
ANGELES LOPEZ MORENO
(Profesora Titular de Filosofía del Derecho, Moral y Política)

**Moral en el derecho positivo: una dimensión parcial en el estudio
de las relaciones moral-derecho**

I. INTRODUCCION

Abordar la cuestión en torno a la relación moral-derecho encierra grandes dificultades, por varias razones:

- en primer lugar, porque —utilizando la conocida frase de Rudolf von Ihering, de la que también parte Henkel— cualquiera que intente abordar esta cuestión tiene que hacerlo con la clara conciencia de que está poniendo rumbo hacia «el Cabo de Hornos, Cabo de las Tormentas» de la Filosofía del Derecho, esto es, que camina hacia un litoral sembrado de escollos que encierra un gran peligro de fracaso (1);
- en segundo lugar, ese peligro de fracaso viene dado porque la cuestión ha sido planteada y respondida desde puntos de vista tan dispares y encontrados —generalmente cada autor intenta demostrar al otro el fracaso de sus esfuerzos— que:

(1) Cfr. H. HENKEL, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, p. 217. B. CROCE lo llama «Cabo de los Naufragios»; G. DEL VECHIO lo califica de «vexata quaestio». Cfr. LUIS VELA, *El Derecho Natural en G. del Vecchio*, Univ. de Comillas, 1976, pp. 133 y ss.

- * por una parte, este hecho ha dado lugar a una verdadera avalancha de publicaciones: véanse, por ejemplo, las amplias bibliografías que acompañan las obras de Geddert y de Neff (2), «*Recht und Moral*», que sin pretender ser exhaustiva, incluyen más de 300 títulos;
- * por otra parte, las múltiples interpretaciones han acotado tanto la cuestión que resulta casi imposible introducir soluciones originales. A estas alturas, la aportación de soluciones verdaderamente nuevas, el descubrimiento de soluciones inéditas ha de resultar necesariamente infrecuente.

Creo, sin embargo, que en el momento presente, el replanteamiento de un problema tan viejo —consustancial a nuestra disciplina— desde perspectivas nuevas, que pasan, fundamentalmente, por «la mediación constitucional», hace sumamente atractivo su estudio.

Además, el interés que la doctrina muestra hoy por el tema es, a todas luces evidente. Así, por ejemplo, la joven revista «DOXA», bajo el título «*Problemas abiertos en la Filosofía del Derecho*», ofrece las respuestas de 52 filósofos del derecho de varias nacionalidades (España, Francia, Italia, Alemania, Gran Bretaña e Hispanoamérica). De las dos preguntas formuladas por los editores de la revista (Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante), la segunda reza así: «¿Cuáles son los problemas que, a su juicio, es más necesario o más previsible que reciban una atención preferente en el inmediato futuro?». Para 26 de los mencionados autores el problema de la relación entre moral y derecho en el marco constitucional y democrático de derecho, debe recibir una atención preferencial e inmediata (3).

Por todo lo expuesto hasta aquí, nuestro enfoque del problema pretende centrar, desde aquellas *perspectivas nuevas*, las relaciones entre moral y derecho, ahora analizadas en una *dimensión parcial*: la moral en el derecho positivo, así como en un análisis de momentos significativos en la práctica jurídica, legislativa y judicial.

(2) Pp. 447 y ss.

(3) Así se manifiestan, entre otros, Robert Alexy (Goettingen), Amadeo G. Conte (Pavia), Elías Díaz (Madrid), Ralf Dreier (Goettingen), Ronald Dworkin (Oxford), Eusebio Fernández (Madrid) —tiene en prensa un artículo dedicado a la relación moral-derecho en Hart—, Ernesto Galzón Valdés (Maguncia), J. J. Gil Cremades (Zaragoza), Georges Kalinowski (París), Carlos S. Ninc (Buenos Aires), Enrico Pattaro (Bolonia), Gregorio Peces-Barba (Madrid), E. Pérez-Luño (Sevilla), Otta Weinberger (Graz), etc...

No es pues, en su integridad, el problema filosófico del origen de la moral en el derecho positivo, esto es, de su desarrollo en la unidad del orden ético; *sí es* la cuestión de la *justicia intransistématica* del derecho, con la reserva de que su justificación y legitimidad últimas han de comprenderse en el sentido transistématico, metasistématico.

No obstante, antes de entrar en su análisis expositivo, conviene resaltar que la relación moral-derecho está íntimamente conectada con otras posiciones parciales subsiguientes como la del *deber de obediencia a la ley* y la de si existen determinadas *relaciones necesarias* entre la violación de normas jurídicas y normas morales. En otras palabras, se trata de la cuestión acerca de la relación entre *deber jurídico* y *deber moral*, entre la obligatoriedad jurídica y la obligatoriedad moral de una norma o de un sistema de normas, lo que a su vez remite a la cuestión acerca de si existe una relación entre derecho y moral, de tal forma, que el derecho positivo que viole normas de la moral pierde con ello su carácter jurídico o su validez jurídica. Pero, por otro lado, se trata de saber también si la violación de determinadas normas morales constituye, necesariamente, una violación de las normas jurídicas.

La discusión de todas estas cuestiones ha venido teniendo un carácter eminentemente *académico*. Sin embargo, en el panorama actual encuentran también una gran acogida en la actividad judicial y en la discusión político-práctica, fundamentalmente en la República Federal Alemana por las razones que más tarde examinaremos. Por lo que atañe a España e Italia, los problemas apuntados vienen suscitando un creciente interés, muy especialmente en el plano doctrinal. Basten dos ejemplos:

- núms. 23-24, 1983-84, de la revista Anales de la Cátedra Francisco Suárez, estudio con carácter monográfico el problema de la *«legitimación democrática»*;
- núm. 11, 1985, el Centro Nacional de Prevención y Defensa Social a través de su órgano la revista —dirigida por Renato Treves—, «Sociologia del Diritto», titula ese número *«Diritto e Legittimazione»* (4).

(4) En España la polémica en torno al deber de obediencia a la ley ha sido discutida, recientemente, por los profesores FELIPE GONZÁLEZ VICEN, «La obediencia al Derecho», incluido en su obra *Estudios de Filosofía del Derecho*, Universidad de La Laguna, Tenerife, 1979, pp. 388 y ss. La réplica a este autor en ELÍAS

Como es sabido, la *solución positivista* al problema —en el sentido de que *no existe ninguna vinculación necesaria* entre derecho y moral y que el deber jurídico y el deber moral tienen que ser separados— viene siendo la posición *más difundida y hasta dominante*, por obra de autores como Herbert Hart (considerado por muchos como el padre del iuspositivismo), especialmente a través de dos de sus obras fundamentales:

- * en 1958, en su ensayo «*Positivism and the Separation of Law and moral*»;
- * En «*The Concept of Law*» (1961);
- * así como sus afirmaciones en español en la conferencia pronunciada en la Universidad de Madrid, en 1980, que con el título «*El nuevo desafío al positivismo*», supone no sólo la reafirmación de la tesis positivista de la separación sino también el intento de refutar la pretendidas tesis iusnaturalistas de su sucesor en la cátedra de Oxford, Ronald Dworkin (5).

