

DULCE MARÍA GRANJA Y TERESA SANTIAGO (COORDS.) (2012),  
*MORAL Y DERECHO. DOCE ENSAYOS FILOSÓFICOS*,  
MÉXICO, UNIVERSIDAD AUTÓNOMA METROPOLITANA/  
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, 411 PP.

**ALGUNOS COMENTARIOS SOBRE EL LIBRO *MORAL Y DERECHO*.  
*DOCE ENSAYOS FILOSÓFICOS***

I

Hace unos días leía un viejo texto de Gustav Radbruch,<sup>1</sup> del primer Radbruch, el positivista, donde hace una defensa del relativismo moral y trata de explicar su importancia. Todos sabemos que Radbruch, después de la Segunda Guerra Mundial, se convirtió en un defensor del iusnaturalismo. Más allá de sus ideas, a las cuales me referiré en seguida, su ejemplo me sirve para resaltar algo importante sobre el tema de este libro, esto es, la relación entre derecho y moral o, en otros términos, entre el derecho y la justicia. Ahí donde un jurista de la talla de Radbruch —líder en su momento del iuspositivismo junto con Kelsen— se separaría de las ideas que una vez defendió con convicción, nos indica que se trata de un tema complejo donde se dificulta pensar que alguna teoría tiene la última palabra o que personas racionales no podrían justificadamente cambiar su posición.

---

<sup>1</sup> Gustav Radbruch (2009), *Relativismo y derecho*, Bogotá, Colombia, Temis. En esta obra se recoge el ensayo que refiero, *Der Relativismus in der Rechtsphilosophie*, de 1934.

Pero volviendo a la defensa del relativismo moral de Radbruch, me llamaba la atención la forma de comenzar su pequeño ensayo:

En un tiempo como el nuestro se necesita coraje para confesarse relativista. Hemos entrado a una época de supuestos valores absolutos. Desde la altura de estos valores, se mira, en general, el relativismo con desdén y menosprecio. La imagen del escéptico sonriente, no es ya la representación ideal del sabio. Se ve en el relativismo una ausencia de convicción, una falta de carácter. Para evitar tales equívocos, se debería mostrar aquí, que el relativismo de ninguna manera significa una falta de convencimiento, sino por el contrario, expresa una fuerte y aún agresiva convicción. (Radbruch, 2009: 1)

Radbruch trata de mostrar cómo el relativismo desemboca en el positivismo jurídico, en el liberalismo, el Estado de derecho, la división de poderes, la democracia, entre otras bondades. Más allá de si tenía razón o no, su idea me hace reflexionar sobre lo que ocurre en la actualidad. Hoy no diríamos que los relativistas son vistos con desdén, al contrario, los relativistas y iuspositivistas terminaron por dominar en la cultura jurídica del siglo XX (¡en mala hora Radbruch se pasó al bando contrario!), es cierto que pasaron por malos momentos después de la Segunda Guerra Mundial, pero esa crisis pronto pareció superada al menos por los juristas prácticos (abogados, jueces, profesores de derecho). Aún hoy día parecería que declararse partidario de la relación conceptual entre derecho y moral es visto con desdén y desconfianza por buena parte de los juristas. No es el caso de los teóricos del derecho, quienes desde hace décadas debatimos con cierta insistencia y tenacidad en estos temas. Pero me gustaría decir algo más del pasaje citado, su autor nos habla en una “época de supuestos valores absolutos”, es decir, una época donde el iusnaturalismo, especialmente el católico, imperaba en las universidades y en la arena pública, donde en nombre de supuestos valores absolutos se defendían regímenes autoritarios y se imponía una sola visión del bien. Eran tiempos donde el totalitarismo surgía acompañado del iusnaturalismo.

