
El Derecho preexiste a la Justicia

Law Pre-exists Before Justice

Andrés OLLERO

Magistrado del Tribunal Constitucional del Reino de España
Catedrático de la Universidad Rey Juan Carlos (Madrid)

RECIBIDO: 01/03/2021 / ACEPTADO: 15/09/2021

Resumen: El autor, en homenaje al profesor Javier Hervada y con ocasión de una tesis doctoral sobre John Finnis defendida recientemente en la Universidad de Navarra, parte de la distinción entre derecho y moral para analizar la relación entre el iusnaturalismo y la ley natural, que engloba contenidos no solo jurídicos sino también morales.

Palabras clave: Constitución Española; Derecho y Moral; Derecho Natural; Ley Natural; Normativismo Legalista.

Abstract: The Autor, in honor of Professor Javier Hervada and in light of a new doctoral thesis on John Finnis, defended recently at the University of Navarra, begins by making the distinction between law and morality to analyse the relationship between iusnaturalism and lex naturalis, wich encompasses not only content based on law but also based on morality.

Keywords: Spanish Constitution; Law and Morality; Natural Law; Lex Naturalis; Legalist Normativism.

I. JAVIER HERVADA EN EL RECUERDO

«Con toda razón se dice que el acto de justicia es un *acto segundo*. O lo que es lo mismo, la justicia sigue al derecho. En efecto, el derecho preexiste a la justicia. Si la justicia consiste en dar a cada uno su derecho –lo suyo, lo justo–, para que haya un acto de justicia debe haber un derecho constituido»¹.

La defensa en la Universidad de Navarra de una trabajada tesis doctoral, dirigida por la profesora Ángela Aparisi², que tuve ocasión de presidir, me ofreció –como auténtica joya– la cita que encabeza este trabajo.

Su lectura suscitó en mí entrañables recuerdos sobre tantos encuentros con el profesor Hervada en las más diversas circunstancias. Más que el hecho de haber tenido el honor de contarme, durante varios años, entre sus sucesores en

¹ HERVADA, J., «Apuntes para una exposición del realismo jurídico clásico», *Persona y Derecho*, 18 (1988), p. 289.

² RETAMAR JIMÉNEZ, J.A., *Comprensión y fundamentación de los derechos asociados al factor religioso en la iusfilosofía de John M. Finnis: algunas dificultades*, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Público e Instituciones Jurídicas Básicas, Pamplona, 2021.

la dirección de la revista *Persona y Derecho*, los despertó mi personal admiración por su aportación a la filosofía jurídica, desde su óptica iusnaturalista. No es esto último sino lo primero lo que motivó tal actitud. No es corriente entre nosotros que un especialista en derecho positivo –en su caso, el hoy llamado Derecho Eclesiástico del Estado– se interesara por la filosofía jurídica. Tampoco lo ha sido el trasvase en opuesta dirección; salvo el caso del profesor Luis Prieto Sanchís o quizá el mío. La consecuencia inmediata fue encontrarnos con un sobrevenido colega que, cuando trataba del derecho, conocía el objeto de su discurso; lo que –por lo que abajo se leerá– no siempre ocurre en la tribu filosófico-jurídica.

El profesor Hervada se mostró ante todo como un jurista de cuerpo entero. Por lo demás, no se limitó a echar un cuarto a espadas en asignatura ajena, con desafío de nuestras empalizadas universitarias entre áreas de conocimiento, publicando algún ensayo ocasional e impartiendo clases al sufrido alumnado. Convirtió en obligado punto de referencia las revistas por él fundadas y fue participante asiduo de los congresos mundiales de la *Internazionale Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie*, acompañado siempre de su *alter ego*, la profesora Estela Llano. Recuerdo de modo especial haber coincidido con él, entre otros, en el congreso mundial de la dicha IVR en Basilea, en agosto de 1979, con nuestra Constitución recién salida del horno, compartiendo la excursión organizada para visitar los más característicos rincones de Einsiedeln, cuna de Paracelso.

Cuando Hervada hacía filosofía jurídica hablaba del derecho como es, que había tenido oportunidad de trabajar durante años, sin enredarse con planteamientos vecinos, morales o políticos. De ahí que tuviera tan claro que es imposible vivir la virtud moral de la justicia, que nos invita a dar a cada uno lo suyo, si *previamente* no estamos –jurídicamente– en condiciones de determinar³ qué es lo suyo de cada uno.