Y, en el mundo germano, como posición también dominante, hasta hace algunos años, especialmente por obra del prestigioso profesor de Berlín, W. Ott con su trabajo «*Das Rechtspositivismus*», aparecido en Berlín en 1976.

Sin embargo, a partir de la Segunda Guerra Mundial y a raíz de la arbitrariedad legal imperante en Alemania durante el nacionalsocialismo, la posición iuspositivista ha venido siendo duramente cuestionada, atribuyéndosele además responsabilidad directa en ese estado de cosas (6).

DÍAZ, *De la maldad estatal y la soberanía popular*, Ed. Debate, Madrid, 1984, especialmente pp. 76 y ss. En Francia, PASSERIN D'ENTREVES se ha ocupado también del problema en su obra, *Obbedienza e resistenza in una società democratica*, Ed. Comunità, Milano, 1970. En lengua inglesa se ha ocupado del problema, en nuestros días, WILLIAM N. NELSON, *On justifying democracy*, traducción castellana de Marta I. Guastavino, Ed. Ariel, Madrid, 1986.

(5) La conferencia de HART está publicada en la Rev. *Sistema*, n.º 36, correspondiente al año 1980, pp. 3-18. Ronald DWORKIN responde a HART en tres artículos posteriores publicados en inglés y en francés, «Droit et Société», *Revue Internationale de Théorie du Droit et de Sociologie Juridique*, n.º 1, agosto 1985, pp. 27 a 9.

(6) En 1959, HEINRICH ROMMEN afirmaba: «el positivismo ... había dejado a los juristas indefensos frente a las leyes de contenido arbitrario o criminal privado teóricamente a los tribunales de justicia de la posibilidad de introducir consideraciones basadas en el derecho natural». En *Natural Law Forum* vol. 4, 1959, p. 1.

La *teoría pura del derecho* fue condenada como la gran culpable. Las declaraciones

En la actualidad podría argüirse que el problema de la obediencia bajo las condiciones de un Estado constitucional y democrático no tiene sentido, ya que las instituciones y los procedimientos con que cuenta este Estado, ofrecen suficientes garantías para que no se sancionen leyes que a causa de su reprochabilidad moral planteen el problema del rechazo del deber de obediencia. Sin embargo, los *múltiples movimientos de protesta*, fundamentalmente a partir de 1967, han conmovido drásticamente este supuesto. Para su constatación basten algunos ejemplos. En 1967 la organización «Resist» hizo circular por los EE.UU. un documento titulado «*A Call of Resist Illegitimate Authority*», firmado por varios cientos de personas, entre ellas intelectuales como Noam Chomsky, Dwight MacDonald y Benjamín Spock. Dos años más tarde, los iniciadores del documento fueron condenados por incitar la «*Selective Act*». A partir de esa misma fecha, el New York Time viene desarrollando seminarios y simposios sobre la «desobediencia civil».

La constatación se hace mucho más significativa en la República Federal Alemana, en donde se comprueba fácilmente recurriendo a la casuística actual siguiente:

— *en la esfera política*. En el debate en el Parlamento Federal del día 1 de octubre de 1982, sobre el *voto constructivo de desconfianza* de las fracciones de la CDU/CSU y del SPD, la diputada Hamm Brucher sostuvo la siguiente concepción con respecto a lo que ella calificó de «dos procedimientos», es decir, que «Helmut Schmidt fuera derribado sin voto de los electores» y que «Helmut Kohl, sin voto de los electores, asumiera el cargo de Canciller». La diputada afirmó: «Sin duda, los dos procedimientos, que se condicionan recíprocamente, son constitucionales; pero, me parece que sobre ambos pesa la sombra de la *violación de la decencia democrática*. Dañan casi la integridad ético-moral del cambio de poder» (7). La réplica no se hizo esperar: primero, por parte del diputado H. Kohl —«¡Es escandaloso que Vd. califique de inmoral a la Constitución! Si se decide, se trabaja, se lucha dentro

ciones de Kelsen en 1963, significaron para unos pocos juristas la confirmación de sus peores sospechas sobre la complicidad positivista en la implantación de la barbarie nazi. «Desde el punto de vista de la ciencia del derecho, durante la dominación nazi, el *derecho fue derecho*. Podemos lamentarlo, pero no negar que fue derecho». Cfr. GARZÓN VALDÉS, *Derecho y naturaleza de la cosa*, 2 tomos, Córdoba, Argentina, 1970; también en *Derecho y Filosofía*, Madrid, 1980, pp. 7-9.

(7) En *Deutscher Bundestag*, p. 7196.

del marco de la Constitución, le guste a uno más o menos en una situación concreta, no se puede nunca ser inmoral»— vid., a continuación, por parte del diputado Geissler —«La Constitución de la República Federal ... y el goce de los derechos de acuerdo con esta Constitución no pueden ser nunca inmorales; ¡nunca inmorales!»;

- *en la esfera académica*, en una carta de lector dirigida al Seminario «*Der Spiegel*», el filósofo del derecho Norbert Hoerster, profesor de la Universidad de Maguncia y decidido iuspositivista, básicamente objetó dos cosas contra esta concepción: en primer lugar, no es posible excluir «a priori» que una norma constitucional sea inmoral, y, segundo, bajo determinadas circunstancias concretas el recurrir a una norma jurídica moralmente inobjetable puede ser inmoral (por ejemplo, la realización de una ejecución forzosa contra un deudor a raíz de la cual su familia se suicida). La carta del profesor de Maguncia concluía con algunas observaciones de tipo retórico-polémico que apuntaban a la necesidad de no ignorar las conexiones y diferencias entre derecho y moral;
- *en la esfera de lo social*, la polémica se ha centrado curiosamente en el campo de la cinematografía. En los últimos cuatro años, dos películas han llamado poderosamente la atención de la opinión pública, señalando que en la República Federal de Alemania, después del derrumbe del Tercer Reich, no se realizó con la debida coherencia una «autolimpieza» de la justicia alemana. A raíz del epílogo de la película «*La rosa blanca*», de Michael Verhoeven y Mario Krebs, se produjo una discusión pública sobre la superación jurídicamente necesaria de los Tribunales de Justicia, sobre todo del Tribunal del Pueblo, lo que condujo, entre otras cosas a declaraciones del Presidente del grupo parlamentario del SPD en el Parlamento Federal y del Ministerio Federal de Justicia. La otra película había sido realizada por el director Axel Engstfeld y la sagaz periodista Peggy Parnass. Su título: «*Acerca de jueces y otros simpatizantes*». Con ayuda de medios de prueba documentales, la película procura probar la tesis de que entre la justicia federal-republicana y la justicia nazi existen amplias continuidades personales y de otro tipo. La película intenta constatar una «continuidad» en determinadas actividades de los jueces, tales como «pusilanidad», «voluptuosidad de poder», «falta de coraje moral», etc., atribuyéndola a una actitud básicamente positivista que se vendría manteniendo hasta nuestros días.

