



DERECHO Y JUSTICIA. NOTAS SOBRE EL PENSAMIENTO FILOSÓFICO-JURÍDICO DE ALFREDO RODRÍGUEZ GARCÍA

José Manuel CABRA APALATEGUI*

Para citar este artículo puede utilizarse el siguiente formato:

José Manuel Cabra Apalategui (2012): “Derecho y justicia. Notas sobre el pensamiento filosófico-jurídico de Alfredo Rodríguez García”, en *Revista europea de historia de las ideas políticas y de las instituciones públicas*, n.º 4 (diciembre 2012), pp. 53-73. El texto se puede visualizar en línea en <http://www.eumed.net/rev/rehipip/04/jmca.pdf>.

ABSTRACT: This paper presents some of Alfredo Rodríguez García views on Legal Philosophy, without refusing to provide also a critical approach on them. It focuses on two main topics: on the one hand, in his concept of law – condensed in the “Thesis of complementarity” of Law and Moral– which states in a mid-point between the most radical thesis of both, positivism and natural law theories; on the other hand, his theory of justice –Democratic Justice– that finds in human rights the material content of the idea of Justice and in democracy their most accurate achievement.

KEY WORDS: Legal theory; Thesis of complementarity; Theory of Justice; Democratic Justice.

La vocación iusfilosófica de Alfredo Rodríguez García fue una vocación tardía. Licenciado en Filosofía y Psicología, y con una extensa experiencia en la enseñanza secundaria, inició sus estudios jurídicos ya en edad madura, formando parte de la primera promoción de licenciados en Derecho de la Universidad de Málaga. Comenzó la carrera sin más intención que la de ampliar conocimientos¹ –eso sí, en un campo que no era ajeno a sus intereses e inclinaciones ideológicas–, pero lo cierto es que, andado el tiempo, acabaría obteniendo una plaza como Profesor Titular de Filosofía del Derecho en la Universidad de Málaga.

Tuve la fortuna de ser, primero, su alumno y, más tarde, su compañero en el Área de Filosofía del Derecho. De ambas experiencias guardo muy buenos recuerdos y un sentimiento de profunda gratitud para con un hombre bueno y generoso. Alfredo Rodríguez García fue, antes que nada, un buen profesor. Siempre defendió la importancia de la labor docente del profesor universitario; consideraba que tan relevante como la adquisición del conocimiento es su

* Profesor contratado doctor de Filosofía del Derecho. Universidad de Málaga.

¹ Como él mismo recordaba en su colaboración al libro conmemorativo a propósito de los diez años de la creación de la Facultad de Derecho de Málaga, “[m]is intenciones, entonces, eran puramente informativas y formativas, orientadas a las funciones pedagógicas y culturales de la enseñanza en BUP, de donde era profesor; en modo alguno, en aquellos momentos, entraba dentro de mis cálculos la posibilidad de dedicarme algún día al ejercicio de la profesión o a la enseñanza en la Facultad” (A. Rodríguez García, “El tacitismo español en nuestro siglo de oro”, en *La evolución del Derecho en los diez últimos años*, Tecnos, Madrid, 1992, pp. 384-400; aquí p. 384).

transmisión, si es que aquél ha de servir como motor de progreso y transformación social.

Hablaba para sus alumnos; les dedicaba tiempo y energías, intentando que superaran la inicial animadversión –más por temor que por desinterés– que las asignaturas filosóficas suelen generar en gran parte de los estudiantes de Derecho; e intentando, igualmente, inculcarles un espíritu crítico con que abordar la realidad jurídica. Persona de firmes convicciones morales, contaba entre ellas un profundo y bien entendido sentido de la tolerancia, esto es, la virtud de hacer posible la convivencia en un contexto de pensamiento plural y divergente.

Esta misma firmeza de ideas se refleja en sus escritos y en su labor investigadora. No fue un autor prolífico, pero sí de una enorme coherencia y honestidad intelectual. Realizó su tesis doctoral sobre el pensamiento filosófico-moral y político de Enrique Tierno Galván², figura que centró una parte importante de sus primeros trabajos.

En publicaciones posteriores abordó cuestiones diversas en el campo de la Filosofía del Derecho, como las relaciones entre Derecho y Moral³, la concepción misma de la Filosofía del Derecho⁴, la idea de Justicia en el pensamiento clásico⁵ o, más recientemente, los derechos sociales, y en especial los derechos de la infancia⁶. En este trabajo me ocuparé de dos aspectos centrales de su pensamiento filosófico-jurídico: la concepción del Derecho y la teoría de la Justicia.

² Entre otras, la monografía *Tierno Galván: la actualidad de su pensamiento. Legado ético y político del viejo profesor*, Clave, Málaga, 1993. Dicha monografía fue objeto de recensión en “Serrano Alcaide y Martín Sánchez vs. la versión del legado ético y político de E. Tierno Galván del Dr. Alfredo Rodríguez García”, motivando una extensa réplica de nuestro autor: “El legado ético y político de Enrique Tierno Galván. Respuesta del Dr. Alfredo Rodríguez García a Serrano Alcaide y Martín Sánchez”, ambas publicadas en los *Cuadernos informativos de Derecho histórico público, procesal y de la navegación*, n.º 18 (1995), pp. 4933-4947 y 4948-4970, respectivamente. Véanse también los trabajos: “Ética y Política. Un estudio sobre el pensamiento del profesor Tierno Galván”, en *Annals of the Archive of “Ferran Valls i Taberner’s Library”: Studies in the History of Political Thought, Political & Moral Philosophy, Business & Medical Ethics, Public Health and Juridical Literature*, 11-12 (1991), pp. 521-534; “El sentido del funcionalismo y la desideologización en el pensamiento de Enrique Tierno Galván: etapa de la conspiración (1953-1956)”, en *Cuadernos informativos de Derecho histórico público, procesal y de la navegación*, n.º 15-16 (1993), pp. 3829-3875; “Enrique Tierno Galván”, en Manuel J. Peláez (Dir.), *Diccionario crítico de Juristas españoles, portugueses y latinoamericanos (hispánicos, brasileños, quebequenses y restantes francófonos)*, Vol. II, tomo 1.º (M-Va), Zaragoza-Barcelona, 2006, p. 592, n.º 1.128.

³ Alfredo Rodríguez García, “Derecho y Moral”, *Cuadernos Informativos de Derecho Histórico Público, Procesal y de la Navegación*, n.º 19-20 (1996), pp. 5191-5252.

⁴ Alfredo Rodríguez García, “ΕΥΔΙΚΙΑ. ΤΕΥΧΟΣ Ι ΑΘΗΝΑΙ 1991”, en *Cuadernos informativos de Derecho histórico público, procesal y de la navegación*, n.º 15/16 (1993), pp. 3699-3709.

⁵ Alfredo Rodríguez García, “A propósito de eros y justicia en Platón. (Alfredo Rodríguez García vs Stamatios Szitzis)”, en *Annals of the Archive of “Ferran Valls i Taberner’s Library”: Studies in the History of Political Thought, Political & Moral Philosophy, Business & Medical Ethics, Public Health and Juridical Literature*, 11-12 (1991), pp. 691-699.

⁶ Alfredo Rodríguez García, María J. Fernández Mayorga y M. D. Madrid Vivar, *Los menores en un Estado de Derecho. Normativa Internacional, Nacional y Autonómica. Prevención de la delincuencia infanto-juvenil*, Dykinson, Madrid, 2011.

1. Teoría del Derecho

La cuestión acerca del concepto de Derecho la abordó Alfredo Rodríguez en su trabajo "Derecho y Moral"⁷. Con la mayoría de los Filósofos del Derecho, entendía que el de la relación entre ambos órdenes normativos es el problema central de la Filosofía del Derecho: "se trata de un tema que necesariamente se plantea a quien quiera comprender el Derecho"⁸; y de ahí que "[c]ualquier innovación en el modo de entender el Derecho repercute en el modo de entender la moral y viceversa"⁹. Sostenía, además, que el problema de las relaciones entre el Derecho y la Moral no se agotaba en el plano teórico, sino que afectaba de lleno a la praxis del Derecho. Con ello, se distanciaba tanto de las concepciones empiristas que reducen el fenómeno jurídico a su aspecto sociológico, esto es, a la descripción y predicción de las conductas de los agentes jurídicos, como de aquellas concepciones normativistas, interesadas únicamente en identificar, describir y sistematizar el Derecho positivo sin más. Para Alfredo Rodríguez, la pregunta por el Derecho no puede obviar su dimensión práctica, su relevancia para el actuar humano; en otras palabras, no puede ignorar que las normas jurídicas aspiran a ser razones para la acción.

En cuanto a las relaciones entre el Derecho y la Moral, su posición se define, como veremos más adelante, por oposición a las tesis defendidas tradicionalmente por el iusnaturalismo y el iuspositivismo. Así, sostendrá que "el Derecho y la Moral son distintos por su contenido, estructura y finalidad, pero las relaciones entre ambos sistemas son necesarias"¹⁰. Esto le lleva a plantear la cuestión únicamente "desde el punto de vista de una delimitación conceptual, adelantando las consecuencias prácticas, pero no como una cuestión axiológica, ético-descriptiva o sociológica, ni metaética"¹¹. Esta toma de postura apunta hacia una tesis ecléctica que defiende la separación conceptual entre el Derecho y la Moral y, al mismo tiempo, una conexión práctica entre ambos órdenes normativos.

