

EPÍLOGO

DESACUERDOS Y ACUERDOS CON UNA OBRA IMPORTANTE

Gregorio Peces-Barba

El profesor Gustavo Zagrebelsky, catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad de Turín, ha escrito un libro, *Il diritto mite*, que en contraste con sus trabajos anteriores¹, propios de un especialista, excede del ámbito del derecho constitucional. En este libro, que se publica ahora en su edición castellana, Zagrebelsky se plantea un diagnóstico sobre la situación del derecho desde la filosofía del derecho. Por consiguiente, es más bien, en la vieja distinción de Bobbio, una toma de posición que una toma de posesión, y pone de relieve una formación iusfilosófica notable. Es un libro polémico, y yo adelanto mi acuerdo con algunas valoraciones, mi desacuerdo con otras y finalmente mi discrepancia con alguno de sus razonamientos, como intentaré explicar en estas líneas, que son una bienvenida cordial a los ámbitos de la cultura española, donde Zagrebelsky ya era de sobra conocido entre sus colegas y entre los científicos del derecho en general².

Creo que ni mis colegas italianos ni nosotros, los filósofos del derecho españoles, negaremos desde ahora a Zagrebelsky una consideración como iusfilósofo no sólo honorario, sino efectivo. Hace ya varios años, el profesor Bobbio me había comentado elogiosamente su capacidad para las reflexiones generales, que excedían del marco de su especialidad y abarcaban el conjunto del fenómeno jurídico. Este libro es un buen ejemplo de lo acertado de esa apreciación, que yo comparto.

El valor del libro se realza en la edición castellana por una excelente traducción de la profesora Gascón, que ha sabido mantener la gracia y el lenguaje polémico de la edición original y ha encontrado un término, «dúctil», para reflejar el complejo y casi intraducible, aplicado al derecho, término italiano *mite*. Una traducción literal hubiera supuesto usar la palabra «manso», que parece aplicable a animales o, ya en sentido figurado, a objetos inanimados, como el agua, un río o un arroyo, pero que sería difícilmente

conjugable con la realidad del derecho, maquinaria compleja, producto de la cultura y de la acción del hombre, apoyada por el poder y con contenidos morales recibidos de esa semilla de la razón humana cristalizada objetivamente a lo largo de la historia. El término «dúctil», próximo a «maleable», «moldeable» o «flexible», parece expresar, en sentido figurado, esa idea de pluralismo, de ausencia de rigidez, de principios constitucionales no organizados jerárquicamente, de superación del legalismo y del sistema cerrado con que nuestro autor identifica al sistema jurídico. Personalmente prefiero el término «flexible», cuya utilización, sin embargo, ha sido descartada probablemente porque ya se usó por Carbonnier en un sentido no exactamente homogéneo con el de Zagrebelsky³.

Nuestro autor hace un recorrido para diagnosticar el estado actual del derecho y su puesto en las sociedades democráticas que yo me atrevería a calificar de postmoderno moderado, pues pretende superar los horizontes del derecho de la modernidad, especialmente la aproximación positivista, aunque algunas argumentaciones iniciales, que me han parecido excesivas o ligeras, serán matizadas en capítulos posteriores⁴. Su reiterada y sopesada afirmación de la pérdida del valor exclusivo de la ley y del protagonismo central de la Constitución coincide con trabajos que se han hecho en España por Luciano Parejo, como *Crisis y renovación en el Derecho público*⁵ y, en menor medida, *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*⁶. En todo caso es una obra que ha destacado por su gran interés y que ha suscitado discusiones y debates. Pretendo con estas líneas, que expresan el homenaje y la admiración que profeso al autor, continuar esa discusión, hoy ya no exclusivamente italiana, sino, por medio de esta traducción que proponemos, también española e hispano-americana.

Se perciben en Zagrebelsky plurales influencias, desde Bobbio, su amigo de Turín, a través del cual yo le conocí, hasta C. Schmitt, pasando por Kelsen, por los autores de la inicial Escuela de derecho público alemán, por Alexy, por Häberle y, por supuesto, por Dworkin, Perelman, etc. Se apoyará en esos autores, incidirá en temas tratados por ellos, pero hará un planteamiento original.

Probablemente existen en el sugestivo trabajo algunas afirmaciones excesivas y también incompatibilidades tajantes entre conceptos o dimensiones de la cultura jurídica que, a mi juicio, son sin embargo integrables y capaces de sobrevivir, con matices y ajustes, para adaptarse a los signos de los nuevos tiempos.

Entre las afirmaciones excesivas se puede señalar la de la quiebra del positivismo y su incapacidad para abordar e interpretar las nuevas direcciones de la cultura jurídica. Se puede decir también que presenta a la cultura jurídica de la modernidad de forma reducida y restrictiva, y como agotada, al estudiar las leyes, las nuevas fuentes del derecho, como argumento contra su estabilidad, o la separación entre la ley y los derechos. Éste es el principal reproche que Hoerster hace a los críticos del positivismo: su reduccionismo

y su intento de extender críticas a aspectos superados del positivismo, a todo ese punto de vista en general⁷.

Es una exageración indicar que el Estado liberal es un Estado total, y más aún apoyarse para ello en el Mortati de *La costituzione in senso materiale*, obra de 1940 integrada sin duda en la cultura jurídica oficial de la Italia de Mussolini. Es igualmente exagerado, y quizás también inexacto, afirmar que nociones como la de «dignidad humana» y «persona humana» pertenecen exclusivamente a la tradición del iusnaturalismo cristiano católico, que yo preferiría denominar aristotélico tomista para subrayar sus raíces precristianas, y en ningún caso al iusnaturalismo racionalista. Los antecedentes estoicos y del humanismo jurídico renacentista de este último parecen desmentir tal afirmación.

Pero es quizás en el capítulo 4, junto con otros ejemplos menores, donde el profesor de Turín se separa más de lo que, para mí, son elementos indiscutibles y confirmados por la historia en la evolución de los derechos fundamentales, al exagerar la importancia del que llama cristianismo social y disminuir la influencia del socialismo.

De mis estudios sobre historia de los derechos fundamentales, y creo que también de los sectores de la doctrina que se han ocupado de esos temas, se deduce que las tres líneas de pensamiento que configuran los perfiles de los derechos son la liberal, para los derechos individuales y civiles, la democrática, para los derechos de participación política, y la socialista, para los derechos económicos, sociales y culturales del siglo XIX. Es indudable que aportaciones religiosas, católicas y protestantes existen en los tres modelos, pero no encuentro un perfil diferenciado, ni situado al mismo nivel que estas tres aportaciones, del llamado cristianismo social.