II. EL PLANTEAMIENTO DE LA RELACION MORAL-DERECHO EN LA DISCUSION ACTUAL. ANALISIS TEORICO-PRACTICO

1. EL MARCO DE REFERENCIA: LA POLÉMICA RADBRUCH-HART

Gran parte de la discusión actual sobre la relación entre moral y derecho toma como marco de referencia la polémica Radbruch-Hart, que representan, a su vez, la respuesta positivista (Hart) y la respuesta «modificada» (Radbruch) al problema.

Desde los supuestos de su relativismo axiológico, Radbruch, hasta 1933, afirmaba que cualquiera que sea la solución que se adopte respecto a la concepción filosófico-jurídica sobre el supremo valor del derecho, el derecho positivo aparecerá siempre como una *norma obligatoria*; más aún, la concepción relativista de los valores, según la cual la supremacía de alguno de ellos no es comprobable por la ciencia, conduce al reconocimiento de la necesidad y la obligatoriedad del derecho positivo (Verdross, p. 324). Pero esta conclusión implica a la vez que cualquiera que sea el valor supremo escogido, el *derecho positivo* es reconocido como un *valor objetivo*.

En cuanto a la obligatoriedad del derecho positivo para el juez, Radbruch escribió:

«El juez tiene el deber profesional de hacer valer la voluntad de validez de la ley, sacrificar a la autoridad del derecho su propio sentimiento jurídico, *preguntándose sólo qué es derecho* y no si también es justo... Por más injusto que pueda ser el contenido del derecho, hay un fin que siempre cumple en virtud de su mera existencia: el de la seguridad jurídica... *Despreciamos al párraco que predica en contra de sus convicciones, pero respetamos al juez que no se deja confundir en su fidelidad a la ley por un sentimiento jurídico opuesto a ella*» (8).

En esta frase el iuspositivismo, derivado del relativismo, de Radbruch parece innegable. Sin embargo, en la segunda fase de su pensamiento, después de 1933, Radbruch sometió a una substancial revisión crítica su concepción anterior. En el ensayo publicado en 1946, «*Arbitrariedad legal y derecho suprallegal*», incluido por deseo propio en

(8) G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, ed. 1974, p. 178.

la nueva edición de su «*Rechtsphilosophie*» (9), acuñó una nueva fórmula, según la cual en caso de conflicto entre la seguridad jurídica y la justicia, es decir, entre el derecho y la moral, *por lo general* hay que dar prioridad al derecho, «a menos que la contradicción del derecho positivo respecto de la justicia alcance *una medida tan intolerable* que la ley, en tanto derecho injusto, tenga que ceder ante la justicia» (p. 345). En estos casos hay que negar validez a la norma jurídica. Aún más, según Radbruch, hay normas que ni siquiera tienen que ser consideradas como normas jurídicas válidas: «Allí donde no se aspire a la justicia, allí donde la igualdad que constituye el corazón de lo justo es desconocida conscientemente en la creación del derecho positivo, la ley, así impuesta, no solamente es un derecho injusto, sino que más bien *carece de la esencia de lo jurídico*». Y, para concluir con firmeza, afirmó: «La supuesta legalidad propia del derecho que deriva del positivismo jurídico ... desemboca necesariamente en la posibilidad del Estado totalitario y de sus leyes. *El positivismo* no puede por sí mismo fundar la validez de las leyes... la fuerza puede ser la base para un *tener que ser* (Müssen), nunca para un *deber ser* (Sollen). El deber ser puede únicamente fundarse en *un valor inmanente a la ley*» (pp. 337 y 352).

Las palabras de Radbruch tuvieron muy pronto una acogida preferencial y fueron asidero utilizado reiteradamente desde entonces, por los tribunales superiores de justicia alemanes. De forma bien notoria en la Bundesverfassungsgericht (BVerfGE) de 14-2-1968. En el caso que había que fallar se trataba de saber si el juicio sucesorio de un judío que antes de la Segunda Guerra Mundial había emigrado a Holanda y había desaparecido en 1942, debía llevarse a cabo de acuerdo con el derecho alemán o con el holandés. Ello dependía del hecho de si, de acuerdo con el párrafo 2 de la 11 Ordenanza de la Ley de ciudadanía del Reich de 21-11-1941, como emigrado judío había perdido su ciudadanía alemana.

Como en este caso no era aplicable la norma especial del art. 16, I de la Grundgesetz, que regula este tipo de situaciones, ya que la persona en cuestión había desaparecido, el Tribunal Constitucional Federal se vio en la necesidad de formular consideraciones jurídicas básicas con respecto a la validez de la mencionada Ordenanza de la Ley de ciudadanía del Reich.

(9) Pp. 339-350, así como en su *Einführung...* y en su artículo «Leyes que no son Derecho y Derecho por encima de las leyes».

A nuestros efectos, y como asunción de la fórmula «modificada» de Radbruch, recogemos los párrafos 1, 2 y 3 de la parte resolutive de la sentencia, en donde se afirma:

- «1. A las prescripciones jurídicas nacionalsocialistas se les puede negar validez como derecho cuando contradicen principios fundamentales de justicia de una manera tan evidente que el juez que quisiera aplicarlas o reconocer sus consecuencias jurídicas no dictaría derecho sino "Unrecht".
2. En la Undécima Ordenanza acerca de la Ley de ciudadanía del Reich de 25 de nov. de 1941, *la contradicción con la justicia alcanzó una medida tan insoportable que desde el primer momento tiene que ser considerada como nula.*
3. Una arbitrariedad que manifiestamente viola los principios constitutivos del derecho no se convierte en derecho por el hecho de ser aplicada y obedecida» (10).

De esta forma Radbruch inició no sólo el tantas veces mencionado «renacimiento del iusnaturalismo de fines de los años 40 y de la década de los 50», sino que fijó también el punto de partida de una discusión que, como veremos, dura hasta hoy. Y, quiérase o no, su concepción ingresó en la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia alemanes: La Corte Federal de Asuntos Penales (BGHST, 2, 234; 2, 333; 3, 357), la de Asuntos Civiles (BGHZ, 3, 94), lo mismo que el Tribunal Federal Constitucional (3, 58; 3, 225; 6, 132; 23, 98) suelen sostener, invocando a Radbruch, que se debe negar validez a determinadas prescripciones jurídicas, por contradecir en medida tan insoportable el derecho natural, la moral, la justicia, o un ámbito esencial de derecho.

