

JOSEP M. VILAJOSANA

**IDENTIFICACIÓN
Y JUSTIFICACIÓN
DEL DERECHO**

Segunda edición

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2017

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
PRÓLOGO A LA SEGUNDA EDICIÓN	15
INTRODUCCIÓN	17
1. LA ACTIVIDAD FILOSÓFICA.....	17
2. LOS PROBLEMAS DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO.....	19
3. EL ANÁLISIS CONCEPTUAL.....	20
4. PROBLEMAS DE IDENTIFICACIÓN Y DE JUSTIFICACIÓN	22
5. MÁS PREGUNTAS QUE RESPUESTAS	23

PRIMERA PARTE

IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO

CAPÍTULO I. ¿CUÁNDO EXISTE EL DERECHO EN UNA DETERMINADA SOCIEDAD?	29
1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	29
2. LA TESIS SOCIAL	30
2.1. Un modelo simple: unos mandan y otros obedecen	33
2.1.1. Soberano y hábito de obediencia.....	33
2.1.2. Algunas objeciones.....	34
2.2. Hacia un modelo más sofisticado	35

	Pág.
2.2.1. Hechos naturales y hechos sociales.....	35
2.2.2. Hechos convencionales	36
2.2.3. La creación de realidad social	38
3. CONDICIONES DE EXISTENCIA DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS.....	39
3.1. La primera condición: la existencia de una regla de reconocimiento	39
3.1.1. La regla de reconocimiento como convención.....	40
3.1.2. La dimensión constitutiva de la regla de reconocimiento.....	43
3.1.3. La regla técnica para identificar el derecho.....	46
3.1.4. Identificación y autonomía del derecho	47
3.2. Algunas posibles objeciones.....	48
3.2.1. ¿Los principios existen al margen de las convenciones?.....	49
3.2.2. ¿Es posible una convención con desacuerdos?	50
3.3. La segunda condición: la eficacia general de las normas jurídicas	52
3.3.1. ¿Cuándo un sistema jurídico es eficaz?.....	53
3.3.2. Eficacia y autoridad.....	55
3.3.3. Eficacia y validez.....	57
4. CONCLUSIONES	59
CAPÍTULO II. ¿ESTÁN RELACIONADOS EL DERECHO Y LA MORAL?	61
1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	61
1.1. Un vocabulario compartido.....	61
1.2. El contenido moral del derecho	62
2. LA TESIS DE LA CONEXIÓN NECESARIA.....	64
2.1. Una norma inmoral no puede ser jurídica.....	65
2.1.1. Planteamiento	65
2.1.2. Balance crítico.....	66
2.2. El derecho positivo tiene valor moral	67
2.2.1. Planteamiento	67
2.2.2. Balance crítico.....	69
2.3. El derecho como integridad	72
2.3.1. Planteamiento	72
2.3.2. Balance crítico.....	74

	Pág.
3. LA TESIS DE LA SEPARABILIDAD	76
3.1. El derecho no puede depender de la moral	77
3.2. El derecho no necesita depender de la moral.....	79
3.3. El derecho no debe depender de la moral	80
3.4. Balance crítico	85
4. CONCLUSIONES	86
CAPÍTULO III. ¿ESTÁ EL DERECHO DETERMINADO?	89
1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	89
2. PROBLEMAS DE INDETERMINACIÓN	91
2.1. La interpretación jurídica.....	91
2.2. Problemas derivados del lenguaje.....	92
2.2.1. Ambigüedad	93
2.2.2. Vaguedad	94
2.2.3. La textura abierta del lenguaje	96
2.3. Lenguaje jurídico y lenguaje natural	98
2.4. Teorías de la interpretación jurídica.....	99
2.4.1. Concepción cognoscitivista.....	99
2.4.2. Concepción no cognoscitivista.....	103
2.4.3. Concepción intermedia.....	105
2.5. Vaguedad y moral: los conceptos esencialmente controvertidos	107
3. PROBLEMAS DE SUBDETERMINACIÓN: LAS LAGUNAS	109
3.1. La tesis de la plenitud del derecho.....	109
3.2. Integración de lagunas	111
4. PROBLEMAS DE SOBREDETERMINACIÓN: LOS CONFLICTOS NORMATIVOS	113
5. EL FUNCIONAMIENTO DE LOS PRINCIPIOS	114
5.1. Los principios jurídicos como pautas no concluyentes	115
5.2. Los principios como reglas ideales.....	116
5.3. La colisión de principios.....	117
6. CONCLUSIONES	119