Más bien el catolicismo de los pontífices del siglo XIX en sus encíclicas, y después el propio Zagrebelsky lo señalará, descalifica y rechaza la filosofía de los derechos humanos y su cristalización normativa en los textos jurídicos modernos⁸. Sólo muy recientemente, quizás a partir de Pío XII, y sobre todo de Juan XXIII, se puede decir que la Iglesia católica asume la herencia cultural de los derechos humanos, generada en la historia de la modernidad al margen de ella e incluso contra ella.

Actualmente incluso el reforzamiento del fundamentalismo y de la consideración de la doctrina de la Iglesia como la única respuesta correcta para la organización de la sociedad con la encíclica *Veritatis splendor* pone en entredicho esa afirmación⁹. No son suficientes las afirmaciones tajantes en el ámbito de los derechos sociales sin siquiera el reconocimiento de los principios del Estado de derecho, como se hace en el capítulo III, parágrafo 100, de la encíclica, cuando se ve el problema de la sociedad política y del conjunto de los hombres que la forman desde el punto de vista interno de la Iglesia, desde una ética que nace de su autoridad para interpretar el orden divino. Las referencias a la doctrina sana, a la verdad que nos hace libres, a la luz del magisterio de la Iglesia, las críticas a la exaltación de la libertad, que genera una crisis en torno a la verdad, la llamada a la búsqueda de la

verdadera libertad, el rechazo de la autonomía de la razón para señalar la moralidad pública de las sociedades políticas y la subordinación de esas sociedades a la ley natural interpretada por la Iglesia niegan las raíces de los valores de la cultura moderna en que se asientan los derechos humanos: el pluralismo y el esencial valor de la libertad, como derecho de cada uno a elegir su propia moralidad privada. Para la Iglesia, los derechos y el sistema democrático están al servicio de la verdad de ese orden natural interpretado por su magisterio, y por cierto tan distinto de siglo a siglo. Como se dice al iniciar el capítulo III, sólo «la libertad que se somete a la verdad conduce a la persona a un verdadero bien». De ahí, de nuevo, en la encíclica, las condenas y las advertencias contra las doctrinas erróneas. Pese a los esfuerzos de muchos desde dentro, y a la capacidad de la Iglesia de apropiarse de valores culturales ajenos y presentarlos como propios insertándolos en su orden de verdad, esos «derechos humanos» que se presentan no tienen nada que ver con los que a espaldas y a veces contra la Iglesia han construido, con sufrimientos, los hombres de la modernidad. Creo que no debemos prestarlos a consolidar esa falsedad histórica.

Por consiguiente, a mi juicio, es exagerado, e incluso inexacto históricamente, decir que los derechos que llama Zagrebelsky «de justicia» sean expresión del humanismo cristiano. Se produce una sobrevaloración de ese pensamiento, sobre todo si se vincula con el derecho al trabajo y con la *Rerum novarum*, que es una encíclica de León XIII donde el pontífice no se sitúa en la cultura jurídica de los derechos, que no asume, sino sólo en los aspectos marginales y planteados desde perspectivas diferentes.

Es igualmente poco sostenible la desconsideración del papel del socialismo democrático y su identificación con el pensamiento cristiano. Es justamente al revés. No es que el pensamiento socialista coincida muchas veces con la tradición cristiana, aunque en algunas de las corrientes que le influenciaron, como la del romanticismo social, hay un componente religioso, sino que es el cristianismo el que se aproxima al socialismo. El derecho al trabajo al que se refiere el edicto de Turgot de 1776, y que Zagrebelsky indica, es la libertad de trabajo, distinta del derecho al trabajo como derecho a obtener un puesto de trabajo. Hacer un panorama histórico de la aparición de ese derecho sin hacer referencia a Louis Blanc y refiriéndose a la *Rerum novarum* no es, a mi juicio, correcto.

No son, finalmente, convincentes en este capítulo 4 las razones que da el autor para su valoración negativa del papel del socialismo. La razón de la exclusión es simplemente que «las concepciones de los derechos que provienen del gran mundo que se comprende bajo la categoría del socialismo no tienen nada, o nada original, que aportar a la gran distinción que interesa desarrollar aquí». Por eso, la contribución de la aportación socialista está «más relacionada con el alcance y efectividad (de los derechos) que con su fundamentación y su significado esencial»¹⁰. Desde mi punto de vista ese planteamiento no es acorde con la idea de las acciones positivas de los poderes públicos para establecer la igualdad en el punto de partida, para alcanzar

la dignidad humana, que no es un dato previo, sino una meta a alcanzar. Tampoco se puede olvidar que con el socialismo se considera a los derechos de crédito, o reclamaciones para la satisfacción de necesidades básicas sin las cuales el objetivo de la dignidad humana, la autonomía moral, es imposible, como derechos fundamentales cuya universalidad no es previa, sino que se configura en el horizonte como meta, como punto de llegada. Esta ampliación de la base de los derechos, ausente en la concepción liberal e incorporada por la tradición socialista, se sitúa en el plano de la fundamentación y del concepto de los derechos, frente a lo que opina Zagrebelsky. No se puede decir lo mismo del llamado cristianismo social, que no sólo no enriquece la cultura de los derechos sino que, como el propio autor reconoce, «aunque haya adoptado el lenguaje de los derechos, nunca se ha abierto a los derechos de la tradición laica y nunca ha cancelado sus profundas reservas sobre los derechos de la Revolución francesa...»¹¹.

¿Cómo se puede sostener que forma parte de la construcción del acervo intelectual de los derechos humanos una tradición que se reconoce como contradictoria y que no acepta el núcleo esencial de ese acervo, que es laico y que gira en torno a la Ilustración y a la Revolución francesa?

Como muy distinguido constitucionalista, Zagrebelsky traslada la doctrina de la mutación constitucional al plano de la doctrina y del pensamiento moral, político y jurídico donde nacen los derechos humanos. Producirá una mutación en éstos considerando como aportación a los derechos humanos un pensamiento que ha actuado al margen de ellos en su génesis histórica, y que llama cristianismo social, y expulsando de esta formación histórica de los derechos al socialismo ético, que fue, en la realidad, decisivo para su perfil actual.

