

INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS BARTOLOMÉ DE LAS CASAS

Universidad Carlos III de Madrid



PAPELES DE TEORÍA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO

**“Un intento de caracterización del positivismo jurídico
incluyente”**

Francisco M. Mora Sifuentes

Universidad de Guanajuato (México)

Doctorado en el Programa de Derechos Fundamentales del Instituto de Derechos
Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid

Palabras clave: Debate Hart/Dworkin, Positivismo jurídico incluyente, Positivismo
jurídico excluyente, contenidos materiales, validez jurídica.

Número: 9 Año: 2010

ISSN 2171-8156

Un intento de caracterización del positivismo jurídico incluyente*

SUMARIO: I. *Introducción* II. *Las bases de la disputa: las tesis del positivismo «hartiano» y crítica de R. Dworkin* III. *El Postscript de Hart y el positivismo jurídico incluyente* IV. *Un intento de caracterización del positivismo jurídico incluyente: perspectivas y límites* VI. *A modo de conclusión: ¿existe alguna vía para afirmar la importancia de los contenidos materiales en la validez jurídica?*

Francisco M. Mora Sifuentes**

I. Introducción

Uno de los puntos centrales que se siguen planteando en torno a cualquier intento de aproximación al positivismo jurídico es su propia caracterización. Dotar de significado a la expresión es uno de los problemas más frecuentes, ya sea entre quienes han tratado de teorizar al respecto, o bien de quienes – aquí me refiero a las personas– han sido o se dicen partidarios de tal corriente dentro de la filosofía del Derecho. Hace ya más de medio siglo señalaba con acierto el profesor H. L. A. Hart, que bien puede pensarse que la confusión imperante quizá se deba al uso indiscriminado de la locución «positivismo jurídico» para designar a la vez, y sin distinción alguna, todo un conjunto de tesis separadas entre sí¹.

Adviértase que nunca ha estado entre las pretensiones de los positivistas negar que el fenómeno jurídico se vincule con la moral y la coerción. El lenguaje común que comparten (deber, obligación, etc.) podría ser ya indicativo de ello. De ahí que hayan considerado que resulta conveniente realizar su estudio de forma separada o, mejor dicho, *distinguiendo* entre el «Derecho que es y el que debe ser»; afirmando que «una cosa es la existencia del Derecho y otra cosa su mérito o demérito». En la introducción de *El concepto de Derecho*, podemos leer una declaración de intenciones en tal sentido:

* *Paper* elaborado en el contexto del Taller de Teoría del Derecho Iª edición 2009/2010 (“Concepciones actuales del Derecho”), organizado por el Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” en el marco del programa Consolider-Ingenio 2010 “El tiempo de los derechos”.

** Universidad de Guanajuato, México. Doctorando en el Programa Derechos Fundamentales (Universidad Carlos III de Madrid). Becario MAEC-AECID. Contacto: franciscomiguel.mora@alumnos.uc3m.es

¹ Cf. HART, H. L. A., “Positivism and the Separation of Law and Morals”, *Harvard Law Review*, vol. 71, num. 4, 1958, pp. 593-629, aquí pág. 601. Norberto BOBBIO tomó buena nota de ello y su distinción entre positivismo ideológico, teórico y metodológico sigue siendo de gran utilidad. Véase: “Positivismo jurídico” en: *Id.*, *El problema del positivismo jurídico*, trad. de E. Garzón Valdés, Fontamara, México, 9ª reimp., 2009, pág. 44 y ss.

«este libro [ha] querido promover la comprensión del derecho, la coerción y la moral, en cuanto fenómenos sociales diferentes, aunque relacionados»².

Debe destacarse, tal y como hace gran parte de la literatura iusfilosófica, que el profesor de Oxford contribuyó notablemente a ordenar y disipar muchas dudas sobre el estatuto y metodología de esta forma de aproximación al fenómeno jurídico, propugnando su estudio bajo presupuestos generales y descriptivos³. No obstante, en los últimos años la cuestión ha vuelto a ocupar con ahínco a positivistas y no-positivistas, curiosamente a causa del propio profesor británico: su *Postscript* ha puesto de manifiesto, una vez más, que dicha cuestión no ha quedado zanjada del todo (o, al menos, no para un amplio sector de la doctrina). Tratar de determinar «el contenido mínimo del positivismo jurídico»⁴, los elementos que puede o debe poseer cualquier teoría que se considere de éste tipo, sigue siendo una obsesión entre los filósofos del Derecho. Ello no puede dejar de ser así: aquí, en el tema de las relaciones entre el Derecho y moral, es «donde la filosofía del Derecho está»⁵.

En las siguientes páginas me propongo efectuar una aproximación inicial al *Positivismo Jurídico Incluyente* (PJI) con la finalidad de contrastar su posición al interior del propio positivismo y fuera de él. Dispondré en lo sucesivo de dos grandes apartados: en el primero haré un recuento sobre las críticas que posibilitaron la aparición del PJI. En el segundo, intentaré hacer una presentación esquemática de sus tesis para, finalmente, enunciar los aspectos que considero más problemáticos de esta posición teórica. Me gustaría hacer una advertencia preliminar: el de por sí complejo debate en torno al positivismo jurídico se ha tornado, en parte gracias a la aparición del PJI, más sofisticado –o escolástico, si se quiere–. Sobrepasa mi capacidad entrar en todas las distinciones y tesis que se han formulado sobre este tema. Mi intención es mucho más modesta: trataré de reconducir la disputa, en la medida de mis posibilidades, a sus argumentos básicos.