SEGUNDA PARTE
JUSTIFICACIÓN DEL DERECHO

CAPÍTULO IV. ¿ESTÁ JUSTIFICADA LA OBEDIENCIA AL DERECHO?	123
1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	123
1.1. Obligación y autoridad.....	123
1.2. Legitimidad del Estado y obligación de obedecer el derecho ...	124
2. NUNCA SIN MI CONSENTIMIENTO.....	126
2.1. Consentimiento expreso.....	127
2.2. Consentimiento tácito	128
2.3. Consentimiento hipotético	129
3. HAY QUE JUGAR LIMPIO.....	130
3.1. Planteamiento	130
3.2. Tal como somos	131
3.3. ¿Se puede descartar el consentimiento?	133
4. NADIE ME PUEDE OBLIGAR A OBEDECERLE.....	135
4.1. El anarquismo ingenuo	135
4.2. El anarquismo filosófico	137
5. EL CONSENTIMIENTO NO IMPORTA	139
5.1. Siempre que las consecuencias sean buenas.....	140
5.2. Cuando la autoridad presta un servicio.....	142
5.2.1. Alcance del argumento	144
5.2.2. Problemas de interacción	145
5.3. Deber por definición	146
5.4. Deber institucional.....	147
5.4.1. Rasgos característicos	148
5.4.2. El compromiso común	150
5.4.3. La identidad social de las personas	152
5.5. Deber natural	154
5.5.1. Depende del derecho natural.....	155
5.5.2. Solo si el Estado es justo.....	158
6. LA DESOBEDIENCIA CIVIL.....	161
6.1. Las características de la desobediencia civil.....	162
6.2. Otros tipos de desobediencia	165
6.3. La justificación de la desobediencia civil	166
7. CONCLUSIONES	168

	Pág.
CAPÍTULO V. ¿ESTÁ JUSTIFICADA LA IMPOSICIÓN DE PENAS?	171
1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	171
2. RETRIBUIR.....	173
2.1. Algunos principios implicados	174
2.2. ¿Está justificado?	176
3. DISUADIR.....	178
3.1. Los factores de la disuasión	179
3.2. La aversión al riesgo	181
3.3. Tratar instrumentalmente al delincuente.....	183
3.4. La paradoja de la disuasión perfecta.....	184
4. INCAPACITAR.....	185
4.1. ¿Cómo impedir la comisión de delitos?.....	185
4.2. ¿Está justificado?	186
5. REHABILITAR	187
5.1. El énfasis en el delincuente.....	187
5.2. Violador compulsivo y castración química	190
6. EL DESAFÍO DEL DETERMINISMO.....	192
6.1. Algunas preguntas inquietantes	192
6.2. Razones que avalan la verdad del determinismo	193
6.3. ¿La pena que menos se merece es la que más disuade?	196
6.4. ¿Cómo hacer frente al desafío?.....	198
7. ¿ES POSIBLE COMPATIBILIZAR EL RETRIBUCIONISMO CON EL UTILITARISMO?	201
7.1. Merecimiento limitado por la utilidad	202
7.2. Utilidad limitada por el merecimiento	203
7.3. El principio de retribución en la distribución	204
7.4. La justificación de la pena por el propio interés	206
8. CONCLUSIONES	207
 CAPÍTULO VI. ¿ESTÁ JUSTIFICADO IMPONER JURÍDICAMENTE LA MORAL?	 209
1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	209
1.1. Moral positiva y ética normativa.....	210
1.2. Dos problemas distintos.....	211
2. LA IMPOSICIÓN DE LA MORAL POSITIVA Y EL PROBLEMA DE LA MORALIZACIÓN DEL DERECHO.....	212

	Pág.
3. LA IMPOSICIÓN DE LA MORAL CRÍTICA Y EL PROBLEMA DEL PERFECCIONISMO.....	215
3.1. El ideal moral.....	215
3.2. El plan de vida ideal	217
3.3. ¿Desear ser autónomo es un plan de vida?	218
3.4. ¿Puede ser neutral el Estado?	219
4. LA CONCEPCIÓN LIBERAL DE LA SOCIEDAD	219
4.1. El principio de autonomía de la persona.....	219
4.1.1. El aspecto interno de las preferencias	219
4.1.2. El grado de autonomía.....	221
4.2. El principio de inviolabilidad de la persona	222
4.3. El principio de dignidad de la persona	223
4.3.1. El respeto por las decisiones, creencias y opiniones personales	223
4.3.2. El elemento expresivo de las instituciones.....	225
5. LAS MEDIDAS PATERNALISTAS	227
5.1. Diferencias con las medidas perfeccionistas	227
5.1.1. La justificación de la educación obligatoria.....	228
5.1.2. Educar al ciudadano	229
5.1.3. Problemas de interacción	231
5.1.4. El valor de la comunidad.....	232
5.2. Razones en contra del paternalismo	233
5.2.1. El argumento utilitarista	233
5.2.2. El argumento del respeto a la autonomía de la persona	235
5.2.3. El argumento de la violación del principio de igualdad.....	236
5.3. Condiciones del paternalismo justificado	237
5.3.1. Solo para incompetentes básicos.....	237
5.3.2. Solo con interés benevolente.....	239
5.3.3. Supuestos de paternalismo injustificado	240
6. CONCLUSIONES	241
BIBLIOGRAFÍA.....	243