Los derechos humanos son un concepto histórico del mundo moderno y hablar de derechos del humanismo católico, encontrando su explicación en la tradición antigua y buscando en Villey la explicación de la misma, es un paso más en la contradicción. Poder actuar no según la propia libertad, sino según el propio deber, como derechos vinculados a un *status*, es otra cosa, aunque existen algunos derechos-deber. La mutación se convierte en apropiación indebida de la tradición de los derechos, aprovechando una terminología prestigiosa para legitimar a otra tradición que históricamente aparece como contraria.

Por otra parte, este punto de vista conduce a una confusión entre ética pública y ética privada. La moralidad, o justicia del derecho, es lo que llamo ética pública¹², que en una sociedad pluralista y democrática no se puede confundir con la ética privada de una Iglesia, que constituye una propuesta de salvación, de virtud y de felicidad que no puede ser excluyente ni proponerse como válida para todos, sino sólo para los fieles y creyentes en esa Iglesia. Por eso, la que llama Zagrebelsky la concepción antigua de los derechos pretende «la restauración del orden que ha sido corrompido» y, desde luego, supone «un acto de hostilidad frente al ejercicio de los derechos en sentido moderno»¹³. Supone también una posición contradictoria con el

carácter procedimental de la ética pública, que es la de los derechos y de la democracia representativa, que no propugna conductas ni caminos para la salvación, la virtud, el bien o la felicidad, sino que pretende crear unas condiciones sociales, y los derechos son un elemento decisivo para ello, a fin de que cada uno pueda libremente estar en condiciones de elegir sus propios planes de vida, es decir, el camino de su moralidad privada.

Por otro lado, es esquemática la caracterización que hace de los que llama derechos de libertad como derechos del señorío de la voluntad reconocidos —como dice— a los particulares para los particulares, y ello por varias razones. En primer lugar, los derechos no tienen sólo una función subjetiva, sino que tienen una dimensión objetiva, en cuanto valores o principios de organización del poder y del derecho, y actúan así en los Ordenamientos modernos como guía para la producción, interpretación y aplicación del derecho, con lo que se identifican con la función objetiva de la justicia material que Zagrebelsky atribuye a la tradición antigua, que ya hemos visto que, como tal, es incompatible con los derechos creados históricamente en la modernidad, salvo que estipulemos para éstos un sentido antitético y contradictorio con su existencia desde el tránsito a la modernidad.

Pero es que además los derechos no son sólo esos derechos liberales que se identifican como protección de la autonomía del sujeto y como protección frente a las interferencias del poder, de otros grupos o de otras personas. Existen también los derechos de participación, que regulan y encauzan la intervención de los titulares en la formación de la voluntad de los órganos políticos, y aquellos otros incorporados por el socialismo que, a través de la acción de la igualdad como diferenciación, tratando desigualmente a los desiguales, apoyan a aquellas personas que se encuentran en situación de inferioridad por no ser capaces de satisfacer por sí mismas algunas necesidades básicas sin las cuales no es posible alcanzar la condición de persona con dignidad. Es evidente que a estos derechos no se les puede aplicar sin más la esquemática caracterización de Zagrebelsky de los derechos de libertad, sino que más bien realizan alguna de las funciones que él atribuye a los «derechos de justicia».

Tengo la impresión de que un análisis iuspositivista de los derechos no es imposible, porque, como veremos también, después de descartar algunos de los argumentos aquí esgrimidos, la aproximación de un positivismo corregido es fructífera ante nuestro tema.

También es reductora la identificación que hace del positivismo con el positivismo ideológico, especialmente en la nota 5 de este capítulo, al vincular ley con derechos y considerar que para éste lo bueno es lo que el legislador ha ordenado y lo malo aquello que ha prohibido.

Cuando decía al principio que en esta obra además de exageraciones se encontraban incompatibilidades tajantes, estaba pensando, precisamente, en su afirmación de la incapacidad del positivismo para corregir o matizar sus iniciales planteamientos, abriéndose a la moralidad, así como también en la afirmación que se hace al comienzo del capítulo 5, «la separación de la

justicia respecto de la ley», sobre la influencia perturbadora de los derechos individuales para los principios materiales de justicia. Por el contrario, afirmo que los principios materiales de justicia surgen en el constitucionalismo de los principios de organización y de los derechos, especialmente a partir de la Revolución francesa. El orden justo no se puede reducir a los derechos, como dice nuestro autor¹⁴, sobre todo con el reduccionismo con que los identifica, pero eso no impide valorar tanto su importante función en ese campo como su compatibilidad con la cultura de los deberes.

Finalmente, entre las exageraciones o las incompatibilidades excesivas que señala Zagrebelsky están las referidas a los principios, que surgen como consecuencia de la superación del Estado legislativo de derecho. En este planteamiento se vislumbran las influencias de C. Schmitt, de Esser y de Dworkin. Como veremos más adelante, la distinción entre normas reglas y normas principales o de principio no afecta a una aproximación positivista del derecho y, por otra parte, los derechos fundamentales actúan en su función objetiva como principios.

No tiene sentido, a mi juicio, identificar a esos principios con la vieja idea del derecho natural, ya que, como el propio Zagrebelsky reconoce, «representan el mayor acto de orgullo del derecho positivo, por cuanto constituyen el intento de «positivizar» lo que durante siglos se había considerado como prerrogativa del derecho natural»¹⁵. Pero sí es interesante su sugerencia de que la relación entre ley y Constitución se aproxima a la relación entre la ley y el derecho natural y de que el modo de argumentar de los Tribunales constitucionales se asemeja a la forma de argumentar en derecho natural. Matizará, sin embargo, esta posición hablando de interpretación de la Constitución como filosofía del derecho, lo que expresa el carácter abierto de ese razonamiento, que no se agota en la exégesis de las normas. Pero esa incorporación de argumentos morales no es, como señalaré más adelante, incompatible con una aproximación positivista. Tiene el profesor Zagrebelsky una idea muy estática del positivismo jurídico y eso le lleva a exagerar la autonomía de un derecho por principios y a vincularlo con el derecho natural.

Podría confundir la argumentación que utiliza valores, principios y derechos con una argumentación de derecho natural, aunque en realidad, en sentido más general, es una argumentación iusfilosófica, desde la moralidad positivizada que el derecho incorpora o desde la moralidad crítica, que es una moralidad externa al sistema con pretensión de positivizarse.