En la discusión internacional, sobre todo, H. L. Albert Hart (11) se ha pronunciado en contra de la solución de Gustav Radbruch. La discusión con Radbruch ocupa un lugar central en la defensa que Hart hace del positivismo, ya que —como él mismo señala— la po-

(10) BVerfGE, 23,98; cfr. en el mismo sentido de aceptación de la fórmula de RADBRUCH: BVerfGE, 3,58 (pp. 118 y ss., 225 y 232).

(11) En su obras, *Der Positivismus und die Trennung von Recht und Moral* (1958), incluida en *Recht und Moral* (Goettingen, 1971, pp. 14-57), y también en «Legal Positivism and the Separation of Law and Morals» (*Harvard Law Review*, LXXI, 1958, pp. 598 y ss.); fundamentalmente en *The Concept of Law*, trad. esp. 1961.

sición de Radbruch «aborda exactamente el punto que Bentham y Austin tenían en mira al abogar por la separación entre el derecho que es y el derecho que debe ser» (p. 40).

Dicho brevemente, Hart considera que la posición de Radbruch es *simpática, ingenua y no deseable en sus resultados*.

* *simpática*, porque en todo caso no toda norma, sólo por el hecho de que pertenezca al derecho «prima facie» válido, tiene que ser obedecida y porque sería también insatisfactorio dejar sin castigo acciones notoriamente inmorales por el solo hecho de que fueran realizadas dentro del marco de un derecho «prima facie» válido en el momento de su realización (pp. 40 y 42);

* *ingenua y no deseable en sus resultados*, entre otras cosas, porque Radbruch no toma en cuenta que las consecuencias normativas que a él le parecen importantes para su concepción, pueden también ser formuladas en una concepción positivista. Porque con el reconocimiento de una norma como parte constitutiva del derecho vigente no se ha dicho todavía nada acerca de su obligatoriedad moral; el ciudadano que se ve confrontado con una ley inmoral (o con una acción arbitraria pero «prima facie» conforme a derecho) puede perfectamente decir: «La ley es la ley, pero esto no decide la cuestión. El derecho no es la moral; no desplaza a la moral» (pp. 42 y ss.).

Según Hart, la tesis de Radbruch se basa «en el malentendido de que con el «reconocimiento» de una norma válida de derecho también se ha decidido la cuestión moral de la pregunta ¿se debe obedecer esta norma? (12). Continúa señalando Hart que si aceptamos la tesis de Radbruch y con él las sentencias al respecto de los tribunales de justicia alemanes, estamos revistiendo la protesta contra leyes reprochables con la afirmación de que ciertas normas, debido a su intolerabilidad moral, no pueden ser derecho. Con ello, estamos introduciendo una tremenda confusión en una de las formas más fuertes de la crítica moral. La tesis de Radbruch plantea la cuestión aduciendo que estas cosas reprochables no son derecho, lo cual resulta a todas luces «manifestación de una filosofía objetable». Para Hart el conflicto aquí presentado entre deber jurídico y deber moral es sólo un conflicto moral y, en tanto tal, tiene que quedar relegado

(12) *Der Positivismus...*, p. 42.

a la decisión del individuo y su análisis teórico remitido a la *teoría de la moral*.

La réplica a Hart no se hizo esperar por parte de la doctrina alemana. Concretamente para el profesor de Colonia, Martin Kriele, y para el profesor de Goettingen, Ralf Dreier (13), Hart no ha discutido con suficiente profundidad la pluralidad de problemas jurídicos que plantea la arbitrariedad nacionalsocialista cuando se presenta bajo la forma de una ley (14). A decir verdad, Hart, en sus obras fundamentales (15), se limita a la discusión de un único caso de tipo penal: la sentencia del Oberlandsgericht Bamberg de julio de 1949, en la que una mujer que había denunciado a su esposo por la violación de una ley nazi de 1934, fue condenada por haberlo privado ilegalmente de la libertad, entendiéndose el tribunal que la ley de 1934 carecía de validez (16).

Sin embargo, los argumentos de Hart merecen una atención mayor y un examen más detenido. Veámoslo.

En su obra más importante y difundida, «*The Concept of Law*» (17), de 1961, investiga Hart la fórmula de Radbruch en conexión con la cuestión acerca de si es funcional utilizar un *concepto amplio o restringido* de derecho.

— El *concepto amplio* de derecho es el que postula el positivismo jurídico y está definido por la tesis que sostiene que *no existe ninguna conexión necesaria* entre derecho y moral. «Aquí entendemos por positivismo jurídico —señala Hart— la afirmación simple

(13) M. KRIELE en *Rechtspflicht* (p. 424) sostiene que la forma positivista de la separación derecho-moral ... tiende más a apoyar los impulsos anarquistas que a frenarlos. La posición de R. DREIER, así como su crítica será examinada más adelante.

(14) *En Recht und praktische Vernunft*, Goettingen, 1979, p. 144.

(15) Especialmente en *El positivismo y la separación*, y en *El concepto del Derecho*, pp. 257, 322 y 323.

(16) Este caso ha sido analizado también en profundidad por PAPPE, *On the Validity of Judicial Decisions in the Nazi Era* (23 MLR, 1960, cit. por Hart, p. 323), por M. KRIELE, *op. cit.*, y por B. A. LANGNER, E. LINSMAYER, H. J. KERKAU; todos ellos justifican la tesis de que la fórmula de RADBRUCH, no obstante su vaguedad, constituye una propuesta de solución plausible y practicable.

(17) Trad. al castellano por G. Carrió en 1963, y curiosamente no traducida al alemán hasta 1972 (lo cual, lógicamente, hace que su pensamiento a comienzos de los años 70 sea conocido por unos pocos especialistas de influencia anglosajona; sólo en 1971 apareció la primera traducción de HART realizada por el profesor de Maguncia N. HOERSTER, *Recht und Moral*, Goettingen; la 1.ª trad. al alemán es obra de Alexander von Baeyer, Franckfurt).

de que en ningún sentido es necesariamente verdad que las normas jurídicas reproducen o satisfacen ciertas exigencias de la moral, aunque de hecho suele ocurrir así» (18).

- El *concepto restringido* es el concepto modificado ético-jurídicamente y que niega el carácter de derecho a ciertas normas a causa de su reprochabilidad moral.

Hart se decide claramente por el *concepto amplio* de derecho, según el cual: «si adoptamos el concepto amplio de derecho, ello nos llevará, en las investigaciones teóricas, a agrupar y considerar juntas como "derecho" todas las reglas que son válidas según los *criterios formales* de un sistema de *reglas primarias y secundarias*, aún cuando alguna de ellas atenten contra la moral de nuestra sociedad o contra lo que podemos considerar que es una moral verdadera o esclarecida» (19).

Para apoyar este concepto amplio de derecho Hart recurre, fundamentalmente, a *tres argumentos*: uno *técnico*, otro *ético-pedagógico* y otro *lingüístico-conceptual*.

