

# EL EXTRAÑO CASO DEL JUEZ HAYWOOD (UNA FÁBULA ILUSTRATIVA DEL DEBATE CONTEMPORÁNEO ACERCA DEL POSITIVISMO JURÍDICO)\*

PABLO DE LORA \*\*

**Resumen:** Durante una clase de teoría del Derecho se discute sobre la naturaleza del Derecho y el papel de los jueces. Un estudiante, mientras tanto, escribe una fábula en la que distintos jueces se enfrentan a un caso insólito... y difícil.

**Palabras clave:** Positivism jurídico, Juicios de Nuremberg, Exploradores de cavernas, Casos difíciles.

**Abstract:** During a university lecture on Jurisprudence, the nature of Law and the role of judges are discussed. Meanwhile, a student writes a fable in which several judges face a case which is unusual... and hard.

**Keywords:** Legal positivism, Nuremberg trials, Speluncean explorers, Hard cases.

A pesar de haber entrado en el aula con estruendo, el murmullo no cesaba. El profesor Heriberto lanzó al aire una pregunta y no hubo respuesta. Casi nadie se había enterado. Los de la primera fila chistaban pidiendo calma.

—¿Habéis leído las aventuras de Tintín alguno de vosotros?

Reinó el silencio y el desconcierto.

—Que levanten la mano quienes hayan leído a Tintín —dijo. La inmensa mayoría alzó la mano.— ¿Es Tintín homosexual?

Estalló una carcajada colectiva. Algunas caras reflejaban incompreensión y escepticismo. “¿Qué jueguito nos tenía hoy preparado este profé garboso e irascible?”, parecían pensar un buen puñado de los estudiantes. “Seguro que nada de provecho sacaremos hoy, como así viene ocurriendo la mayoría de los días. ¿A qué tanto darle vueltas a la noria de lo que es el Derecho y lo que hacen los juristas...? Qué petardo...”

\* Fecha de recepción: 12 de enero de 2010.

Fecha de aceptación: 3 de febrero de 2010.

\*\* Profesor Titular de Filosofía del Derecho, Universidad Autónoma de Madrid. Correo electrónico: [pablo.delora@uam.es](mailto:pablo.delora@uam.es). Alfonso Ruiz Miguel, José Juan Moreso, Liborio Hierro, Alfonso García Figueroa, Macario Alemany, Rafael Escudero y Juan Carlos Bayón leyeron una primera versión de este trabajo contribuyendo a despejar algunos errores y aportando sugerencias muy valiosas. Los errores que aún así persisten en el planteamiento, e incluso en la propia oportunidad “didáctica” de esta “lección”, me pertenecen sólo a mí.

Otros sin embargo eran presas fáciles de las provocaciones de Heriberto y se lanzaban al ruedo a poco que se les citara.

–Depende –gritó uno desde la última fila.

–¿Cómo te llamas tú?

–Ricardo, contestó.

–¿Y de qué depende, Ricardo?

–De quién lo lea... Si eres homosexual te fijas en que no hay mujeres en la vida de Tintín y te identificas con él, pero si no, pues no...

La agitación crecía. Varios estudiantes pedían la palabra. Heriberto se la concedió a una estudiante morena que parecía exasperada.

–No se sabe. En ninguna de las aventuras se dice nada de eso... Y me las he leído todas...

–¿Cómo te llamas tú?

–Eugenia.

–Pues a mí me parece que sí que lo era –dijo espontáneamente otro estudiante–. Es decir, lo era implícitamente... Y además se ha descubierto que Hergé era un misógino de la leche...

Algunos rieron nuevamente.

–¿Tenía Tintín tupé y un perro de nombre Milú? –preguntó el profesor.

El murmullo tornó en una suerte de abucheo de desaprobación, el típico que suscita la pregunta absurda o el comentario inoportuno. “Vale, ahora tenemos que decir que sí, ¿no? –pensaron muchos–. Para que siga el jueguito”.

–“¿Estaríais de acuerdo con que la primera es una pregunta difícil y la segunda fácil?”

Algunos asentían sin estar plenamente convencidos.

–“¿Cuántos rulos tiene en la cabeza Peggy, la mujer del General Alcázar?” –exclamó Heriberto.

Entre la algarabía nuevamente dominante, se le oyó insistir: “¿Es esta también una pregunta difícil como la primera?”

–Bueno, es difícil –dijo Eugenia–, pero es una pregunta que se puede responder. Los tintinófilos podrían hacerlo, me imagino. La primera es que no se puede, está fuera de... no

sé cómo decirlo, no hay datos... –Eugenia se esforzaba por dar precisión a su observación y por hacerse escuchar.

–¿Dirías que la respuesta que diéramos a la condición homosexual de Tintín o a su viudedad, pongamos, no es ni verdadera ni falsa?

–Sí, creo que sí.

–Hay quienes han pensado que en el Derecho ocurre algo parecido. Que hay casos, preguntas sobre el Derecho, que admiten fácilmente una respuesta y otros que no, que no tienen una respuesta ni verdadera ni falsa. ¿Me podríais dar un ejemplo de lo primero?

Se hizo el silencio y alguien dijo: “La mayoría de edad es a los 18 años”.

–¿Estáis de acuerdo?

–Bueno, eso es relativo porque... ¿cuándo se tienen 18 años? ¿Cuándo exactamente se ha nacido? A lo mejor hay quienes empezaron a sacar la cabeza a las 23:59 y el cuerpo ya salió al día siguiente, o se cortó el cordón... –El griterío impidió que Ricardo completara la frase.

–De acuerdo –prosiguió el profesor Heriberto–, si es cierto que hay preguntas para las que el Derecho no ofrece una respuesta, la cuestión es: ¿qué deben hacer los jueces cuando se les plantea una de esas preguntas? Algunos piensan que, puesto que están obligados a resolver siempre y conforme a Derecho, como señala nuestro Código Civil en su artículo 1.7, en los casos difíciles actúan discrecionalmente, es decir, su respuesta no es jurídica. Otros piensan, en cambio, que esa forma de ver las cosas no se ajusta a la realidad, que los jueces y juristas de algún modo también resuelven jurídicamente en esos casos, hurgando en los intersticios del Derecho, por decirlo así... Ningún juez admitiría que él o ella actúa discrecionalmente cuando se le plantea una pregunta difícil... esa descripción no encajaría con la práctica ni con la creencia o conciencia jurídica colectiva, dicen estos autores.

–¿Y en qué datos o encuestas se basan esos autores? –preguntó airadamente Alfonso Rosado (uno de los pocos a quienes el profesor Heriberto recordaba con nombre y apellidos)– ¿Por qué no se pregunta, por qué no se hacen estudios para ver si eso es o no así? Es que siempre estamos igual, especulando sobre lo que pasa sin molestarnos en saber lo que pasa. A lo mejor resulta que la mayoría de los jueces sí creen estar decidiendo un poco a su libre entender. ¿Se les ha preguntado? Esa sería la manera de saber quién tiene razón, ¿no?