Desde este punto de vista, la idea de necesidad contenida en la primera afirmación no debe entenderse, como hace el iusnaturalismo tradicional, en el sentido ontológico de que la juridicidad de las normas o los sistemas normativos depende de que su contenido se adecue a las normas de la Moral, sino, más bien, en el sentido de que la comprensión del fenómeno jurídico pasa tanto por distinguir ambos órdenes normativos como por dilucidar sus puntos de conexión. Habrá ocasión de volver sobre esta cuestión.

Desde la óptica sociológica, la separación entre el Derecho y la Moral es un hecho incontestable en las sociedades complejas del mundo contemporáneo, en las que el pluralismo axiológico está a la orden del día. Este estado de cosas, no obstante, es el resultado de un proceso histórico que se prolonga desde la aparición del saber filosófico en Grecia, pasando por la escolástica,

⁷ Alfredo Rodríguez García, "Derecho y Moral", *op. cit.* (en adelante *DM*). Véase también el comentario crítico a este trabajo realizado por Patricia Zambrana Moral, "Antonio Millán-Puelles, Alfredo Rodríguez García y Leonardo Polo Barrena (*Derecho, Ética y Moral*)", en *Cuadernos informativos de Derecho histórico público, procesal y de la navegación*, n.º 19-20 (1996), pp. 5629-5669, especialmente las pp. 5629-5637 y 5656-5669.

⁸ *DM*, p. 5192.

⁹ *Idem.*

¹⁰ *DM*, p. 5193.

¹¹ *DM*, p. 5197.

hasta las obras de Grocio, Puffendorf y, muy especialmente, Tomasio y Kant, cuya Filosofía del Derecho es la construcción más “madura” y completa culminación de este proceso de diferenciación¹².

Dos aspectos destacan particularmente en esta evolución. En primer lugar, que a partir de cierto momento –la Edad moderna– se acentúa la dimensión normativa de este proceso de diferenciación¹³, es decir, no se trata ya de una mera *diferenciación* conceptual, sino una auténtica *separación* de enormes consecuencias prácticas entre el ámbito jurídico y el de las creencias morales, fundamentalmente de origen religioso.

Ahora bien, como señala Alfredo Rodríguez, “este proceso de secularización no se apoya tanto en una defensa de lo temporal o jurídico, cuanto de lo religioso, a lo que se intenta liberar (...) de los posibles perjuicios que la filosofía aristotélica podría producir en el campo de la fe y de salvar, con posterioridad, la libertad religiosa, de pensamiento y de conciencia de las intrusiones del Estado”¹⁴.

En segundo lugar, y directamente relacionado con lo anterior, es significativo el distinto alcance y grado de desarrollo que este proceso de secularización tiene en las sociedades católicas y en las sociedades de ascendencia protestante. Por un lado, la autonomía de la razón proclamada por la Reforma protestante supone ya una diferenciación entre el ámbito de la conciencia y el ámbito de las acciones¹⁵.

Por otro lado, los valores políticos de la Contrarreforma –principalmente, el origen divino del poder– no son compatibles con la autonomía del poder estatal, que tiene en la “razón de Estado” su máxima expresión. El maquiavelismo, que se había extendido por los países protestantes, fue sustituido en nuestro país por el tacitismo, en un intento de conjugar el acercamiento a Europa con el mantenimiento de la moralidad y tradición católicas. Es éste, el de la difícil relación de España con la modernidad representada por Maquiavelo, un tema al que Alfredo Rodríguez llega a través de la obra de Tierno Galván y al que dedica un minucioso y completo estudio¹⁶.

Volvamos al hecho de la separación entre el Derecho y la Moral: lo que es verdad para la sociología, también lo es para la Filosofía del Derecho. Atendiendo ahora a cómo han evolucionado las relaciones entre los distintos órdenes normativos, podemos observar que se ha producido un retroceso de la

¹² *DM*, p. 5198 y ss. Estas páginas constituyen una clarificadora y precisa exposición de esta decantación que ha de conducir a la separación definitiva entre el Derecho y la Moral.

¹³ “El paso del teocentrismo al antropocentrismo; la progresiva separación entre fe y razón; la emancipación paulatina de una estructura socio-económica; el nuevo concepto de naturaleza y la valoración de la experiencia frente a la metafísica tradicional; las luchas religiosas; la constitución del estado absoluto y la importancia desde el punto de vista teórico-político de Maquiavelo; en suma, un proceso de secularización que se inicia ya en el s. XIV con Occam, son, entre otros, factores que ayudan a comprender el intento de separación de la normativa social con respecto a la moral o a cualquier otro criterio que relacione al hombre con Dios o con sus semejantes bajo la perspectiva del más allá” (“Derecho y Moral”, p. 5202).

¹⁴ *DM*, p. 5202.

¹⁵ “La corrupción de la naturaleza por el pecado original deja al hombre incapaz de merecer por sus obras su salvación, que se conseguirá a través de la fe. Aparece así, con la reforma protestante, una radical separación entre el hombre interior que se guía por los dictámenes de su conciencia y por la fe y el hombre exterior que se debe guiar por sus obras. Ello permitirá a la Moral y al Derecho adquirir matices que permiten, no sólo una diferenciación, sino una auténtica incomunicabilidad” (*DM*, pp. 5204-5205).

¹⁶ Ver A. Rodríguez García, “El tacitismo español en nuestro siglo de oro”, *op. cit.*

Moral con respecto al Derecho como sistema normativo primario para la regulación de la conducta y asegurar la cohesión del grupo social: la decadencia de algunos de los valores clásicos, las nuevas formas de prestigio social o la pluralidad de credos, muchos de ellos confeccionados a medida de la moral social imperante, o, directamente, la crisis del sentimiento religioso tradicional, y, simultáneamente, la creciente complejidad de los asuntos, cuya regulación requiere ahora unos conocimientos que le son ajenos al ciudadano común, han propiciado la preponderancia del Derecho frente a la Moral.

Alfredo Rodríguez veía en este desplazamiento un doble riesgo: por un lado, el paternalismo jurídico y la anulación de la conciencia individual; por otro, un déficit democrático, una ajenidad de los ciudadanos respecto de las normas que regulan la convivencia, en definitiva, una intensificación del carácter heterónomo del Derecho¹⁷.

En todo caso, la separación del Derecho y la Moral como dos órdenes normativos diferenciados no significa, de ninguna manera, la asunción de una perspectiva positivista, al menos, no en su sentido más radical, que entronca con el positivismo lógico y los planteamientos metodológicos científicos.

De hecho, Alfredo Rodríguez siempre consideró un error la tesis positivista de la neutralidad axiológica¹⁸. Su posición cabría calificarla, más bien, como conciliadora o superadora¹⁹, usando sus propios términos.

¹⁷ “Los intereses del Estado que se alejan cada vez más de las demandas del ciudadano; la crisis del Estado nacional y la toma de decisiones a nivel transnacional; la crisis del modelo representativo de sociedad; la creciente juridificación y los descubrimientos científicos y tecnológicos que hace que frecuentemente quede en mano de técnicos la solución de problemas que afectan a los individuos sin contar con ellos... lleva a que la autonomía y responsabilidad individual cada día se resienta más, generando en los ciudadanos una conciencia de minoría de edad que les desespera; se sienten desorientados y reclaman una mayor moralización que se capaz de conjugar ambos intereses, evite la intolerancia ante lo público y, al mismo tiempo, defienda e impulse valores morales y de conciencia del individuo. Cuando hablamos de moralización de la sociedad, no nos estamos refiriendo a una moralización del Derecho, sino a la necesidad de reservar a los individuos esas parcelas que les corresponden y a que realmente sean tenidos en cuenta por quienes tienen la función de legislar y el propio Estado a la hora de ordenar y tomar decisiones” (*DM*, p. 5196).

¹⁸ “Hablando de los valores [los positivistas lógicos] se limitaban a insistir en que se trataba de problemas sin sentido, sin cuestionar los valores que acriticamente asumían y ocultando que en ese aparente neutralismo axiológico científicista estaba operando, y contribuía a mantener un concreto sistema de valores. No se daban cuenta de que estaban luchando contra la metafísica y defendiendo un neutralismo axiológico basándose en presupuestos metafísicos y apoyando un sistema de valores” (“Derecho y Moral”, p. 5211).

¹⁹ Como veremos más adelante en este trabajo, esta tendencia a acercar posiciones es una característica de los planteamientos iusfilosóficos actuales: “Es cierto que actualmente las tensiones y enfrentamientos entre las distintas posiciones doctrinales, p. e. iusnaturalistas o positivistas, partidarios de posiciones de vanguardia o conservadoras..., no son tan tajantes no están tan radicalizadas. Los propios autores de cualquiera de las tendencias que analicemos (...) han moderado sus juicios y han visto la necesidad de poner en relación aquellos aspectos que antes les separaban y, aún sin confundirlos, de darse cuenta de que están íntimamente conexiones entre sí siendo difícilmente separables. Nos referimos claro está, a temas como Ética y Derecho, Ley y Justicia, Legalidad y Legitimidad, Ciudad y Estado, Filosofía y Ciencia” (Rodríguez García, A., “ΕΥΔΙΚΙΑ. ΤΕΥΧΟΣ Ι ΑΘΗΝΑΙ 1991”, *op. cit.*, pp. 3701-3702).