- * Según el *argumento técnico*, el concepto restringido de derecho esto es, el introducido por la fórmula de Radbruch, produce confusión en la disciplina del derecho porque excluye del ámbito de objetos de la ciencia del derecho *leyes moralmente reprochables* lo cual, desde su punto de vista, carece de sentido y, además, no responde a la autocomprensión de esta disciplina.
- * Según el *argumento ético-pedagógico*, el concepto del derecho éticamente modificado no es adecuado, en modo alguno, para reforzar especialmente entre los juristas, la disposición moral a la resistencia en contra de las leyes injustas.
- * Por último, el *argumento lingüístico-conceptual* (al que se refiere muy ampliamente en su obra anterior «*El positivismo y la separación...*»), tiene como base razones de claridad lingüístico-conceptual que no admiten un concepto de derecho éticamente neutro cuando se toman en cuenta Estados arbitrarios.

(18) *Op. cit.*, p. 230 de la trad. esp.

(19) *Op. cit.*, p. 258 de la trad. esp.

Para Hart, aceptar el concepto de derecho ético-jurídicamente modificado *podría impulsar a incorporar* nuevamente al ámbito de investigación del derecho, problemas de justificación ética que habían venido siendo desplazados de aquél por el positivismo jurídico, lo cual supondría la aparición de un «peligroso fantasma», como ya apuntaba Norberto Bobbio al referirse al derecho natural.

Nótese, sin embargo, que aunque el conflicto debía ser considerado y resuelto no sólo en la esfera de la moral, como propone Hart, sino también en la esfera jurídica, fue tenido en cuenta por Radbruch al establecer la dicotomía *derecho positivo/derecho suprapositivo*.

2. LA MEDIACIÓN CONSTITUCIONAL EN LA SOLUCIÓN DEL PROBLEMA

Pero, prescindiendo ahora de este estado de cosas derivadas del nacionalsocialismo, ¿qué ocurre hoy cuando el conflicto se presenta en Estados con democracias constitucionales en cuyos respectivos textos fundamentales se hallan incorporados principios de la moral, principios de *derecho racional*, auténticos contenidos materiales, como puede ser el caso del art. 1,1.º («De los derechos y deberes fundamentales») de nuestra Constitución de 1978, o los 20 primeros artículos, y muy especialmente el art. 20,3 y 4 de la Grundgesetz alemana?

Una incorporación de tal entidad constituye una nueva configuración del problema de la relación entre moral y derecho, relevante, no sólo para la interpretación llevada a cabo por el teórico del derecho, sino también, y fundamentalmente, para la interpretación judicial sobre esa nueva mediación constitucional (20).

Los intentos de solución, las respuestas ante esta nueva configuración del problema siguen siendo *aparentemente* múltiples, dispares y antagónicas. Para examinar la disparidad de respuestas, con el fin de clarificar posiciones y a título de ejemplo más significativo, voy a situar la polémica en el ámbito de la doctrina alemana actual.

(20) Muy preciso es el planteamiento que en este sentido hace Luis Díez Prcazo en su reciente artículo «Constitución, ley, juez», publicado en la *Rev. Española de Derecho Constitucional*, Año 5, n.º 15, sept.-dic. de 1985, pp. 9-23, especialmente la conclusión pp. 22 y 23.

3. INTENTOS DE SOLUCIÓN EN LA DOCTRINA ALEMANA ACTUAL

3.1. Punto de partida de la discusión: art. 20,3 de la Grundgesetz

Como es sabido, las interpretaciones de la doctrina alemana parten de la fórmula establecida en el artículo 20, párrafo 3.º de la Grundgesetz: «El Poder Legislativo (die Gesetzgebung) estará vinculado al orden constitucional y el Poder Ejecutivo (die vollziehende Gewalt) y el Judicial (die Rechtsprechung) estarán sujetos a la *ley y al Derecho*.»

De la fórmula, que según Gerardo Morelli (21) constituye una novedad en la historia constitucional, se han venido ofreciendo *dos interpretaciones fundamentales*:

primera: Para algunos autores la fórmula representa «el golpe de gracia al positivismo»:

a) Así, por ejemplo, Bachof (22), en 1967 *apoyándose*:

— por un lado en el texto constitucional y;

— por otro lado, apoyándose también en los últimos párrafos de la *primera sentencia* del Tribunal Federal alemán en donde se declara que: «El Tribunal ... reconoce la existencia de un *derecho supra-positivo*, vinculante para el legislador constitucional» (23), *deduce*: que la Ley Fundamental de Bonn *inequívocamente* parte del presupuesto de la existencia de valores trascendentes, que asumen relevancia en el derecho» (24).

(21) *Il Diritto Naturale nelle costituzioni moderni*, Publ. Univ. Cattolica del Sacro Cuore, Milano, 1974, p. 164.

(22) *Verfassungsrecht, Verfassungsnormen?*, incluido en la obra colectiva *Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts*, II Banden, Tübingen, 1967.

(23) Bundesverfassungsgericht, *Entscheidungen*, 1, 14 y ss.

(24) En *ibid.* Por su parte H. V. EVERS habla de «una conciencia acrítica del derecho natural en la jurisprudencia» («*Zum umkritischen Naturrechtsbewusstsein in der Rechtsprechung der Gegenwart*», J. Z. 1961, p. 200.)

Para H. WELZEL (*Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, p. 325) la fórmula «se torna expresión de la metafísica esencial neotomista».

W. WEISCHEDEL (*Recht und Ethik*, 1956, p. 12) afirma que es una plasmación de la crítica de los valores de Scheller y Hartman; es signo de la ética cristiana. Otras interpretaciones pueden verse en: ARTHUR KAUFMANN, *Gesetz und Recht*, en *Festschrift f. E. Wolf*, 1962, pp. 357 y ss., ampliado en *Rechtsphilosophie im Wandel*, Frankfurt a.M., 1972, pp. 135 y ss.; G. MULLER, *Naturrecht und Grundgesetz*, 1976, p. 11 y ss.

- b) Por su parte, Karl Engisch en su «*Einführung in das Juristische Denken*» (25), señala que «esta fórmula va más allá de la ley con el agregado "y derecho" y apunta al *derecho supralegal*» (26), tesis que él mismo apoya en reiteradas sentencias del Bundesverfassungsgericht y del Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Federal), que a su vez han tomado de la «cuidadosa» formulación de G. Radbruch.

Para Engisch la formulación de la idea de la subordinación de la ley a la justicia y a la moral puede considerarse «en gran medida» como tesis dominante en Alemania, y añade: «pero desde luego, no como una tesis indiscutida» (27).

segunda: Para otros autores se trata, en cambio:

- a) O bien de una *fórmula vacía* o de un *redundante pleonismo*.
- b) O, eventualmente, se ha de entender que la ley concede una *autorización* a los órganos administrativos y judiciales para producir derecho.

La primera de estas interpretaciones ha sido defendida en aquellos autores cuyos artículos integran la obra colectiva «*Gesetz und Recht-Recht und Gesetz*» (28), así como por otros autores de marcada línea iuspositivista, como es el caso de W. Apelt (29) y H. Nawiasky, quien ha venido defendiendo su positivismo desde 1924, más tarde reafirmado en «*Positives und überpositives Recht*».