–¿Tú crees de verdad que alguien que está encargado de juzgar va a admitir que cuando la pregunta es difícil responde discrecionalmente? No parece que haga falta la encuesta. Lo que algunos sostienen es que cuando uno tiene esa misión de juzgar, hay un criterio o principio que rige la actividad de solucionar el problema que se plantea: intentar que con la respuesta aquello que se interpreta o aplica aparezca como algo digno, bueno, grandioso

incluso. Lo llaman “principio de caridad”. Los jueces se guían por él, según dicen algunos autores.

—¿Y es más grandioso Tintín por ser homosexual?—La algarabía se impuso nuevamente tras la intervención de Eugenia.

A diferencia de otros días, León Fuelle, siempre en la última fila pero siempre mirándolo fijamente con sus ojos de búho, permanecía ausente, sin intervenir, ni asentir. Clausurado en su postura, escribía frenéticamente.

“¿Qué estará escribiendo?”—pensó el profesor Heriberto mientras intentaba recuperar el hilo—. Pasen, pasen la página y vean. Y lean...

\*\*\*\*\*

*En la Suprema Corte de Newgarth, 4369*

*La sentencia objeto del presente recurso fue dictada por el juzgado de primera instancia e instrucción de Noisuli. Tras analizar los hechos y fundamentos de Derecho aplicables al caso, el juez fallaba que: 1. Debemos declarar y declaramos que el juez Haywood cometió un delito de prevaricación en la película Vencedores y Vencidos y que así debe constar en toda expresión pública, oral o escrita, en la que la mención del asunto venga al caso.*

*Frente a dicha sentencia la fiscal de Noisuli ha interpuesto el presente recurso en el que, en esencia, se solicita la anulación de la anterior sentencia; que se inste al juez al archivo de la causa por su manifiesta incompetencia para el enjuiciamiento de hechos filmicos, y, subsidiariamente, que se abra una pieza separada para instruir un presunto delito de prevaricación en el que hubiera podido incurrir el juez de Noisuli.*

*Los hechos de este caso se describen suficientemente en la opinión del Presidente de la Sala. Los magistrados Ronaldo Dichoso, Roberto Alejandrino, Julio Colosal y Daniel K. Especial han formulado votos particulares.*

**Presidente José Razón:**

*Con fecha 28 de diciembre de 2008 un estudiante de tercer curso del grado en Derecho y Ciencia Política presenta un escrito de querrela ante el juez de Noisuli, en el que tras exponer determinados “hechos”, solicita que se declare al “juez Dan Haywood” como autor de un delito de prevaricación por haber condenado al “juez Ernest Janning” como autor de un delito de crímenes contra la humanidad durante su actuación como juez en los ominosos años del Tercer Reich. Tras los correspondientes trámites procesales de imputación y fase probatoria, y a pesar de las reiteradas quejas y escritos del Ministerio Fiscal solicitando el archivo de la causa con invocación de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el juez procedió a la apertura del juicio oral, vista que sólo contó con la presencia del referido querellante, y tras la cual el juez de Noisuli ha dictado la sentencia cuyo fallo se ha destacado anteriormente.*

*Como ya se ha señalado, los “hechos” “juzgados” son ficticios, no acontecieron en la realidad sino que tan sólo ocurren en la película Vencedores y vencidos de Stanley Kramer. Es cierto, y bien conocido, que hubo un conjunto de casos en el que ésta se inspira –los de los jueces del III Reich Franz Schlegelberger y Oswald Rothaug juzgados ante el tribunal de Nuremberg en 1947<sup>1</sup>– pero los que el estudiante denunció y se han “juzgado” sólo han ocurrido en la gran pantalla.*

*Todo ello propicia una primera consideración, no menor, por mi parte relativa a los peligros que conlleva dar pábulo a actuaciones tan pintorescas como las de este estudiante. Y es que, ciertamente, sólo nos faltaba que a los tribunales, atascados ya de expedientes y asuntos “reales”, se nos atribuyera ahora la impartición de justicia en el caprichoso mundo de la ficción literaria o cinematográfica. Reparen ustedes en lo que eso significaría: ¿cuántas afrentas y argumentos no han sido causa de las mayores aficciones entre el público que vería ahora en el cauce forense un supuesto medio de resarcimiento? ¿Debemos reabrir la causa de Doce hombres sin piedad o de Algunos hombres buenos o variar el veredicto de Veredicto final?*

*Pero ya que tenemos que gastar algo de tinta, papel y tiempo en este, como en cualquier otro asunto que nos convoque, por extravagante que resulte, acometámoslo. A ello nos obliga la dicción literal del artículo 1.7. de nuestro Código Civil que establece que: “Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido”. Es dudoso que estemos siquiera ante un “asunto”, pero en todo caso hemos de resolverlo de acuerdo con el sistema de fuentes del que nuestro Derecho mana.*

*Para empezar, no puedo evitar pensar que a los vencedores de la segunda guerra mundial que juzgaron y condenaron a militares y funcionarios como a los aludidos Franz Schlegelberger y Oswald Rothaug, les faltó la misma prudencia y afán por la economía procesal que le ha faltado a nuestro juez de primera instancia. De haber sido más cabales, de haber tenido, en definitiva, una mejor comprensión del fenómeno jurídico, se hubieran ahorrado muchos costes, y, sobre todo, el atropello al Derecho (sí, con mayúsculas) que tales condenas supusieron. Y no porque no haya sido de Justicia (sí, también con mayúsculas) la condena del tribunal de Nuremberg, sino porque tanto la flagrancia de las afrentas cometidas durante el III Reich cuanto la inexistencia de infracción alguna de acuerdo con el Derecho realmente aplicable hacían preferible, como propuso el entonces Ministro de Justicia británico Lord Simon, pasar a los nazis por la horca sin mayores miramientos.*

*Al juez Haywood se le acusa de un delito de prevaricación, es decir, de haber dictado una resolución o sentencia manifiestamente injusta por imprudencia grave o ignorancia inexcusable (artículo 447 CP). Es decir, que en los términos que habría empleado el Chico Marx de Una noche en la ópera, nos corresponde decidir si un juez ha condenado injustamente a un “juez” que condenó injustamente a otro “juez”.*

<sup>1</sup> Véase *USA v. Alstoeffer et. al.*, 3 T. W. C. 1 (1948).

