentro de una teoría jurídica general. (Salvo que se haya hecho previamente un contraste exhaustivo de todas y cada una de las concreciones particulares en que se ha realizado el llamado «Derecho» a lo largo de la historia). Este inconveniente no ha impedido, sin embargo, en mi opinión, que muchos estudiosos sigan cayendo en la trampa de intentar responder a una pregunta tendencialmente universal a través de la constatación de lo que es en cada grupo social (es decir, de lo que cada grupo entiende que es) *su* Derecho.

4. ¿Uso alternativo de la marca «positivismo jurídico»?

Como es notorio, a la hora de precisar lo que puede y debe entenderse propiamente por iuspositivismo, ha surgido una considerable dispersión de pareceres que van desde las posiciones que podemos calificar de abiertas o flexibles a las que merecen el calificativo

de estrictas o restrictivas. Y ha ocurrido también en ocasiones que la constatación de tan disperso y enmarañado panorama ha provocado tal desaliento en el espectador que ha terminado aceptando y dando por buena cualquier respuesta, incluidas las que desembocan en la exclusión de teorías jurídicas que han venido siendo consideradas positivistas de forma generalizada. Entiendo, sin embargo, que, si se quiere hablar en términos de racionalidad científica tolerante, esa acomodaticia actitud de respeto hacia ciertos planteamientos restrictivos de sesgo fundamentalista carece de justificación.

En efecto, no parece razonable establecer un concepto de «positivismo jurídico» bajo el que no pueda cobijarse alguna de las distintas orientaciones relevantes que ha seguido esta forma de pensar el Derecho en los dos últimos siglos precedentes. Por ejemplo, la historicista, la exegética, la analítico-utilitarista, la racionalista-conceptualista, la histórico-naturalista, la legalista, la psicologista, la normativista, la antiformalista, la sociologista, la institucionalista, la empirista-naturalista o la neopositivista. Y tampoco sería defendible un concepto en el que no tuviera cabida alguno de esos movimientos revisionistas de penúltima hora que han sido provisionalmente etiquetados con nombres tan singulares como positivismo jurídico “blando” o “incluyente”, “excluyente”, “presuntivo”, “positivo”, “negativo”, etc. Cuestión distinta será que esta actitud abierta obligue a enfrentarse a otras dos tareas complementarias: por una parte, la realización de algún tipo de referencia explícita a las diferentes escuelas o corrientes que han venido surgiendo dentro del torrente doctrinal iuspositivista; por otra, la elaboración de una delimitación conceptual de síntesis en la que quede fijado el núcleo doctrinal que es comúnmente participado por todas ellas.

A este respecto, creo, como he señalado ya en otros escritos y ocasiones, que la larga, dinámica y proteica historia de las doctrinas iuspositivistas obliga a delimitar conceptualmente al positivismo jurídico con un talante muy generoso y flexible, de modo que, en principio, no quede excluida de su círculo ninguna escuela o corriente doctrinal que se considere a sí misma o sea considerada por otros como manifestación contrastada del pensamiento jurídico positivista.

Esta opción presenta sin duda algunos inconvenientes de ambigüedad e imprecisión conceptual pero tiene la gran ventaja de transparentar desde el primer momento una de las condiciones existenciales básicas del positivismo jurídico: que no es una “escuela” o corriente doctrinal homogénea, sino un modo de entender y explicar el Derecho, que ha seguido varias líneas diferenciadas de desarrollo y que ha estado constantemente sometido a múltiples transformaciones y procesos de revisión interna. Lo que implica, obviamente, la necesidad de meter al positivismo jurídico dentro de una red conceptual generosamente elástica. En caso contrario, habría que asumir la obligación de explicar y fundamentar en forma detallada las razones que han servido de base a la decisión de presentar como «positivismo jurídico» una determinada doctrina que, según la opinión general, no sería (en el mejor de los supuestos) más que una manifestación destacada del mismo.

Se impone, pues, el compromiso de excluir de los debates teóricos el uso alternativo de la marca «positivismo jurídico», absteniéndose cuidadosamente de ponerla al servicio de cualquier propósito orientado a la consolidación y difusión de la peculiar manera personal de entenderlo. Muy probablemente este ejercicio de higiene estratégica sintonizaría mejor con la honestidad intelectual que se espera de quienes se ocupan de explicar desde la perspectiva filosófica los problemas vitales de la organización social.

BENITO DE CASTRO CID