«Planteamientos reduccionistas en torno al derecho y la polémica entre iuspositivismo e iusnaturalismo cada vez tiene menos sentido interpretarlos como posiciones unitarias, como si no fuese posible distinguir el Derecho de la Moral sin acogerse a la teoría iuspositivista o reconocer un fundamento moral al Derecho sin ser iusnaturalista u optar por éste sin subordinar el Derecho a la Moral. Cabe un positivismo ético y un iusnaturalismo crítico no entendidos como contradictorios, sino complementarios de forma que nos permitan la búsqueda de soluciones superadoras»²⁰.

Dilucidar en qué consiste esa postura intermedia, que está a caballo entre un “positivismo ético” y un “iusnaturalismo crítico”, cuál es la tesis acerca de la relación entre Derecho y Moral que la define, es de lo que nos ocuparemos a continuación. Partimos, como hemos advertido más arriba, de la negación de las posiciones clásicas atribuidas al iusnaturalismo (tesis de la unidad) y al iuspositivismo (tesis de la separación).

(i) Negación de la tesis de la unidad entre Derecho y Moral. Alfredo Rodríguez rechazaba la tesis de la unidad si ésta ha de entenderse como la suma de las siguientes premisas: a) la Moral es el fundamento del Derecho tanto en el aspecto entitativo como en el operativo, y b) el Derecho que en cualquiera de los dos aspectos no se ajuste a la moral carece de validez. Tal postura constituye una grave simplificación y resultaría insostenible hoy día por varias razones. En primer lugar, porque “es un hecho la existencia de normas cuyo contenido es moralmente indiferente”²¹, lo cual es cierto respecto de la gran mayoría de las normas que resuelven meros problemas de coordinación (como el hecho de conducir por la derecha de la calzada), así como de muchas normas civiles, procesales o del tráfico mercantil (condiciones de validez de los actos y negocios jurídicos, plazos procesales, modos de pago, etc.). La equiparación sin más de los deberes jurídicos a deberes morales resulta no sólo una gruesa y anacrónica simplificación que ignora el nivel de evolución y sofisticación de los sistemas jurídicos contemporáneos, sino que añade un enorme grado de confusión conceptual. Como veremos más adelante, algunos de los planteamientos contemporáneos intentan precisamente presentar la conexión necesaria entre el Derecho y la Moral evitando incurrir en los excesos de la tesis de la unidad.

En segundo lugar, la tesis de la unidad resulta cuestionable porque “el contenido del Derecho es complejo y no puede reducirse a una cuestión de fines o ideales, con mucha mayor razón si se limita al de la justicia”²². En efecto, aunque se sostuviera que el Derecho debe orientarse a la justicia en la medida de lo posible (y esto es algo que no todo el mundo estaría dispuesto a mantener), ni es éste el único valor que debe realizar el Derecho, que debe orientarse también a la seguridad jurídica, ni es fácil determinar en muchos casos qué sea lo justo.

En la negación de la tesis de la unidad se plantea una tercera línea argumental. No se trata, como en los dos argumentos anteriores, de un ataque directo a la tesis en cuestión, sino que, más bien, cuestiona y neutraliza un argumento normativo, en principio, favorable a la misma. Este argumento a

²⁰ DM, p. 5213.

²¹ DM, p. 5227.

²² DM, p. 5228.

favor de la tesis de la unidad –el llamado argumento de la inermidad o de la indefensión²³– sostiene que la adopción de la tesis de la separación entre el Derecho y la Moral conduce a la consecuencia indeseable de que deja vía libre para la injusticia en nombre del Derecho. En opinión de Alfredo Rodríguez, “[d]ecir que es necesario oponerse a la tesis de la separación mantenida por los positivistas, porque contribuye a evadir la responsabilidad de los individuos y porque puede haber una conexión entre esta teoría jurídica y la capacidad de quienes pretenden cometer injusticias dentro de un sistema para conseguir sus objetivos, no es totalmente coherente y, por otra parte, puede generar un auténtico confucionismo moral que llevaría, o bien a una moralización del Derecho, o bien a una juridificación de la Moral”²⁴.

(ii) Negación de la tesis de la separación entre el Derecho y Moral. La negación de la tesis de la unidad no supone la adhesión a la tesis contraria de la separación radical mantenida por el positivismo jurídico. El positivismo defiende el carácter contingente de la conexión entre el Derecho y la Moral, reduciendo la relación entre ambos órdenes normativos a la transmisibilidad de contenidos de la moral social al orden jurídico, ésta se agota una vez que las exigencias éticas son asumidas por el Derecho. Para el positivismo jurídico, la validez del Derecho depende únicamente de criterios internos al propio sistema jurídico.

Alfredo Rodríguez rechazaba las tesis positivistas de la separación radical y de la neutralidad metodológica. Apoyándose en la posición mantenida por Ernesto Garzón Valdés entre otros, defendía lo que ha dado en llamarse el punto de vista interno, esto es, la “necesidad de justificar la adhesión a los criterios establecidos por las reglas de reconocimiento partiendo de razones no prudenciales”²⁵, puesto que “las razones de tipo prudencial podrían dar una explicación causal de por qué obedecemos, pero serían insuficientes para fundamentar la validez del Derecho o justificar el deber de obediencia que tendríamos que buscar en razones extrajurídicas o morales”²⁶. Entiéndase bien,

²³ Este argumento, que fue originariamente formulado por Gustav Radbruch, ha sido retomado recientemente por autores como Robert Alexy; vid. R. Alexy, “El concepto y la validez del Derecho”, en Id. *El concepto y la validez del Derecho* (trad. J. M. Seña), Gedisa, Barcelona, 1997, pp. 13-130. Me he ocupado de esta cuestión en J. M. Cabra Apalategui, “La concepción no positivista del Derecho de Robert Alexy”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXII (2005), pp. 131-153; y Id., “El concepto de Derecho y el argumento de la relevancia práctica”, en *Doxa* 28 (2005), pp. 221-238; puede verse, asimismo, J. Dorado Porras, *Iusnaturalismo y Positivismo jurídico*, Dykinson, Madrid, 2004.

²⁴ *DM*, p. 5229. Hart, defendió una tesis muy similar en los términos siguientes: “Sin duda que las ideas tienen su influencia; pero no parece que el esfuerzo para adiestrar y educar a los hombres en el uso de un concepto más restringido de validez jurídica, en el que no caben normas jurídicas válidas aunque moralmente inicuas, haya de robustecer la resistencia frente al mal organizado, o a una comprensión más clara de lo está moralmente comprometido cuando se exige obediencia. Mientras los seres humanos puedan obtener suficiente operación de algunos para permitirles dominar a otros, usarán las formas del derecho como uno de sus instrumentos. Hombres malvados dictarán reglas malvadas que otros aplicarán” [H. L. A. Hart, *El concepto de Derecho*, trad. G. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992 (2.ª ed., reimp.) pp. 259-260]. Lo cierto es que no sólo no es totalmente coherente la argumentación no positivista, sino que resulta manifiestamente falsa desde un punto de vista empírico o histórico; vid. en este sentido los trabajos de Ernesto Garzón Valdés “Derecho natural e ideología” y “Notas sobre la Filosofía del Derecho alemana actual” y, en Id., *Derecho, Ética y Política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 145-156 y 235-264, respectivamente.

²⁵ *Idem*.

²⁶ *DM*, p. 5229.

la adhesión a la regla de reconocimiento no significa la aceptación acrítica de todas y cada una de las normas que componen el ordenamiento, sino una adscripción genérica a los valores morales y principios políticos que informan al sistema en su conjunto.

El segundo argumento esgrimido contra la tesis de la separación radical entre el Derecho y la Moral es de tipo conceptual y supone la continuación del primero. Así, “no pueden dejar de tenerse en cuenta la razones de corrección normativa. Es más, al aludir al punto de vista interno, que para Garzón puede llamarse también “pretensión de legitimidad” (...), se está aludiendo a una pretensión de carácter ético”²⁷. Las concomitancias entre este argumento y el argumento alexiano de la “pretensión de corrección” son más que evidentes²⁸.

La evolución de la defensa de las posiciones positivistas, nos dirige hacia un tercer argumento, éste de carácter normativo y consecuencialista²⁹. El argumento esgrimido por los positivistas en este sentido es bien conocido; a saber: el riesgo de legitimación acrítica de los sistemas jurídicos, sean cuales sean sus méritos morales. En opinión de los positivistas, la tesis de la unidad, al fundamentar el Derecho en la Moral, parece atribuir a las disposiciones jurídicas positivas una autoridad moral de la que carecen, o, al menos, de la que pueden carecer, sin que ello dependa en ningún caso de la calificación de dichas normas como derecho válido. Consecuentemente –afirman los positivistas– se reduce, o directamente se destruye, la capacidad crítica de los ciudadanos. Pero si los argumentos normativos o consecuencialistas no fueron válidos para defender la tesis de la unidad, tampoco lo son para defender la tesis de la estricta separación defendida por el positivismo jurídico; y ello porque “no existe una relación causal entre la capacidad crítica de los ciudadanos o la posibilidad de crítica a la autoridad y la tesis de la separación ente Derecho y Moral, entre la teoría que se adopte y la actitud de aprobación o rechazo de las normas por parte de los ciudadanos”³⁰. No obstante lo anterior, Alfredo Rodríguez admitía al mismo tiempo –y no hay contradicción alguna en ello– que la tesis positivista de la separación es más propicia que su contraria para promover el sentido crítico y la “soberanía de la conciencia individual”³¹. Así, aunque no quepa hablar de una relación causal y, por tanto, necesaria, entre la defensa de una determinada teoría del derecho y la actitud crítica de los ciudadanos, sí que es posible establecer cierta presunción a favor de la tesis de la separación conceptual. Ciertamente, el argumento consecuencialista no es concluyente, pero de favorecer a alguna de las tesis en pugna, esa es la de la separación conceptual.