*Hay que señalar en primer lugar que todo el mundo entiende y debe entender que donde dice “injusta” (resolución o sentencia) se debe leer “ilegal”. La condena impuesta por el juez Haywood fue probablemente muy justa –y tal vez muy injusta, en cambio, la de nuestro juez de primera instancia e instrucción y carne y hueso– pero los jueces, aunque trabajen en Palacios de Justicia, no negocian con la Justicia sino con el Derecho. Este fue precisamente el recto entendimiento de su función que desplegó el juez Janning condenado por Haywood: dura lex sed lex. ¿O es que acaso el juez Janning tenía otra alternativa? ¿Cuál? ¿Qué sistema normativo hubiera debido tener en cuenta para resolver los asuntos de su jurisdicción? ¿Uno distinto a ese Derecho del III Reich que es el que, justamente, le había conferido a él la función jurisdiccional? ¿No se habría tornado entonces en un impostor?*

*La imprudencia grave o ignorancia inexcusable que atribuye el querellante al juez Haywood, y que refrenda nuestro juez de carne y hueso, es la de haber desconocido la naturaleza del Derecho. Y de haberla desconocido doblemente: en el sentido de que el Derecho del III Reich sí era Derecho y de que las bases jurídicas sobre las que actuó Haywood –el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg– no eran Derecho.*

*Durante el juicio que transcurre en la película se dijo, y así lo refrendó el tribunal presidido por Haywood, que el Estado alemán, desde el advenimiento de Hitler hasta su derrota, no fue un Estado soberano sino una banda de criminales. ¿Por qué? ¿Qué permite sostener tal cosa? ¿Fue la dureza de su lex? ¿Es que acaso fue menos dura la lex bajo la tiranía de Stalin? ¿Es que no se esterilizó a presuntos deficientes mentales también en los Estados Unidos bajo la admonición del Presidente de su Corte Suprema –Oliver Wendell Holmes– de que “tres generaciones de imbéciles eran suficientes”? Nada desmiente que durante esos años el pueblo alemán sabía dónde interponer una demanda; quiénes eran mayores de edad y quiénes no; quiénes eran jueces y quiénes no y qué había que alegar en un pleito civil por vicios ocultos, pongamos por caso. Y también sabían las nefastas e injustas consecuencias, de todo orden, que el Derecho alemán había establecido por el hecho de ser judío y que quien contraviniera esas normas sería castigado, sin que, a su vez, el que impusiera esa sanción fuera objeto de reprobación o castigo. Y lo hacían –incluyendo a los jueces y funcionarios en general– simplemente porque reconocían en los que dictaban las normas su superioridad, su mayor sabiduría o dotes para organizar la convivencia; obedecían simplemente por la razón de que tales autoridades así lo habían establecido. De otro modo, es decir, si es que obedecemos al Derecho porque su contenido es justo o adecuado, la autoridad se revelaría como un estorbo prescindible. No hace falta más (ni menos) que comprobar esos hechos (crudos y brutos, no puedo dejar de reconocerlo) que se daban en la sociedad de entonces, para sostener e identificar el Derecho de ese (indudable e indudablemente injusto) Estado. ¿O es que acaso un pueblo entero –el alemán en nuestro caso– podía estar errado sobre lo que su Derecho dispone? No lo estaba ciertamente el juez Janning, como bien afirma el querellante y también el juez de primera instancia.*

*¿Qué Derecho aplica en cambio el juez Haywood para condenar al juez Janning? Ninguno, como cabalmente se señala en la sentencia objeto del presente recurso, pues no puede ser Derecho esa lista de afrentas vagas y desconocidas en las leyes, usos y costumbres internacionales que se incluye en el artículo 6 del Estatuto de Nuremberg y que se resumen en el infantil deseo de que los Estados no hagan el mal. ¿Cómo se podría guiar la conducta diciendo sencillamente que no se cometan males o injusticias, o, para el caso de los jueces, que hagan “justicia”, cuando resulta que hay tantísima controversia sobre lo que tales cosas significan? Sería sencillamente imposible. Más todavía si, como hizo el tribunal de Nuremberg y el juez Haywood, se desconoce el sacrosanto principio de la irretroactividad del Derecho. Aunque la querrela debió ser archivada, la sentencia y la condena del juez de primera instancia son plenamente certeras.*

### **Magistrado Ronaldo Dichoso:**

*Mis muy estimados colegas. Tanto tiempo apelando a contemplar la actividad del dictado judicial de sentencias como un juego de “novela en cadena” (sí, en el que cada juez incluye un nuevo capítulo en el gran libro que es el Derecho tratando de escribir la mejor obra literaria posible), cuando yo mismo me veo envuelto en la tesitura de condenar o absolver a alguien que ha condenado a otro personaje de ficción por haber condenado a otro ser ficticio. No se puede pedir más. No quepo en mí de gozo.*

*El mayor error que comete nuestro Presidente es que nos precipita hacia el aburrido fango de la disección semántica; al tedioso juego de convertir la aplicación del Derecho en un asunto de indagación sobre el significado convencional de los términos que figuran en las normas jurídicas. Este fascinante caso, si por él fuera, se zanjaría echando mano del María Moliner para saber qué significa “asunto” tal y como aparece en el artículo 1.7. Cc o, peor aún, qué quisieron decir los redactores del artículo 1.7. cuando incluyeron tal palabra. Seguramente no tuvieron en mente la posibilidad de juzgar un hecho ficticio, pero ¿qué más da? No da igual, claro, si uno cree o acepta ser siervo de las intenciones concretas de su señor legislador, pero, ¿por qué habríamos de comprometernos con esta visión tan paupérrima de la digna empresa que supone decidir casos jurídicos? No hay razón alguna, y es con ese punto de partida con el que debemos acometer la decisión de aceptar o rechazar la labor de nuestro juez de primera instancia de Noisuli.*

*Estamos ante un asunto, o caso, sí, que, aunque infrecuente, no resulta en absoluto difícil, sino extremadamente sencillo. La prevaricación no es atribuible en absoluto al juez Haywood, y sí en cambio a nuestro juez de carne y hueso y al juez Janning. Ambos han dictado resoluciones manifiestamente contrarias a Derecho incurriendo en imprudencia grave o ignorancia inexcusable. La razón es muy simple: el Derecho alemán vigente, cuando Janning ejercía como juez, no permitía las esterilizaciones que él autorizó, si entendemos, como creo que debe hacerse, que eso a lo que llamamos Derecho tiene un propósito noble. Condenar a quien condenó justamente —el juez Haywood—, como ha hecho el juez de primera instancia, es, por lo tanto, igualmente condenable.*