En el presente, los juristas positivistas dominan en la práctica, pero a nivel de la teoría del derecho parece ocurrir lo contrario, cada vez más se aceptan y construyen teorías que conceden la relación conceptual entre

derecho y moral. Algunos de los filósofos del derecho más importantes en las últimas décadas han defendido la tesis de la vinculación conceptual entre el derecho y la moral; lo interesante de estos autores es que difícilmente se pueden ver como iusnaturalistas, me refiero, por ejemplo, a Robert Alexy, Neil MacCormick, Ronald Dworkin, Carlos Nino, Manuel Atienza, entre otros.

## II

Si tomamos en cuenta la distinción que hacía Norberto Bobbio entre filosofía del derecho de los filósofos (como sería la de Kant, Hegel, Habermas, etcétera) y la de los juristas (como la de Grocio, Kelsen, Hart, entre otros), en esta ocasión el principal aporte de la obra que comentamos proviene de los filósofos. Esto no demerita la digna representación de los juristas que hay en la obra (Rodolfo Vázquez, Bernardo Bolaños y Andres Ollero). Pero ¿por qué esto tendría que ser una virtud? Bueno, pues por la razón de que ya tenemos muy buenas obras y compilaciones de la opinión de los juristas sobre el tema de la separación entre derecho y moral.<sup>2</sup> En esta obra se ofrece a los jueces y abogados (y no sólo a ellos desde luego, sino a los estudiosos del derecho y la filosofía) una serie de trabajos de filósofos que podrían ampliar su conocimiento sobre el tema general de la relación entre derecho y moral (especialmente a partir de la obra de Kant), y sobre algunos temas específicos que son de gran interés como los de la dignidad, la pena de muerte, la guerra justa, entre otros. La obra está dividida en tres secciones, la primera y más pequeña reúne tres trabajos de juristas filósofos del derecho; la segunda contiene trabajos de filósofos sobre varios temas, como los derechos humanos, la dignidad, la pena de muerte, la guerra justa; y la tercera reúne principalmente trabajos que parten, desarrollan o explican la obra de Kant en relación con el derecho y la moral, en especial su idea del derecho natural.

---

<sup>2</sup> Véase Rodolfo Vázquez (comp.) (1998), *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, Barcelona, España, Gedisa.

Mis comentarios se centrarán sólo en los primeros trabajos, los que podría decir provienen de juristas. Las razones tienen que ver con que, por un lado, me siento más competente para hacer algún comentario sobre ellos y, por el otro, exponer todos los textos supondría una empresa que rebasa el espacio del cual dispongo. Por ello, no me queda sino recomendar la lectura del resto de los trabajos.

### III

Dentro del primer grupo de trabajos, el de los juristas, me interesa resaltar el de Rodolfo Vázquez (“Polémica Hart-Fuller-Devlin-Dworkin”), pues lo considero un trabajo que condensa los debates más importantes (ciertamente no todos) que hemos tenido en el ámbito de la teoría del derecho. El eje del trabajo es presentar la tesis de la separación entre derecho y moral, afirmada por el iuspositivismo, en la versión de Herbert Hart, y a su vez presentar las polémicas de este autor con Lion Fuller, Patrick Devlin y Ronald Dworkin. Para estos autores, las polémicas se presentan en el problema de la aplicación del derecho (Fuller y Dworkin), desde cómo legislar (Devlin), y en torno a cómo reconocer lo que es derecho y distinguirlo de otro tipo de reglas sociales y de la moral (Hart y Dworkin).

De una manera muy clara, Rodolfo Vázquez nos guía por estas tres discusiones. En el debate Hart-Devlin en torno a si la moral social debe imponerse a través del derecho penal, es claro que las razones de Devlin son débiles y Hart tiene cierta razón en sostener que el derecho penal no puede servir de medio para imponer una moral social sin más, así en este aspecto el derecho debe permanecer neutral. Aunque esta neutralidad que defiende Hart, basada en la separación conceptual entre derecho y moral, como bien sostiene Vázquez, no es del todo convincente cuando vemos que nociones como la de daño involucran necesariamente una decisión moral. La discusión con Fuller es más compleja, Hart rechaza con buenos argumentos la idea de una moral procesal interna del derecho que defiende Fuller, pero en la misma obra de Hart hay dos ideas básicas, la idea del *punto de vista interno* (i. e. participante de una práctica social, que contrasta con el *punto de vista externo* de un observador

de la práctica) y la del *contenido mínimo de derecho natural* (ciertas verdades obvias sobre las necesidades humanas) que condicionan el éxito de un sistema normativo. Rodolfo Vázquez muestra cómo ambas ideas son problemáticas para la tesis de la separación conceptual entre derecho y moral, y cada una de ellas se puede interpretar como requiriendo precisamente afirmar la tesis de la vinculación.