² HART, H. L. A., *El concepto de Derecho*, trad. de Genario R. Carrío (1963), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2007, pág. XI. [V. or., *The Concept of Law*, Oxford University Press, 1961].

³ DE PÁRAMO, Juan R., “Entrevista a H. L. A. Hart”, *Doxa*, núm. 5, 1988, 339-361, aquí pág. 348.

⁴ Tomo la expresión de Juan Carlos BAYÓN, “El contenido mínimo del positivismo jurídico”, en: V. Zapatero (ed.), *Horizontes de la filosofía del Derecho. Homenaje a Luis García San Miguel*, vol. 2, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá de Henares, 2002, pp. 33-54.

⁵ LAPORTA, Francisco, *Entre el Derecho y la moral*, Fontamara, México, 1993, pág. 7.

II. Las bases de la disputa: las tesis del positivismo «hartiano» y la crítica de R. Dworkin

Como adelantaba líneas atrás, me basaré en *El concepto de Derecho* donde H. L. A. Hart desarrolla su seminal teoría positivista. Pues bien, según este autor puede entenderse por positivismo jurídico «la simple afirmación de que en ningún sentido es necesariamente verdad que las normas jurídicas reproducen o satisfacen ciertas exigencias de la moral, aunque de hecho suele ser así»⁶. De esta forma, tres serían las tesis acerca de la «naturaleza» del Derecho que, a su juicio, estarían en la base del aparato conceptual de los positivistas: a) la tesis de la separación conceptual; b) la tesis de las fuentes sociales; y c) la tesis de la discreción judicial.

La primera tesis sostiene que «aunque existen numerosas e importantes conexiones entre el derecho y la Moralidad, de modo frecuente, hay una coincidencia o solapamiento ‘de facto’ entre el derecho y algún sistema y las exigencias de la moralidad, tales conexiones son contingentes, no necesarias ni lógicas ni conceptualmente»⁷. Esta tesis se contrapone a toda aquella visión que sostenga que existe alguna forma de conexión necesaria y no meramente contingente entre la validez jurídica y las exigencias de la moralidad, como por ejemplo sostienen las teorías clásicas del Derecho natural.

La segunda tesis, denominada por Hart tesis de las fuentes sociales del Derecho, sostiene que para que el derecho exista debe haber alguna forma de práctica social que incluya a los jueces y a los ciudadanos ordinarios, y esta práctica social determina lo que en cualquier sistema jurídico dado son las fuentes últimas del derecho o criterios últimos de validez jurídica⁸. Esta es la tesis más importante y sobre la que girará en gran parte la discusión, tal y como tendremos ocasión de analizar.

La tercera tesis sostiene que en todo sistema jurídico habrá siempre casos no previstos y no regulados expresamente, es decir, casos para los que ningún tipo de decisión es

⁶ *El concepto de Derecho*, cit., pág. 230.

⁷ La presentación de estas tesis se hayan a lo largo de la obra citada en la nota anterior. Aquí me baso en la que hizo el profesor inglés en una conferencia pronunciada en la Universidad Autónoma de Madrid. Véase: HART., H. L. A., “El nuevo desafío al positivismo jurídico”, trad. de L. Hierro, F. Laporta y J. R. Páramo, *Sistema*, núm. 36, 1980, pp. 4-18, aquí pág. 4.

⁸ HART, H. L. A., “El nuevo desafío al positivismo jurídico” cit., pág. 5. En términos muy elementales, la validez jurídica puede entenderse en dos sentidos: a) como pertenencia, cuando una norma pertenece o no (es válida) a un determinado Ordenamiento jurídico por haber sido creada conforme al procedimiento por él establecido, no ha sido derogada y no es contradictoria con las normas de mayor jerarquía y; b) como existencia; cuando una norma “existe” a pesar de no cumplir los requisitos anteriormente señalados sino que tiene una existencia, más que *normativa*, de tipo empírico.

dictada por derecho claramente establecido y, en consecuencia, el derecho es parcialmente indeterminado o incompleto⁹. Esta es la tesis de la discreción judicial. De esta forma puede decirse que las tres anteriores tesis junto con la «regla de reconocimiento», que sirve para articular el sistema jurídico con base al origen o pedigrí de las normas, constituyen el «armazón» de su teoría.

El trabajo de Hart se consideró o se ha considerado como un punto de encuentro para diversos autores que veían en su obra la mejor caracterización del positivismo jurídico. Se trata, según su censor más célebre, de la forma más «clara, elegante y potente»¹⁰ en que éste se ha presentado; o, tal como se ha dicho de forma más reciente, de la obra que separa «el positivismo jurídico de los antiguos y el de los modernos»¹¹. De ahí que no resulte difícil inferir que sus críticos, particularmente R. Dworkin, cualquier intento de indagar la solidez del positivismo jurídico debe partir de la consideración de los puntos de vista de Hart. Y, efectivamente, esto fue lo que hizo.