PRÓLOGO A LA SEGUNDA EDICIÓN

Una década parece tiempo prudencial para pasar revista a los logros de un libro. En este sentido, los diez años transcurridos desde la publicación de *Identificación y justificación del derecho* han mostrado que es una obra que funciona razonablemente bien como material pedagógico para alumnos de Filosofía del Derecho, que era uno de los objetivos perseguidos. Ofrece una visión de conjunto de los principales argumentos que se pueden sostener sobre seis problemas propios de esa disciplina académica, tres relativos a la identificación del derecho y otros tantos concernientes a la justificación jurídica. Llegados a este punto, sin embargo, se abren las consabidas posibilidades de intentar o bien una actualización de cada una de las cuestiones tratadas, o bien una simple tarea de corrección de descuidos y omisiones sin la pretensión de desarrollar lo dicho en el libro con la incorporación de lo publicado al respecto últimamente. Esta última opción ha sido la escogida. Por ello, no he procedido a aumentar su contenido ni a renovarlo, por ejemplo a través de nuevas aportaciones bibliográficas; hacerlo hubiera supuesto sencillamente escribir un nuevo libro. Me he limitado, en cambio, a corregir los deslices más gruesos detectados, tanto en el texto como en las citas, así como a modificar o suprimir frases cuyo sentido era claramente equívoco.

Para llevar a cabo esta tarea, he contado con la ayuda desinteresada del alumnado más atento que ha estudiado la obra a lo largo de estos años. Sus observaciones me han servido para revelar algunas de las confusiones que tenía la primera edición. Un agradecimiento particular merece Lorena RAMÍREZ, a cuya lectura solícita y minuciosa como profesora de la materia se debe el hallazgo en el texto de más de un traspies. Con la publicación de esta segunda edición doy por descontado que no habré corregido todos los errores del libro, pero al menos espero no haber acrecentado su número.

INTRODUCCIÓN

En general, las dificultades que han entretenido a los filósofos son responsabilidad nuestra, que primero hemos levantado polvo y después nos quejamos de que no vemos.

George BERKELEY

1. LA ACTIVIDAD FILOSÓFICA

La palabra «filosofía» se ha utilizado a menudo para designar una actividad llevada a cabo por determinados pensadores, tendente en última instancia a formular una concepción general del mundo. En otras ocasiones, se habla de la filosofía como una especie de mística, como un método que tuviera que llevarnos a conocer el profundo sentido de la vida e, incluso, que nos enseñara a gozarla.

Sin desconocer el valor, muchas veces terapéutico, que puedan tener estos diversos acercamientos a las cuestiones filosóficas, en todo caso no será este el punto de vista aquí adoptado. Una forma más modesta de ver el cometido filosófico estriba en concebir la actividad filosófica como una *reflexión ordenada* de ciertos problemas que han preocupado y siguen preocupando a la humanidad. Esto no quiere decir que todas las personas necesariamente se planteen estos problemas y mucho menos que lo hagan de una forma ordenada. Por ejemplo, la mayor parte de los seres humanos puede vivir su vida, incluso de manera placentera, sin haberse cuestionado jamás si está fundamentada o no la imposición de penas por parte del Estado. Tampoco quitará el sueño a muchos la indagación acerca de si el derecho y la moral están relacionados o si está justificado imponer la moral a través del derecho. Estas son cuestiones filosóficas.

Respecto a estos y otros ejemplos, es probable que si sometiéramos nuestras creencias a examen, encontraríamos que algunas se asientan en cimientos muy firmes. Pero, sin lugar a dudas, hallaríamos otras muchas en que esto no es así. El estudio de la filosofía puede ayudarnos a reflexionar con claridad sobre nuestros prejuicios, pero también sirve para precisar lo que realmente creemos. Esto es así, porque a lo largo de esta reflexión desarrollamos la habilidad de *argumentar con coherencia* sobre un extenso conjunto de problemas, habilidad que es útil y transmisible.