Respecto a la polémica con Dworkin, Hart es acusado de no considerar que un sistema jurídico esté integrado por algo más que reglas (un solo tipo de normas), cuando en la práctica es bastante extendido el uso de principios y directrices. Ante esta omisión, Dworkin acusa a la teoría de Hart y en general al positivismo, de ser incapaces de poder dar cuenta de los principios a través de un *test* de validez que supone el uso de una regla de reconocimiento. Hart, como bien señala el autor, admite la omisión, pero no las consecuencias para su teoría.

La presentación de Rodolfo Vázquez es muy clara, pero omite su opinión personal, especialmente respecto a qué argumentos considera más sólidos, si los de Hart o los Dworkin.

Por su parte, Bernardo Bolaños en “El contenido moral de las decisiones judiciales” presenta una aportación muy original donde intenta rastrear la forma de razonar jurídicamente desde Leibniz, enfatizando cómo este autor pensaba que el razonamiento jurídico era una especie de razonamiento lógico, mismo que buscaba encontrar el derecho *puro*. Estas pretensiones de pureza aislarán al derecho y se harán esfuerzos por presentarlo como una práctica ligada con un razonamiento lógico-mecánico. Pero Bolaños da cuenta de los múltiples problemas por los cuales luego atravesaría Hans Kelsen para definir su posición sobre la relación entre lógica y derecho. Sin abundar más en estas complicaciones y en los aportes de Von Wright de los que se ocupa Bolaños, el texto termina con la presentación de una alternativa de reconstruir el razonamiento jurídico que va de Fuller a Dworkin y de éste a Robert Alexy.

Bolaños alude de manera breve al famoso método de ponderación de Alexy y afirma que este método, a pesar de su aparente sofisticación matemática, “está lejos de ofrecernos un procedimiento mecánico, algorítmico de decisión que pueda aislar al derecho de las opiniones morales de los jueces”(p. 59). El juez, dice Bolaños, deberá asignar valores a la fórmula de Alexy de forma subjetiva, de manera que un juez ultra católico

o de extrema izquierda podrá imponer sus preferencias. Esto sin embargo, no es tan grave para el autor, pues piensa que el hecho de hacer explícita (pública) esta preferencia moral servirá para que la sociedad y las autoridades puedan revertir para casos futuros los criterios morales. Esta afirmación de Bolaños me extraña mucho y no es algo que nos pueda dejar tranquilos. Pienso que en el fondo hay una discrepancia en la manera en cómo él está entendiendo los aportes de Dworkin y Alexy. Es cierto que quizás Alexy ha contribuido mucho a confundir a sus lectores con las presentaciones de su fórmula matemática de ponderación, pero me parece que bien entendidas las ideas de estos autores de ningún modo se trata de que el juez asigne valores de manera subjetiva a los derechos y/o los principios que entran en colisión (si por esto entendemos discrecionalidad en sentido fuerte).

La idea de Dworkin y de Alexy (dejando de lado todas la diferencias existentes entre ellos), me parece, consiste en que los jueces precisamente tienen la obligación de justificar y defender la mejor teoría que valide su posición al evaluar o ponderar los principios, valores o derechos que entran en colisión en algunos casos particulares. Precisamente estos autores le reprochan al positivismo que en los casos difíciles la decisión del juez no consiste en una mera elección, sino que tiene la obligación de continuar con un razonamiento moral; no se trata que con base en sus preferencias morales elija lo que le guste, sino que justifique esa elección con razonamientos ético-políticos.