II. ENTRE DERECHO-MORAL Y DERECHO-LEY

Mi admiración al respecto deriva de la notoria dificultad de la filosofía jurídica actual –de la que el propio Finnis, como veremos, parece buen ejem-

³ De lo que eran capaces, acudiendo a fuentes jurídicas, incluso teólogos como Tomás de Aquino. De sus procesos de «determinación» al respecto tuve ocasión de ocuparme, bajo el influjo de la hermenéutica gadameriana, en «Hermenéutica jurídica y ontología en Tomás de Aquino», *Atti del Congresso Internazionale Tommaso d'Aquino nel suo VII centenario Roma-Napoli 1974*, t. 8, Edizioni Dominicane Italiane, Napoli, 1978, pp. 319-327.

plo–, para no mezclar confusamente derecho y moral. Esto y la tendencia a identificar el derecho con la ley son, a mi juicio –y pienso que también al de Hervada–, dos lastres que ha de soportar hoy la disciplina.

La dificultad de situar adecuadamente la relación entre derecho y moral, dejando claro que el primero precede a la segunda, de la que no es un mero apósito coactivo, es fruto de la curiosa peripecia del positivismo jurídico aún residual. Esta clásica corriente de pensamiento tuvo por enseña, como es sabido, la separación entre *derecho y moral*, plasmada en la tajante distinción entre el derecho tal cual es y el derecho como, desde puntos de partida moralistas, se entendía que debiera ser. El problema surgió cuando llegaron a asumir que la identificación entre *derecho y ley* no tenía nada que ver con el funcionamiento real de lo jurídico. En su dinámica la interpretación es, en realidad, una muestra de salud y no un excepcional remedio terapéutico, provocado por coyunturales desvaríos o envejecimientos legales. Como consecuencia, al tener prohibido el buen positivista admitir otra realidad jurídica que la ley positivada, no se les ocurrió otra cosa –a Hart y del brazo al propio Finnis⁴, huyendo de una posible acusación de *falacia naturalista*⁵– que tirar tal historia por la ventana y apuntarse a una *falacia moralista*, al asegurar que el juez completa con juicios «morales», no fácilmente predecibles, lo que el derecho positivo se muestra incapaz de ofrecerle para realizar su función.

Ética, moral y derecho son términos que se prestan a diversas concepciones, de las que derivan variadas relaciones mutuas. Personalmente⁶, entiendo que la ética se ocupa de nuestra conducta debida, incluyendo a la moral, que lo hace de modo maximalista, apuntando a optimizar la felicidad, la utilidad o la santidad, etc., mientras que el derecho pretende garantizar un mínimo ético, que nos permita convivir en paz y nos ponga así en condiciones de que cada cual aspire a los maximalismos que estime más deseables.

Finnis, entrando en el juego hartiano, llega a entender que el derecho es «una prolongación de la moral»⁷. No tiene, por tanto nada de extraño que, al

⁴ *Ley natural y derechos naturales* de FINNIS, J. fue escrito «para Hart y para su audiencia antes que para ningún otro público», apunta C. Orrego, en el estudio preliminar a su traducción al español: Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 10.

⁵ Lo que lleva a Finnis a desmarcarse de Santo Tomás, RETAMAR, J.A, tesis cit., p. 313, nota 1007.

⁶ Así lo propuse, teniendo a J.A. García Amado como contraponente, y en posterior diálogo con HERMIDA DEL LLANO, C., *Derecho y moral. Una relación desnaturalizada*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2012, pp. 11-51, 117-131, 133-162 y 265-311.

⁷ RETAMAR, J.A., tesis cit., p. 30.

referirse a los «principios de la ley natural» incluya «una serie de exigencias metodológicas básicas de la razonabilidad práctica», a las que considera «una de las formas básicas de realización humana plena», capaces de proporcionar «los criterios para distinguir entre actos» que serían «razonables-consideradas-todas-las-cosas (y no simplemente en relación-a-un objetivo-particular)», y «actos que son irrazonables-consideradas-todas las-cosas», haciendo así posible «formular una serie de pautas morales generales»⁸.

