

## PROVA DE ESPANHOL

### LA RELACIÓN ENTRE DERECHO Y MORAL. ¿SEPARACIÓN O CONEXIÓN?

Llego, así, a las objeciones y a las críticas que me han sido planteadas por la opuesta orientación neiusnaturalista o principialista. Después de SCILLA, entonces, para mantenernos en la imagen de HIERRO, CARIBDIS. M. ATIENZA afirma que no he dado una respuesta adecuada a los tres problemas planteados por la aproximación principialista o no positivista: el problema de la relación entre Derecho y moral, la distinción entre principios y reglas, y la cuestión de la ponderación como tipo de argumentación que se corresponde con los principios en oposición a la tradicional subsunción que, en cambio, sería posible solamente para las reglas (At., 80). En los tres siguientes párrafos diré, más bien, que mis respuestas son distintas y, a mi parecer, más adecuadas que las suyas.

Comencemos con la cuestión de la conexión o separación entre Derecho y moral. ¿Qué se entiende, en el debate jurídico-filosófico, por “separación” y qué cosa se entiende por “conexión” entre estas dos esferas? Por la expresión “separación entre Derecho y moral” se entiende sólo dos pares de tesis, uno de carácter asertivo, otro de carácter prescriptivo. Según las dos tesis asertivas, que forman un postulado del *positivismo jurídico* y un corolario del *principio de la legalidad* como criterio de reconocimiento exclusivo y exhaustivo de las normas jurídicas, *aa)* la validez de una norma jurídica no implica su justicia y, por tanto, pueden existir normas válidas que consideremos extremadamente injustas e, inversamente; *ab)* la justicia de una norma no implica su validez y, por tanto, puede suceder que una norma, incluso si extremadamente justa, no vaya existir válidamente. Según las dos tesis prescriptivas, que forman un postulado del principio de la laicidad y un corolario del liberalismo político, no se justifican sobre el plano ético-político; *ba)* la producción de normas dirigidas ya no a prevenir daños a terceros o a perseguir intereses públicos sino sólo para afirmar, sostener, reforzar o sancionar los preceptos de la (o bien de una determinada) moral, y *bb)* la imposición a los ciudadanos de la adhesión moral o de la aceptación o de un compartir ético-político de los principios morales estipulados por las normas jurídicas, aunque fueran las de rango constitucional. Bajo ambos los aspectos, suscribo plenamente cuanto ha escrito claramente P. CHIASSONI: la separación entre Derecho y moral representa precioso legado de las ilustración jurídica y permanece como un rasgo distintivo de la modernidad en el sentido kantiano del término, debido a que fundamenta la autonomía del Derecho de los juicios morales y de los juicios morales del Derecho positivo, y confía las elecciones morales no ya a la adhesión a una supuesta ontología objetiva y heterónoma sino a la autodeterminación espontánea y a la responsabilidad individual.

FERRAJOLI, Luigi. El constitucionalismo garantista. Entre paleo-iuspositivismo y neo-iuspositivismo. In: FERRAJOLI, Luigi. Un debate sobre el constitucionalismo. **Monográfico revista Doxa**. N. 34. Madrid: Marcial Pons, 2012. Pp. 335-336.

## GABARITO

### A RELAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL. SEPARAÇÃO OU CONEXÃO?

Chego, então, às objeções e críticas que me foram feitas pela posição contrária neo-jusnaturalista ou principialista. Depois cila, então, para que nos mantenhamos na imagem de HIERRO, caribdis. M. Atienza afirma que eu não apresento uma resposta adequada às três questões levantadas pela abordagem principialista ou positivista: o problema da relação entre direito e moral, a distinção entre princípios e regras, e a questão da ponderação como tipo de argumentação relacionada aos princípios em oposição à tradicional subsunção que, por outro lado, só seria possível para as regras (At., 80). Nos próximos três parágrafos, demonstrarei que minhas respostas são diferentes e, na minha opinião, mais apropriadas que as dele.

Começemos com a questão da conexão ou separação entre Direito e moral. O que se entende, no debate jurídico-filosófico, por "separação" e o que se entende por "conexão" entre essas duas esferas? Pela expressão "separação entre Lei e moral" entende-se apenas dois pares de teses, um de caráter assertivo, outro de natureza prescritiva. De acordo com as duas teses assertivas, que formam um postulado do positivismo jurídico e um corolário do princípio da legalidade como critério exclusivo e exaustivo das normas jurídicas) a validade de uma norma jurídica não implica que a mesma seja justa e, portanto, podem haver normas válidas que consideramos extremamente injustas e vice-versa; ab) a justiça de uma norma não implica sua validade e, portanto, pode acontecer que uma norma, ainda que extremamente justa, não seja válida. De acordo com as duas teses prescritivas, que formam um postulado do princípio da laicidade e um corolário do liberalismo político, não se justificam no plano ético-político: ba) a produção de normas que não sejam dirigidas a impedir de danos a terceiros ou defender os interesses públicos, mas apenas para afirmar, sustentar, reforçar ou sancionar os preceitos da (ou de uma certa) moral, e bb) a imposição aos cidadãos a adesão moral ou a aceitação ou de um compartilhamento ético-político de princípios morais estipulados em normas jurídicas, ainda que sejam estas de ordem constitucional. Sob ambos os aspectos, subscrevo integralmente o que claramente escreveu P. CHIASSONI: a separação entre direito e moral representa um precioso legado iluminista e continua a ser uma característica distintiva da modernidade no sentido kantiano do termo, pois fundamenta a autonomia do Direito frente aos juízos morais e aos juízos morais do direito positivo, e confia as escolhas morais não a uma adesão moral a uma suposta ontologia objetiva e heterônoma, mas à autodeterminação espontânea e à responsabilidade individual.