²⁷ *Idem.*

²⁸ El argumento de la inevitabilidad de la pretensión de corrección se encuentra presente en toda la obra de Alexy; ver, entre otros, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. M. Atienza e I. Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997; “Diskurstheorie und Menschenrechte”, en R. Alexy, *Resht, Vernunft und Diskurs*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, pp. 127-164; y la citada “El concepto y la validez del Derecho”.

²⁹ Alfredo Rodríguez advierte sobre la deriva, acaso contradictoria, que han tomado los positivistas: “Es curioso que lo que comienza siendo una tesis conceptual (...) haya devenido en una teoría moral que defiende la separación de los dos órdenes normativos en base a la implicaciones prácticas derivadas de las teorías mantenidas. Así criticarán la tesis de la unidad entre Derecho y Moral teniendo como punto de partida argumentos morales” (*DM*, p. 5230).

³⁰ *DM*, p. 5230.

³¹ *Idem.*

(iii) Defensa de la tesis de las diferencias y la conexión necesaria o tesis de la complementariedad. Este es el punto de llegada en la reconstrucción de la concepción del Derecho defendida por Alfredo Rodríguez. Aquí resulta determinante su comprensión de la Filosofía del Derecho “como una reflexión crítica o como una Filosofía de la experiencia jurídica [que] lleva a la necesidad de una comprensión del fenómeno jurídico en su totalidad y no reducirlo ni a simples reflexiones sobre normas ni a juicios puramente axiológicos o apriorísticos”³². La Filosofía del Derecho, en fin, no puede ser reducida a una teoría general del Derecho, como parece hacer el positivismo cientificista, pero, por otra parte, tampoco puede quedar reducida a una teoría de la justicia o una teoría de los valores, en definitiva, a una axiología jurídica³³.

La tesis de la complementariedad se presenta como la superación de las dos anteriores, que consistirían en sendos reduccionismos: moralista uno (tesis de la unidad), normativista el otro (tesis de la separación):

«Nuestra posición, por tanto, es una consecuencia lógica de los principios postulados. Frente a la confusión o teoría de la unidad y de una ruptura entre ambas mantengamos la postura de una diferenciación clara, pero a la vez de una conexión necesaria e ineludible entre ambos sectores. No se trata de identificar el Derecho que es y el Derecho que debe ser o de pasar de uno a otro (falacia naturalista), pero tampoco de que ambos sectores se ignoren»³⁴.

La tesis de la complementariedad supone un debilitamiento de las tesis anteriores: en lugar de unidad o confusión, conexión necesaria entre el Derecho y la Moral; y en lugar de separación radical, diferenciación. Hacer compatibles, por un lado, la diferenciación entre el Derecho y la Moral, y, por otro, la conexión “necesaria e ineludible” entre ambos sectores no parece tarea fácil.

Comencemos por la diferenciación. Si por diferenciación se entiende que la existencia de deberes jurídicos no depende de juicios morales, de manera que debamos admitir la existencia de deberes jurídicos injustos, esto es, contrarios

³² *DM*, p. 5231.

³³ Esta concepción amplia de la Filosofía del Derecho como un saber que, por un lado, no se reduce a una mera Teoría del Derecho ceñida a los límites de la Ciencia jurídica, y, por otro, no se pierde en mundos ideales y abstractos, queda también reflejada en otros trabajos, como se pone de manifiesto en los siguientes párrafos: “La Filosofía del Derecho (...) no debe confundirse con un cúmulo de teorías ideales y estáticas a través de las cuales se buscan soluciones para los problemas de convivencia. No se trata, pues, de subsumir el mundo jurídico en un mundo de conceptos y abstracciones olvidándose de que el punto de partida de la reflexión racional debe ser la realidad jurídica, la ciencia y las propias leyes y hacia ellas debe conducirnos dicha reflexión. En este sentido cabría también deducir el carácter negativo de otras formas de entender la Filosofía del Derecho; así, por señalar alguna, como justificación a través de argumentos racionales puramente formalistas de las propias convicciones, abstracciones teóricas que pretenden una interpretación interesada, o como un simple ejercicio académico que se alimenta del proceso y crítica de su propia historia sin apenas repercusión social. Dos son, a nuestro entender (...), los errores a superar en esta forma de entender la Filosofía del Derecho. Primeramente una concepción dogmática, acientífica, intolerante, puramente teórica y en segundo lugar el cientificismo y pragmatismo sin base teórica o principios valorativos que conduce a concepciones ideológicas de las misma naturaleza que las que se apoyan en lo que nosotros denominábamos primer error” (Alfredo Rodríguez García, “ΕΥΔΙΚΙΑ. ΤΕΥΧΟΣ Ι ΑΘΗΝΑΙ 1991”, p. 3703).

³⁴ *Ídem*.

a la moral, la tesis que aquí se defiende es plenamente coincidente con la tesis de la separación positivista. La cuestión es si podemos seguir defendiendo esta diferenciación en casos extremos, de normas con un contenido manifiestamente injusto; de ser así, cabría preguntarse, qué significa que ambos sectores, Derecho y Moral, no pueden ignorarse o, incluso, que entre ambos existe una conexión necesaria e ineludible.

Es en la discusión del argumento positivista de la neutralidad valorativa del Derecho donde quizás se aprecia con más claridad el tipo de relación entre Derecho y Moral que describe la tesis de la complementariedad. Veamos:

«Frente a quienes mantienen la neutralidad valorativa del Derecho –escribe Alfredo Rodríguez– hay que admitir que la valoración, no sólo se da a través de una legitimación social (eficacia) y crítica (legitimidad moral), sino que la existencia del propio Derecho se apoya en un sistema de intereses, concepción del mundo y valoraciones»³⁵.

Este argumento contra la neutralidad valorativa del positivismo dista mucho de resultar plausible, me temo; y no porque algunas de las afirmaciones que contiene sea errónea, sino porque ninguna es discutida hoy día; no creo que exista ningún autor positivista que no estuviera dispuesto a suscribirlas todas ellas. Cualquiera, positivista o no, estaría de acuerdo con las siguientes tesis: (i) que la legitimación social, esto es, la aceptación del derecho por parte de sus destinatarios basada en razones morales y no sólo en razones prudenciales, es condición necesaria para la eficacia del ordenamiento jurídico a largo plazo; (ii) que es posible la crítica externa (o sea, examinar la legitimidad moral) de un ordenamiento jurídico, y que ésta consiste obviamente, un juicio de valor; y, por último, (iii) que los ordenamientos jurídicos, así como muchas de las normas jurídicas que los integran, individualmente consideradas, expresan soluciones a conflictos de intereses, sistemas de valores y, en definitiva, concepciones del mundo. Estas conexiones entre el Derecho y la Moral no son puestas en duda por ningún teórico del Derecho. La tesis de la neutralidad valorativa no supone la negación de ninguna de las afirmaciones anteriores, ni siquiera la de que todo Derecho expresa un sistema de valores. La tesis de la neutralidad tiene un carácter puramente metodológico y se limita a sostener la posibilidad de definir el Derecho desde un punto de vista externo, es decir, descriptivo (“el Derecho que es”), sin que en ello intervenga una valoración del contenido de las normas y sin que la juridicidad de una norma jurídica dependa de un juicio de valor³⁶. Esto es perfectamente compatible con reconocer que cada norma es la expresión de un sistema de

³⁵ *DM*, p. 5232.

³⁶ En palabras de Prieto Sanchís, la tesis positivista de la neutralidad debe ser entendida del siguiente modo: “Neutralidad significa aquí una aproximación avalorativa al concepto de Derecho, entendiendo que éste puede ser definido como un hecho, no como un valor y, por tanto, con independencia de la valoración que merezca su contenido. Pues, en efecto, si el Derecho es un fenómeno social que, en principio y por definición, no nos dice nada acerca de su valor moral, el positivista piensa que su conocimiento puede ser neutral, externo o no comprometido; determinar qué deberes jurídicos tenemos es por completo independiente de determinar cuáles son los deberes morales” (L. Prieto Sanchís, *Apuntes de Teoría del Derecho*, Trotta, Madrid, 2005, p. 321).

valores morales (con el que se puede o no estar de acuerdo, pero en ningún caso esta circunstancia determina la juridicidad de la norma).