El texto de Andrés Ollero (“Exigencias jurídico-naturales e historicidad del Derecho: de la intimidad a la protección de datos personales”) intenta defender una visión de la historicidad de los derechos, en particular del derecho a la intimidad y el honor, mostrando cómo se ha transformado y desarrollado por las decisiones del Tribunal Constitucional Español y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El texto es interesante e informativo, sin embargo, difiero mucho de sus consideraciones teóricas. Ollero intenta justificar la idea de que el derecho natural (apelando a la *naturaleza de las cosas*) se abre paso ante los límites del positivismo, y afirma que:

Para que la Constitución, o cualquier texto jurídico, pueda operar como derecho positivo será preciso recurrir, de modo deseablemente consciente, a un contenido (incluso esencial) no acabadamente explicitado en ella. Todo un mundo contextual de valores y conceptos gravitará sobre cualquier interpretación o ponderación, convirtiendo en fatua la afirmación de que sólo es derecho el derecho positivo, al ser éste en realidad producto de un *proceso de positivación*. (pp. 74-75)

Para él, esto significa que el iusnaturalismo tendrá carta blanca para acudir a la idea de *naturaleza de las cosas* a una *naturaleza humana entendida en sentido entelequial*. Puesto así el asunto, uno comprende por qué muchos positivistas son tan reacios a dar por perdida la batalla, ante el peligro de abrir sin más el razonamiento jurídico a ideas francamente problemáticas (por decir lo menos); ante tales peligros es muy comprensible que consideren mejor quedarnos con nuestros jueces formalistas. Yo desde luego no soy defensor del iuspositivismo ni del formalismo, pero ante posiciones semejantes advierto debemos precisar algo importante respecto del tema de la relación entre derecho y moral.

El debate más interesante hoy día ya no es entre positivistas y iusnaturalistas, ahora que existe una amplia (no unánime) aceptación de que la moral ha de usarse (y de hecho se usa) en el razonamiento jurídico, lo importante es discutir cómo ha de usarse y qué concepciones de la moral son relevantes. También conviene, a mi juicio, advertir que la aceptación generalizada de que el derecho está vinculado conceptualmente con la moral no ha sido un triunfo del iusnaturalismo, los autores que más han abonado para este triunfo están lejos de verse a sí mismos como tales. De modo que encuentro muy sospechoso cuando ahora autores iusnaturalistas de corte tradicional, entran a la discusión enarbolando sus viejos y gastados conceptos, como el de *naturaleza de las cosas* y apelando de nuevo al derecho natural y su misteriosa forma de razonamiento.

Por ello también en este libro encuentro algunas contribuciones que me parece no contribuyen a la discusión actual y sí confunden mucho. Tal es el caso del trabajo de Evandro Agazzi (“¿Por qué tenemos derechos los seres humanos?”), que retoma el pensamiento del pensador ca-

tólico Maritain, iusfilósofo francés que tuvo cierta importancia a mediados del siglo XX entre los autores iusnaturalistas, quien era un escéptico sobre la posibilidad de dar una justificación a todos los derechos reconocidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), tachando el mero intento de hacerlo como algo fútil. Agazzi se aparta de este escepticismo, pues cree necesario hacer un esfuerzo de justificación para esclarecer una serie de problemas en torno a los derechos. Sin embargo, su alejamiento de Maritain es sólo aparente, pues seguirá al francés a lo largo de su texto.

Analizando la posible justificación que pudieran tener los derechos, el autor desecha la que apela al consenso social, pues el consenso es un hecho fáctico contingente que no justifica nada. Para él, el esfuerzo más claro por proporcionar una fundamentación cognoscitiva de las normas morales y de los derechos basados en el conocimiento de la naturaleza humana fue llevado por los filósofos que elaboraron la doctrina de la *ley natural*. Ésta, a pesar de identificarse con la naturaleza del ser humano, dependerá, según el autor —que sigue a Maritain de cerca—, del creador de los seres humanos (Dios) y sus leyes. De forma que la fundamentación termina por ser de carácter teológico (tiene una *fuerza externa o trascendente*).