En todo caso, si en «los documentos contemporáneos han resurgido aspectos del derecho premoderno», lo cierto es que las condiciones de la cultura jurídica y política modernas impiden un uso de esos aspectos igual al que se hacía antes del tránsito a la modernidad. La ponderación en la valoración de los principios como interpretación dentro del sistema no es incompatible con un positivismo flexible y abierto a la moralidad. La tónica y el análisis de los casos desde el problema sólo tiene sentido en el derecho moderno a partir del sistema.

En esa misma línea, también la acción del juez, con su protagonismo decisivo en los Ordenamientos actuales, se puede integrar en el positivismo, pues como veremos no afecta a ninguno de sus principios básicos. El pluralismo metodológico en la interpretación del derecho es perfectamente compatible con un positivismo capaz de sobrevivir a los cambios, de incorporar la reflexión moral a sus esquemas y de integrar los problemas en su sistema. Sobre todo, además, porque en el universo jurídico que concibe Zagrebelsky la ley desempeña un papel importante, especialmente en los Estados democráticos, y porque no existen tampoco para él «señores del derecho»¹⁶, ni los jueces hoy, ni el legislador en el siglo XIX. Se podría llamar la atención sobre la pretensión objetiva de la Iglesia católica de convertirse en la superseñora del derecho al intentar guiar al derecho positivo desde «la verdad», que ella administra, procedente directamente de Dios. En todo caso, comparto el rechazo de Zagrebelsky respecto de los «señores del derecho», pero para ser consecuentes no conviene crear otros de manera artificial, propiciando protagonistas que carecen de base.

El equilibrio entre juez y legislador, que parece desprenderse de las últimas líneas del libro, confirma que Zagrebelsky asume alguna de las coordenadas de ese positivismo corregido que defiendo. No se justifica, a mi juicio, que tome esas distancias de la cultura jurídica del XIX para identificar a la cultura jurídica del constitucionalismo, de ese derecho dúctil que propugna con tanta brillantez. Por mi carácter soy defensor de las síntesis y, en gran medida, mi esfuerzo investigador se ha dirigido a integrar los valores del positivismo jurídico con la necesaria exigencia de dimensiones morales en el derecho como camino para superar la dialéctica de la antítesis. Defender que el derecho se identifica siempre por medio de las normas de identificación de normas y que no cabe una moralidad, en forma de principios, de valores o de derechos, que sea jurídica sin seguir esos trámites, es una afirmación positivista. Sostener que el órgano productor de la norma y el procedimiento de producción, es decir, la norma formal de identificación, no son suficientes para identificar el derecho válido y que es necesaria una dimensión material, formada por la moralidad que es previa al poder y al derecho y que es producto de la razón en la historia, es iusnaturalismo, o al menos cumple en la cultura de nuestro tiempo un papel similar.

Una exposición ordenada de mis puntos de vista servirá para establecer la comparación con las tesis del profesor Zagrebelsky y entender mejor nuestras discrepancias y nuestras coincidencias, que parten de una común creencia en la democracia y la libertad.

Existen tres posibles aproximaciones al fenómeno jurídico. Para la primera, no hay distinción entre el orden moral y jurídico y este segundo es una prolongación del primero, que marca los principios generales del orden del universo. El derecho no marca los criterios de validez de sus normas partiendo de un centro último de imputación de lo jurídico desde el poder político, que en el mundo moderno es el Estado, sino desde el poder general de un Dios creador. Sólo lo que está en el orden natural del ser humano

creado por Dios, o lo que creado por el hombre es prolongación de ese orden para regular la vida social, es derecho. Este punto de vista iusnaturalista clásico no es hoy el más presente en la cultura de nuestro tiempo, aunque lo hemos situado en la cabecera de los iusnaturalismos por la importancia que Zagrebelsky da a la influencia de la Iglesia católica, si bien él mismo no se sitúa en esa posición. El iusnaturalismo actual, más abierto y más genérico, el de los principios, el de los derechos morales, lo que sostiene es que existe un derecho previo al identificable por las reglas de reconocimiento de un ordenamiento positivo válido, un derecho al margen de esas reglas, que yo prefiero denominar, como explicaré, normas de identificación de normas. La moralidad social previa al derecho creado por el poder del Estado, que contiene criterios y guías para tomar decisiones en la regulación de la convivencia —ámbito del derecho— es tan derecho como las normas —reglas dirán para distinguirlas de los principios— creadas de acuerdo con los criterios de validez de la norma de identificación de normas. Es la moralidad derecho, que justifica su validez por sí misma, sin necesidad del aval de una calificación estatal. Es una validez material jurídicamente relevante al margen de la norma de identificación.

La segunda aproximación, la positivista clásica que Zagrebelsky identifica con cualquier modelo positivista posible, y ésa es una de mis discrepancias profundas con él, es una posición que podríamos denominar de autismo jurídico, puesto que considera que la identificación de lo jurídico, la validez de las normas, depende de reglas del propio Ordenamiento y de la práctica de los operadores jurídicos al aplicarlas. Las respuestas a las preguntas ¿quién manda? y ¿cómo se manda?, emitidas desde el poder jurídico supremo como norma básica formal de identificación de normas para señalar los órganos de producción de normas y los procedimientos para esa producción, son los criterios que permiten discernir si una norma forma o no parte del Ordenamiento. Los hechos externos o la moralidad son criterios no relevantes para definir lo jurídico. Si una norma ha sido producida por el órgano competente y de acuerdo con el procedimiento establecido en esa norma básica formal de identificación de normas, sabemos que es una norma válida y que forma parte del Ordenamiento. Kelsen sería el exponente más depurado de ese punto de vista, que arranca en sus inicios con la escuela de la exégesis y todo el positivismo del siglo XIX. A los efectos que nos interesan es irrelevante, en este punto de vista, que el apoyo de la norma básica puesta, es decir positiva, que coincidiría con lo que yo he llamado norma básica formal de identificación de normas, sea la norma básica supuesta o hipotética fundamental, como sostuvo Kelsen hasta el final de su vida, o que sea el poder como un hecho institucionalizado, como yo prefiero y el propio Kelsen tuvo que reconocer en sus últimos años: lo relevante, y que distingue a este modelo que tiene a su vez múltiples matices, es que la moralidad no es jurídica por sí misma, e incluso que no se la toma en consideración a la hora de ponderar las condiciones que identifican a lo jurídico.