Con anterioridad había preferido referirse a un «florecimiento humano»⁹, muy en el tono *bippie* de los ochenta, que se verá luego traducido como una «plenitud humana integral», bastante más alejado del mínimo ético del derecho que el, más razonable, «libre desarrollo de la personalidad», que el artículo 10 CE nos presenta como jurídico «fundamento del orden político y de la paz social». En todo caso, llámese como hoy se llame, aquella «*integral human fulfillment*» de Finnis no cabe en una filosofía jurídica; la exige el maximalismo de la filosofía moral que él diseña como fundamento de un presunto iusnaturalismo que no resulte sospechoso de falacia naturalista.

III. MÁS ALLÁ DE UN MÍNIMO ÉTICO

La filosofía moral no se conforma con mínimos éticos. No es raro pues que Finnis invite a alcanzar, «no solo el placer de la actividad física exitosamente consumada y la satisfacción de proyectos completados con no menos éxito, sino también la ‘felicidad’ en el sentido más profundo, menos corriente de la palabra, que significa, a grandes rasgos, una plenitud de vida, un cierto desarrollo como persona, una plenitud de sentido de la propia existencia»¹⁰. Una filosofía moral fundada en unos *bienes básicos*, más metafísicos que jurídicos, difícilmente vinculables a auténticos derechos. Sintomática prueba de ello sería el fracaso del Tribunal Constitucional español, aún no solventado, en su intento¹¹ de equiparar la defensa del no nacido –reconocido como

⁸ FINNIS, J., *Ley natural y derechos naturales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 23.

⁹ Cfr. *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1980, p. 15. También, pero traducido como «desarrollo humano», en «Derechos e injusticias del aborto: réplica a Judith Thomson», en *Filosofía del derecho*, Fondo del Cultura Económica, México, 1980, pp. 285, 288 y 291 (edición original: «The Rights and Wrongs of Abortion: A Reply to Judith Thomson», *Philosophy and Public Affairs* (1973) [2, 2], pp. 125, 127 y 129).

¹⁰ FINNIS, J., *Ley natural y derechos naturales*, cit., p. 127.

¹¹ STC 53/1985, de 1 de abril, FFJJ 7 y 9.

«bien jurídico constitucionalmente protegido»– a la de los derechos de su madre.

No es de extrañar que todo acabe arruinando referencias teórico-jurídicas *prima facie* convincentes –como la remisión al punto de vista interno de los interesados participantes en el derecho como práctica social– para tenerla por jurídica. Paradójicamente, tal perspectiva merecerá diversos grados de «pureza»¹² en función de su variable proximidad respecto de un punto de vista que sería paradigmático: el punto de vista *moral*.

Ello resulta explicable porque Finnis comparte la curiosa querencia a dar por hecho que todo lo relativo a la *razón práctica* cobra inevitablemente condición moral. Que el ejercicio de la razón práctica no es identificable con el de la teórica queda fuera de discusión. No menos, dada la diversa finalidad perseguida, que no es la misma en la razón práctica moral que en la jurídica, ya que lo que, apuntando a un objetivo maximalista, puede parecer razonable podrá convertirse en disparatado si apuntamos a la garantía de un mínimo ético.

He experimentado esa querencia al participar en alguna mesa redonda sobre la objeción de conciencia. Salir a colación la conciencia invita para muchos a situarse de inmediato en el plano moral; lo que les lleva a malentender que admitir una objeción de conciencia equivale a asumir que un prejuicio moral pueda imponerse a la validez de un precepto jurídico. En realidad, la objeción de conciencia no es el escenario de una tensión entre derecho y moral, sino que la objeción es un derecho –fundamental– que se ejerce para suavizar en una democracia madura la tensión entre lo que la mayoría considera es un jurídico mínimo ético de obligada observancia y lo que una minoría entiende susceptible de jurídica excepción, que –al fin y al cabo– confirmará la regla.

IV. DERECHO Y MORAL EN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Recuerdo al respecto el voto particular concurrente formulado con ocasión de una sentencia del Tribunal Constitucional avocada al Pleno que amparó a un farmacéutico que, habiéndose identificado ante su colegio profesional como objetor a la norma autonómica que le exigía disponer en su oficina de la llamada píldora del día después y de preservativos, fue sancionado por la Administración con una multa de 3000 euros por dicha carencia. Lo curioso

¹² RETAMAR, J.A., tesis cit., p. 29.

es que la mayoría de los magistrados optó, aun tratándose de una sanción única, por amparar su objeción a la píldora, mientras sí consideraba susceptible de sanción la carencia del otro producto, por considerar «patente que el incumplimiento de la obligación relativa a las existencias de preservativos queda extramuros de la protección que brinda el precepto constitucional indicado».