Dejando al margen esta cuestión, el tipo de conexión necesaria entre el Derecho y la Moral en el que parece estar pensando Alfredo Rodríguez no se refiere al contenido de las normas jurídicas, sino a lo que Eusebio Fernández denomina la estructura moral del Derecho³⁷. Desde el momento en que toda norma –y las normas jurídicas no son una excepción– supone una elección entre cursos de acción alternativos (la contingencia es condición de posibilidad de lo normativo), su mera existencia establece un orden de preferencias y refleja, en definitiva, una concepción del mundo. Por tanto, a diferencia de la tesis de la unidad, el tipo de conexión necesaria a que nos estamos refiriendo no se produce en el nivel de los contenidos, sino en el plano estructural. Con ello no se excluye la posibilidad de que normas injustas puedan ser calificadas como normas jurídicas válidas, pero al mismo tiempo, siempre se puede plantear la cuestión acerca de su legitimidad. En el fondo, parece que lo que se quiere impugnar aquí es la actitud cientificista que pretende ignorar las consecuencias prácticas del Derecho.

Otro de los argumentos esgrimidos a favor de la tesis de la complementariedad es el hecho de que el propio Derecho positivo parece avalar esta relación por frecuentes remisiones explícitas e implícitas a la Moral. En este sentido se mencionan la condición de fuente del Derecho de la costumbre (artículo 3.1 Código civil), los límites a la libertad contractual de los particulares en relación con las cláusulas de los contratos³⁸ o con el propio objeto³⁹ de los mismos, así como el uso de expresiones como “buen padre de familia”⁴⁰ o “buenas costumbres”⁴¹, cuyo significado es directamente dependiente de la moral social⁴². Aunque es en los textos constitucionales contemporáneos (esto es algo a lo que Alfredo Rodríguez no hace referencia, quizás porque el nuevo paradigma constitucionalista no estaba todavía en su apogeo cuando se escribió el texto que analizamos) donde más abundan los conceptos jurídicos cuyo significado dependa directamente de un juicio de valor moral, que, por otra parte, no está claro si remite a la moral social o a la moral crítica (en cuyo caso, sería la conciencia moral de los jueces la que

³⁷ G. Peces-Barba *et al.*, *Curso de Teoría del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 67 y s.s. Eusebio Fernández sigue aquí una tesis de José Luis López Aranguren; vid. J. L. López Aranguren, *Ética de la felicidad y otros lenguajes*, Tecnos, Madrid, 1988.

³⁸ Artículo 1255 Código civil: Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público.

³⁹ Artículo 1275 Código civil: Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral.

⁴⁰ Artículo 270 Código civil: El tutor único y, en su caso, el de los bienes es el administrador legal del patrimonio de los tutelados y está obligado a ejercer dicha administración con la diligencia de un buen padre de familia.

⁴¹ Artículo 1271 Código civil: Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras.

Sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal conforme al artículo 1056.

Pueden ser igualmente objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres.

⁴² *DM*, p. 5233 y s.

establecería el alcance de los preceptos constitucionales)⁴³. Este segundo argumento sí que conecta los contenidos de las normas jurídicas con los contenidos de la Moral, pero, a diferencia del primero, tienen un carácter meramente contingente y no necesario; esta conexión entre el Derecho y la Moral se producirá siempre y cuando el sistema jurídico contenga normas con remisiones a este tipo de conceptos morales. Seguramente será difícil, si no imposible, encontrar algún sistema jurídico contemporáneo que no contenga este tipo de normas, pero no es algo inconcebible. La idea de necesidad tiene aquí un sentido distinto al que sugiere la tesis de la unidad: cuando un sistema jurídico remite implícita o explícitamente a la Moral –pero únicamente en ese caso– se da necesariamente una conexión entre el Derecho y la Moral. Ahora bien, esta conexión no afecta a la validez de las normas jurídicas, sino, más bien, a la determinación de su contenido.

Por último, Alfredo Rodríguez se preocupó de mostrar cómo sus tesis encajaban o, al menos, presentaban un “parecido de familia” con las propuestas actuales más significativas. En efecto, el panorama teórico contemporáneo muestra una tendencia mayoritaria a defender, ya sea en el plano de los contenidos, ya sea en el plano justificatorio, algún tipo de conexión entre el Derecho y la Moral distinto al propugnado por la tesis de la unidad, lo cual –dirá– “viene a confirmar nuestras convicciones de una diferenciación entre Derecho y Moral y la necesaria conexión entre ambos sin que quepa una separación tajante”⁴⁴.

Al margen de la circunstancia de que únicamente toma en consideración los planteamientos que confirman sus tesis, ignorando a autores positivistas tan influyentes como Joseph Raz o Eugenio Bulygin y a iusnaturalistas ilustres, como John Finnis, que, naturalmente, no comparten el entusiasmo por estas actitudes integradoras o superadoras, encontramos entre los planteamientos actuales al menos dos corrientes que reflejan en términos generales la tesis de la complementariedad: por un lado, las que podríamos denominar en un sentido amplio teorías del razonamiento jurídico, para las cuales, la integración del Derecho y la Moral se produce fundamentalmente en el momento de la aplicación del Derecho (i); y, por otro lado, las teorías que establecen unos estándares morales mínimos para el Derecho (ii).

(i) Dentro de las teorías del razonamiento jurídico incluimos las llamadas teorías de la argumentación jurídica, así como la teoría interpretativa de Ronald Dworkin. De las teorías de la argumentación, el trabajo de Alfredo Rodríguez analiza las posiciones de Aleksander Peczenik⁴⁵ y Robert Alexy⁴⁶, que son, sin duda, las que mejor representan la concepción del derecho que se quiere defender.

⁴³ En este sentido –algo que, con toda seguridad, admitiría– la postura de Alfredo Rodríguez se sitúa cercana al llamado positivismo inclusivo o incorporacionista. Vid. por ejemplo, J. J. Moreso, “En defensa del positivismo jurídico inclusivo”, en P. E. Navarro y C. Redondo, (comps.), *La relevancia del Derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Gedisa, Barcelona, 2002, pp. 93-116

⁴⁴ *DM*, p. 5234.

⁴⁵ *DM*, p. 5235 y s.

⁴⁶ *DM*, p. 5238 y s.

La tesis de la inclusión de Peczenik⁴⁷ es un intento muy convincente de explicar la relevancia práctica del derecho sin incurrir en la tesis de la unidad o de la identificación. Para Peczenik el Derecho tiene relevancia moral y, por ello, la existencia de deberes jurídicos supone la existencia también de deberes morales con independencia del contenido de dichos deberes. Esta relevancia moral del derecho se apoya en dos argumentos: el primero, de inspiración hobbesiana, consiste en la preferibilidad del orden jurídico a su alternativa, a saber: el caos social; el segundo se refiere, en la línea de Carlos Santiago Nino⁴⁸, a la presunción epistémica que podemos atribuir al derecho de las sociedades democráticas, identificando el principio de la mayoría como la mejor aproximación posible a la corrección moral. No obstante, dicha obligación de obediencia no es absoluta, sino *prima facie* o derrotable; la obligación moral de obedecer al derecho puede desaparecer en virtud de la concurrencia de otras razones morales de mayor peso, como en el caso de los sistemas jurídicos altamente injustos. Aquí, el razonamiento jurídico es un tipo especial de razonamiento moral en el que también cuentan los deberes jurídicos, en tanto que deberes morales *prima facie*, y deben ser sopesadas junto con el resto de razones moralmente relevantes. Este es el sentido de la tesis de *inclusión* del Derecho en la Moral; no es *identidad*, porque ni se niega la autonomía de la validez jurídica, ni las normas jurídicas positivas son indiferentes para el discurso moral, pero tampoco es plena *separación*, porque el contenido de las normas no es determinante, puesto que son relevantes otras razones morales a la hora de identificar los deberes jurídicos “consideradas todas las cosas”.

El segundo de los autores en los que parece confirmarse la posición que hemos llamado tesis de la complementariedad (en contraposición a la tesis de la unidad, por un lado, y la tesis de la separación, por otro) es Robert Alexy⁴⁹. Para el autor alemán, que parte de la Teoría del discurso habermasiana, el Derecho plantea una *pretensión de corrección*, que expresa una conexión necesaria entre el Derecho y la Moral. Ahora bien, esta conexión no consiste en una revitalización de las posiciones iusnaturalistas clásicas. En lo que aquí interesa, Alexy distingue entre una conexión definitoria o constitutiva y una conexión cualificatoria. La pretensión de corrección adopta la forma de una conexión definitoria en relación con el ordenamiento en su conjunto, de modo que aquel ordenamiento que no plantee –sea lo que sea lo que esto signifique en relación con un ordenamiento considerado como tal– dicha pretensión de corrección no es un orden jurídico. En cambio, en relación con las normas y decisiones individuales, la pretensión de corrección da lugar a una conexión únicamente cualificatoria, de modo que una decisión o una norma que no planteen la pretensión de corrección serán más o menos defectuosas, pero no pierden su condición de normas o decisiones jurídicas. Independientemente de la opinión que merezcan las tesis de Alexy, la idea de la conexión cualificatoria pretende dar cuenta, en efecto, de la tesis de la complementariedad: por un

⁴⁷ Vid. A. Peczenik, “Legal Reasoning as a Special Case of Moral Reasoning”, *Ratio Juris*, 2 (1988), pp. 123-136; Id., *On Law and Reason*, Kluwer, Dordrecht, Boston y London, 1989; Id., “Dimensiones morales del dépêche”, *Dona*, 8 (1990), pp. 89-109.

⁴⁸ Vid. C. S. Nino, “La paradoja de la irrelevancia moral del gobierno y el valor epistemológico de la democracia”, en Id., *El constructivismo ético*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pp. 111-133.