*Para juzgar este caso, como cualquier otro litigio jurídico, debemos meternos en la piel de quienes viven bajo el Derecho; hemos de mantener una cierta actitud, en este caso la propia de quien era súbdito o funcionario del III Reich. Frente a la opinión de mi estimado presidente, considero que la función del Derecho es la de constreñir al poder político de forma tal que el uso que éste haga de la fuerza se considerará válido cuando con ella se pretendan garantizar los derechos de los individuos. Bajo esa luz, y bajo la luz también de las tradiciones ancestrales del Derecho alemán, el juez Janning no podía desconocer que las leyes de esterilización que él aplicó tenían excepciones implícitas que un buen juez habría localizado sin dificultades en los grandes principios del mismísimo Derecho alemán. Hay quienes opinan, en cambio, que todo es una cuestión de fuente, de origen, de “pedigrí” –como gustan decir– de la norma aplicable. ¿Pero cómo va a depender el marchamo de lo jurídico exclusivamente del hecho contingente de que en un día determinado una persona o grupo de personas –los ilegítimos legisladores del Reichstag– siguieran la fórmula mágica de decir “sí”, o apretar un botón, o firmar con un garabato en un papel?*

*¿En qué se basa nuestro estimado Presidente para afirmar que el juez Janning no cometió infracción alguna de acuerdo con el Derecho realmente aplicable? Ese “realmente” es realmente enojoso. Se vierte, en el discurso del Presidente como en el de tantos otros juristas, como si con él se asestara un golpe sagazmente definitivo en la discusión. En realidad, es el puñetazo en la mesa de quien, desesperado, no encuentra más argumentos. No hay “Derecho realmente aplicable” por oposición a “Derecho aplicable”, y por muchos “realmente” que añadiéramos no conseguiríamos con ello ganar la partida dialéctica. Lo que hay son mejores o peores argumentos para sostener o rebatir una solución jurídica de acuerdo con los rasgos antes destacados sobre la naturaleza del fenómeno jurídico. ¿Tiene nuestro Presidente alguna objeción que oponer a las razones que justifican la decisión del juez Haywood? Esgrímalas y discutamos sobre el caso, como yo he hecho para proponer que se anule la sentencia de nuestro juez de carne y hueso por haber dado injustamente la razón a este estudiante aventurero.*

**Magistrado Roberto Alejandrino:**

*Mi opinión es casi por entero coincidente con la del estimado colega Dichoso. Si me inclino a formular este voto particular es para insistir en alguno de sus argumentos y, también, por reforzar algunas objeciones que él ha planteado a las opiniones vertidas por nuestro estimadísimo Presidente.*

*Aquí se juzga, en definitiva, no ya un caso singular, extravagante o pintoresco, sino, nada menos, que la naturaleza del Derecho así como el carácter de nuestra función. Decidir si lo que hizo el juez Haywood o nuestro juez de carne y hueso es o no es una prevaricación supone directamente consignar qué hemos de entender por aplicar el Derecho, resolver casos, actuar, en definitiva, como jueces. Para empezar, a nadie se debe ocultar que es la nuestra una tarea eminentemente práctica. No decimos cómo son las cosas, no predecimos lo que ocurrirá en función de leyes naturales, sino cómo deben ser. Compartimos con*

la moral el vocabulario de las obligaciones, el permiso y la prohibición; somos primos hermanos.

*La moral, además, influye decisivamente en nuestro actuar. Todo nuestro razonamiento, este mismo que elaboramos ahora, pende de una obligación –que es moral– de actuar conforme al Derecho, un deber que no puede surgir, por razones lógicas, del Derecho mismo. ¿Por qué dice nuestro admirado Presidente que debemos resolver en todos los asuntos de los que conozcamos de acuerdo con el sistema de fuentes establecido? Sólo caben tres alternativas: en primer lugar porque lo dice el artículo 1.7. Cc; en segundo lugar porque tal artículo es válido al haber sido creado al amparo de otra norma válida, y en tercer lugar porque asumimos un deber moral que nos dicta obedecer esa norma del Código Civil y al Derecho en su conjunto. Sólo esta última razón parece tener suficiente peso; la primera no tiene ninguno, y la segunda opción no evita que nos preguntemos entonces porque deberíamos obedecer esa otra norma y la que ampara a su vez a esta y así infinitamente. El razonamiento jurídico, por ello, no es sino una península unida al gran continente de la razón práctica, de la razón moral. La decisión jurídica no puede ser concebida como la mera traslación mecánica de la solución prevista en la norma general, como sostuvieron ilustres juristas antiquísimos como Beccaria o Montesquieu.*

*Dice nuestro ponderado Presidente que para identificar el Derecho, localizar sus componentes, y delimitar su alcance y excepciones no nos hace falta más que constatar cierta realidad social –acciones, y creencias, y creencias sobre las acciones y creencias de otros–; en definitiva, ver quién ejerce el poder y quién obedece. ¿Y lo que se ordena? ¿No debe el que ordena pretender ordenar, prohibir, permitir, aquello que es correcto? ¿Cómo podría querer lo contrario? Como insisto a mis estudiantes de Kiel, la pregunta del pirata apresado por Alejandro el Magno al que da voz San Agustín en La Ciudad de Dios, no pierde actualidad. ¿En qué radica la diferencia entre los Grandes Reinos y las bandas de ladrones, si no es en que unos ordenan lo justo y otros actúan para provecho propio? Quien legisla –“hágase X”– cree necesariamente, qua legislador, que X es lo justo, cosa que no sucede con quien nos asalta cual pirata instándonos a que le demos la bolsa o la vida. ¿Se imaginan a un asaltante que en vez de decirnos “La bolsa o la vida” nos dijera “La bolsa o la vida, si es que esta disyuntiva es justa”? De la misma manera, quien describe algo –“es X”– implícitamente ha de creerlo.*

*Es decir, que el acto mismo de legislar –pero no simplemente de amenazar– parece ir lógicamente acompañado de una pretensión implícita parecida a la de quien afirma que algo es así o asa: que lo cree. La mejor prueba de que un Estado pretende finalmente la realización de la justicia mediante el Derecho, la proporciona la reforma propiciada por el Decreto de Hitler de 28 de junio de 1935 mediante el que se modifica la Sección 170a del Código Penal. Dice así: “Si un acto merece ser castigado de acuerdo con el sentido común del pueblo, pero no es declarado punible en el Código, la fiscalía debe indagar si el principio subyacente a una norma penal puede aplicarse a esa conducta y si la justicia*

*puede ser ayudada a primar mediante la recta aplicación del Derecho penal”. No podemos desprendernos de intentar hacer justicia mediante el Derecho.*

*Todas las anteriores consideraciones me llevan a sostener la plena corrección jurídica de la decisión del Juez Haywood. La condena del juez de primera instancia debe por ello anularse.*

### **Magistrado Julio Colosal**

*Dos curiosas paradojas, si no contradicciones, vician las argumentaciones de nuestro loado Presidente y del querido colega Alejandrino que me ha precedido.*