Puesto que a lo largo de la historia ha habido un número considerable de pensadores que han llevado a cabo la tarea descrita, resulta tentador reducir el estudio de la filosofía al estudio de la *historia* de la filosofía. Esta ha parecido ser la posición tradicionalmente adoptada en los planes de estudio del bachillerato en España, en los que la asignatura de Filosofía contiene en realidad los rudimentos de una historia del pensamiento filosófico, una concatenación de concepciones globales del mundo, cada una con su propia y difícil terminología, sin que sea nada claro cuál es la relación entre ellas o, incluso, si esta existe. Esta reducción de lo filosófico a lo histórico podría estar en la base de cierta aversión generalizada que se detecta en los estudiantes (al menos en los de las facultades de Derecho) a plantearse cuestiones filosóficas. Seguramente, los alumnos terminan asociando los problemas filosóficos con las preocupaciones de unos señores que a lo largo de la historia han escrito cosas muy raras sobre ellos.

Una vez dicho esto, hay que apresurarse a subrayar el valor que tiene el estudio de la historia de la filosofía, puesto que la ignorancia de los argumentos y de los errores de los que nos han precedido impediría realizar cualquier aportación sustancial. Sin el conocimiento de la historia del pensamiento filosófico, los filósofos caerían una y otra vez en los mismos errores y no se podría progresar, aunque es dudoso que se pueda hablar de *progreso* en el ámbito filosófico, al menos en el mismo sentido en que es habitual hablar de progreso en el ámbito científico. Además, es cierto que muchos autores elaboran sus teorías precisamente enfrentándose a lo que ellos consideran puntos débiles de quienes les precedieron. Sin embargo, conviene aclarar que en este texto no predominará la explicación de lo que han pensado sobre determinados problemas filosóficos los grandes pensadores, con ser inevitable que algo de esto aparezca. Por el contrario, el énfasis se pondrá en ofrecer al lector herramientas conceptuales y argumentativas para que sea él mismo quien se plantee diversos problemas filosóficos de la forma más clara y consciente posible.

Si se acepta el objetivo modesto descrito, ciertas expectativas sobre qué cabe esperar de la práctica de la actividad filosófica resultarán defraudadas. No espere el lector encontrar en este texto recetas sobre cómo vivir una vida buena, ni siquiera sobre cómo vivir una vida con sentido. Tampoco confíe en hallar una explicación completa de todos los acontecimientos que dan sentido

a nuestra vida como personas, ni siquiera a nuestra vida como juristas. Deberá conformarse con el análisis de ciertos problemas relevantes en el ámbito jurídico.

No hay que perder de vista que una de las razones que justifican el estudio de la filosofía es que nos enseña a pensar con mayor claridad sobre un conjunto amplio de problemas. Pensar filosóficamente resulta útil en muchas situaciones, porque el intento de pensar con claridad y analizar críticamente los argumentos a favor y en contra de una determinada posición se puede aplicar a cualquier ámbito de la vida. Pero es especialmente significativo en el ámbito jurídico, ya que de por sí la actividad de los operadores jurídicos, sean abogados, dogmáticos o jueces, consiste en buena medida en dar razones a favor o en contra de una determinada posición.

2. LOS PROBLEMAS DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

He dicho que el enfoque de la filosofía elegido parte del análisis de problemas filosóficos más que del examen de doctrinas. Ahora bien, ¿cuáles son los problemas de la filosofía del derecho? Siguiendo una tradición que se remonta a John AUSTIN, los problemas de los que se ocupa la filosofía del derecho pueden ser divididos entre problemas «analíticos» y problemas «normativos» (AUSTIN, 1832). Los primeros surgirían a la hora de analizar los conceptos básicos, entre ellos de manera destacada el propio concepto de derecho, mientras que los segundos tienen que ver con la crítica racional y la valoración de las prácticas jurídicas. Ahora bien, habrá que precisar algo más esta distinción para no caer en ciertas confusiones.

Pero antes es bueno saber qué problemas *no* son filosóficos. Los distintos cultivadores de la dogmática jurídica (civilistas, penalistas, mercantilistas, etc.) desarrollan distintas tareas de identificación y sistematización de la parte correspondiente del ordenamiento jurídico que no pueden ser consideradas filosóficas. Los filósofos del derecho se ocupan del estudio de los conceptos compartidos por las distintas ramas del derecho; intentan mostrar las relaciones que puedan guardar entre sí esos conceptos y, en última instancia, realizan un análisis del concepto más general que es el de derecho. Respecto a los problemas normativos, hay que tener en cuenta que la crítica de un determinado sistema jurídico puede venir formulada, por ejemplo, por un economista o un politólogo. Estas críticas, sin embargo, no son sin más «filosóficas». El filósofo no pretende ofrecer una crítica del derecho desde estas perspectivas, sino más bien intenta comprender la estructura racional de esa crítica.