La crítica al positivismo jurídico por parte de Dworkin comenzó en su artículo *El modelo de reglas* publicado originalmente en 1967. Desde entonces, dicho autor se ha dedicado a criticar de forma ininterrumpida ésta concepción del fenómeno jurídico por considerarla deficitaria y comienza, precisamente, por su pieza maestra: la «regla de reconocimiento». Según Dworkin, aquélla fracasa al no ser capaz de mostrar la realidad jurídica *íntegramente*, pues quedan fuera de su radio de identificación un conjunto de categorías normativas denominados «principios». Los principios, entendidos como estándares que han de ser observados porque son *exigencias de la justicia o de la equidad o de alguna otra dimensión de la moralidad*, tienen la peculiaridad de que no pueden ser explicados mediante dicha regla de reconocimiento porque «valen» por su contenido y no por su pedigrí¹².

Si es cierto lo anterior, si existe algún tipo de norma que valga por su contenido y no por su origen, todo el edificio teórico construido por Hart corre el riesgo de venirse abajo. Dworkin considera que esto es así y para demostrar que las tesis fundamentales del positivismo están equivocadas arguye lo siguiente. La tesis de la separación

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ DWORKIN, Ronald, “El modelo de reglas (I)”, en *Íd.*, *Los derechos en serio*, trad. de M. Guastavino, Barcelona, Ariel, 5ª reimp., 2002, aquí pág. 65 [V. or., “The Model of Rules”, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 35, num. 1, 1967, pp. 14-46. Posteriormente en: *Taking Rights Seriously*, Londres, Gerald Duckworth & Co. Ltd., 1977].

¹¹ La expresión, que remite a B. Constant, la tomo de: GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*, Madrid, Trotta, 2009, pág. 246.

¹² Cf. DWORKIN, Ronald, “El modelo de reglas (I)”, cit., pág. 72.

conceptual entre el Derecho y moral no puede sostenerse desde el momento que existen normas de indudable contenido moral que devienen jurídicas sin estar incorporadas al Ordenamiento. Además, y aquí ya se refiere a la tesis de las fuentes sociales, los principios serían la prueba irrefutable de la conexión entre el Derecho y la moral, por lo que la tesis de que el Derecho depende únicamente de prácticas sociales identificables a través de la regla de reconocimiento, tampoco se sostiene¹³.

De la misma forma, Dworkin pone en tela de juicio la tesis de la discreción judicial. Para el autor norteamericano sostener la discrecionalidad de los jueces en los casos que el Ordenamiento jurídico no suministra una respuesta clara, no sólo es falso sino que va contra la propia práctica de los tribunales. Que exista duda en torno a cuál deba de ser la respuesta correcta en los casos difíciles, no significa, para este Dworkin, que dicha respuesta no exista. Toda vez que el ordenamiento jurídico está impregnado por principios morales, tal ordenamiento no puede ser parcialmente indeterminado o incompleto; por lo tanto, el juez no tiene y no puede ejercer discrecionalidad (en sentido fuerte)¹⁴.

Para Dworkin las soluciones de los casos difíciles son y deben ser, de manera característica, generadas por principios y no por directrices políticas¹⁵. Así, el juez no puede inventar retroactivamente el Derecho, puesto que para cada caso existe una única respuesta correcta. La dificultad que esto supone lleva a nuestro autor a echar mano de un «súper juez» ficticio, el *Juez Hércules*, «dotado de habilidad, erudición, paciencia y perspicacia sobre humanas», quien deberá en todo caso de «encontrar la mejor teoría posible» en los precedentes, la ley y demás materiales que sean relevantes para la solución de un caso. El Derecho, desde esta perspectiva, se presenta como algo más que una cuestión puramente «lingüística-normativa». Se presenta para Dworkin como una actividad interpretativa en la que tienen un papel relevante tanto los fines como los valores que definen y dan sentido a esa actividad¹⁶.

¹³ *Ídem*. De forma más reciente, DWORKIN, Ronald, *La justicia con toga*, trad. de M. Iglesias e I. Ortiz, Madrid, Marcial Pons, 2007, pág. 42

¹⁴ La discrecionalidad fue un tema en el que, obviamente, nunca hubo acuerdo entre Hart y Dworkin. Esto fue así porque en él pueden verse reflejadas las distintas preconcepciones sobre la determinación del Derecho de cada autor. Recuérdese la caracterización que hiciera el primero en su artículo: “Una mirada inglesa a la teoría del derecho norteamericana: la pesadilla y el noble sueño”, trad. J. Moreso y P. Navarro, en: P. Casanovas y J. J. Moreso (eds.), *El ámbito de lo jurídico. Lecturas del pensamiento jurídico contemporáneo*, Crítica, Barcelona, 1994, pp. 327-350, esp. pág. 336 y ss.

¹⁵ DWORKIN, Ronald, “Los casos difíciles” en: *Los derechos en serio*, ob. cit., pág. 150

¹⁶ Véase: DWORKIN, Ronald, *Law's Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986, esp. el capítulo 3, pp. 87-113.