⁴⁹ R. Alexy, “On Necessary Relations Between Law and Morality”, *Ratio Juris*, 2 (1989), pp. 167-183; Id., “El concepto y la validez del Derecho”, *op. cit.*

lado, la validez de las normas jurídicas no se ve afectada por la inmoralidad de su contenido, al menos mientras éste no alcanza el umbral de la injusticia intolerable, lo que significa la diferenciación del orden jurídico y el moral; pero, por otro lado, la pretensión de corrección vendría a poner de manifiesto en el planteamiento de Alexy la conexión necesaria entre el Derecho y la Moral, en el bien entendido de que dicha conexión no se identifica con la tesis de la unidad, esto es, que la adecuación a la Moral sea una condición necesaria para la validez de las normas jurídicas, sino con el hecho de que el propio concepto de Derecho no puede renunciar a la corrección moral.

Dworkin⁵⁰ es otro de los autores cuyos planteamientos sitúa Alfredo Rodríguez en la órbita de la tesis de la complementariedad entre el Derecho y la Moral. La teoría jurídica de Dworkin, que, de entrada, niega la plausibilidad de una teoría del derecho puramente descriptiva, como pretende el positivismo metodológico, pone de manifiesto la estrecha relación entre ambos órdenes normativos a partir de la distinción entre reglas y principios como tipos de normas diferenciadas. No creo necesario reproducir aquí una caracterización que forma parte del acervo iusfilosófico de las últimas décadas. En todo caso, y como señaló Alfredo Rodríguez, para Dworkin “[...] la moral penetra en el mundo del Derecho, pero en el modo en que lo entendían los positivistas y el propio Kelsen, a través de los operadores jurídicos, sino mediante un procedimiento en que principios y normas [reglas] aparecen yuxtapuestos y parecen constituir un sistema coherente”⁵¹. En este sentido, se trata de una “tercera vía”, que intenta “restaurar la relación interna entre razonamiento jurídico y moral a través de un proceso argumentativo en el que juegan un papel determinante pautas y valoraciones integrantes de la moral”⁵².

(ii) También en la *tesis del contenido mínimo del Derecho natural* de Hart⁵³ vio Alfredo Rodríguez la confirmación de la preeminencia de la tesis de la complementariedad en los planteamientos contemporáneos. Como es sabido, Hart defendió expresamente la tesis positivista de la separación, según la cual, la validez del Derecho no depende en ningún sentido de su adecuación a la Moral. Ahora bien, Hart sostuvo también que el Derecho y la Moral, en tanto que órdenes reguladores de la vida en sociedad, tenían como propósito fundamental la supervivencia del hombre; y, partiendo de una concepción antropológica general difícilmente cuestionable, el objetivo de la supervivencia sólo sería posible si tanto el Derecho como la Moral contuvieran determinadas normas. De este modo, la vulnerabilidad de los seres humanos exige la existencia de normas que protejan la vida; la igualdad aproximada de los hombres, requiere un sistema de abstenciones y concesiones mutuas, que dan lugar a las obligaciones jurídicas y morales; el altruismo limitado no sólo hace necesario lo anterior, sino que también lo hace posible; los recursos limitados son la base de la división del trabajo y el fundamento de la propiedad privada, que debe ser protegida; y, por último, la comprensión y fuerza de voluntad limitadas, que exigen un sistema de sanciones para aquellos que no obedezcan voluntariamente las normas. Pues bien, estos son el tipo de contenidos que Hart denomina como “contenido mínimo de Derecho natural”.

⁵⁰ R. Dworkin, *Los derechos en serio*, trad. M. Gustavino, Ariel, Barcelona, 1977.

⁵¹ *DM*, p. 5250.

⁵² *DM*, p. 5251.

⁵³ H. L. A. Hart, *El concepto de Derecho*, *op. cit.*

No toda la doctrina estaría de acuerdo con la inclusión de Hart entre los planteamientos que defienden la tesis de la complementariedad. En este sentido, Peces-Barba ha sostenido que, en realidad, el planteamiento de Hart “supone una justificación de la necesidad del Derecho, más que unos criterios de cómo el Derecho debe ser (...) de buenas razones para justificar la existencia del Derecho y los temas mínimos que debe obedecer, pero no nos proporciona criterios de moralidad que el Derecho debe contener”⁵⁴. En opinión de Alfredo Rodríguez, la interpretación que hace Peces-Barba de la tesis del contenido mínimo de Derecho natural, atribuyéndole como función principal la de justificar la necesidad del Derecho, resulta demasiado estrecha, “especialmente si tenemos en cuenta que (...) se trata de principios básicos fundamentales que sin ellos no tendría sentido el propio ordenamiento. Son para Hart principios de conducta universalmente reconocidos que tienen una base en verdades elementales referentes a los seres humanos, a sus circunstancias vitales a las que llama contenido mínimo del derecho natural, “en contraste con las construcciones más grandilocuentes y controvertidas” del derecho natural”⁵⁵.

Ciertamente, lleva razón Peces-Barba cuando afirma que la tesis del contenido mínimo del Derecho natural apenas ofrece ningún criterio de moralidad, más allá de indicaciones muy básicas y generales acerca de la necesidad de normas que impidan el homicidio o el robo, pero, al mismo tiempo está diciendo que, al menos en relación con esas cuestiones primarias fundamentales, es posible encontrar pautas universales y necesarias que ningún legislador puede ni debe ignorar. Sea como fuere, la conexión que establece Hart entre el Derecho y la Moral es, obviamente, muy distinta de la conexión necesaria descrita por el iusnaturalismo, y viene a reflejar el hecho de que, con independencia de los desacuerdos acerca de los contenidos específicos de este o aquel ordenamiento jurídico, la propia idea de Derecho tiene un fundamento último que emparenta con la Moral, aunque sea únicamente porque comparten la función última de propiciar la supervivencia, en el mejor de los casos, pacífica y cooperativa, de los hombres en sociedad. Si con ello es suficiente para asociar la teoría de Hart con la tesis de la complementariedad es algo sobre lo que no toca pronunciarse, pero, en cualquier caso, me parece que esta es la idea que Alfredo Rodríguez quiso sostener.

2. Teoría de la justicia

Las publicaciones acerca de la Teoría de la Justicia no son abundantes en la obra de Alfredo Rodríguez García, aunque se trata de una cuestión a la que, no obstante, dedicaba una buena parte de su programa docente. Por ello, habrá que reconstruir sus ideas sobre el particular recurriendo también a los materiales que proporcionaba a sus alumnos y que, por motivos que desconozco, nunca fueron entregados a la imprenta.

La inseparabilidad de la teoría y la praxis –que, como hemos visto a propósito de su teoría del derecho, es un postulado irrenunciable– así como

⁵⁴ G. Peces-Barba, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Debate, Madrid, 1993, pp. 315-316 (citado en A. Rodríguez García, “Derecho y Moral”, p. 5241).

⁵⁵ *DM*, p. 5241.

sus convicciones políticas, encuentran fundamento teórico en una concepción de la justicia que descansa sobre dos pilares fundamentales: por un lado, su dimensión política, y, por otro, la idea de los derechos humanos.

En un primer momento, a la dimensión política de la justicia llegamos de un modo indirecto, a través de su trabajo “A propósito de eros y justicia en Platón”⁵⁶, en el que Alfredo Rodríguez analiza críticamente la interpretación llevada a cabo por Stamatios Tzitzis⁵⁷ sobre esta cuestión. El investigador del CNRS de París describe el tránsito que en la obra platónica conduce del *Eros* a la *Filosofía* y de ahí a la *Justicia*; del orden hedonístico al orden gnoseológico; iniciación en el conocimiento de nosotros mismos que se extiende al conocimiento del mundo, puesto que la adoración de la belleza conduce necesariamente a la aspiración de la sabiduría y la justicia. La lectura de Tzitzis pone el acento en las raíces individuales de la justicia –Eros–, pero, al mismo tiempo, oscurece su dimensión social y política. Éste es, precisamente el argumento central de la interpretación de la justicia platónica que lleva a cabo Alfredo Rodríguez, fundamentada en la *Carta VII* y en *Gorgias*.

En la Carta VII un Platón ya maduro cuenta cómo la búsqueda de la justicia le hizo apartarse de la política activa, decepcionado con las dificultades para alcanzar la justicia en el ejercicio del poder, y abrazar la filosofía. Pero con esto no se hace, sino reconocer que la justicia está en el horizonte de ambas, la política y la justicia.

Quizás sea en *Gorgias*, en la respuesta a la concepción de la justicia de Calicles donde con más nitidez se defiende una concepción política de la justicia. El dualismo de *physis* y *nomos* resulta inaceptable para Calicles, cuya concepción de la justicia, coincidente con los ideales aristocráticos del pensamiento griego, refleja las relaciones de poder de la naturaleza; las leyes, en realidad, no son otra cosa que el intento de los débiles y la mayoría por equipararse a los más fuertes y mejores. Como señala Alfredo Rodríguez⁵⁸, la respuesta de Platón contra las tesis de Calicles presenta, por un lado, una argumentación lógica, y, por otro, un argumento mítico. En relación con la primera –que es la que aquí interesa– podemos distinguir dos argumentos.