A la tercera aproximación la he denominado positivismo corregido, pero

no tendría inconveniente en calificar el sustantivo «positivismo» con otros adjetivos que permitieran un acercamiento visible a las tesis de Zagrebelsky, que comparto en su diagnóstico último y que creo pueden ser integradas por el positivismo. Así, se podría hablar de positivismo abierto, flexible e incluso dúctil. También se podría hablar paradójicamente de positivismo ético¹⁷. Esta propuesta no es una cortesía al amigo para hacer más amable este comentario, que ha sido en ocasiones duro y discrepante; supone tan sólo mi firme convencimiento de que a Zagrebelsky no se le puede situar en la primera, ni mucho menos en la segunda aproximación, sino en esta tercera. Por eso, no supondría una rectificación de fondo a sus planteamientos últimos si decidiese modificar el título de su obra y llamarla *El positivismo mite*.

Quizás lo más adecuado sea perfilar los elementos de esta tercera posición, en cuyo itinerario de construcción aparecerán estas discrepancias y al mismo tiempo la impresión de que Zagrebelsky no es, ni mucho menos, ajeno a estos puntos de vista.

Para el positivismo corregido o ético, los criterios de validez del derecho también deben ser establecidos por una norma de identificación de normas que sea norma básica puesta, del sistema. Sin embargo, la que he llamado moralidad ética o moralidad pública es relevante para identificar al derecho; o, dicho de otra forma, unos criterios de moralidad forman parte de la norma básica de identificación de normas. Se diferencia del iusnaturalismo, primera aproximación, porque no acepta como jurídica a una moralidad que no se incorpore al derecho con arreglo a esas condiciones establecidas en la norma de identificación, es decir producidas como derecho aunque como moralidad sean previas al mismo, por los órganos competentes y de acuerdo con el procedimiento de producción preestablecido. Se diferencia del positivismo por esa relevancia que otorga a la moralidad que sitúa como componente necesario del derecho. No es un adorno, sino que forma parte del contenido esencial de lo jurídico. Aunque el profesor Zagrebelsky toma algunas posiciones, hace algunas valoraciones y emite algunos juicios con los que he discrepado, creo que su criterio último se sitúa en el marco de esta tercera línea de pensamiento. No está claramente en el segundo grupo del positivismo clásico, pero tampoco está en el primero del iusnaturalismo, pese algunas aproximaciones que hace respecto a la interpretación constitucional. El epígrafe tercero del capítulo 6, donde contrapone derecho natural a derecho positivo, es una expresión de ese distanciamiento respecto del iusnaturalismo. Aunque existen casos, un constitucionalista iusnaturalista es casi un modelo de contradicción.

Si seguimos con la justificación de la capacidad de integración de esas nuevas discusiones por el positivismo y de la compatibilidad de mis planteamientos con las tesis últimas del profesor de Turín, conviene señalar que la toma en consideración de la moralidad para el concepto del derecho nos lleva a hablar de moralidad positivizada y de una ampliación de la norma básica. En efecto, la norma básica de identificación de normas debe recoger esos contenidos materiales que hemos denominado moralidad legalizada y

responder a la pregunta ¿qué se manda? Así, la norma básica tendrá dos dimensiones: una formal que comprende los criterios formales de validez —órganos y procedimientos— y una material que comprende los criterios materiales de validez. Por consiguiente, la validez del derecho, la pertenencia de las normas al Ordenamiento, se obtendrá constatando la adecuación de cada norma a esos criterios formales y materiales. Esta construcción de un positivismo ético, que no tendría inconveniente en llamar dúctil, responde bastante al funcionamiento real de la maquinaria jurídica, lo que para una construcción teórica no es siempre habitual, y es además compatible con los planteamientos interpretativos abiertos y flexibles, anclados en lo que yo prefiero llamar normas principales, que hace Zagrebelsky.

Si se perfilan los rasgos de este tercer modelo, que he venido llamando de positivismo corregido y que podríamos llamar positivismo ético o dúctil a partir de la lectura de este libro, se verán las coincidencias concretas y las discrepancias con las tesis de Zagrebelsky. Me parece que su afán por separarse del positivismo, y su insistencia en la incapacidad del mismo para afrontar los cambios del derecho desde unos esquemas que califica de rígidos y anquilosados, es más bien estético y retórico. Los aspectos del positivismo que a continuación describo señalan, por un lado, su capacidad de adaptación y su capacidad para integrar sistemáticamente los cambios históricos producidos en el derecho en el siglo xx y, por otro, su compatibilidad con la tesis última de Zagrebelsky sobre el Estado constitucional y su incompatibilidad con algunas de sus tesis, que ya hemos criticado con anterioridad.

1) Las normas básicas de identificación de normas son una construcción doctrinal que expresa la existencia, fundamentalmente en la Constitución, pero a veces con prolongaciones en leyes, como la Orgánica del Poder Judicial, el Código civil o las leyes de Enjuiciamiento, y en los reglamentos de las Cámaras, de normas de competencia, de criterios de validez, de normas de producción de normas, que permiten una construcción sistemática del Ordenamiento y que son la referencia de su unidad.

2) La norma básica material, que incorpora esta dimensión de la moralidad, aparece casi exclusivamente en la Constitución, en su núcleo esencial, en forma de valores, de principios de organización y de derechos fundamentales. Todos ellos son respuesta a la pregunta ¿qué se manda? y establecen los criterios sobre los contenidos y particularmente sobre los límites de creación de todas las normas inferiores; ofrecen además una guía para la aplicación y la interpretación que deban realizar los operadores jurídicos, y especialmente los legisladores y los jueces. No parece desacertado dar a este tipo de Estado el nombre de «constitucional», puesto que los criterios de validez de la norma básica se encuentran principalmente en el seno de la Constitución. No es una superación del Estado de derecho, sino su etapa superior. Un Estado de derecho, hoy, no se concibe sin Constitución. Contraponer Estado de derecho y Estado constitucional es, a mi juicio, un error.