*Dice el primero que para juzgar como jurídico el sistema normativo que fue aplicado por el juez Janning basta con comprobar el hecho desnudo de quién ejerce la fuerza eficazmente; sin embargo, ese mismo hecho desnudo desaparece de nuestra escena –nunca mejor dicho en el contexto de este recurso– cuando quienes la ejercieron fueron los jueces de las potencias vencedoras en virtud del Estatuto de Nuremberg; de eso que el Presidente se permite tildar de “lista de afrentas vagas y desconocidas”. La perplejidad se acrecienta cuando nuestro Presidente apela al “sacrosanto” principio de la irretroactividad del Derecho, una norma, por lo que parece, inmune a los hechos desnudos. No puede pasarse por alto esa última consideración, pues viene a suponer que no hay ejercicio de la fuerza eficaz, creencia o convención social imperante que haga perder a la prohibición de aplicar las leyes desfavorables retroactivamente su condición de jurídica. Lo mismo creyó Santo Tomás hace miles de años ya.*

*Según nuestro Presidente, algo no puede ser Derecho cuando incorpora el “infantil deseo” de hacer el bien. Quiero suponer que tampoco puede ser Derecho, por las mismas razones, la incorporación del “criminal anhelo” de hacer el mal. Es decir, que si un sistema jurídico no guía la conducta cuando instruye a los jueces a “hacer justicia”, tampoco lo hace cuando les insta a que “hagan injusticia”. ¿Y no es eso es precisamente lo que ocurrió en el III Reich al amparo del Decreto de 1935, para desazón –teórica y práctica– de mi querido colega Alejandrino?*

*Y es que, y de ahí la segunda de las paradojas, debemos preguntarnos cuál es la fuente de la corrección moral a la que se alude. ¿El ethos social o colectivo? ¿Debería un juez recalcar en esas convenciones morales imperantes que expulsan de la condición de seres dignos a los judíos, gitanos, alcohólicos, homosexuales, comunistas y tantos otros seres humanos tildados de asociales? Si bien tiene mucha razón mi colega Alejandrino al señalar que todo Estado, todo Derecho, pretende corrección, puede que no todas las pretensiones del Estado sean correctas desde un punto de vista que va más allá de la moralidad positiva. ¿Cómo podríamos si no criticar al Derecho vigente en una comunidad dada? Es la Justicia (sí, con mayúsculas), la que nos inclina a decir que el Derecho no agota el espacio de la Justicia.*

*Se dice que, conceptual o lógicamente, un Estado no puede pretender el mal, pero con eso no hemos hecho más que empezar la discusión. Puede ser que la justicia, en el momento histórico del III Reich, demande la obligación de esterilizar a un judío supuestamente retrasado, o castigar a alguien por el “ultraje a la raza” que supone haber tenido una relación “impropia” con una mujer aria, es decir, que el Derecho del Estado alemán en 1937 no se pueda presentar como algo equivalente a la orden de un asaltante. En tal caso, el razonamiento y decisión del juez Janning, lejos de constituir una manifestación de una ignorancia inexcusable, serían la pulcra expresión de su función jurisdiccional. Ese juez ficticio, como el juez real Schlegelberger o Curt Rothenberger, asumieron en cada estadio de su trayectoria como funcionarios la corrección moral históricamente imperante; pudieron ser coadyuvantes en la redacción de la Constitución de la República de Weimar pero también redactores del Decreto “Noche y niebla” mediante el que se autorizaba el secuestro clandestino de individuos en los países ocupados para ser llevados a los campos de exterminio. Y si lo hicieron fue porque contaban con el respaldo de una urdimbre de creencias colectivas favorables a ese tipo de desmanes. Me resulta de todo punto inconcebible que sobreviva por mucho tiempo un sistema jurídico injusto desde el punto de vista de la moral positiva o social. No creo que haya ejemplos históricos de tal cosa; ni siquiera en los pueblos colonizados o sometidos pudo triunfar un Derecho absolutamente avasallador por la mera fuerza.*

*Nuestro sistema jurídico, como todo sistema jurídico finalmente, delega en los jueces la aplicación de patrones de conducta, estándares o criterios sobre los que hay desacuerdo social. Por razones de coherencia, nuestro estimado Presidente debería decir que siempre que la autoridad practica tales delegaciones, deliberada o accidentalmente, deja de ser autoridad y tales acciones lingüísticas dejan de revestir la consideración de “jurídicas”. ¿Por qué? Porque en la tesis de nuestro Presidente, el Derecho pierde automáticamente su condición de ser un instrumento para la guía de la conducta. Pero eso no sólo ocurriría con instrucciones del tipo “Haz justicia”, a las que de manera caricaturizada se refiere nuestro Presidente. Piénsese en la enmienda novena de la viejísima Constitución del país entonces llamado Estados Unidos de América, que rezaba: “La enumeración de ciertos derechos en esta Constitución no debe ser interpretada de forma tal que se excluyan otros que el pueblo retiene”. ¿Y no habrá un desacuerdo radical sobre esos “otros”? Si se leen las crónicas jurisprudenciales de la época, así se constata. En aquél entonces la Corte Suprema identificó, entre esos “otros” derechos, el derecho a la intimidad, a la autonomía procreativa, y otros más que no vienen al caso. Lo cual vino de la mano de controversias y polémicas sin fin. ¿Y no hay acaso desacuerdo o incertidumbre sobre el alcance de tantas y tantas nociones jurídicas básicas, y menos básicas, que pueblan nuestros textos jurídicos? ¿Qué le parece a nuestro Presidente que la prevaricación sea considerada tal cuando la resolución del juez es “manifiestamente injusta”, o su conducta haya sido llevada a cabo con “imprudencia grave”? La posición de nuestro admirado Presidente nos conduce a una forma de escepticismo inasumible. Las ordenes vagas, las reglas con un elevado grado de incertidumbre, no habrán por ello de dejar de ser parte del Derecho. El tribunal de Nur-*

*emberg y el juez Haywood también fueron aplicadores del Derecho aunque ese Derecho del que se sirvieran sacrificara principios importantes como el de la prohibición de la irretroactividad de las leyes penales. Su condena fue jurídica, como también lo fueron las de los jueces nazis. No, no se castiga a estos porque actuaran bajo un Derecho que no era Derecho. La sentencia del juez de primera instancia debe ser anulada.*

### **Magistrado Guillermo Valioso**

*Mi intervención viene animada sencillamente por el deseo de añadir más leña al fuego que ha avivado el colega que me ha precedido y de introducir algún matiz. ¿No ocurrirá que, frente a lo que sostiene nuestro reverenciado Presidente, el Derecho no tiene como única, ni siquiera como más importante, función la de guiar la conducta? ¿No ocurrirá, frente a lo que afirma el ilustre Magistrado Razón, e implícitamente el Magistrado que me ha precedido, que no es tanto, ni tan profundo, el desacuerdo sobre lo justo e injusto, y que, por tanto, sin dejar de ser una guía para la conducta, el Derecho puede imponer a los jueces la obligación de hacer que impere la justicia?*