Si esto es así, entonces puede afirmarse que la tarea primaria (no tiene por qué ser la única) del filósofo es analítica o conceptual, aun en los casos en que se ocupe de problemas normativos. Por tanto, existe una prioridad de

lo conceptual sobre lo normativo, con lo cual la distinción entre problemas «analíticos» y problemas «normativos» no alude a categorías excluyentes. Y es que el discurso normativo se puede prestar a una evaluación racional solo si es conceptualmente claro y racionalmente estructurado.

Hechas las anteriores precisiones, podría sostenerse que siempre que surge una cuestión jurídica general que tiene que ver con el análisis conceptual y/o la valoración del derecho (incluyendo de qué manera se pueden relacionar ambos) nos hallamos ante un problema de filosofía del derecho. Los abogados, los jueces y los cultivadores de la ciencia jurídica también requieren realizar análisis de carácter conceptual para hacer bien su trabajo, lo cual pone de relieve que la tarea filosófica puede ser productiva para la práctica jurídica.

3. EL ANÁLISIS CONCEPTUAL

Dado el lugar central que ocupa el análisis conceptual en la reflexión filosófica su alcance debe quedar claro. No puede consistir solo en dar a conocer cómo es usada una determinada expresión en una concreta comunidad. Esto ya se encuentra en los diccionarios. La tarea del filósofo puede partir de la constatación del uso que se hace de una palabra en una comunidad, pero no puede ser la meta de su investigación. Su cometido no es el de entender las palabras de manera aislada, sino entender las *prácticas* en las cuales estas palabras surgen y qué es lo que ellas designan. Por tanto, el filósofo no es un mero reportero de los usos lingüísticos vigentes, ni un filólogo que indaga en la raíz etimológica de una expresión, sino más bien un corrector de usos. Su tarea tiene que ver con el análisis más claro posible de un concepto determinado, que explique por qué el concepto es usado de una determinada manera e intente encajarlo coherentemente en el entramado formado por otros conceptos relacionados.

Un buen símil del análisis conceptual dentro de la actividad filosófica lo ofrece el filósofo Simon BLACKBURN cuando dice: «Yo prefiero presentarme como un ingeniero de conceptos. El filósofo estudia la estructura del pensamiento del mismo modo que el ingeniero estudia la estructura de los objetos materiales. Comprender una estructura significa identificar cómo funcionan las partes y cómo se relacionan entre sí [...]. Nuestros conceptos o ideas constituyen el edificio mental en el que vivimos. Puede que nos sintamos orgullosos de las estructuras que hemos construido, o bien podemos convencernos de que debemos desmantelarlas y empezar otra vez desde los cimientos. Pero antes que nada debemos saber en qué consisten» (BLACKBURN, 1999: 11-12).

Acabo de descartar que el análisis conceptual sea una tarea de descubrimiento de los usos vigentes en una determinada comunidad. Si lo fuere, se trataría de una actividad que daría como resultado definiciones informativas que

podrían ser calificadas como verdaderas o falsas, es decir, existiría un criterio objetivo para juzgar esa actividad. Ahora bien, como el análisis conceptual es otra cosa, resulta pertinente preguntarse acerca de la posibilidad de tener algún método para examinar su corrección. ¿Existen criterios de corrección del análisis conceptual?

Al respecto, como dice MORESO (2004b: 20), «los filósofos casi siempre trabajan en un *campo o red conceptual*, de forma que habitualmente están más interesados en las distinciones lógicas y las conexiones entre diferentes conceptos, que en la definición de una expresión particular. El análisis conceptual, entonces, descansa fundamentalmente en la capacidad de ofrecer una concepción de nuestra red conceptual en determinado campo que pueda explicar nuestras *intuiciones conceptuales*» (véase en el mismo sentido VON WRIGHT, 1963a: 4-6; STRAWSON, 1992: 17-28). Aquí por «intuición» no hay que entender un método especial de acceder al conocimiento, opuesto, por ejemplo, al uso de la razón. Me refiero con esta expresión a algo menos controvertido. Las intuiciones no serían más que las ideas que tenemos acerca de una determinada cuestión, antes de haber llevado a cabo una reflexión ordenada sobre la misma.

En estas circunstancias, el problema es el de tener criterios para establecer cuáles de esas intuiciones pueden ser rescatadas y cuáles no, puesto que normalmente tenemos intuiciones incompatibles entre sí.

Tal como sugiere MORESO, «la idea del filósofo político John RAWLS del *equilibrio reflexivo* puede resultar útil en este punto (RAWLS, 1971: 20, 48-52). Según RAWLS, al construir una teoría de la justicia comenzamos con nuestras propias intuiciones acerca de la justicia para desplazarnos hasta una concepción coherente basada en los principios de la justicia tal como surgen de la denominada “posición originaria”. Si nuestras intuiciones divergen mucho de la teoría obtenida, es posible que estemos dispuestos a revisar algunos de los principios de la teoría, pero también podemos abandonar algunas de nuestras intuiciones a la luz de los juicios considerados que surgen de la teoría. La mejor teoría de la justicia es, entonces, la que surge de este equilibrio reflexivo de juicios considerados una vez la teoría ha sido revisada» (MORESO, 2004b: 21).