Sin embargo, el autor se da cuenta de que esta justificación no puede ser compartida por todos y se empeña entonces en proponer otra, lo cual me parece algo curioso (algo así como decir “esta es la justificación verdadera, pero si no nos gusta aquí traigo otra”), pues ya no entiendo bien qué puede significar entonces justificar algo. El camino que propone es tortuoso y lleno de problemas, pero llegados al punto que me interesa, se nos dice que los derechos derivan de los deberes: “Porque sentimos un deber hacia algo o hacia alguien, reconocemos su derecho a ser objeto de nuestro respeto” (p. 108). La *capacidad de sentir deberes* es para el autor *determinante* en el reconocimiento de los derechos.

Las personas humanas son capaces de comprometerse a sí mismas a defender y servir valores, principios, ideales, normas, con una devoción tan completa, o de un modo tan *absoluto*, que pueden estar dispuestas a pagar cualquier precio (incluso el sacrificio de su propia vida) con tal de no actuar contra ellos, y es-



to porque sienten que respetarlas es su *deber* radical y fundamental. Por este hecho preciso, estas personas adscriben a esas entidades una *dignidad* y un *derecho* absolutos que obligan de modo absoluto a su conciencia moral. (p. 109)

Es extraño cómo el autor trata de fundar derechos absolutos en algo tan contingente como ser capaces de asumir valores absolutos, pues obviamente también podemos no hacerlo; así como en alguna época se ha hecho, en otras y en la actualidad no suele hacerse. ¿Cómo se podría *fundar* un derecho en algo tan caprichoso? ¿Qué sucede si no sentimos que debemos respetar a ciertas personas (los nazis a los judíos, los blancos a los negros, los varones a las mujeres, etcétera)? ¿O qué sucede si sentimos con fuerza que debemos aniquilar a quienes no piensan o no son como nosotros? Si los derechos y deberes dependen de que tengamos o no un sentimiento, tendríamos que concluir que los judíos, los negros, las mujeres, etcétera, no tenían derechos cuando los demás no sentían respeto hacia ellos. ¿Qué tipo de sentimiento, qué tan fuerte ha de ser para dar lugar a deberes absolutos? ¿Significa esto entonces que los sentimientos de un fanático generan más deberes absolutos que los de personas dubitativas, ecuanímenes o reflexivas que pueden tener dudas y sentimientos encontrados en algunas situaciones?

Lo más curioso es que el autor afirma al inicio de su texto lo siguiente: “No sería honesto que dijéramos que los derechos humanos se reconocen hoy día tomando como base alguna actitud emocional” (p. 93), pues al final eso es lo que hace y por ello me parece que desde su posición no se funda nada, ni deberes ni derechos. Su pretensión de una justificación que *todos* puedan aceptar queda en una propuesta muy débil que difícilmente puede aceptarse.

Por razón de espacio, como anticipé, no puedo extenderme más en comentar el resto de los textos. Mucho habría que decir sobre los textos tan interesantes de Carmen Trueba, Danilo Zolo y Teresa Santiago. Concluyo con una felicitación a las autoras de la compilación por haber incluido, además de los ya referidos, cuatro textos que me parecen extraordinarios sobre la filosofía del derecho de Kant. Me refiero a los de Thomas Pogge, Kristine Korsgaard, Alejandro G. Vigo y Dulce María Granja Castro. Estos artículos me parecen extremadamente útiles para compren-

der la teoría de Kant y me parecen un aporte muy valioso desde lo que llamé al inicio la filosofía del derecho de los filósofos.

JUAN ANTONIO CRUZ PARCERO\*

D. R. © Juan Antonio Cruz Parceró, México D.F., julio-diciembre, 2012.

---

\* Instituto de Investigaciones Filosóficas-Universidad Nacional Autónoma de México, [cruzparc@servidor.unam.mx](mailto:cruzparc@servidor.unam.mx)