3) Este positivismo corregido o ético no parte de un fetichismo fanático del valor de la ley, ni considera que exista una plenitud en el Ordenamiento formado por reglas. La plenitud es una plenitud formal, puesto que siempre hay un operador jurídico competente para resolver y pronunciarse sobre los hechos. En muchos casos tendrá que resolver desde una norma concreta o desde un grupo de éstas, pero en otros lo hará partiendo de valores, principios de organización y derechos, es decir, desde lo que yo llamo normas principales, con lo que éstas proporcionarían criterios para resolver el caso concreto. Es posible aceptar lo que dice Zagrebelsky sobre esos valores o principios, que sólo aparecen como operativos enfrentándose al caso concreto. Sin embargo, lo relevante para el sistema no es eso, ni que el género de interpretación de las normas principales sea del tipo de la razonabilidad o de la ponderación, siempre con criterios flexibles, sino que lo relevante es que exista siempre un operador jurídico competente, dependiente de una norma del sistema, que resuelva el caso. Ésa es la plenitud y la coherencia derivada de que siempre hay una respuesta a cada caso que se presente, pero no porque la suministre necesariamente el derecho en sus regulaciones, sino porque debe proporcionarla un operador competente.

Los intérpretes pueden ser los más lúcidos del mundo y utilizar mejor que nadie los argumentos de razonabilidad y ponderación, pero si son sólo, por ejemplo, profesores, sus buenas razones no incidirán directamente en el ordenamiento; sólo lo podrán hacer mediatamente, a través de un operador jurídico que las asuma en sus decisiones. Sólo si una norma del sistema que forma parte de la norma básica formal de identificación de normas otorga competencia, la voluntad del operador será significativa. Las argumentaciones que justifican su interpretación se realzan si el operador es competente y le son de utilidad. Es lo que llamaría poder de decisión frente al poder de consejo del científico y del profesor, que para ser válido y eficaz debe ser asumido por un operador habilitado.

No puedo, por consiguiente, compartir la imposibilidad de pasar de un positivismo de las reglas a un positivismo de los principios, señalada por Zagrebelsky en el capítulo sexto de su obra. Desde la unidad, coherencia y plenitud, con esta lectura que hacemos, no sólo el positivismo no desaparece, sino que es la clave de la explicación que permite que las normas principales puedan funcionar en un sistema, y no en un caos inseguro como el que existía en el derecho premoderno. Dentro del sistema, y en clave positivista, con la primacía de la Constitución, caben y son integrables esos elementos tópicos, de interpretación razonable, de acción de los jueces, de normas principales, etc.

4) La moralidad no es una creación del Poder ni de su derecho, sino que es previa al mismo hasta que se convierte en moralidad legalizada a través de las dos únicas puertas que existen para entrar en el derecho, la igualdad y la jurisdicción: la Constitución, la ley y los reglamentos y, por otra parte, las sentencias judiciales y la jurisprudencia. No creo que de la

obra de Zagrebelsky se desprenda ninguna posición enfrentada a ésta, que es claramente positivista. Los principios, valores o derechos situados en el ámbito de la moralidad no se incorporan al ámbito de la juridicidad sin pasar por esos requisitos de producción normativa establecidos por la norma básica de identificación de normas. Una vez legalizada, esa moralidad es derecho y puede ser interpretada en el ámbito del sistema. Sin embargo, esa circunstancia no permite hablar de positivismo ideológico, como si el derecho y el poder que lo sostiene creasen la moralidad, ya que ésta es una creación anterior, recibida. Por otra parte, como hemos visto, y como señala el profesor de Turín, su positivación como normas principales, valores, principios de organización y derechos los distingue de las normas-reglas, que tienen una solución para resolver supuestos concretos, puesto que señalan criterios para actuar ante hechos que no tienen una norma-regla para sustanciarlos. Por eso, como metáfora, tampoco es incoherente señalar que en ese campo normas constitucionales se interpretan y se aplican como si fueran derecho natural. Lo único es que esa figura retórica, desde la afirmación paradójica, que yo comparto, de que las normas principales son la culminación del positivismo jurídico, puede producir confusión, porque siempre hay juristas dispuestos a forzar las cosas para tranquilizarse y asegurarse con afirmaciones iusnaturalistas.

5) Si tuviéramos que hacer un diseño teórico del itinerario de la moralidad desde su génesis hasta su incorporación al derecho, habría que señalar, en primer lugar, que la moralidad pública que es relevante en la modernidad es una creación histórica de la razón humana que establece los criterios de justicia, los fines o los objetivos que el derecho debe cumplir al servicio del desarrollo de la persona. Esa semilla de moralidad es producto de múltiples contribuciones, de construcciones y de intereses, y nunca puede ser secuestrada como monopolio de una sola escuela, de una Iglesia, de una corriente científica, puesto que es fundamentalmente una moralidad procedimental, para las instituciones, para la organización de la sociedad y del Estado y para la justicia de su derecho. Como he señalado, me parece que estipular como término para recoger esa realidad el de ética pública es adecuado.

Esa moralidad pública es procedimental, puesto que no prescribe comportamientos o conductas que expresen una idea del bien, de la virtud o de la felicidad, sino que señala objetivos sociales, políticos y jurídicos que contribuyan a una organización donde cada persona se encuentre en condiciones de decidir libremente sobre sus planes de vida, sobre su moralidad privada, sobre su idea del bien, de la virtud o de la felicidad. A mi juicio, el error histórico de la Iglesia católica, y que, inexplicablemente, el profesor Zagrebelsky valora positivamente, es pretender que su ética privada, es decir su idea de salvación (que comprende las ideas de bien, de virtud y de felicidad) que ella identifica con la verdad (cuya última versión es la encíclica *Veritatis splendor* de Juan Pablo II), se convierta en la ética pública de

todos los ciudadanos. Es la versión totalitaria de una ética autoritaria que quiere convertir a lo particular en general. La otra cara de la moneda puede ser la pretensión de una ética pública que abandonase su carácter procedimental y pretendiese constituirse como núcleo común de ética privada. Es quizás la experiencia, también totalitaria, del marxismo y de los movimientos comunistas de raíz leninista. En este caso se quiere convertir a lo general en particular.

Ambos proyectos son incompatibles con la ética pública de la modernidad rectamente entendida, con una sociedad democrática, con el pluralismo y con el sistema jurídico abierto y flexible, dúctil y procedimental, que se deriva.