En el voto concurrente se recuerda que los preservativos, «al no tratarse de un medicamento sino de un producto higiénico, suele hallarse disponible en máquinas tragaperras instaladas en lugares públicos, sin obligada intervención de farmacéutico alguno. Sugerir que ello pueda dar paso a una sanción grave al mismo farmacéutico cuyo derecho a la objeción se ha visto reconocido» cobraría «visos de argumento *ad absurdum*». El firmante del voto pone igualmente en duda que «los Magistrados del Tribunal puedan considerarse llamados a erigirse en directores espirituales de los ciudadanos, aleccionándolos sobre qué exigencias de su conciencia gozan de la protección de un derecho fundamental y cuáles han de verse descartadas por tratarse de retorcidos escrúpulos». Termina por recordar que «la conciencia relevante a la hora de reconocer el derecho a la objeción es la del objetor; no la de quien emite el veredicto. Su contrapeso en la ponderación no ha de ser nunca la conciencia de éste sino la repercusión sobre derechos de terceros». Todo un síntoma de la difundida dificultad suscitada a la hora de no confundir derecho y moral¹³. De todo ello es fácil derivar mi rotunda negativa ante toda propuesta de dar paso a lo que se ha preconizado como «lectura moral de la Constitución»¹⁴.

Hablar de razón práctica suscita, sobre todo en los versados en planteamientos morales, la entrada en juego de la verdad; aunque, al tratarse sin duda de una verdad práctica, estaremos hablando de una verdad por hacer¹⁵. La diferencia entre razón práctica moral y jurídica vuelve a marcar una diversidad de objetivos. El afán de preservar una convivencia social pacífica y garantizadora de derechos exigirá unos mínimos. Significativo al respecto resulta el derecho «a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión» del artículo 20.1 d) CE. Veraz se considera al informador

¹³ STC 145/2015, de 25 de junio, voto concurrente, epígrafe 4.

¹⁴ Como la que propone, con mimbres paralelos a los de Finnis, DWORKIN, R., «La lectura moral y la premisa mayoritarista», en *Democracia deliberativa y derechos humanos* Gedisa, Barcelona, 2004, pp. 101-139.

¹⁵ Vericuetos biográficos explican que mi primer trabajo posdoctoral y primer libro publicado fuera *Dialéctica y praxis en Merleau-Ponty*, Universidad de Granada, Granada, 1971, del que recuerdo su concepto de «verité à faire».

que ha puesto los medios precisos para no incurrir en falsedad o error, sin que ello garantice la verdad de lo informado.

Igual contenido mínimo e indispensable tendrá el ejercicio de la libertad religiosa¹⁶, que no solo no implicará una relevancia obligadamente teísta sino que llevará consigo una dimensión «negativa», destinada a evitar toda injerencia en tal ámbito. Significativa al respecto la actitud de Jürgen Habermas¹⁷ rechazando, desde su agnosticismo, toda discriminación de los creyentes, por considerar que las religiones aportan positivamente razones para el debate público¹⁸.

V. NORMATIVISMO LEGALISTA Y PREEXISTENCIA DEL DERECHO

Como ya señalamos, también es fácil echar en falta en la filosofía del derecho actual la suficiente insistencia en la no identificación entre *derecho* y *ley*, legado del positivismo legalista. Podría afirmarse que se trata de un problema ya superado, dada la mayoritaria aceptación del Estado de Derecho. La pregunta obligada es si ello es compatible con tener siempre en mente, por defecto, al derecho como instrumento del Estado, más que como garante del control de sus poderes, tal cual suele ocurrir. Se ha señalado con acierto cómo será su normativismo¹⁹ lo que impida a Finnis distinguir entre derecho y ley.

No dejó de ser significativa la aparición, en plena posguerra mundial, de la afirmación en el artículo 20.3 de la Ley Fundamental de Bonn de que

¹⁶ De varios de sus aspectos me he ocupado, entre otros, en *Religión, racionalidad y política*, Comares, Granada, 2013; y en *Un Estado laico. Libertad religiosa en perspectiva constitucional*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009.