El propio RAWLS ha expuesto este método no como algo exclusivo de su teoría de la justicia. En este sentido, cita la *Ética a Nicómaco* de ARISTÓTELES como un ejemplo de puesta en práctica del equilibrio reflexivo. Tampoco considera que sea una manera de controlar las tesis filosóficas apropiada únicamente para la filosofía moral, sino que da a entender que se puede encontrar en otros ámbitos filosóficos (como en GOODMAN, 1954: 65-68). Por tanto, este sería un método aplicable a cualquier ámbito filosófico. «A través del equilibrio reflexivo controlamos nuestras intuiciones conceptuales a partir de las reglas que rigen determinada reconstrucción conceptual. Comenzamos con algunas intuiciones que subyacen al uso de determinados conceptos, es decir,

que sirven para dar cuenta de algún modo de una práctica determinada, para a renglón seguido proponer un análisis de dichos conceptos en una determinada reconstrucción teórica en nuestra red conceptual. Si el resultado, el entramado de la red, se aleja mucho de nuestras intuiciones, estaremos dispuestos a revisar algunos de los nodos de la red. Si alguna intuición no encaja en absoluto en nuestra red conceptual podemos estar dispuestos a sacrificarla. Este ajuste mutuo entre red conceptual e intuiciones constituye el fundamento del análisis conceptual» (MORESO, 2004b: 21).

4. PROBLEMAS DE IDENTIFICACIÓN Y DE JUSTIFICACIÓN

El libro se estructura en dos partes. La primera está dedicada al análisis de tres problemas relativos a la identificación del derecho, mientras que la segunda examina otros tantos problemas relacionados con la justificación del derecho. Digamos algo sobre ambas.

Hay un acuerdo generalizado respecto a que toda sociedad humana tiene alguna forma de control social. Con ello se pretende hacer referencia al hecho de que los seres humanos que conviven en un determinado lugar con una cierta vocación de perdurabilidad desarrollan algún tipo de mecanismo, más o menos formal, para reforzar las conductas consideradas deseables, desincentivar aquellas que se consideran indeseables y resolver ciertos conflictos, cuya persistencia haría imposible la convivencia.

Si esto es así, quien pretenda ofrecer criterios para identificar el derecho de una determinada sociedad debería plantearse para empezar dos cuestiones relativas al control social. En primer lugar, tendría que preguntar qué tiene en común el derecho con el resto de formas de control social, como son la moral o los usos sociales. Se podría contestar muy rápidamente a esta cuestión diciendo que estamos en presencia de una forma de control social cuando ciertas conductas son consideradas obligatorias o prohibidas. En segundo lugar, sería preciso establecer cuáles son los rasgos distintivos de las sociedades que poseen sistemas jurídicos. Esta pregunta solo puede ser respondida identificando aquellas características propias del derecho, que lo distinguen de otras formas de control social. A esta segunda pregunta pretende responder principalmente la tesis social, cuyo análisis ocupará buena parte del capítulo I, dedicado a examinar las condiciones de existencia de los sistemas jurídicos. Pero a la hora de encarar la identificación del derecho, hay que abordar dos problemas ulteriores. Por un lado, es preciso establecer si es posible caracterizar el derecho solamente mediante la alusión a hechos sociales o se requiere mencionar también propiedades morales. Este problema se aborda en el capítulo II. Por otro lado, hay que tomar en consideración que la práctica jurídica incluye de manera destacada acciones y actitudes de los jueces, a través de cuyas decisiones parece manifestarse también el derecho. Ahora bien, cuando desarrollan

esa actividad, ¿están los jueces aplicando el derecho previamente determinado o son ellos los que de alguna manera lo crean a través de sus decisiones? Esta cuestión es la que se examina en el capítulo III.

A menudo los juristas no solo realizan una función de descripción y sistematización de los textos legales, sino que, como veremos, se ven obligados a suministrar soluciones cuando estos textos no las ofrecen, bien sea por vaguedad o ambigüedad del lenguaje legal, por presencia de lagunas normativas o antinomias irresueltas, etcétera. El objetivo en estos casos es el de adecuar sus soluciones a requisitos de racionalidad. En otras ocasiones, directamente proponen cambios *de lege ferenda* o *de sententia ferenda* para adecuar el derecho a determinados requisitos de justicia. Ocurre, sin embargo, que suelen realizar esta labor sin distinguirla de la anterior, mezclando así descripción y valoración y presentando sus conclusiones como si se tratara de una actividad descriptiva del ordenamiento. Por esa razón, es fundamental que la filosofía del derecho ofrezca a los juristas una reconstrucción de las diversas concepciones que pueden *justificar* o *censurar* el derecho existente. Estas concepciones, que podemos denominar *doctrinas de justificación*, deben elaborar una concepción articulada de los fines *justificantes* del derecho o de una de sus ramas. Dentro de los problemas de justificación que podrían examinarse, aquí se prestará atención a tres de ellos. Se trata de comprobar las posibilidades de justificación de la obediencia al derecho (capítulo IV), del castigo penal (capítulo V) y de la imposición jurídica de la moral (capítulo VI).