La segunda de las interpretaciones es sustentada por Karl Larenz, según se deduce de lo expuesto en su «*Metodología de la Ciencia del Derecho*», a la hora de

(25) Trad. esp. de ERNESTO GARZÓN VALDÉS, *Introducción al pensamiento jurídico*, Madrid, 1967.

(26) Cfr. ENGISCH, *op. cit.*, p. 260. Allí enumera una completísima referencia bibliográfica al efecto.

(27) *Ibid.*, p. 216 de la trad. esp.

(28) En Jahrreiss, 1951.

(29) *Verfassung und richterliches Prüfungsrecht*, en JarhZeit, 1954.

examinar el desarrollo judicial del Derecho como continuación de la interpretación (30), así como en su obra reciente «*Derecho Justo. Fundamentos de ética jurídica*» (31). Larenz apoyándose en reiteradas sentencias, no sólo del Tribunal Constitucional Federal, sino en otras del Tribunal Supremo Federal, piensa que la fórmula concede la *misión* y la *facultad* de una *producción creadora del derecho*, dirigida a los jueces y tribunales (32).

Para estas interpretaciones, reconocer un supraderecho por encima de la ley es, en realidad, una «contra dictio in terminis», por ello, la fórmula ha de ser considerada como privada de todo contenido.

Hasta aquí, las líneas generales interpretativas de la doctrina sobre el punto de partida de la discusión referida al art. 20,3.º, de la GG. Veamos, ahora, los planteamientos doctrinales actuales realizados desde posiciones antagónicas: el punto de vista iusnaturalista, representado por la tesis de Ralf Dreier, y el punto de vista iuspositivista representado por la tesis de Norbert Hoerster.

b) *Solución de Ralf Dreier*

En la doctrina alemana actual, Ralf Dreier, en el capítulo dedicado a Derecho y Moral, de su obra «*Recht, Moral, Ideologie*» (33), teniendo en cuenta:

- * la configuración constitucional del Estado;
- * la incorporación de lo que él denomina «Vernunftrechtsprinzipien» principios del derecho racional (34), en el derecho positivo; especialmente la incorporación que de esta clase de principios es llevada a cabo en los 20 primeros artículos de la GG;

(30) P. 362 de la ed. esp. realizada por M. RODRÍGUEZ MOLINERO.

(31) Trad. esp. de LUIS DÍEZ-PICAZO, Ed. Civitas, Madrid, 1985, especialmente cap. VI, «Los principios del estado de derecho, en sentido estricto», pp. 151 y ss.

(32) *Metodología...*, *op. cit.*, p. 362.

(33) Suhrkamp Verlag, Frankfurt a.M., 1981, cap. VI, pp. 180-210. Traducción: esp. de E. GARZÓN VALDÉS, en *Derecho y Filosofía*, Ed. Alfa, Barcelona, 1981, pp. 71-110.

(34) *Op. cit.*, p. 193 de la ed. alemana; p. 87 de la trad. esp.

* la fórmula modificada de Radbruch;

* y las reiteradas sentencias del Tribunal Constitucional Federal,

considera que «incluso el concepto jurídico del Estado de Derecho ha sido definido constitucionalmente a través de principios ético-jurídicos y es por ello *valorativamente abierto*», como así parece desprenderse de la Bundesverfassungsgericht (BVerfGE), 34, 2629, donde se afirma: «El Derecho no es idéntico con la totalidad de las leyes escritas. Frente a las disposiciones positivas del poder del Estado, puede, en algunos casos, *existir un plus de derecho*, que tiene su fuente en el orden jurídico constitucional, como un todo de sentido, y que puede actuar frente a la ley escrita como un *correctivo*; la tarea de la actividad judicial consiste en descubrirlo y realizarlo en sus decisiones y fallos» (35).

Esta «apertura valorativa y normativa» que adquiere el concepto del derecho es para Dreier más adecuada a la complejidad de los problemas que encierra el concepto mismo del derecho. Por ello, de entre la tesis de Radbruch y la tesis de Hart, Ralf Dreier afirma que la de Radbruch debe ser preferida a la de Hart en base a los siguientes argumentos:

Primero: El conflicto entre moral y derecho *no* es un conflicto exclusivamente moral, como afirma Hart, y, por lo tanto, su solución no puede quedar limitada sólo a la esfera individual, a la conciencia individual, sino *que es* también un conflicto jurídico sobre el que hay que decidir con argumentos jurídicos.

Segundo: Es un conflicto jurídico porque acerca de la juridicidad de la decisión y de la acción individual que responda a ella, se tiene que decidir en un proceso judicial y de acuerdo con razones jurídicas y en la medida en que esta decisión depende del sentido en el que principios morales puedan estar presentes como principios jurídicos en un litigio judicial.

(35) Sentencia recogida y comentada por K. A. BETTERMANN, *Die Unabhängigkeit der Gerichte und der gesetzliche Richter*, en K. A. BETTERMANN; H. C. NIPPERDEY; V. SCHEUNER, *Die Grundrechte*, Bd. III, Hb. 2, Berlín, 1959, pp. 523 y ss., especialmente, p. 532.

Tercero: Porque en definitiva, dice Dreier, los tribunales se encuentran tan inevitablemente confrontados con la referencia del derecho a la justicia, que su puesta entre paréntesis equivaldría a no estar a la altura de su tarea y, no podemos olvidar que la tarea del juez consiste, en primer lugar, en tomar decisiones en base a la Ley, pero en caso de duda esas decisiones tienen que estar orientadas por la idea de la justicia.

La ventaja de la fórmula de Radbruch consistía, para Dreier, en que después de la desaparición de un sistema totalitario, los jueces del nuevo régimen democrático podrían reconocer la legalidad de los actos de resistencia contra aquél; y, no podemos olvidar que este derecho ha sido reconocido en el artículo 20,4.º de la GG (y que supone la continuación de una tradición histórica que se remonta a la Carta Magna inglesa y, más tarde, explicitado como tal derecho en la Constitución jacobina de 1793, artículos 33 y 35). Para Dreier es manifiesto que la GG ha establecido instituciones y procedimientos con miras a evitar la implantación de un régimen injusto; unas y otros están al servicio y para garantizar los contenidos éticos explicitados en la misma Constitución. Y son estos contenidos éticos, ahora convertidos en derecho positivo, los que transforman claramente el problema de constitucionalidad de las leyes.