¹⁷ HABERMAS, J., *Entre naturalismo y religión*, Paidós, Barcelona, 2006.

¹⁸ De ello me he ocupado repetidamente. Entre otras, «Macht oder Vernunft. Die Religion im öffentlichen Bereich (Zugleich ein Dialog über Habermas' postsäkulare Gesellschaft)», en *XXV Weltkongress der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie*, August Frankfurt a.M., 2011. «Jürgen Habermas y la religión en el ámbito público. A propósito de mundo de la vida, política y religión», en *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean-Marc Trigeaud. Les personnes et les choses du Droit Civil à la Philosophie du Droit et de l'État*, A. Zabalza y C. Grard (dir.), Éditions Bière, Bordeaux, 2020.

¹⁹ En «Finnis el iusnaturalismo no significa, en rigor, el reconocimiento de la existencia de un derecho –de cosas justas– que es distinto del derecho positivo en virtud de la causa de un derecho y del otro; sino que significa la afirmación de que el derecho –entendido como conjunto de normas positivas–, para ser válido y auténtico ha de estar vinculado a la moral» (CRUZ PRADOS, A., «La ausencia del 'derecho natural' en 'Ley natural y derechos naturales'», *Persona y Derecho*, 82 [2020/1], p. 243).

los poderes del Estado «estarán sujetos a la ley y al derecho»²⁰. Periclitada la idea de que bastaba con la fiel aplicación de la ley, por un juez que era solo la boca que pronuncia sus palabras²¹, parecía llegado el momento de admitir que existen exigencias jurídicas aún no formalizadas por la ley.

Por lo visto el problema consiste en que, si estas exigencias no se disfrazan de morales, se estaría dando peligrosa entrada a alguna forma de iusnaturalismo. Tomarse las actuales constituciones en serio no parece admitir otra salida; de ahí que las teorías identificadas como constitucionalistas o neoconstitucionalistas hayan de soportar tan tremendo estigma, aunque no falte quien tiene la audacia de reconocerlo: «la Constitución es una ley del Estado, pero actúa como si fuera una norma superior a cualquier norma dictada por un órgano del Estado; en cierto modo, desempeña la función del derecho natural»²². Si a ello añadimos que abundan quienes, atreviéndose a hablar de iusnaturalismo, hacen en realidad filosofía moral –ocupándose de hablar de la ley natural, que no es lo mismo– la cuestión se complica.

Ciertamente los anglosajones, como es caso de Finnis, podrían encontrar la fácil excusa de que su término *Law* obstaculiza toda distinción entre derecho y ley. En realidad, hablar de *ley natural* es bastante más que hablar de *derecho natural*, porque su dimensión ética incluye a la vez a la moral natural, con lo que volvemos al problema inicial.

VI. EL DERECHO COMO COSA JUSTA

El iusnaturalismo clásico hablaba del derecho como la «cosa justa»²³, mientras que Finnis, admitiéndolo, prefiere situar el centro de gravedad en los derechos. En ese aspecto es de agradecer el medido entusiasmo que parece suscitar en este autor el pintoresco oxímoron *derechos morales*²⁴. Es cierto, sin embargo, que no consigue encajar sus derechos naturales en algo que tenga que ver con la cosa justa.

²⁰ Al respecto KAUFMANN, A., *Gesetz und Recht* (1962), incluido luego en *Rechtsphilosophie im Wandel. Stationen eines Weges Athenäum*, 2ª ed., Frankfurt/M., 1984, pp. 131-165.

²¹ MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes* XI, 6. x, Tecnos, Madrid, 1972, p. 156.

²² PRIETO SANCHÍS, L., *Constitucionalismo y positivismo*, Fontamara, México, 1997, p. 5.

²³ Al respecto KAUFMANN, A., «Die 'ipsa res iusta'. Gedanken zu einer hermeneutischen Rechtssontologie», en *Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag*, Beck, München, 1973, pp. 27-40.

²⁴ FINNIS, J., *Ley natural y derechos naturales*, cit., p. 228.