Sin embargo, cuando afrontemos los problemas de justificación hay que extremar la prudencia, ya que se entra en un terreno minado como es el de la filosofía moral. Y, en este sentido, siempre conviene recordar las sabias palabras de Bernard WILLIAMS cuando dice que «escribir sobre filosofía moral es un asunto arriesgado [...] por dos razones especiales. La primera es que es probable que uno ponga de manifiesto las limitaciones y la inadecuación de la visión que uno tiene del asunto más directamente que en otras partes de la filosofía. La segunda es que uno podría correr el riesgo, si se le toma en serio, de extraviar a la gente en asuntos que son de importancia. Mientras que son pocos los tratadistas de esta materia que hayan sido capaces de evitar el primer riesgo, son muchos los que han evitado el segundo o bien haciendo imposible que se les tome en serio, o bien rehuendo escribir sobre algo de importancia, o bien por ambos medios» (WILLIAMS, 1972: 11).

5. MÁS PREGUNTAS QUE RESPUESTAS

La estructura de los capítulos refleja la perspectiva que aquí se ha adoptado. En primer lugar, se tratará de establecer con claridad el planteamiento del problema de que se trate. En algunas ocasiones es bueno ser consciente, y así se pondrá de relieve cuando convenga, que esta cuestión no resulta pacífica.

La razón es muy sencilla. Muchas veces, un determinado planteamiento del problema casi incorpora su propia solución. Esta circunstancia puede llevar a que el análisis de una determinada problemática deba basarse en supuestos más generales, que permitan englobar aquellos más concretos. Aunque esto no siempre es posible. No es infrecuente que distintos autores traten en teoría el mismo problema, cuando en realidad lo que hacen es abordarlo con un enfoque más o menos cercano que hace variar por completo el alcance de sus tesis. Es un fenómeno parecido a lo que sucede a la hora de realizar una fotografía. Utilizar un zoom potente tiene como consecuencia que la instantánea se concentre en un punto muy concreto, con lo que pueden revelarse detalles muy importantes del mismo, pero a costa de perder el encaje de ese punto con los que le rodean. Por el contrario, si se utiliza un enfoque más panorámico se pueda dar cuenta cabal del entramado general del conjunto, pero sus componentes pierden nitidez. Estas *diferencias de enfoque* de los problemas filosóficos es preciso subrayarlas cuando se dan. De lo contrario, se corre el riesgo de entrar en discusiones estériles a las que por desgracia son muy aficionados los filósofos, en general, y los filósofos del derecho, en particular. Este puede ser parte del polvo que levantan los filósofos, al que se refiere la cita de BERKELEY que encabeza esta introducción.

Una vez planteado el problema de que se trate, así como los posibles desajustes de enfoque, será el momento de analizar las posiciones más destacadas respecto al mismo. Este libro no pretende recoger todas las tesis sostenidas por los autores respecto de cada problema. Más que una vocación exhaustiva, tiene una intención selectiva. Intentaré ofrecer los argumentos que considero relevantes para fundamentar las posiciones más significativas. El acento, como queda dicho, se pondrá más en la exposición ordenada de los argumentos que en la reconstrucción de las doctrinas completas de los autores que los hayan sostenido.

También aparecerá, como no podría ser de otro modo, mi propia visión de estos problemas. Aunque intentaré mostrarme lo más ecuánime posible en su tratamiento, es inevitable que se manifieste algún sesgo debido a mi propia orientación. Por eso, tal vez sea conveniente explicitar desde el comienzo cuál es mi posición general ante los problemas de identificación y de justificación que veremos.

Por lo que hace a la identificación del derecho, soy de la opinión de que aún están por explorar todas las implicaciones de una teoría del derecho de corte convencionalista y esa es la línea en la que me inscribiría. En relación con los problemas de justificación, ya he dicho que hay que extremar la cautela y así procederé. De todos modos, los presupuestos de los que parto quedan bastante claros a lo largo de la segunda parte del libro. Se corresponden con una filosofía política de corte liberal, en un sentido muy amplio del término «liberal». Se trata no de un liberalismo económico de corto alcance, sino bási-

camente de un punto de vista liberal de cómo debe ser la sociedad, una visión que pretende tomarse en serio los principios de autonomía, de indivisibilidad y de dignidad de las personas, tal como se exponen en el último capítulo.