Desaparecido el proyecto político marxista, en los países del Este queda la Iglesia católica u otros proyectos religiosos fundamentalistas, como el Islam. Centrándonos en la primera, más próxima al mundo cultural en que nos encontramos en la Unión Europea, los dos polos de sus posiciones son incompatibles y se anulan entre sí. Si se aceptan los principios del Estado de derecho, del pluralismo y de la democracia no se puede seguir apoyando la tesis de que la libertad sólo cabe desde la aceptación de la verdad, que la Iglesia misma establece interpretando el proyecto de Dios. Una de las dos posiciones, que son incompatibles, debe ser desechada o afirmada sólo de manera retórica y carente de convicción. Quizás con Juan XXIII y Pablo VI se debilitaran las raíces del segundo polo, al aceptar la democracia y los derechos y libertades. Sin embargo, la reacción no se ha hecho esperar y mucho me temo que la dependencia de la libertad respecto de la verdad sea hoy la posición auténtica, y consecuentemente el primer polo o es retórico o sólo vale hasta que sea incompatible con el segundo.

Ante esta argumentación, y ante la permanente amenaza durante la historia de que la ética pública sea inspirada en exclusiva por la ética privada de la Iglesia católica, me ha resultado sorprendente que el profesor Zagrebelsky haya apoyado, en parte, el Estado constitucional en una filosofía premoderna, inspirada por la Iglesia católica.

6) La moralidad pública es asumida por un tipo de poder político compatible, y que se identifica, con esos criterios. En verdad, esta distinción que hacemos en teoría es difícil de sostener en la realidad, donde poder democrático y moralidad pública de la modernidad han crecido juntos, aunque aquí, a efectos científicos, intentemos identificarlos por separado.

La ética pública de la modernidad es la ética de la seguridad, de la libertad, de la igualdad y de la solidaridad, y la aceptación política total o parcial de esos valores morales ha ido configurando los diversos tipos de Estado moderno, desde el Estado absoluto al Estado social, pasando por el liberal. La moralidad, al ser asumida, se convierte en moralidad política, y ésta se realiza a través del derecho como moralidad jurídica. El poder, que es el hecho fundante básico que sostiene al Ordenamiento jurídico del Estado constitucional y es garante de su validez y de su eficacia, no es así un hecho

bruto, simple expresión de la fuerza, sino un hecho institucionalizado, constituido por hombres y por grupos de hombres que deliberan sobre los objetivos y los fines del Estado y del derecho. No me parece que el reproche de la falacia naturalista sea consistente en estas condiciones.

Esta moralidad pública que, a través de la acción política y del derecho, tiene como objetivo la organización de unas condiciones de vida social que hagan posible el desarrollo de las personas, con la libre elección de su moralidad privada, es la justicia del Estado constitucional, o del Estado social y democrático de derecho, frente a los modelos totalitarios de la ética privada que quiere convertirse en ética pública y de la ética pública que quiere guiar y orientar a las éticas privadas.

Éste me parece que es el buen camino no sólo para conciliar, sino para integrar el punto de vista del individuo, de cada individuo, con el punto de vista de la colectividad. No creo que se pueda afirmar, como Nagel, que los sistemas existentes no han conseguido jamás ese ideal, porque precisamente ése es el esfuerzo y el objetivo de la modernidad, aunque no se haya conseguido por completo. La realidad y el horizonte ideal están aún distantes, pero no cabe decir que no se sitúan en la misma sintonía en este caso¹⁸.

7) La moralidad positivizada actúa en el derecho a través de los valores, de los principios de organización, de otros principios y de los derechos fundamentales. Los valores son los grandes criterios de la moralidad pública que marcan la comunicación entre el poder político y el derecho o, dicho de otra forma, constituyen la comunicación de los valores políticos convertidos en valores jurídicos. Su abstracción y generalidad son desarrolladas por el resto de la moralidad positivizada y también por los operadores jurídicos, especialmente los jueces, ante hechos concretos.

Los principios de organización son guía y directiva para ordenar un subsistema jurídico, una institución o una función estatal. Así, el principio de las mayorías, el de separación de poderes, el de independencia del poder judicial o el de eficacia y neutralidad de la Administración. Suelen constituirse como norma básica de los diversos subsistemas jurídicos o ser elemento decisivo para la aplicación e interpretación en varios de ellos, al mismo tiempo. Los demás principios son criterios para afrontar problemas concretos no resueltos directamente por normas-reglas. Son como una reserva de argumentos generales para decidir, que sólo se activan relevantemente ante el caso concreto. De todas formas, no me parece descartable que el legislador parlamentario o reglamentario, en una materia iluminada por uno de estos principios, pudiese utilizar esos criterios para la redacción de la norma.

Finalmente, los valores superiores se prolongan en los derechos fundamentales, que realizan dos funciones, una objetiva y otra subjetiva, con lo que también recuerdan las dos funciones históricas que realizó el derecho natural, en su dimensión aristotélico-tomista y en su dimensión racionalista protestante. Los derechos humanos las realizan no sucesivamente, sino de manera simultánea. Por la función objetiva realizan la misma función de los

valores y de los principios y son guía para la producción, la aplicación y la interpretación del derecho. Por la subjetiva suponen la juridificación de pretensiones morales de las personas o de los grupos en que éstas se integran y actúan como límite al poder, como cauce para la participación política y social y como medio de resolver prestaciones para la satisfacción de necesidades básicas de sus titulares. La formación histórica de estos derechos recibe influencias del humanismo jurídico, del estoicismo, del iusnaturalismo racionalista, del liberalismo y del socialismo. No parece relevante en este proceso la aportación de la Iglesia católica.

A grandes rasgos, éste es el modelo del positivismo que defiende y que actualmente exige muchos matices, muchos desarrollos y muchas prolongaciones. Creo que han quedado claros desde él los acuerdos y desacuerdos con esta obra del profesor Zagrebelsky. Como he señalado para aclarar mi postura, pese a algunas discrepancias fuertes, me parece que hay una coincidencia última, tanto en el punto de partida como en el punto de llegada. Por eso he dicho también que no tendría inconveniente en llamar dúctil a este positivismo, y en italiano *mite*. En todo caso, el diálogo académico es un buen ejercicio de razón. He trabajado muy a fondo esta obra, y mis comentarios, con desacuerdos y acuerdos, pretenden ofrecer un punto de vista distinto, pero, a mi juicio, no incompatible. Sea como fuere, creo que hay que saludar esta cuidada edición española y esperar que la obra resulte tan interesante, y sea tan provocadora, como para mí lo ha sido. Espero también que tenga tanto éxito como en Italia.