En líneas muy generales puede decirse que las anteriores tesis son la base de la crítica actual al positivismo jurídico. Ahora bien, debe tenerse presente que, por lo que hace expresamente al desarrollo teórico de Hart, la pertinencia del positivismo ya había sido puesta en duda. Baste como ejemplo la polémica que sostuvo a mediados del siglo pasado con el profesor Lon L. Fuller¹⁷. Sin embargo, para la mayoría de la doctrina, en el centro de la actual polémica se encuentra el vigoroso ataque de Dworkin a Hart y la posterior respuesta de éste último. Veamos los argumentos de defensa esgrimidos en su réplica.

III. El *Postscript* de Hart y el positivismo jurídico incluyente

Con el paso del tiempo, el profesor Hart se había mantenido en su decisión de observar y aprender de la vasta literatura que su libro había generado no obstante la aparición de varias e importantes críticas. Se mantuvo al margen antes que intentar formular una defensa general y completa de su obra. Esto fue así hasta la aparición en 1994 de una segunda edición de *El concepto de Derecho*, preparada por Josep Raz y Penelope A. Bullock, en la que además –he aquí la gran novedad– se contenía un *Postscript*. En este trabajo, el profesor británico procura responder de forma exhaustiva a las críticas que recibió; principalmente, intenta dar respuesta a las críticas de «gran alcance» formuladas en diversas etapas por R. Dworkin¹⁸. Su publicación supuso un momento importante para la teoría y filosofía del Derecho contemporánea, pues es hasta este momento en que puede considerarse, con algunos matices, que surge explícitamente el PJI¹⁹.

La primera cuestión que debe destacarse, tal y como Hart lo hizo, es el hecho de que Dworkin formula sus críticas desde una plano totalmente distinto –la suya sería una

¹⁷ Véase: FULLER, Lon L., “Positivism and Fidelity to Law-A Reply to Professor Hart”, *Harvard Law Review*, vol. 71, núm. 4, 1958, pp. 630-672. Para W. Waluchow (“The Many Faces of Legal Positivism”, *University of Toronto Law Journal*, núm. 48, 1988, pp. 387-449, aquí pág. 387 y ss.), por ejemplo, los críticos del positivismo jurídico van desde los realistas jurídicos como J. Frank y K. Lewellyn; pasando por las teorías feministas como la de K. Mackinnon; a autores de filiación jusnaturalista como el propio L. Fuller o J. Finnis. Sin embargo concuerda con la mayoría de la literatura en que la crítica más importante es la de R. Dworkin (aquí pág. 389).

¹⁸ HART, H. L. A., *The Concept of Law*, 2nd ed., Ed. J. Raz & P. A. Bullock, Oxford, Clarendon Press, 1994 [*Postscript* (pp. 238-276)] aquí pág. 239. De las traducciones en castellano al *Postscript* tengo a la vista la que se contiene en: *Post scriptum al concepto de derecho*, trad. R. Tamayo, México, IJ-UNAM, 2000, aquí pág. 10. Algunas de las tesis contenidas ya se avanzaron en “El nuevo desafío al positivismo jurídico”, ya citado.

¹⁹ Conviene en esta parte hacer una aclaración terminológica. He utilizado en el presente trabajo la expresión PJI propuesta por W. Waluchow (en castellano llamado «Positivism Jurídico Inclusivo» por J. J. Moreso) para referirme a lo que Hart denominó en el *Postscript* como «Positivism Suave» (*Soft Positivism*) [pág. 26]. Se utiliza como también la locución «Incorporacionismo» (J. Coleman). Aunque con diferencias, todas esas expresiones sirven para hacer alusión a la problemática aquí planteada y, en este sentido, podrían utilizarse indistintamente.

teoría de la adjudicación, más que una teoría del Derecho– y por ello, al tratarse de planos y objetos diferentes, dicha crítica se equivoca o «yerra de blanco»²⁰. No obstante, y a pesar de esta observación, Hart intenta defender su construcción teórica. Dicha defensa pasa en gran medida por salvaguardar la regla de reconocimiento, pues de ella se derivan las tesis básicas de su aparato conceptual y del positivismo (en la medida en que su teoría es paradigmática dentro de él). Vaya por delante que en esta parte será necesario profundizar un poco más sobre dicha regla de reconocimiento; acudir a sus caracterizaciones más recientes. Por lo pronto, para retomar la exposición, veamos la ruta de defensa ensayada por Hart a la crítica más importante y que sostiene que su teoría es un «positivismo de meros hechos»²¹.

Según Hart, Dworkin se equivoca del todo cuando sostiene que su teoría es un ejemplo de «positivismo de meros hechos»; esto es, una teoría en donde los criterios de validez de las normas consisten en hechos históricos, incluyendo hechos sobre las creencias de los individuos y las actitudes sociales²². Si bien, tal y como Hart concede, la mayoría de los ejemplos por él dados con su regla de reconocimiento se refieren al origen de las normas, nada hay en ella que niegue que dicha validez pueda depender, en determinados casos, también de criterios sustantivos. En sus palabras: «aunque mis principales ejemplos de los criterios proporcionados por la regla de reconocimiento son cuestiones a las que Dworkin ha llamado ‘pedigrí’, y se refieran sólo a la manera en la cual las normas son adoptadas o creadas por las instituciones jurídicas y no a su contenido, expresamente sostengo que tanto este libro y en mi artículo anterior sobre ‘Positivismo y la separación de derecho y moral’, que en algunos sistemas de Derecho, como en el de Estados Unidos, el último criterio de validez jurídico podría explícitamente incorporar, además del pedigrí, principios de justicia o valores morales sustantivos y éstos podrían constituir el contenido de límites jurídico constitucionales»²³.