Una última advertencia. No espere el lector encontrar respuestas definitivas a los problemas planteados. Y es que, como nos recuerda Bertrand RUSSELL, «la filosofía debe ser estudiada, no por las respuestas concretas a los problemas que plantea [...] sino más bien por el valor de los problemas mismos; porque estos problemas amplían nuestra concepción de lo posible, enriquecen nuestra imaginación intelectual y disminuyen la seguridad dogmática que cierra el espíritu a la investigación» (RUSSELL, 1912: 134-135).

Esta es, en última instancia, la aspiración de este libro. Al lector corresponderá juzgar en qué medida se ha alcanzado.

PRIMERA PARTE
IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO

CAPÍTULO I

¿CUÁNDO EXISTE EL DERECHO EN UNA DETERMINADA SOCIEDAD?

Para que el concepto de dinero pueda aplicarse al material que está en mi bolsillo, tiene que ser la clase de cosa que la gente piensa que es dinero.

Si todo el mundo deja de creer que es dinero, deja de funcionar como dinero y, finalmente, deja de ser dinero.

John R. SEARLE

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El 7 de julio de 1981 se aprobó en España la llamada ley del divorcio. La aprobación de esta ley era el resultado de ciertas acciones llevadas a cabo por diputados y senadores que conformaban el Parlamento español de aquel entonces, por ejemplo, debates, aportaciones de enmiendas y votaciones con determinadas mayorías sobre el texto final. A pesar de este hecho ampliamente reconocido, algún cultivador de la dogmática civilista mantuvo que, aunque efectivamente se habían producido tales acciones, no se había introducido el divorcio en España, sencillamente porque el matrimonio es indisoluble por naturaleza. Los estudiantes, que querían estar informados de ese cambio legislativo, tuvieron que adquirir otros textos que lo recogieran y analizaran.

Imaginemos que, por esas mismas fechas, un señor acude a un abogado pidiéndole asesoramiento. Le explica que ha leído en los periódicos y ha oído en la televisión que ha entrado en vigor la citada ley y que él desearía saber

cuáles son los pasos jurídicos que debe seguir para divorciarse de su esposa. El abogado le responde: «No haga caso de lo que dicen los medios de comunicación. Aunque es cierto que se ha aprobado esa ley, en realidad usted no puede divorciarse ya que el matrimonio es indisoluble por naturaleza». Es probable que, frente a esta respuesta, el potencial cliente decida cambiar de abogado.

¿Qué es lo que suena extraño en las posiciones mantenidas por el dogmático y el abogado del ejemplo? Seguramente, lo que nos causa extrañeza es que no tomen en cuenta las acciones de los parlamentarios y no las consideren idóneas para producir modificaciones legislativas. En definitiva, esos planteamientos van en contra de la intuición de que el derecho de una sociedad es cambiante y que ese cambio se puede realizar voluntariamente mediante acciones de algunos miembros de esa sociedad. Aunque el dogmático y el abogado tengan razones para creer que el divorcio es inmoral, cometen un error al *identificar* el derecho de su sociedad, porque no han tenido en cuenta *hechos* relevantes. Por ese motivo, transmiten una información errónea y por eso mismo nos parece razonable que los estudiantes busquen otros libros y que el cliente cambie de abogado.

La intuición anterior se puede generalizar diciendo que es una idea ampliamente compartida la de pensar que el derecho es un fenómeno social. Coinciden en este punto tanto personas sin formación jurídica especial como cultivadores de distintas disciplinas que tienen como objeto de estudio el derecho de una determinada sociedad, bien sea desde una perspectiva sociológica, bien sea desde la visión de la dogmática jurídica, aunque sea con alguna excepción.

No escapan a este modo de entender el derecho los estudios de filosofía jurídica, ya que estos, a pesar de ocuparse del análisis de las propiedades compartidas por los distintos ordenamientos jurídicos, reconocen, o simplemente dan por descontado, que una de esas características comunes es que tales ordenamientos son producto de las acciones de seres humanos que viven en sociedad.

Otra forma de expresar la idea de que el derecho es un fenómeno social es la de afirmar que, de algún modo que después habrá que concretar, su existencia depende de hechos sociales (el resto del capítulo sigue lo dicho en VILAJOSANA, 2003 y 2006).

2. LA TESIS SOCIAL

Sin embargo, en la literatura sobre la relación entre hechos sociales y derecho se puede apreciar una gran variedad terminológica y de contenido. Aun-