*Nuestro propio Presidente, tan poco dado a la apelación de valores morales, ha sido capaz de esgrimir uno de ellos –la irretroactividad de las leyes penales o desfavorables– como un principio inmune al gobierno temporal de los hombres.*

*Así que una respuesta afirmativa a las dos preguntas que he formulado –ni el Derecho tiene como única y más importante función la de guiar la conducta, ni el desacuerdo es tan radical– nos permite sostener que el juez Haywood obró conforme a Derecho al condenar al juez Janning. ¿Y qué ocurre con la prohibición de aplicar retroactivamente las leyes? ¿No se pisotea la justicia cuando se actúa como se actuó frente a Janning? No necesariamente, pues esa prohibición, frente a lo que sostiene nuestro loado Presidente, podrá ser o no parte del Derecho –así lo debe admitir él mismo por coherencia–, o podrá, incluso, ser derrotada por la entrada en juego de un valor superior: el de hacer justicia, esto es, el de no tener como Derecho –de acuerdo con la vieja regla del jurisconsulto Gustav Radbruch– aquellas normas extremadamente injustas. Todo dependerá de la convención social imperante. Por decirlo sintéticamente: el Derecho no cuenta con rasgos necesarios –como sostiene nuestro Presidente–, esto es, con caracteres que vayan más allá de las creencias sostenidas en una comunidad y momento histórico dado; ni está necesariamente conectado con la justicia, como dice mi colega Alejandrino.*

*Por lo tanto, de acuerdo con profundas convenciones jurídicas mantenidas en 1947 por las potencias aliadas y por el propio pueblo alemán escaldado y abochornado tras lo sucedido, no podrían quedar impunes en aquel momento las acciones y crímenes horrendos que, por aplicación del Derecho vigente en el III Reich, propició el juez Janning. Quienes vinieron después a condenarle, no sólo hicieron Justicia sino que rindieron un tributo inestimable a la mejor comprensión posible del fenómeno jurídico.*

### **Magistrado Daniel K. Especial**

*Piensan algunos colegas que me han precedido, en especial mi estimado Presidente, que con el uso de las comillas da a cada uno lo suyo, es decir, una debida ubicación a los personajes de este relato. A unos les condena al limbo de la no-existencia y a otros les insufla vida y realidad, como si fuéramos nosotros dioses de la creación. Todo es ficción, mi querido colega Razón, y ni usted ni yo somos capaces de disipar del todo la sospecha de que un Genio Maligno esté detrás de lo que percibimos y creemos; que nuestro lugar pueda no ser esta sala en la que nos reunimos sino una caverna o una cubeta en la que flotan nuestros cerebros, o una incubadora en la que nuestro cuerpo es usado para generar electricidad.*

*Desde hace milenios perseguimos las esencias, también las del Derecho. Y las concebimos como la llave que nos abrirá la puerta a ese otro mundo que no está ensombrecido por la ignorancia. También como el bisturi con el que separar limpiamente las adherencias conceptuales que se han incrustado en las categorías puras a lo largo de siglos de pensar y discutir.*

*Nos atrae lo binario y nos espanta la vaguedad, la ausencia de fronteras, el contorno borroso o difuso. No hay casos fáciles y difíciles y tertium non datur. Las cosas no son ni blancas, ni negras, pero tampoco grises: pueden ser lo que queramos que sean, pero necesitamos de la ficción de que son alguna cosa cierta. Asimismo ocurre con los dominios de la filosofía práctica: con la moral, el Derecho y la política (resulta irritante que sea a estas alturas de la película, con perdón de la ironía, cuando este término aparece en escena por primera vez). Hablamos y hablamos de lo justo y lo injusto; lo jurídicamente correcto o incorrecto, lo políticamente oportuno o inoportuno como si todas estas discusiones tuvieran algún sentido, como si se pudieran zanjar racionalmente.*

*Esta misma sentencia es un maravilloso ejemplo de polémica estéril: la de decidir si algo es o no es una sentencia jurídica, u otra cosa, en función de haber tenido o no el que la dicta una “comprensión cabal del fenómeno jurídico”; en función de si han acontecido o no una serie de hechos, y en función de si unos son justificables, por reales, y otros no, por ficticios. ¿Pero quién nos asegura que esos jueces Franz Schlegelberger y Oswald Rothaug a los que antes se ha aludido existieron? Ninguna prueba disipa toda duda razonable sobre lo que pudo ocurrir en el pasado, ni siquiera quienes fueron juzgados por aquellos jueces nazis se libran de la sospecha de su existencia inventada. No, no soy un “negacionista” al uso del nazismo, porque mi negacionismo no es local sino absolutamente global.*

*Todos mis colegas presuponen que los jueces aplican reglas a determinados hechos. Les divide, aparentemente, cuál sea la fuente de aquellas. Así como unos creen, como Sir Richard Francis Burton, que esa fuente tiene que ser exclusivamente una, otros apuestan por la existencia de fuentes plurales, o por la conexión, al menos, con las fuentes de otros ríos. Así y todo, entre mis estimados colegas no hay duda de que el río es finalmente el que lleva al remero allá donde la geografía ha dictado; que el curso del río es uno y que todos*

*van a parar al mar. Pero las reglas del Derecho no son así. Somos nosotros con nuestra barca quienes trazamos el cauce; somos nosotros mismos, los remeros, la fuente, y como tal, podemos manar allá donde nos plazca.*

*No es la regla la que lleva incorporado el conjunto de sus aplicaciones correctas, la regla no nos guía, y por tanto es pueril afirmar que el Derecho tiene como función orientar nuestro comportamiento. Y es que nada nos asegura que sea una y sólo una la forma de entender la conducta a la que una regla nos compele. No hay ninguna certeza de que no habrá ningún caso en particular que nos obligue a modificar dicha interpretación y aplicación que venimos haciendo de la regla. Se apela a la generalidad de los mandatos de la autoridad como forma de distinguir al Derecho de las órdenes de los bandidos. Que banal ilusión la de pensar que podemos clausurar para siempre la lista de las excepciones. No, queridos colegas, no. La excepción no confirma la regla, la desmiente radicalmente.*

*En las deliberaciones habidas en este tribunal, mis colegas han recordado especialmente el caso del judío Leo Katzenberger que se refleja en la película como caso “Feldenstein”: la condena del comerciante judío que vulnera la Ley para la protección de la sangre alemana de 1935 por tener una presunta relación extramatrimonial con Judy Garland. A mis colegas les horroriza particularmente el hecho de que, a pesar de que la ley castiga tales conductas con la pena de prisión, Feldenstein fue condenado a la pena de muerte porque se le aplicó una norma que establecía dicha pena cuando el delito se cometía “aprovechándose de las circunstancias de la guerra”<sup>2</sup>. Los jueces, reales y ficticios, que juzgaron el asunto consideraron que, en efecto, el Sr. Katzenberger-Feldenstein se aprovechó de las circunstancias de la guerra –los cortes de la electricidad en el alumbrado público para evitar los bombardeos– para entrar en el piso de la Sra. Garland-Hoffman-Wagner. Se daba así la agravante que le hacía merecedor de la pena capital. Como aberración jurídica, monstruosidad interpretativa, arbitrariedad manifiesta, y no sé cuantas cosas más han calificado esa actuación judicial. ¿Están tan seguros de que Janning aplicó incorrectamente la regla?*