²⁰ *Post scriptum*, cit., pág. 12 [*Postscript* p. 240].

²¹ Véase: DWORKIN, Ronald, *Law's Empire*, cit., pp. 33 y ss. Debo señalar que estoy intentando utilizar fuentes primarias y, en la medida de lo posible, tomo como referencia esta crítica para articular esta parte del trabajo. No obstante, ello no significa que no deban introducirse mayores distinciones entre los puntos de acuerdo, desacuerdo y concesión de Hart a las tesis de Dworkin. Para ello, véase, por ejemplo, ESCUDERO ALDAY, Rafael, *Los calificativos del positivismo jurídico. El debate sobre la incorporación de la Moral*, Civitas-Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2004, pp. 29 y ss.

²² *Post scriptum*, cit., pág. 19 [*Postscript* p. 245]

²³ *Post scriptum*, cit., pág. 22 [*Postscript* p. 247]. Esa aceptación vendría desde su “Positivism and the Separation of Law and Morals”, cit., aquí pág. 599.

En la posibilidad de que en determinados sistemas legales los criterios de validez incluyan (o incorporen) principios morales²⁴, descansa la propuesta del PJI. Este positivismo propugnado por Hart sería un positivismo diferente, un positivismo más moderado, por lo que la crítica de Dworkin resultaría del todo errónea. Errónea porque ignora, en primer lugar, su aceptación explícita de que la regla de reconocimiento pueda incorporar como criterios de validez jurídica «la conformidad con principios morales o valores sustantivos, lo que se ha denominado un ‘positivismo suave’» y, en segundo lugar, porque no hay nada en *El concepto de Derecho* que concluya «que los criterios de ‘meros hechos’ proporcionados por la regla de reconocimiento tengan que ser únicamente cuestiones de pedigrí; por el contrario, pueden ser límites sustantivos al contenido de la legislación como las Enmiendas Dieciséis o Diecinueve de la Constitución de Estados Unidos con respecto el establecimiento de la religión o restricciones al derecho al voto»²⁵.

No obstante, que exista la posibilidad contingente de que en determinados sistemas jurídicos esto *pueda* ocurrir, de ello no se deriva que *deba ser* así. Se trata, como frecuentemente suele decirse, de una conexión contingente, pero no necesaria. De esa misma afirmación no se sigue, según el profesor de Oxford, que las teorías jurídicas deban comprometerse con alguna teoría filosófica controvertible «sobre el status general de los juicios morales y debe dejar abierto, como hago en este libro, la cuestión general de saber si éstos tienen lo que Dworkin llama ‘nivel objetivo’»²⁶. Por el contrario –continúa Hart– «si la cuestión del nivel objetivo de los juicios morales es dejada abierta por la teoría jurídica, como sostengo que debe ser, entonces el positivismo suave no puede ser simplemente caracterizado como la teoría en la cual los principios o valores morales pueden estar entre los criterios de validez jurídica, puesto que, si es una cuestión abierta saber si los principios y valores morales tienen nivel objetivo, también tiene que ser una cuestión abierta saber si las provisiones del ‘positivismo suave’ tendientes a incluir la conformidad con estos principios y valores entre las pruebas para la [determinación] del derecho existente, pueden tener tal efecto o, por el contrario, pueden únicamente constituir direcciones para los tribunales para *crear* derecho de conformidad con la moralidad»²⁷.

²⁴ HIMMA, Kenneth Einar, “Inclusive Legal Positivism”, en: J. Coleman y S. Shapiro (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford, OUP, 2004, pp. 125-165, aquí pág. 125.

²⁵ *Post scriptum*, cit., pág. 26 [*Postscript* p. 250].

²⁶ *Post scriptum*, cit., pág. 30 [*Postscript* p. 254].

²⁷ *Post scriptum*, cit., pág. 31 [*Postscript* p. 254].

Esto último es muy importante porque, al parecer, limita las posibilidades del PJI. Hart afirma en esta parte que ese «positivismo suave» no pasa por –o no debe– asumir una teoría moral objetiva. Si entiendo bien, esto implicaría que aún cuando sea posible que la regla de reconocimiento adopte o pueda adoptar criterios sustantivos de validez, no significa, que esa incorporación haga referencia a la «Moral». Es decir, parece que rechaza el objetivismo moral con lo que ello pudiese implicar.