El primero de ellos consiste en revertir el argumento de la fuerza natural, convirtiendo a los muchos en un único sujeto, pues la multitud es siempre más

⁵⁶ A. Rodríguez García, “A propósito de eros y justicia en Platón”, *op. cit.* Su interés por la filosofía clásica no es en absoluto circunstancial; el elemento histórico está muy presente en su concepción de la filosofía del derecho, afirmando al respecto: “En la forma de concebir la filosofía del derecho, hay otro elemento a tener en cuenta como rasgo esencial que, por lo que a nosotros toca y en las circunstancias actuales, es preciso destacar dada la importancia que para la cultura occidental ha tenido, aunque en ocasiones, se intente menospreciar manifestando mayor interés hacia la cultura anglosajona o apelando a razones de conservadurismo o concepciones anticuadas. Esta última forma de pensar está condicionada – la mayoría de las veces– por el desconocimiento de la filosofía griega y de la supervivencia y actualidad de la misma en nuestra cultura. (...) Su comprensión [la del pensamiento griego] nos servirá, no sólo para recubrir de un cierto barniz histórico y cultural nuestros conocimientos, sino para comprender el sentido y las soluciones dadas a muchos problemas, incluso en la actualidad, que, aunque con distintos términos pero sustancialmente de forma similar, ya fueron previstos y aportados en el mundo griego” (Rodríguez García, A. “ΕΥΔΙΚΙΑ. ΤΕΥΧΟΣ Ι ΑΘΗΝΑΙ 1991”, *op. cit.*, pp. 3706-3707).

⁵⁷ S. Tzitzis, “Éros et Justice chez Platon”, en P. D. Dimakis, (ed.) *Éros et Droit en Grèce classique: recueil d'études présentées comme communications lors du XXXVIII^{ème} Congrès de la SIDA*, Les Belles Lettres, Paris, 1988, pp. 95-109.

⁵⁸ “A propósito de eros y justicia en Platón”, *op. cit.*, p. 697-698.

poderosa y más fuerte que un solo hombre, de manera que ésta está realizando el imperativo de la justicia cuando legisla a favor de todos y no de uno en particular. Este argumento, sostiene Alfredo Rodríguez, “parece defender una justicia democrática aunque queda matizado a continuación en el segundo argumento lógico”⁵⁹. En efecto, este segundo argumento sustituye la aristocracia de los más poderosos o los más fuertes defendida por Calicles por una aristocracia de los más juiciosos; son éstos, que han acreditado saber gobernarse a sí mismos y dominar sus deseos y sus pasiones, los que deben gobernar la ciudad.

En definitiva, escribe Alfredo Rodríguez, “para Platón la filosofía y la política deben tener como finalidad la justicia, pero entendiendo ésta, en primer lugar, como justicia de la multitud, de la mayoría, en cuanto que es contraria al mantenimiento de los privilegios de cuna de la categoría social de los nobles. En segundo lugar, para que la justicia se imponga eficazmente, debe ser realizada por los mejores y más fuertes, que para Platón son los de mejor juicio”⁶⁰. Por tanto, si bien es cierto que la justicia puede rastrearse en una fuerza individual como el Eros, no lo es menos que la idea de justicia en Platón, tiene un sentido colectivo y remite a aquella otra de “un estado justo que haga posible la vida feliz de todos o, al menos, de la mayoría de los ciudadanos”⁶¹.

Esta interpretación política de la concepción platónica de la justicia entronca con las teorías de la justicia contemporáneas, cuyo interés se centra más en el diseño institucional, jurídicamente articulado, de una sociedad justa que en los criterios de justicia que deban guiar la actividad de los aplicadores del Derecho en cada caso particular (cuestión en la que se centran las modernas teorías del razonamiento jurídico). Esta es también la perspectiva que va a defender Alfredo Rodríguez, pero como punto de llegada, esto es, habiendo recorrido antes –como se hizo a propósito de la separación entre Derecho y Moral– la evolución histórica del concepto de Justicia, siguiendo el siguiente esquema: (i) concepciones tradicionales de la Justicia; (ii) la relación entre la Justicia y el Derecho; y (iii) legitimación política y Justicia⁶².

(i) Concepciones tradicionales de la Justicia. Alfredo Rodríguez distinguía dos grandes planteamientos dentro de las concepciones tradicionales de la justicia: por un lado, aquellas teorías que definen la justicia como una norma reguladora de la conducta, y, por otro, aquellas en las que la justicia es una propiedad predicable de las acciones, de las normas (morales o jurídicas) o de las instituciones, siempre y cuando éstas sean aptas para alcanzar determinados fines que se consideran valiosos para la convivencia.

Las teorías que definen la justicia como una norma de conducta tienen un elemento común: el objetivo de establecer un modelo de distribución de la riqueza cultural y material en un grupo social. En unos casos se identificará la justicia con una distribución originaria que debe mantenerse, reconduciendo a dicho orden cualquier desviación que se presente (concepción conservadora), y en otros, la realización de la justicia supondrá las redistribuciones que sean necesarias para corregir la desigualdad o el abuso (concepción reformista). De

⁵⁹ *Idem*.

⁶⁰ “A propósito de eros y justicia en Platón”, *op. cit.*, p. 698.

⁶¹ “A propósito de eros y justicia en Platón”, *op. cit.*, p. 699.

⁶² Sigo en las siguientes páginas los textos que el prof. Alfredo Rodríguez García redactó para sus alumnos y que –hasta donde llega mi conocimiento– nunca fueron publicados. Se citará como “Apuntes”, sin especificar la página.

este modo, la idea de Justicia queda vinculada a aquellas otras de orden, medida o equilibrio. Los criterios de distribución para alcanzar ese estado de cosas deseable son diversos y entre ellos pueden mencionarse el criterio *legalista* (“a cada uno según la ley”), *igualitarista* (“a cada uno lo mismo”), *clasista* (“a cada uno según su rango”), *meritocrático* (“a cada uno según sus méritos y capacidad”), *productivo* (“a cada uno según su trabajo”) y, por último, la *satisfacción de las necesidades básicas* (“a cada uno según sus necesidades”).

En cuanto al segundo grupo de teorías, aquellas que definen lo justo en función de la aptitud de normas e instituciones para alcanzar fines que se consideran valiosos para la convivencia del grupo social, son varios los fines que han llenado de contenido la idea de Justicia: la felicidad, la utilidad, la paz (en cualquiera de sus variantes) o la libertad.

Aunque no podamos encuadrar dentro de este grupo de teorías el planteamiento de Alfredo Rodríguez, sí cabría afirmar que la *Justicia democrática* –que es como definía su postura en relación a la idea de Justicia– está asociada a la satisfacción de las necesidades básicas o radicales. Esta postura puede empezar a perfilarse a partir de algunos comentarios a propósito de la cuestión que nos ocupa.

En primer lugar, sobre el escurridizo concepto de felicidad, Alfredo Rodríguez afirmó que “[q]uizás la concepción de Rusell sea la más aceptable desde el punto de vista social y jurídico”⁶³; esto es, defendía una concepción muy alejada del hedonismo; defendía una concepción que tiene su centro de gravedad en la posibilidad del pluralismo de las formas de vida, como paso previo a alcanzar la felicidad individual y social.

Por otra parte, la Justicia democrática se sitúa en las antípodas del utilitarismo. No obstante, siguiendo la distinción, introducida por Smart, entre utilitarismo de los actos y utilitarismo de las reglas, Alfredo Rodríguez dirá: “[c]omo juristas, creo que nos interesa resaltar el utilitarismo de las reglas, pero matizándolo con la búsqueda de los medios procedimentales y racionales más adecuados para disminuir, si no el sufrimiento, sí las desigualdades, aumentando al mismo tiempo la pluralidad de las formas de vida alternativas a las dominantes”⁶⁴. La referencia al pluralismo, que introduce ahora una mención indirecta a las minorías, va acompañada en este caso de un componente igualitarista, que se presenta como la justificación última de las normas.

El tercero de los fines que se ha asociado a la idea de Justicia es el de la paz social; aquello que Hobbes definió como la primera ley de la naturaleza y Kelsen como la función esencial del orden jurídico. Si el mantenimiento de la paz social supone la ausencia de conflictos, la idea de Justicia adquiere aquí una deriva conservadora inaceptable para el pensamiento de Alfredo Rodríguez: “La coexistencia y el consenso se colocan como el fundamento del Derecho: éste no es más que un orden de perpetuación de lo existente. (...) ¿Cabría imaginar una sociedad sin conflictos? El conflicto, en todas sus manifestaciones, es una realidad recurrente que no podemos obviar por mucho que nos atraiga el orden y el concierto. (...) Si esto es así, la paz, más que un sustituto del conflicto, sería el terreno, el sustrato, la condición necesaria para

⁶³ “Apuntes”.

⁶⁴ “Apuntes”.

que el conflicto se desarrolle sin violencia. La paz no puede considerarse nunca como un valor absoluto; más bien es la base, el espacio necesario para el desarrollo siempre conflictivo y contradictorio, del resto de valores sociales y jurídicos. Si partimos de esta consideración, ¿cómo podría entenderse la paz como fin último de la justicia?⁶⁵ Por tanto, la paz social no debe entenderse como ausencia de conflicto (que, por otra parte, es una realidad inevitable), sino como ausencia de violencia y abusos en la resolución de los mismos.