*Hasta ahora mismo habíamos tenido por diáfano el artículo 1.7. del Código Civil, es decir, pensábamos que era claro lo que es un “asunto” y como “resolverlo”. Y en esas llega este estudiante y pone patas arriba nuestro chiringuito semántico. Y si yo digo: hasta ahora, cuando los jueces han “resuelto asuntos” no han descartado la posibilidad de resolver también los conflictos en el cine, ¿quién me puede decir que me equivoco en la interpretación que hago de lo que hasta ahora ha venido siendo la interpretación y aplicación del artículo de marras? ¿Con qué pruebas? Si nadie puede desmentirme de manera definitiva, entonces el caso que tenemos entre manos cae perfectamente dentro del ámbito de aplicación de*

<sup>2</sup> El artículo 4 de la Ordenanza sobre parásitos del pueblo de 5 de septiembre de 1939 disponía que: “Será castigado, superando el marco penal previsto para los casos normales, con pena de prisión de hasta 15 años, reclusión perpetua o con la pena de muerte, cuando por la especial reprochabilidad del delito así lo requiera el sano sentimiento del pueblo, quien abusando de las circunstancias excepcionales provocadas por el estado de guerra cometa cualquier otro hecho punible” (he obtenido la referencia de Francisco Muñoz Conde y Marta Muñoz Aunión, *¿Vencedores o vencidos?*, tirant lo blanch, Valencia, 2003, p. 40).

*esa norma. Las excepciones implícitas o convenciones profundas sobre lo que finalmente significan las reglas son mucho más profundas de lo que supone mi colega Dichoso.*

*Mis compañeros, aversos a las profundidades de las cavernas, prefieren quedarse en el superficial nivel de la discusión sobre el desacuerdo acerca de la justicia. Yo, sin embargo, no tengo miedo en seguir explorando para contemplar las estalactitas y estalagmitas de nuestros desacuerdos más radicales; allí donde se localizan las paradojas más deslumbrantes sobre nuestro mundo y las posibilidades de su conocimiento. Como siempre, no resolveré nada. Que cada uno interprete mis palabras como mejor le convenga o interese. Ni siquiera hace falta que lo diga. Ahora que lo pienso, me tenía que haber callado. ¿Para qué escribirse nada de lo anterior si puede entenderse de cualquier manera? ¿Qué acabo de decir?*

\*\*\*\*\*

El silencio, repentino y espeso, le hizo levantar la vista. Un universo de miradas expectantes salió a su encuentro. Algo que se había dicho debió generar esa concentración en torno a él. Pero no sabía qué exactamente, ni qué se esperaba que dijera. El sudor de las manos se hacía insoportable. Miró al papel en busca de auxilio. Incapaz siquiera de saber cuánto tiempo llevaban esperando su respuesta, dijo a media voz: “Culpables”.

Una risa atronadora liberó todas las tensiones, aflojó los gestos, eliminó la opresión que sentía como un torniquete aplicado sobre su cabeza. Sus compañeros Eugenia, Alfonso, Ricardo se partían de risa. También él rió, tonta y nerviosamente, como si con ello obtuviera licencia para ser espectador y no el protagonista de la chanza colectiva.

—¿Pero qué manera de responder es esa? ¿Se cree usted que se puede zanjar el asunto así? ¿Con un veredicto como si estuviera en un estrado? Pero si lo que le he preguntado, León, es si ha leído usted *Los exploradores de cavernas*. Debo entender por su respuesta que no, que es “culpable” de su no lectura —de nuevo las risas aclamaron la ironía del profesor Heriberto—. La verdad es que sí que es para sentirse culpable...

—Se equivoca, profesor —dijo León desafiante—. Sí que lo he leído... El silencio cobró de nuevo protagonismo.

—Ah ¿sí? ¿Y qué le ha parecido, León?

—Decepcionante...

—Vaya... ¿Puede saberse por qué? A la mayoría de mis estudiantes les fascina.

—Pues porque al final nos quedamos sin final, sin saber muy bien qué se decide, qué es lo justo, a qué carta quedarse... no tiene conclusión. Me convencen todos los jueces y no me convence ninguno... No sé si me explico...

–Te explicas perfectamente y tus síntomas revelan que Fuller consiguió plenamente su objetivo. Muchos debates en diversos ámbitos son así: no se dejan zanjar tan fácilmente. Sin duda que el de la naturaleza del Derecho es uno de ellos, y lo crucial es conocer bien los términos de una discusión que se remonta muchos siglos atrás. A veces también es muy importante saber dónde se sitúan los genuinos desacuerdos y cuáles de esas disputas son estériles. En todo caso, no rechacéis la invitación que se os hace en ese texto de Fuller a pensar por vosotros mismos. Aunque al final no halléis un corolario o un teorema o la solución de una ecuación como en las matemáticas... Somos afortunados de no tener la obligación de resolver como los jueces.

–Bueno, profesor –espetó Eugenia–, yo creo que sí hay un asesino al final de ese texto, un culpable, por decirlo como León...

–¿Y cuál es? –preguntó el profesor Heriberto.

–Claramente el positivismo. Fuller era un *iusnaturalista* y reivindicaba una “moralidad interna” en el Derecho... Un perro *iusnaturalista* aunque con distinto collar...

–¡¡Pero si Fuller era positivista!! –se oyó gritar a Alfonso–. Descarao... Lo de la moralidad esa era una forma de decir “¡Viva el Derecho positivo, el que sea!”... Para él era esencial que existieran normas escritas, y generales y públicas, nada que ver con el *iusnaturalismo*. Vamos me parece a mí...

–¿Y la retroactividad, qué? –exclamó Eugenia–. Según Fuller, las leyes, para ser jurídicas no pueden ser retroactivas. Si eso no es *iusnaturalismo*... Es como decir que sin justicia no hay Derecho, ¿o no?

–No, no, cuidado, que lo que él decía es que las leyes no pueden ser arbitrarias, que es lo que pasaría si fueran retroactivas. Es que, si no, no serían leyes, no podrían funcionar como normas de nuestro comportamiento...

–Puro *iusnaturalismo* –masculló Eugenia.