En todo caso, lo primordial es que las anteriores aclaraciones hechas por Hart han abierto una intensa discusión, tanto al interior de las propias filas del positivismo como fuera de él. Fuera de él, porque los autores no-positivistas han visto en el *Postscript* una concesión definitiva. Aceptar la posibilidad de que la regla de reconocimiento contenga criterios morales para determinar la validez de las normas jurídicas puede poner en peligro su preciada tesis de las fuentes sociales; puede implicar una suerte de «autodestrucción del positivismo jurídico»²⁸. Al interior del positivismo jurídico distintos autores, prácticamente por similares motivos, han optado por negar esta vía. Niegan que dicha incorporación de la moral pueda darse sin que ello afecte el núcleo del positivismo jurídico, por lo que resultaría del todo implausible. Tal sería la postura, entre otros, de J. Raz y cuyo trabajo resulta imprescindible para entender a la posición teórica que se ha venido a denominar «positivismo jurídico excluyente» (PJE) o «positivismo duro»²⁹.

Nótese, para finalizar este apartado, que el PJI se encuentra en medio de un fuego cruzado: por un lado, al interior del positivismo jurídico «los excluyentes» consideran que éste acaba por asimilar tanto las críticas de Dworkin convirtiéndose en una teoría, si bien no idéntica, muy cercana a los planteamientos de este autor³⁰. Para Dworkin, por el otro, «los incluyentes» o «incorporacionistas» serían una caricatura de lo que el positivismo fue; al grado de no ser merecedores del rótulo de positivistas. En el mejor de los casos, estos autores representarían un intento desesperado por maquillar una

²⁸ Tomo la expresión del artículo de GOLDSWORTHY, Jeffrey D., “The Self-Destruction of Legal Positivism”, *Oxford Journal of Legal Studies*, núm. 10, v. 4, 1990, pp. 449-486.

²⁹ El positivismo duro de Raz, como señalaré, se basa en la tesis «fuerte» o «tradicional» de las fuentes sociales. Véase: RAZ, Josep, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, Clarendon Press, 1979, pp. 47-8. Esta «etiqueta» no gusta a algunos autores pues consideran que no es del todo exacta: si se entiende que ellos no se apartan de lo que tradicionalmente se ha denominado positivismo jurídico; tales autores serían «positivistas» sin calificativos adicionales.

³⁰ Véase: ESCUDERO ALDAY, Rafael, “Ronald Dworkin y el positivismo incluyente: dos posiciones muy cercanas”, en: J. A. Ramos Pascua y M. A. Rodilla (eds.) *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Salamanca, Aquilafuente-Universidad de Salamanca, pp. 303-319.

realidad incontestable: la inutilidad o escaso interés del positivismo en el marco de determinados sistemas jurídicos contemporáneos³¹.

IV. Un intento de caracterización del positivismo jurídico incluyente: perspectivas y límites

Creo que con estos antecedentes estamos en condiciones de intentar caracterizar al PJI. De entrada, debe tomarse nota de la insistencia en que se considere una «vía intermedia» entre la teoría del Derecho como integridad y el positivismo excluyente; es decir, pretende acomodar algunas de las objeciones hechas por Dworkin y, frente a Raz, defiende su viabilidad al seno del propio positivismo. Esa tercera vía tendría la virtualidad de aceptar que los contenidos materiales *puedan* determinar la validez jurídica sin salir o reformulando las tesis que caracterizarían al positivismo. Esta teoría, por lo demás, tendría el atractivo de poseer mayor capacidad explicativa en contextos donde se acepten o se incorporen explícitamente criterios sustantivos para la validez jurídica. Tal sería el caso de aquellos Ordenamientos en cuya cúspide encontramos constituciones con un denso contenido material –v. gr. derechos fundamentales, principios o valores–³².

Visto con atención, no resulta del todo complicado advertir que en la base de la polémica entre PJI y PJE, primordialmente, se encuentra la compatibilidad de esa incorporación de criterios sustantivos con la tesis de las fuentes sociales. De ahí que sea necesario abundar un poco más en lo que se entiende estaría en el núcleo de esta tesis y, en con ello, ver si sería plausible que se dé tal incorporación sin que esta pretensión central del positivismo jurídico quede desdibujada. Puede decirse *grosso modo* que la manera de identificar el derecho cambiaría dependiendo de la postura adoptada: los partidarios del positivismo excluyente propugnan una tesis fuerte de las fuentes

³¹ En este sentido, DWORKIN, Ronald, “Thirty Years On”, *Harvard Law Review*, vol. 115, num. 6, 2002, pp. 1655-1687, pág. 1165. [Hay traducción en: *Íd., La justicia con toga*, cit., pp. 205-241, págs. 215-6]

³² Según W. WALUCHOU (*Positivismo jurídico incluyente*, trad. de M. S. Gil y R. Tesone, rev. de H. Zuleta, Madrid, Marcial Pons, 2007, pág. 21) “al permitir que la moral política figure en la determinación de lo que [la *Charter of Rights and Freedoms* de Canadá y el *Bill of Rights* americano] significan y el impacto de sus diversas provisiones sobre la validez de las normas inferiores, por ejemplo, las leyes, el positivismo jurídico incluyente *da una mejor explicación* de estas prácticas comunes”.

sociales. Para ellos la existencia y el contenido del Derecho dependen exclusivamente de hechos sociales, es decir, «propios a la acción humana o a un grupo social»³³.