Algo similar sostiene en relación con las teorías que equiparan justicia y libertad; ahora bien, si la paz social, más que el fin último de la justicia, era una condición fáctica necesaria para la canalización del conflicto, la libertad se presenta como un presupuesto del propio concepto de justicia: “Si la libertad se define como una posibilidad condicionada de elección individual y social, ¿no será la libertad, más que un fin, una pre-condición de la justicia? Para que existan normas que regulan las relaciones y los comportamientos humanos, se requiere que éstos sean libres (...). La justicia, pues, no se dirige a conseguir la libertad, sino que necesita de ésta para existir como problema a resolver⁶⁶. Que la libertad aparezca como presupuesto de la justicia no significa necesariamente que quede expulsada del mundo de los fines; más bien, queda atenuada su identificación con la idea de justicia, marcando distancias con el liberalismo clásico.

(ii) Justicia y Derecho. Como se ha dicho más arriba, el planteamiento de Alfredo Rodríguez en relación a la teoría de la justicia tiene más que ver con los problemas de legitimación del Estado moderno que con la corrección material de las decisiones de los aplicadores del Derecho. No obstante, la legitimación de las organizaciones políticas tiene una conexión directa con los principios y las normas que las configuran, razón por la cual es necesario distinguir la teoría de la justicia en función de si se establece entre ésta y el Derecho una relación interna o externa.

En el primer caso, la Justicia aparece como algo inherente al Derecho, o dicho de otro modo, el Derecho es el único criterio de lo justo, “[s]e presenta aquí una confusión, o mejor dicho, una identidad de planos entre justicia y derecho, que lleva a una difuminación, sino a una desaparición, de los mismo criterios de justicia⁶⁷. Y si el derecho positivo es el criterio de lo justo, entonces los deberes que el mismo establece son, por definición, deberes morales, siendo así que puede decirse que tanto los ciudadanos, como las autoridades jurídicas tienen una obligación absoluta de obediencia al derecho, sin que quepa un cuestionamiento crítico de los mandatos jurídicos. Esto es lo que se ha llamado formalismo ético o positivismo ideológico⁶⁸.

Alfredo Rodríguez presenta como ejemplo de esta vertiente a Hans Kelsen; erróneamente, a mi juicio. Si no he entendido mal, su interpretación está basada en la supuesta contradicción en que incurre Kelsen al defender el carácter relativo de los juicios y valores morales y, simultáneamente, la democracia como “una forma justa de gobierno”, en tanto que implica la libertad y la tolerancia, valores necesarios para el desarrollo de la actividad científica,

⁶⁵ “Apuntes”.

⁶⁶ “Apuntes”.

⁶⁷ “Apuntes”.

⁶⁸ N. Bobbio, *El positivismo jurídico*, trad. Rafael de Asís y Andrea Greppi, Debate, Madrid, 1993, pp. 227 y ss.

esto es, para la búsqueda de la verdad⁶⁹. En mi opinión, ya resulta discutible que exista aquí ninguna incoherencia en el planteamiento de Kelsen, pero, desde luego, lo que no veo es que esta supuesta contradicción signifique que Kelsen reduce la Justicia al Derecho. Ciertamente, al definir la democracia como una forma justa de gobierno, pareciera estar afirmando también que todos los mandatos producidos por el legislador democrático son justos, pero me parece que la idea tiene que ver más bien con los principios morales y filosóficos en los que se sustenta la democracia, a saber: el respeto de las minorías, la falibilidad del conocimiento humano, etc., que con el agotamiento de la cuestión de la legitimidad en el origen democrático del derecho positivo. Por otra parte, no me parece que pueda atribuirse a Kelsen la tesis de la obligación absoluta de obediencia al derecho, incluso al derecho injusto, mucho más clara en otros autores, como Santo Tomás, Hobbes o el propio Kant.

El segundo grupo de teorías lo compondrían aquellas que defienden la existencia de criterios de justicia diferenciados del derecho positivo; tomando en este caso como referencia la obra de Gustav Radbruch y su defensa de un “derecho supralegal”⁷⁰, que constituye el contenido material de la idea de justicia.

(iii) Legitimación política y Justicia. Como ha ocurrido a la largo de la historia del pensamiento occidental, desde Platón hasta nuestros días, pasando por Hobbes, Locke y Rousseau, las teorías de la justicia contemporáneas constituyen una respuesta al derrumbamiento de las formas vigentes de organización política; en nuestro tiempo, a la crisis del Estado social contemporáneo.

Frente al pensamiento anglosajón, que, a través de las teorías neo-contractualistas, ha vuelto la mirada a los principios ideológicos y económicos de la filosofía política liberal, Alfredo Rodríguez plantea una concepción alternativa, basada en una idea amplia de los derechos, que denominaba “Justicia democrática”. En efecto, a pesar de la aparente distancia existente entre el empirismo economicista de James Buchanan, el normativismo anarquista de Robert Nozick o el enfoque hipotético-reconstructivo de John Rawls, en todos ellos está presente el objetivo de dotar de una nueva –o si se quiere, de una más sofisticada– legitimación al liberalismo clásico⁷¹. Por su parte, la Justicia democrática aspira a superar los planteamientos liberales clásicos, ante los que no cabe una vuelta al pasado, pero también un bienestarismo difícilmente sostenible y, sobre todo, pretende evitar la imposición desde el Estado de un modo de vida, aunque sea bajo la justificación de la realización de la igualdad o la justicia social. Para ello apela, por un lado, a un criterio de justicia externo al Derecho y a las instituciones como fuente de legitimación política, que no es otro que los derechos humanos; y, por otro, a la sociedad democrática como forma de organización política que mejor salvaguarda los derechos. A diferencia de los planteamientos iusnaturalistas de los que los derechos humanos toman su contenido, la Justicia democrática concibe los derechos como realidades históricas,

⁶⁹ Ver. H. Kelsen, “¿Qué es justicia?”, en Id., *¿Qué es justicia?*, trad. Albert Calsamiglia, Ariel, Barcelona, 1992, pp. 35-64.

⁷⁰ G. Radbruch, “Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht”, en Id., *Gesamtausgabe*. Bd. 3, C. F. Müller, Heidelberg, 1990, pp. 83-93.

⁷¹ “Apuntes”. Vid. F. Vallespín Oña, *Nuevas teorías del contrato social: John Rawls, Robert Nozick y James Buchanan*, Alianza, Madrid, 1985.

productos del consenso social (lo que, como se verá más adelante, no significa que los contenidos de la Justicia sean determinados democráticamente, sino que, más bien, son presupuestos por el propio sistema democrático). En esta línea, cabría hablar en el momento presente de una nueva etapa en el desarrollo histórico de los derechos; si en momentos anteriores se consolidaron –al menos teóricamente– los derechos de libertad y los derechos sociales, y sus respectivos modelos de Estado, el estado liberal y el Estado social, la Justicia democrática aspira a la realización completa de la triada revolucionaria, poniendo las miras en la fraternidad, que hoy cabría traducir por solidaridad. Los déficits que presentan tanto los modelos liberales radicales, que permiten las mayores desigualdades, así como los igualitaristas, que acaban sacrificando la libertad y la autonomía de las personas en aras de una igualdad que, a la larga, supone una igualdad en la escasez⁷², reclaman planteamientos superadores capaces de presentar estas aspiraciones de justicia como pretensiones complementarias, en la medida de lo posible. Junto a los derechos de libertad y los derechos sociales, se alza una tercera generación de derechos, que engloba viejas aspiraciones de la teoría de la justicia, como el derecho a la paz o a la autodeterminación, y aspiraciones de nuevo cuño que responden a las formas de vida actuales, como son los derechos ecológicos o medioambientales o los derechos de las generaciones futuras, etc.

Que los derechos se conciban como una realidad histórica no supone ni la renuncia a toda justificación objetiva de los mismos, ni tampoco su identificación con los derechos fundamentales reconocidos en las constituciones positivas. Alfredo Rodríguez mantuvo en este sentido la importancia de una necesidad de justificación fuerte de los derechos, en la medida en que ni siquiera el consenso de la mayoría de los Estados ha sido suficiente para garantizar la realización de los derechos en niveles aceptables. Antes que en valores como la dignidad o la libertad, encontró en la idea de necesidades radicales del ser humano un fundamento objetivo y universalizable de los derechos, predicable de todos los individuos, con independencia de sus particularidades culturales, religiosas y vitales en general.

Recapitulando, la concepción de la justicia defendida por Alfredo Rodríguez encuentra sus contenidos en los derechos humanos y su forma de organización política en la democracia. Entre ambos existe una relación de implicación conceptual mutua, porque si bien el respeto a los derechos humanos es un presupuesto necesario para el correcto desenvolvimiento de una sociedad democrática, ésta es garantía del reconocimiento y eficacia de aquéllos. Más allá de las convenciones y el consenso, los derechos humanos en los que se materializa la idea de justicia son condición de posibilidad de la democracia misma. Éste es el sentido preciso de la teoría de la justicia que Alfredo Rodríguez denominó Justicia democrática.

Recibido el 30 de noviembre de 2012 y aceptado el 26 de diciembre de 2012.

⁷² Sobre esta cuestión, véase los trabajos de Gregorio Peces-Barba (“Escasez y derechos humanos”) y Jesús González Amuchastegui (“Derechos humanos y escasez: entre la economía y la moral”), en el volumen colectivo editado por José María Sauca Cano, *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, BOE/Universidad Carlos III de Madrid, 1994, pp. 193-213 y 273-284, respectivamente.