Los derechos subjetivos no son en modo alguno incompatibles con la cosa justa o justicia objetiva. De ahí la afirmación clásica que de que el derecho es el objeto de la justicia o –remontándose a Ulpiano– que la justicia consiste en «dar a cada uno su derecho». El problema radica en que esa cosa justa, que es el objeto, es jurídica, mientras que el dar a cada uno lo suyo es una virtud moral subjetiva. Hablamos pues de la existencia de una justicia objetiva, sin conocer la cual no cabe ejercer personalmente la subjetiva, con lo que regresamos al enredo inicial.

El problema es cómo llegar a entender la preexistencia del derecho respecto a la justicia. Cuando la filosofía moral se hace con el mando será la obligación moral la que exija un posterior refuerzo coactivo del derecho. Por el contrario, si a la idea ya repetida del derecho como mínimo ético añadimos su carácter indispensable, será el derecho (no entendido desde luego como la arbitraria voluntad del que mande) el que generará una obligación moral. No matar, no robar o no mentir, son –por ejemplo– exigencias jurídicas, que forman parte de ese mínimo ético indispensable, sin el que no cabe garantizar una convivencia digna. Su presencia en las tablas del Sinaí no les confiere originaria naturaleza moral sino que simplemente realza la importancia de los mínimos éticos jurídicos, una vez que Caín ya dejó claro que las pasiones humanas justificarían que tales normas se convirtieran también en objeto de revelación.

Todo hace pensar que a Finnis, al menos al de sus comienzos, le puede la filosofía moral: «si hay un punto de vista en el que el establecimiento y mantención de un orden jurídico, en cuanto distinto de uno discrecional o estáticamente consuetudinario, se considera un ideal moral, si no una apremiante exigencia de justicia, entonces tal punto de vista constituirá el caso central del punto de vista jurídico»²⁵. La confusión entre ideales morales y exigencias jurídicas de justicia objetiva está servida, por más que Finnis acierte al plantear una definición de derecho que entiende como «una conjunción de reglas a instituciones dirigida a resolver razonablemente cualquiera de los problemas de coordinación de la comunidad» con vistas al «bien común»²⁶.

No me parece que el énfasis de Finnis en la centralidad de los derechos naturales implique necesariamente una huida de la cosa justa, porque también el derecho subjetivo, como la justicia objetiva, es el fruto –a mi modo de

²⁵ *Ibid.*, p. 48.

²⁶ *Ibid.*, p. 304.

ver— de un ajustamiento entre libertad e igualdad²⁷. De ahí que todo derecho subjetivo con frecuencia en tensión con otros, como es el caso en los derechos fundamentales, lleve consigo la necesidad de una delimitación²⁸; es decir de una determinación de sus límites, ya que —como reitera nuestro Tribunal Constitucional— no hay derechos ilimitados. Asunto distinto es que, al hacer girar el discurso sobre la *ley natural*, acabe alejándose de un iusnaturalismo propiamente dicho, atento al *derecho natural*. Es lo que se ha reprochado a Finnis, tanto en términos jurídicos como de filosofía moral, al prestar más atención a la ley que a las virtudes²⁹.

La identificación entre ley natural y derecho natural llevará, por otra parte, a un moralismo que menosprecia a la virtud jurídica por excelencia, que no es tanto la justicia como la prudencia, que ayuda a determinar ese derecho ajeno que la virtud moral de la justicia invita a respetar. Hace que la justicia suplante a la prudencia en su tarea quien al verla actuar se queja de que en Finnis la justicia no se está reconociendo como virtud, sino como exigencia de razonabilidad práctica e instancia configuradora de *fines operabilium*. Asunto distinto será que la prudencia, como virtud moral, no busque tanto esos fines como la calidad moral del obrar del agente, generando en él un hábito perfecto.

VII. DERECHO NATURAL Y LEY NATURAL

La tesis doctoral que ha suscitado estas reflexiones se cierra con esta afirmación: «Las controversias sobre la ley natural tienen una faceta positiva: impulsar el progreso en la clarificación de sus postulados originales». Lamento no poder compartirla en su totalidad. Los debates en torno a la ley natural continuarán siendo un tema central en la filosofía moral, pero no hay nada más alejado de un sano iusnaturalismo, que olvidarse del *ius* y zambullirse en

²⁷ Aunque nuestra Constitución, en su artículo inicial, parezca ignorarlo al enumerar como «valores superiores» de nuestro «ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político», como si hacer justicia no consistiera en ajustar libertad e igualdad.