NOTAS

1. *La Giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1977, nueva ed., 1988; *Le immunità parlamentaria*, Einaudi, Torino, 1979; *Manuale de Diritto costituzionale I. Il sistema delle fonti del Diritto*, Utet, Torino, 1987.

2. Sobre esta obra existe una reciente recensión del profesor Rubio Llorente en *Revista Española de Derecho Constitucional* XIV/40 (1994). Asimismo se ha ocupado recientemente del tema el profesor Ansuátegui en un documentado trabajo «¿Crisis del positivismo jurídico? Dos respuestas italianas: Zagrebelsky y Scarpelli»: *Derechos y libertades*. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, 2 (1994), pp. 113 ss., que contiene un buen resumen de la tesis de este libro y una crítica, a mi juicio rigurosa y sensata, de algunos planteamientos claves del profesor de Turín. Así, la incierta definición de los límites del derecho, las críticas parciales que quieren ser una crítica global al positivismo, una visión de los principios de justicia deudora del iusnaturalismo posmoderno y una idea antigua de los derechos, vinculada a la Iglesia católica, excesivamente valorada frente a la nula importancia que atribuye a la tradición del socialismo no marxista. En Italia es interesante una corta reseña de Bobbio que coincide con alguna de mis observaciones, y especialmente con la idea de que las reflexiones de Zagrebelsky no son incompatibles con la posición de un positivista inquieto como Bobbio (*L'Indice dei libri del mese* 3 [1993], p. 5). En el mismo número hay también sobre el tema un artículo de Stefano Rodotà «Verso lo Stato costituzionale» (p. 4).

3. Vid. J. Carbone, *Derecho flexible. Para una sociología no rigurosa del Derecho* (1971), prólogo y traducción de L. Díez-Picazo, Tecnos, Madrid, 1974.

4. Zagrebelsky había planteado ya este punto de vista en un artículo, «I diritti fondamentali oggi», publicado en los *Materiali per una storia della cultura giuridica* XXXII/1 (1992), pp. 187 ss., donde distinguirá entre el siglo XIX, como siglo positivista de hegemonía de la ley y del Estado de derecho, y el

siglo xx, como siglo del Estado constitucional, del papel concurrente del juez con la ley y de los principios. Hace esfuerzos para que sus tesis no sean consideradas iusnaturalistas, pero identifica el positivismo con la ideología jurídica del siglo xix y no apunta expresamente ninguna capacidad de evolución y de adaptación. De todas formas, su propia tesis en el artículo podría considerarse como un planteamiento positivista corregido. Apuntará algunas de las posiciones que desarrollará en el libro, entre ellas esa tesis de los derechos de justicia liderados por la Iglesia católica y que valoro como poco justificada. Uberto Scarpelli, en un trabajo publicado en la *Rivista di Filosofia* (LXXVIII/1 [1987], pp. 3 ss.) titulado «Dalla legge al codice, dal codice ai principi», hace un diagnóstico que se asemeja al de Zagrebelsky, señalando la superación del concepto de ley de la Ilustración, su sustitución por el Código, en el que aparecen los principios como immanentes y elementos integradores para evitar fugas y dispersiones. Superado el Código, y abierto el proceso de descodificación de que habla Irti (vid. N. Irti, *L'età della decodificazione*, Giuffrè, Milano, 1982), se integran en la cultura jurídica continental los principios y entran en juego los jueces con un protagonismo superior al que anteriormente tenían. Eso nos acerca a la cultura del *Common Law*, especialmente a la americana. Aunque Scarpelli señala los peligros de fragmentación que esa orientación comporta, parece aceptarla y piensa que supone, en cierta medida, una rectificación de su posición como «creyente en la ley y defensor del positivismo jurídico...». Concluye, sin embargo, señalando que nos encontramos en una encrucijada, que es un lugar peligroso donde uno queda inmovilizado si no tiene suficientes ánimos y convicciones para atravesarla. En otro trabajo posterior, donde se plantea de nuevo estos temas revisando su clásico trabajo *Cos'è il positivismo giuridico* (Comunità, Milano, 1965), y que publicará de nuevo en la *Rivista di Filosofia* (LXXX/3 [1989]), llega a plantearse si debe proclamar que ya no es un positivista. En él dará una respuesta muy parecida a la que aquí presento, y que probablemente Zagrebelsky podría compartir: «... Mi salva la prospettiva ordinamentale. Principi e valori metagiuridici (diritto naturale, valori culturali e sociali, ecc.) diventano giuridici quando entrano e secondo la maniera in cui entrano nel diritto attraverso deliberazioni di organi competenti nell'ordinamento. Se non è più concesso il positivismo giuridico nel senso antico del legismo, di una riduzione del diritto alla legge, possiamo ancora essere giuspositivisti chiamando diritto e riconoscendo come diritto, quanto e solo quanto è filtrato nelle deliberazioni di organi competenti in un ordinamento...» (p. 475). Plantea, pues, una compatibilidad entre el Estado constitucional, los principios y el protagonismo de los jueces con el positivismo corregido.

5. CEC, Madrid, 1991.

6. Tecnos, Madrid, 1993. También del mismo autor, resultará interesante *Constitución y valores del Ordenamiento*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.

7. Vid. N. Hoerster, *En defensa del positivismo jurídico*, trad. de J. Malem, revisada por E. Garzón y R. Zimmerling, Gedisa, Barcelona, 1992.

8. Vid. nota 18 del citado capítulo 4.

9. *Veritatis splendor*, San Pablo, Madrid, 1993.

10. *Supra*, pp. 76 y 77.

11. *Supra*, p. 81.

12. Vid. mi discurso de ingreso en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, *Ética pública y Derecho*. Sesión del 19 de abril de 1993, Madrid, 1993.

13. *Supra*, p. 83.

14. *Supra*, p. 95.

15. *Supra*, p. 114.

16. Vid. R. C. Van Caenegem, *Judges, Legislators and Professors. Chapters in European Legal History*, Cambridge University Press, Cambridge, 1987. Hay, por cierto, una traducción italiana titulada *I signori del diritto*, Giuffrè, Milano, 1991.

17. No en el sentido de positivismo ideológico, es decir, donde el Derecho válido es al mismo tiempo justo, sino de un positivismo abierto a la moralidad, que toma en consideración la moralidad legalizada a efectos de identificar a las normas válidas.

18. Vid. T. Nagel, *Equality and Partiality*, OUP, Oxford-New York, 1991.