Los «incluyentes», en cambio, sostienen una versión débil de las fuentes sociales y, con tal fin, separan la práctica social y los criterios de validez. Entienden que mientras el origen del Derecho es *necesariamente* fáctico (una práctica social); los criterios de validez contenidos en dicha práctica son *contingentemente* fácticos. Así, y aunque el origen del derecho siempre reside en un hecho social, se deja abierta la cuestión sobre si conceptualmente es posible que los criterios de validez del derecho puedan consistir en hechos sociales o en principios morales³⁴. Es decir, la existencia y el contenido del Derecho, según esta propuesta, no siempre vendría determinado por hechos sociales sino que, en ocasiones, también puede ser determinado por la moral, que actuaría en tales casos como criterio de validez jurídica.

Tal y como había señalado, no es mi intención entrar en detalle sobre las distintas posturas que al interior del propio PJI se han sostenido. No obstante, nótese cómo en la anterior afirmación puede verse claramente el punto de la discusión: el PJI permitiría la existencia de un determinado tipo de regla de reconocimiento que incluyera no sólo criterios formales. En este sentido, por ejemplo, J. Coleman ha entendido que determinados principios morales cumplen un papel importante como condición de validez. Piénsese, dice Coleman, en una regla de reconocimiento que señale que serán Derecho sólo aquellas normas conformes a la justicia y equidad serán jurídicamente validas. En tal caso, concluye, la moralidad de una norma sería condición necesaria para su validez³⁵; se habría dado, con tal exigencia de respeto a dimensiones de justicia, esa incorporación a la que hacen alusión los positivistas incluyentes³⁶.

Ahora bien, que la moral actúe como criterio de validez, puede entenderse en dos sentidos. En primer lugar, valdría que una norma reproduzca algún principio moral (por su contenido) para que forme parte del derecho, para que ésta sea válida. A esta posición se le ha denominado «versión de lo suficiente». Por otro lado, la «versión de

³³ Véanse de J. RAZ, *The Authority of Law*, cit. pág. 37; Íd. *Ethics in the Public Domain*, Oxford, OUP, 1994, pág. 218. Asimismo JIMÉNEZ-CANO, Roberto M., *Una metateoría del positivismo jurídico*, prólogo de Gregorio Peces-Barba, Madrid, Marcial Pons, 2008, pág. 197.

³⁴ *Una metateoría del positivismo jurídico* pág. 195.

³⁵ HIMMA, Kenneth Einar, “Inclusive Legal Positivism”, cit., pág. 145

³⁶ COLEMAN, Jules, *The Practice of Principle. In defense of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford, OUP, 2001, pág. 126.

³⁶ En sentido contrario, Josep RAZ, “La incorporación por el Derecho”, trad. de R. Ruiz y R. M. Jiménez, *Derechos y libertades*, núm. 16, 2007, pp. 17-40, aquí pág. 36 y ss., donde cuestiona que efectivamente se produzca tal incorporación.

lo necesario» sostiene que en algunos sistemas jurídicos podría ser *necesario* que una norma recogida en fuentes sociales tuviera que ser moralmente correcta para poder ser considerada derecho, actuando la moral como precondition de juridicidad³⁷.

Para lograr sus cometidos el PJI se ve en la necesidad de reformular las tesis originales del positivismo jurídico de la siguiente manera. Por un lado puede observarse un tránsito de la tesis de las fuentes sociales a la tesis del hecho social. Los teóricos del PJI distinguen entre el fundamento del derecho (hecho social) y el contenido de los criterios de validez jurídica (hechos sociales o principios morales); pero no sólo ello. Restringen, además, el fundamento del derecho a un tipo concreto de hecho: una convención social y, entre ellas, la más plausible sería la regla de reconocimiento. Lo importante aquí sería entender que en la base de cualquier práctica social (lo que hacemos juntos), existen razones tanto morales como prudenciales que no vienen determinadas por la regla convencional³⁸.

Por otro lado, los autores del PJI pasan de la tesis de la separación a la tesis de la separabilidad. Primordialmente, la primera vendría a sostener que es conceptualmente posible pero no necesario que Derecho y moral estén conectados; mientras que la segunda, por el contrario, sostendría que es conceptualmente necesario que Derecho y moral estén separados tal y como sostiene el PJE. De ahí que para esta posición, la tesis de la separación pierde autonomía frente a la tesis de las fuentes sociales, pues si la moral se entiende como algo no reducible a hechos sociales parece evidente que la moral no puede determinar ni la existencia ni el contenido del derecho³⁹.

En el caso de la tesis de la discreción judicial, el PJI adopta una postura que se aleja, en cierta medida, de la tesis tradicional. Consideran que no es cierto que siempre el juez tenga discrecionalidad en sentido fuerte y admiten, en algunos casos, la existencia de respuestas correctas en la medida en que nada hay en el positivismo que niegue dicha posibilidad. Si entendemos que el positivismo jurídico no se compromete con teoría moral alguna, sería coherente decir tanto que siempre existen respuestas correctas como el negar su existencia. Por lo que, en definitiva, el PJI «sostiene que es cierto que resulta posible la existencia de una respuesta correcta a algunas cuestiones morales, pero no es lo menos que en otras el ejercicio de la discrecionalidad es fuerte»⁴⁰.

³⁷ *Una metateoría del positivismo jurídico*, cit., pág. 195.

³⁸ *Una metateoría del positivismo jurídico*, cit., pág. 217.