²⁸ OLLERO, A., «La ponderación delimitadora de los derechos humanos: libertad informativa e intimidad personal», en *Derechos humanos. Entre la moral y el derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2007, pp. 127-141.

²⁹ Para POOLE DERQUI, D., esto le lleva a una «kantianización» de su planteamiento, que se acerca más bien al iusnaturalismo racionalista, «Crítica a la teoría del conocimiento práctico de Grisez & Finnis», *Persona y Derecho*, 82 (2020/1), pp. 59 y 60.

circunloquios morales, sean sus autores monjes o refinados analíticos. El derecho natural podrá seguir teniendo sentido si se recurre a él como alimentador del proceso de positivación en que toda realidad jurídica consiste. Las actuales constituciones democráticas ofrecen un valioso campo de juego para ello, sin necesidad de elevarse hacia alturas celestiales. Para eso la virtud de la religión no será nunca un estorbo, pero al jurista lo que en ese ámbito le compete será siempre su contribución, quizá mínima pero siempre indispensable, a facilitar el ejercicio de la libertad religiosa.

VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CRUZ PRADOS, A., «La ausencia del ‘derecho natural’ en ‘Ley natural y derechos naturales’», *Persona y Derecho*, 82 (2020/1).
- FINNIS, J., *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1980.
- FINNIS, J., «Derechos e injusticias del aborto: réplica a Judith Thomson», en *Filosofía del derecho*, Fondo del Cultura Económica, México, 1980.
- FINNIS, J., *Ley natural y derechos naturales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000.
- HABERMAS, J., *Entre naturalismo y religión*, Paidós, Barcelona, 2006.
- HERMIDA DEL LLANO, C., *Derecho y moral. Una relación desnaturalizada*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2012.
- HERVADA, J., «Apuntes para una exposición del realismo jurídico clásico», *Persona y Derecho*, 18 (1988).
- KAUFMANN, A., «Die ‘ipsa res iusta’. Gedanken zu einer hermeneutischen Rechtsontologie», en *Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag*, Beck, München, 1973.
- KAUFMANN, A., *Gesetz und Recht* (1962), incluido luego en *Rechtsphilosophie im Wandel. Stationen eines Weges Athenäum*, 2ª ed., Frankfurt/M., 1984.
- MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes* XI, 6. x, Tecnos, Madrid, 1972.
- OLLERO, A., *Dialéctica y praxis en Merleau-Ponty*, Universidad de Granada, Granada, 1971.
- OLLERO, A., «Hermenéutica jurídica y ontología en Tomás de Aquino», *Atti del Congresso Internazionale Tommaso d'Aquino nel suo VII centenario Roma-Napoli 1974*, t. 8, Edizioni Dominicane Italiane, Napoli, 1978.
- OLLERO, A., «La ponderación delimitadora de los derechos humanos: libertad informativa e intimidad personal», en *Derechos humanos. Entre la moral y el derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2007.
- OLLERO, A., *Un Estado laico. Libertad religiosa en perspectiva constitucional*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009.
- OLLERO, A., «Macht oder Vernunft. Die Religion im öffentlichen Bereich (Zugleich ein Dialog über Habermas' postsäkulare Gesellschaft)», en *XXV Weltkongress der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie*, August Frankfurt a.M., 2011.
- OLLERO, A., *Religión, racionalidad y política*, Comares, Granada, 2013.

- OLLERO, A., «Jürgen Habermas y la religión en el ámbito público. A propósito de mundo de la vida, política y religión», en *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean-Marc Trigeaud. Les personnes et les choses du Droit Civil à la Philosophie du Droit et de l'État*, A. Zabalza y C. Grard (dir.), Éditions Bière, Bordeaux, 2020.
- POOLE DERQUI, D., «Crítica a la teoría del conocimiento práctico de Grisez & Finnis», *Persona y Derecho*, 82 (2020/1).
- PRIETO SANCHÍS, L., *Constitucionalismo y positivismo*, Fontamara, México, 1997.
- RETAMAR JIMÉNEZ, J.A., *Comprensión y fundamentación de los derechos asociados al factor religioso en la iusfilosofía de John M. Finnis: algunas dificultades*, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Público e Instituciones Jurídicas Básicas, Pamplona, 2021.