Naturalmente, Dreier se da cuenta inmediatamente que la inclusión en la Constitución de ámbitos positivamente protegidos de derechos fundamentales puede ser utilizada como punto de partida para la justificación de la llamada «*desobediencia civil*» (36). Haciéndose eco de este problema, Dreier justifica jurídicamente la «*desobediencia civil*» bajo la siguiente fórmula: «Cada cual tiene derecho a realizar públicamente, sin violencia y por razones político-morales, una conducta jurídicamente prohibida cuando de esta manera se protesta contra una *grave injusticia* y su protesta sea proporcionada al mal que desee evitar» (37). Por «*grave injusticia*» entiende Dreier la violación de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución; por tanto, la desobediencia civil sería jurídicamente justificable tan

(36) Muy estudiado en la actualidad no sólo por la doctrina alemana, sino también por la doctrina inglesa —PETER SINGER, *Democracia y desobediencia*, Ed. Ariel, 1985— y la española, en los últimos trabajos del prof. GONZÁLEZ VICÉN y ELÍAS DÍAZ («De la maldad estatal...», *op. cit.*).

(37) Cfr. en este sentido *Widerstandsrecht und ziviler Ungehorsam in Rechtsstaat*, en PETER GLOTZ (comp.), *Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat*, Frankfurt, 1983, pp. 54-75.

sólo en la medida en que la situación por la que se protesta pueda ser calificada de inconstitucional.

No puede decirse que la propuesta de Dreier sea absolutamente original, pero, sin duda, resulta sugestiva, ya que ofrece una vía plausible para que los jueces resuelvan el status normativo de acciones «prima facie» ilegales, pero que, por otra parte, tras una evaluación de los bienes jurídicos en juego, puede ser calificada como conforme a derecho, sobre todo, si se toma en cuenta que las disposiciones constitucionales y más concretamente, las que hacen referencia a las libertades públicas, no son meras declaraciones de principios, sino derecho positivo de aplicación inmedata. (Tan inmediata que, sobre este punto, mucho tienen que decir hoy los jueces acerca de los continuos recursos a las mismas, incluso en el plano de procedimientos civiles y penales ordinarios.)

c) *Solución de Norbert Hoerster*

Contra la tesis de Dreier, y desde una concepción positivista, que combina elementos derivados del positivismo de Hart y elementos del positivismo alemán contemporáneo, reaccionan los profesores Norbert Hoerster, de la Universidad de Maguncia, y Lothar Kuhlen, de la Universidad de Frankfurt (38). Para ambos autores aceptar la posición de Dreier significa transformar la exigencia de justicia en criterio de validez de las normas jurídicas, con todos los graves problemas que implica equiparar el plano de la justificación jurídica de las acciones con el de su justificación moral.

Por razones de tiempo, me limitaré a exponer, brevemente, la propuesta de solución de N. Hoerster.

Para Norbert Hoerster —que como ya se indicó fue el primero que tradujo al alemán, en 1971, la obra de Hart «Recht und Moral»— en trabajos como:

— «*Normenbegründung und Relativismus*» (39), de 1974;

(38) Entre los trabajos de KUHLEN que abordan este tema vid., sobre todo, *Typuskonzeptionem in der Rechtsheorie*, 1977 y en *Die Objektivität von Rechtsnormen. Zur Kritik des radikalen labeling approach*, de 1978, si bien su interés está centrado, en la actualidad, en la aplicación de la filosofía analítica al campo del Derecho Penal.

(39) En *Philosophisches Jahrbuch*, 1974, 2, Halbband, pp. 247-258.

- «*Problemas de ética normativa*», de 1975 (40);
- «*Recht und Moral. Texte zur Rechtsphilosophie*», de 1977 (41);
- «*Zum begrifflichen Verhältnis von Recht und Moral*», 1981 (42);
- y, fundamentalmente en su último trabajo «*Ética jurídica sin metafísica*» (43);

una cosa es la inclusión en la Constitución de *disposiciones con un claro contenido ético* y otra, bien distinta, la *justificación ética de aquéllas*.

En este artículo —colocándose en una posición radicalmente opuesta a las mantenidas por Karl Larenz, Wolfgang Fikentscher o a las de sus «guardaespaldas filosóficos», a los cuales cita expresamente— se pregunta si existe, al menos en sus rasgos esenciales, un derecho «justo» que esté dado de antemano al derecho positivo, a lo que responde con otra pregunta que será, en definitiva, la que intente justificar: ¿no será más adecuado preguntarse si existen principios de un comportamiento social justo que sean fundamentables con la razón?

De la respuesta a esta cuestión de filosofía moral depende, para Hoerster, todo lo que se refiere a los componentes éticos de la filosofía jurídica, de la ética jurídica.

El propio Hoerster indica que el objetivo que le guía no consiste en desarrollar una teoría ampliamente fundamentada, sino que lo que pretende es «llevar al lector interesado en cuestiones de ética jurídica a que se dé cuenta de que cabe una respuesta satisfactoria al problema desde puntos de vista inusuales en el pensamiento jurídico alemán contemporáneo».

Qué entiende Hoerster por puntos de vista inusuales nos da la clave de su respuesta. De las dos tesis clásicas del relativismo axiológico formuladas por Max Weber, es decir, la de la separación entre el ámbito del ser y el ámbito del deber ser, y la de la imposibilidad de

(40) Trad. de E. GARZÓN VALDÉS.

(41) München, 1977.

(42) En «*Neue Hefte für Philosophie*», 17, 1981.

(43) Incorporado a la trad. de GALZÓN VALDÉS, *Derecho y Filosofía*, 1985, pp. 11-134

una fundamentación intersubjetiva de las proposiciones de deber ser, Hoerster acepta la primera, pero rechaza la segunda, sin que por ello, añade, esto quiera decir que adopte una posición metafísica. Para Hoerster, la tarea de un filósofo de la moral consiste en explicitar en una formulación exacta y lógicamente coherente, las premisas de nuestra argumentación moral cotidiana.

Ahora bien, añade que esto no significa caer en un «convencionalismo» en el sentido de que las convicciones morales cotidianas de una sociedad sean inmunes a toda crítica. Muy al contrario, a la luz de esas premisas, existe la posibilidad de corregir las convicciones que el análisis filosófico desvela. La tarea inicial de este análisis consiste, fundamentalmente, en liberar a estos principios de todo contexto metafísico.

Esta posición lleva aparejado el rechazo de dos actitudes filosóficas:

- por una parte, *la actitud especulativa*, según la cual los criterios básicos de la ética requieren una fundamentación que sólo puede ser proporcionada por alguna concepción metafísica;
- por otra parte, *la actitud positivista*, según la cual nuestros juicios morales cotidianos serían profesiones irracionales de fe, cuyo intento de justificación conduciría sólo a teorías vacías (44).

Hoerster —para resolver la segunda cuestión planteada según él por Weber— utiliza la fórmula de Günther Patzig «Ética sin metafísica» (45), como hilo conductor, a la hora de proponer una solución a la segunda afirmación de Weber sobre la fundamentación intersubjetiva de las normas morales.

El punto de partida son los intereses que cada cual considera subjetivamente valiosos: «Como no hay criterios objetivos de lo normativamente correcto, todo enunciado que diga que una determinada acción es correcta o que una determinada norma está fundamentada, debe ser entendido como expresión del interés de quien formula este enunciado» (46).