³⁹ *Una metateoría del positivismo jurídico*, cit., págs. 214-5.

⁴⁰ *Una metateoría del positivismo jurídico* cit., pág. 217.

La perspectiva que se deriva de esta reformulación de las tesis tiene mucha virtualidad y harían a esta teoría, al menos, viable. Según W. Waluchow el PJI tiene mayor capacidad explicativa que el PJE, una vez se constata el hecho de que en algunos sistemas jurídicos se han reconocido explícitamente test morales para la validez y contenido de las leyes. Es cierto que tal incorporación implica ciertos conflictos para determinar el contenido del derecho; sobre todo, si se tiene en cuenta que debe recurrirse *a la moral*. No obstante, esto es también predicable respecto a los juicios fácticos, por lo que no debe concluirse que todas las cuestiones morales son controvertidas y que las fácticas no lo son⁴¹. En todo caso, el PJI parecería permitirnos ver aquello de modo natural y como algo generalmente aceptado: «como test explícitamente morales para el derecho que requieren que jueces y abogados se comprometan con argumentos morales sustantivos cuando deciden cuestiones de validez jurídica»⁴².

Hasta ahora se ha insistido por parte del PJI en que es conceptualmente posible que la moral determine, en ciertos contextos, la validez jurídica. No obstante, esta insistencia no puede dejar pasar inadvertida la pregunta obvia que plantea: ¿a qué moral se hace referencia cuando se dice que la validez jurídica depende de ella? ¿Cuál moral sería capaz de proporcionar respuestas correctas a los casos controvertidos? El reto al que tienen que enfrentarse los incluyentes es el siguiente: si de todas las acepciones de moral («individual», «social», «concertada» y «objetiva») la única que no puede reconducirse a «hechos» y, por tanto, quedar fuera de la tesis de las fuentes sociales en sentido fuerte es la moral objetiva, parece que el PJI tiene un serio problema. Si esto es así, por un lado, cierra la puerta que Hart dejó abierta –la afirmación de que ese positivismo suave no debe o no debería adherirse a ninguna sobre el estatus general de los juicios morales–; y, por el otro, en el plano de la metaética ello le supondría los problemas vinculados al «cognoscitivism moral». El problema de fondo es este: ¿es posible conocer tal moral objetiva?

V. A modo de conclusión: ¿existe alguna vía para afirmar la importancia de los contenidos sustantivos en la validez jurídica?

⁴¹ WALUCHOW, Wilfrid, *Positivismo jurídico incluyente*, cit., pág. 130.

⁴² WALUCHOW, Wilfrid, *Positivismo jurídico incluyente*, cit., pág. 154.

Ubicados en las anteriores coordenadas, no resulta difícil constatar el importante reto al que se enfrenta el PJI en el ámbito de la metodología positivista: si no es posible determinar esa moral objetivamente o, por lo menos, alcanzar un cierto grado de objetividad, su propuesta corre el riesgo de no tener asidero sólido. La pretensión de generalidad y neutralidad del positivismo complica notablemente tal labor (por no decir que la imposibilitaría). Por su parte, el PJE, al llevar hasta sus últimas consecuencias sus tesis, termina por ofrecer una teoría muy restringida. En primer lugar, porque parece negar un hecho arraigado –una «creencia», dirían ellos– en el Estado constitucional: que de alguna forma determinados contenidos sustantivos funcionan como criterios de validez. En segundo lugar, porque no hay lugar espacio para el razonamiento jurídico desde sus premisas; asumiendo el riesgo, quizá, de decirnos pocas cosas en tal contexto. Considero que lo hasta ahora señalado podría ponernos al tanto del estado de la cuestión en el ámbito de la teoría del Derecho.

Finalmente, si el tema de la validez jurídica en el ámbito anglosajón gira primordialmente en torno a la polémica PJI-PJE, no significa que no existan otras alternativas para articular este debate. En concreto, hay un desarrollo teórico más vinculado –creo– al ámbito continental europeo que intenta reconducir el problema de los criterios materiales en la validez jurídica por una vía diferente: en la posibilidad de concebir el Derecho –desde una perspectiva funcional y sistemática– estructurado como *sistema normativo mixto*. Es decir, caracterizar los Ordenamientos como sistemas mixtos en los que se coexisten y se relacionan criterios de validez material (propio de los sistemas estáticos) y criterios de validez formal (de los sistemas dinámicos). A pesar de sus problemas y limitaciones, la propuesta que no puede descartarse en absoluto; aún más cuando esa lectura podría realizarse en clave positivista. No me ocupare de esta vía aquí⁴³. Basta con dejar constancia de ella a los efectos de este trabajo.

⁴³ Véanse: CUENCA GÓMEZ, Patricia, *El sistema jurídico como sistema normativo mixto. La importancia de los contenidos materiales en la validez jurídica*, prólogo de G. Peces-Barba, Madrid, Dykinson, 2008; *Íd.*, “Sobre el iuspositivismo y los criterios de validez jurídica” *Anuario de Filosofía del Derecho*, (en prensa); y ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier, “Positivismo jurídico y sistemas mixtos”, en: RAMOS PASCUA y RODILLA GONZÁLEZ (eds.), *El positivismo jurídico a examen.cit.*, pp. 601-622.