–Lo relevante no son las etiquetas sino los argumentos y los problemas teóricos... No os dejéis engatusar por adscripciones que muchas veces confunden más que aclaran. Lo importante es si nos parece que Fuller tenía o no razón al sostener la moralidad interna del Derecho: ¿deja el Derecho de serlo cuando sus normas se aplican retroactivamente aunque sean desfavorables, o no se publican, o no son generales o son incoherentes? ¿Será un Derecho injusto pero Derecho al fin y al cabo? ¿Qué es necesario entonces que contenga un sistema normativo para ser Derecho en ausencia de caracteres o exigencias formales como aquellas? ¿Nada? ¿Basta con que alguien sea masivamente obedecido y no obedezca a su vez a nadie, como postuló John Austin? ¿Aunque ordene conductas de imposible cumplimiento? ¿De manera absolutamente arbitraria? ¿Sin el respaldo del uso de la fuerza?... ¿O nos parece que esa moral interna tiene mucho de interno pero poco de moral, es decir, que

es demasiado exigua? Mañana seguiremos con estas y otras cuestiones –dijo el profesor Heriberto mientras hacía acopio de sus notas–.

–Preguntas y más preguntas –pensó León–. Siempre preguntas... nunca respuestas –siguió pensando mientras recogía sus folios y los metía en una carpeta.

Desde el estrado el profesor Heriberto le hizo un gesto para que se aproximara. Cuando llegó hasta él, el profesor le dijo: “Inocentes”.

–¿Quiénes? ¿Los exploradores? Pero si quisieron asesinar a uno de ellos y la norma estaba clarísima...

–No, no, León... –le cortó el profesor Heriberto–. El juez Haywood y los jueces de Nuremberg –dijo guiñándole un ojo–. Son claramente inocentes... No prevaricaron, pero lo discutimos otro día...

## TÍTULOS DE CRÉDITO

Las ficciones para ilustrar el debate sobre la naturaleza del Derecho son moneda común en los pagos de la teoría y la filosofía del Derecho, como también ocurre en otras muchas disciplinas. En los cursos correspondientes a aquellas materias es de lo más frecuente arrancar con el fragmento de la *Antígona* de SÓFOCLES en la que se proclama la injusticia del Decreto de Creonte<sup>3</sup>. Mucho más recientemente, al menos en la Facultad de Derecho de la UAM, los estudiantes se enfrentan con el delicioso opúsculo *Los exploradores de cavernas* de Lon Fuller, y, gracias a las posibilidades tecnológicas de las que hoy disponemos en las aulas, con la película *Vencedores y vencidos*. La anterior ficción –en la que cualquier parecido con los nombres de algunos conocidos iusfilósofos no es pura coincidencia– trata de rendir tributo a ambas obras, y, como ellas –aunque con mucha menos pericia y gracia– intenta acercar al lector profano al debate más reciente sobre el positivismo jurídico<sup>4</sup>, una controversia protagonizada, fundamentalmente, por:

HERBERT HART, en el papel de profesor Heriberto.

JOSEPH RAZ, en el papel del magistrado José Razón.

<sup>3</sup> “No fue Zeus en modo alguno el que decretó esto, ni la Justicia, que cohabita con las divinidades de allá abajo; de ningún modo fijaron estas leyes entre los hombres. Y no pensaba yo que tus proclamas tuvieran una fuerza tal que siendo mortal se pudiera pasar por encima de las leyes no escritas y firmes de los dioses. No son de hoy ni de ayer sino de siempre estas cosas, y nadie sabe a partir de cuándo pudieron aparecer. No había yo, por temer el parecer de hombre alguno, de pagar ante los dioses el castigo por esto” (§ 450).

<sup>4</sup> Este ejercicio cuenta con un ilustre antecedente: las páginas 18-27 de la *Introducción al análisis del Derecho* de CARLOS SANTIAGO NINO (Ariel, Barcelona, 1983).

RONALD DWORKIN, en el papel del magistrado Ronald Dichoso.

ROBERT ALEXY, en el papel del magistrado Roberto Alejandrino.

JULES COLEMAN, en el papel del magistrado Julio Colosal.

WILFRID J. WALUCHOW, en el papel del magistrado Guillermo Valiente.

DUNCAN KENNEDY, en el papel del magistrado Daniel K. Especial<sup>5</sup>.

Otros protagonistas del relato también son un guiño a positivistas clásicos (ALF ROSS) o a positivistas muy destacados de la filosofía del derecho en español: EUGENIO BULYGIN y RICCARDO GUASTINI.

Por último, no puedo dejar de mencionar a quienes, sin estar, están en el trasfondo de esta ficción; a quienes, entre nosotros, han ilustrado y participado crítica y fructíferamente en la actual polémica sobre el positivismo jurídico: JOSÉ JUAN MORESO, LIBORIO HIERRO y JUAN CARLOS BAYÓN<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> Interesa destacar las obras más representativas de la posición de estos autores: HERBERT. L. A. HART, "Postscript" a *The concept of law*, Clarendon Press, Oxford, 1997 (2ªed); Joseph Raz, *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford, 1986 y *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*, Oxford, Clarendon Press, 1994; RONALD DWORKIN, *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1985 y *Law's Empire*, Belknap Press, Cambridge (Mass.), 1986; ROBERT ALEXY, *El concepto y la naturaleza del Derecho*, Marcial Pons, Barcelona, 2008; *El concepto y la validez del Derecho*, Gedisa, Barcelona, 2004; JULES COLEMAN, *The practice of principle. In Defense of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 2001; WILFRID J. WALUCHOW, *Inclusive Legal Positivism*, Clarendon Press, Oxford, 1994; DUNCAN KENNEDY, *A Critique of Adjudication (fin de siècle)*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1997. La literatura secundaria sobre estas obras, y, en general, sobre el positivismo contemporáneo es ya hoy ingente.

<sup>6</sup> JOSÉ JUAN MORESO, *La Constitución: modelo para armar*, Marcial Pons, Barcelona, 2009; LIBORIO HIERRO, "¿Por qué ser positivista?", *Doxa*, 25, 2002, pp. 263-302; JUAN CARLOS BAYÓN, "Derecho, convencionalismo y controversia", en *La relevancia del Derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, PABLO E. NAVARRO (ed.), Gedisa, Barcelona, 2002, pp. 57-92 y "El contenido mínimo del positivismo jurídico", en *Horizontes de la filosofía del derecho: homenaje a Luis García San Miguel*, VIRGILIO ZAPATERO (coord.), Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares, 2002, pp. 33-54. Muchos otros ilustres juristas españoles, latinoamericanos e italianos han participado también notablemente en la controversia sobre el positivismo jurídico. No podían dejar de hacerlo porque, como señaló FRANCISCO LAPORTA en un trabajo señoero, "... el problema de las relaciones entre moral y derecho no es un tema de la filosofía jurídica, sino que es el lugar donde la filosofía del derecho está"; *Entre el derecho y la moral*, Fontamara, México, 1993, p. 7. Sería por ello absurdo intentar siquiera hacer un elenco de tales aportaciones.