(44) Así, en *Normenbegründung und Relativismus*, cit. p. 265.

(45) GÜNTER PATZIG, *Ética sin metafísica*, trad. de E. GARZÓN VALDÉS, Estudios alemanes, Buenos Aires, 1974.

(46) *Op. cit.*, pp. 127 y 128 de la trad. esp.

De esta forma, según Hoerster, y partiendo de una base subjetiva, es posible justificar *intersubjetivamente* normas éticas cuando existe coincidencia de intereses entre los miembros de una sociedad, como, por ejemplo, sucede en el caso de la norma que prohíbe matar.

Para él, evidentemente, puede haber personas para quienes esta norma no esté justificada porque tienen un interés mayor en mantener su libertad de matar y están dispuestas a afrontar el riesgo de ser muertas.

Frente al fuera de juego, señala Hoerster, no existe la posibilidad de fundamentar intersubjetivamente la norma que prohíbe matar. La prohibición le es impuesta en este caso, por haber sido aprobada por la mayoría. Esta imposición no es el resultado de un «derecho» moral de la mayoría con respecto al que se coloca fuera de juego, o frente a la minoría, sino la *manifestación institucional* de una norma intersubjetivamente fundamentada.

Es, pues, un *asunto de poder* —lo que según Hoerster no debe ser motivo de mayor escándalo—, ya que todo orden jurídico se basa en el poder o «en una voluntad que está vinculada con el poder de su realización».

Como puede observarse, no son pocas las cuestiones que deja abierta la posición de Hoerster. El ejemplo de la prohibición de matar podría parecer, a simple vista, plausible, aceptable, pero cuando el *criterio de la mayoría* se aplica a otras normas no es difícil encontrar contraejemplos que cuesta aceptar como resultados éticamente valiosos de una fundamentación intersubjetiva de la mayoría (baste, por ejemplo, pensar en el problema de la discriminación racial de las minorías). Pero aún en el caso de que el orden jurídico sirva prácticamente los intereses de cada cual cabría preguntarse si ello es condición suficiente para aceptar, sin más, una evaluación ética positiva de este orden. La mera unanimidad de intereses, sin ninguna restricción valorativa, puede conducir a sociedades moralmente repugnantes, como las ilustradas por Mary Bigson en su artículo «*Rationality*» (47), cuando se refiere al ejemplo de los «amos» y «esclavos» voluntarios.

(47) En *Philosophy and Public Affairs*, vol. VI, n.º 3, 177, pp. 193-225, especialmente p. 207.

Sin embargo, cualquiera que sea la solución que se adopte frente a la propuesta de Hoerster, lo que no puede negarse es su difusión, aceptación y vigencia dentro del marco de la filosofía jurídica alemana contemporánea, interesada, especialmente, en buscar un tratamiento racional entre las relaciones moral-derecho, que permitan la apertura a una discusión internacional sobre este tema.

En fin, para concluir, la amenaza de la omnipotencia del Estado frente a los individuos, la amenaza de un «nuevo totalitarismo», parece estar siempre presente en la mente de la doctrina alemana. No obstante, a esta posible amenaza se la puede contrarrestar y hacer frente con los argumentos siguientes:

- 1.º La salvaguardia contra la omnipotencia del Estado está en el sistema mismo de valores fundamentales, que se hace vinculante para todos los órganos del Estado, como muy bien ha señalado K. Larenz (48). Ciertamente, la Ley Fundamental de Bonn —al igual que otras Constituciones—, no demanda de los ciudadanos que participen en las convicciones ético-políticas que a ella le sirven de fundamento; de lo contrario qué sentido tendría el derecho de libre expresión de opiniones recogido dentro del amplio elenco de derechos fundamentales. La GG pide únicamente a los ciudadanos que respeten las normas jurídicas creadas en consonancia con ella, e igualmente pide a sus «operadores jurídicos» que al concretar dichas normas lo hagan con el espíritu con que el ordenamiento está concebido y quiere ser entendido.
- 2.º Pero, es que, además, los valores superiores recogidos en los veinte primeros artículos de la GG son algo así como un «marco básico» desde el cual se pueden extraer fácilmente, no sólo para el juez, sino, muy especialmente, para el legislador, determinadas reglas de conducta. Actúan, por tanto, como verdaderas «ideas directrices», como «derecho justo», en el sentido que da Larenz y Dreier, y, por tanto, válidas para todos los miembros del Estado.

Ahora bien, y este es un problema distinto, sabemos también que todo ordenamiento jurídico prevé y establece unos criterios de medida que finalmente descansan en la aceptación de que determinados

(48) *Derecho Justo*, cit., en réplica a BOCKENFOERDE, pp. 172-73.

modos de comportamiento son más valiosos que otros; que determinados bienes son más dignos de tener en cuenta que otros y, por tanto, se han de preferir a otros y que al mismo tiempo hay que protegerlos en mayor medida que otros. A decir verdad, nuevamente tienen razón Larenz, no hay un ordenamiento jurídico que sea totalmente natural desde un punto de vista valorativo. Un ilimitado relativismo valorativo que piense que no es posible ningún tipo de acuerdo sobre los valores y, por ello, sobre lo que en justicia hay que mandar o no mandar, es practicable sólo en el campo de las convicciones privadas y de la configuración de la vida privada, pero no sirve como base del orden jurídico, pues si así fuera, la única posible base de legitimación frente a los que rechazan los valores sería sólo —como señala Hoerster— el argumento del poder.

Fikentscher ha visto con claridad el problema afirmando que el relativismo de los valores y la obligatoriedad de las decisiones de la mayoría no pueden regir sin límites. En su opinión —expresada a lo largo de su monumental obra *«Methoden des Rechts»* (49), «la democracia griega pereció porque no consiguió combinar las asambleas del pueblo, que deciden mayoritariamente en virtud del juicio libre de los hombres convocados, y la protección de los derechos inexpugnables de esos hombres» (50).

Sin embargo, sí parece conseguirlo la moderna democracia de derechos fundamentales (51). En la democracia constitucional la mayoría decide ciertamente cuál es la voluntad común de obrar y, para ello, decide cuáles son los valores vinculantes para el Derecho, pero, para que esto pueda ser posible tiene que partir del respeto a los derechos fundamentales individuales, los derechos de las minorías en cuanto tales y los principios del Estado de Derecho, que no están a la libre disposición de la mayoría.

De esta forma la genuina esencia del Estado de Derecho, afirma Fikentscher (52), consiste en que la mayoría representa estos valores y como tal ha de comprometerse con ellos por la vía del Derecho. De qué forma: haciéndolos evidentes.

(49) J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Bd. I-V, Tübingen, 1975-77.

(50) *Op. cit.*, vol. I, p. 258.

(51) *Op. cit.*, vol. IV, p. 476.

(52) *Op. cit.*, vol. IV, p. 474.