

**ALGUNAS CUESTIONES METATEÓRICAS RELATIVAS A LA  
CUESTIÓN DE LA OBSERVACIÓN DEL FENOMENO JURÍDICO: UNA  
BREVE COMPARACIÓN ENTRE POSITIVISMO JURIDICO  
METODOLÓGICO Y NEOCONSTITUCIONALISMO\***

SOME META-THEORETICAL QUESTIONS  
ABOUT OBSERVATION OF LEGAL PHENOMENON:  
A BRIEF COMPARISON BETWEEN METHODOLOGICAL  
LEGAL POSITIVISM AND NEOCONSTITUTIONALISM

ANDREA PORCIELLO\*

*Università degli Studi "Magna Graecia" di Catanzaro*

Fecha de recepción: 4-5-09

Fecha de aceptación: 3-06-09

**Resumen:** *El constitucionalismo que se ha difundido en Europa tras la Segunda Guerra Mundial, desde su comienzo, ha representado una explícita negación del anterior sistema jurídico, así como de su más consistente apoyo teórico, el positivismo jurídico, habiendo renovado, más o menos explícitamente, alguna de las más importantes dimensiones de un cierto iusnaturalismo, laico y racionalista. Ha venido a menos, principalmente, la idea por la cual el universo jurídico constituiría un ente cerrado y autorreferencial, en el que las normas se justifican y se legitiman de acuerdo con parámetros pertenecientes al mismo sistema jurídico. La teoría neoconstitucionalista, de modo particular en la interpretación que de ella ofrece Ronald Dworkin, se ha erigido en intérprete de estas exigencias, desarrollando un nuevo concepto de derecho capaz de dar cuenta también del componente moral incluido en los sistemas jurídicos constitucionalizados. En el presente artículo se ensaya un contraste entre dos diferentes modelos, limitando no obstante el análisis exclusivamente al ámbito del método, es decir*

---

\* Traducción de Francisco Javier Ansuátegui Roig, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid.

\* Ricercatore de Filosofia del Derecho en la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università "Magna Graecia" di Catanzaro.



*a algunas cuestiones metateóricas relativas al punto de observación del fenómeno jurídico.*

**Abstract:** *Constitutionalism, that spreaded through out Europe after the Second World War, has meant, since its beginning, a explicit denial of the former legal System and its more sound theoretical basis, legal positivism, renewing –more or less explicitly– some of the most important dimensions of a certain kind of secular and rationalist iusnaturalism. The idea that legal universe is a closed and self-referential entity where rules are justified and get their legitimacy in accordance with parameters belonging to the legal system itself. The neoconstitutionalist theory, specially the interpretation that Ronald Dworking offers of it, has turned into interpreter of these requirements, developing a new concept of law able to explain the moral component included in the constitutionalized legal systems. In this article, a contrast between these two different models is essayed, though limited to the methodological field, that is to say, to some meta-theoretical questions about the point of observation of legal phenomenon.*

**Palabras clave:** neoconstitucionalismo, positivismo, metodología.

**Keywords:** neoconstitutionalism, positivism, methodology.

## 1. INTRODUCCIÓN

La noción de constitucionalismo contemporáneo es muy compleja y, en ciertos aspectos, muy controvertida. Ciertamente con tal locución no se pretende simplemente indicar un sistema político y jurídico dotado de una “super-norma” colocada en el vértice del sistema y que presenta los caracteres típicamente atribuidos a una Constitución. La idea de constitucionalismo, también en su acepción mínima, es ciertamente más compleja, y necesariamente reclama, en contraposición a las teorías en las que se basaba el Estado de derecho del siglo XIX, la presencia en el interior del sistema jurídico de un nuevo canon con el que apreciar todas las decisiones tomadas en nombre y por cuenta del Derecho. En palabras de D’Andrea podemos sostener que “si existe una categoría que sirve para expresar y marcar el paso del Estado liberal de derecho decimonónico, rígidamente orientado al principio de legalidad, al contemporáneo Estado constitucional, que encuentra en cambio su punto cardinal en el principio de constitucionalidad, esta es ciertamente la razonabilidad”<sup>1</sup>. Parece

<sup>1</sup> L. D’ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Giuffrè, Milano 2005, p. 1. Sobre el paso de la época del Estado de derecho decimonónico al Estado de derecho constitucional, vid entre otros G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino 1992.

ser ésta, la razonabilidad “del” y “en el” derecho, el elemento definitorio más relevante del constitucionalismo contemporáneo.

Y en efecto, no obstante la presencia de todos los elementos que normalmente connotan un sistema constitucional, cuando el canon de la razonabilidad de las decisiones jurídicas no existe, no se tiene en frente solamente un sistema constitucional imperfecto, débil o lagunoso, sino un sistema completamente privado de una verdadera y propia Constitución, un sistema que no es definible como constitucional en sentido estricto.

El constitucionalismo que se ha extendido en Europa tras la Segunda Guerra Mundial parece encarnar plenamente dicho nuevo modelo jurídico. Desde su nacimiento ha representado la negación del positivismo jurídico, habiendo renovado, más o menos explícitamente, alguno de los más importantes ámbitos de un cierto iusnaturalismo, laico y racionalista. Como es sabido, y siguiendo las indicaciones que Alexy ofrece al respecto, sus características más importantes parecen encontrarse en las siguientes y sintéticas contraposiciones: valor en lugar de norma; ponderación en lugar de subsunción, principios en vez de normas, omnipresencia de la Constitución en vez de independencia del derecho ordinario; omnipotencia judicial (piénsese en el juez Hércules de dworkiniana memoria) en lugar de la autonomía del legislador democrático<sup>2</sup>.

Todas características, éstas, de las que es posible deducir que con la constitucionalización de los principios se verifica una verdadera y propia inversión de paradigma que se manifiesta sobretodo en aquella que algunos han definido como la “muerte de la ley” (o “pulverización de la ley”<sup>3</sup>, como la define Zagrebelsky), y del sistema jurídico y político del que la ley constituía el elemento cardinal, así como la “muerte de las teorías jurídicas” en las que aquel sistema encontraba la propia legitimación.

Y en efecto, basta una mirada de conjunto al moderno modelo constitucional para darse cuenta de que la idea de derecho de la que éste es portador necesariamente impone “la exigencia de una renovación profunda de muchas concepciones jurídicas hoy efectivamente operantes. Hoy se discute lo que existe antes del derecho expresado por los documentos oficiales, es decir las ideas generales, la mentalidad, los métodos, las expectativas, las es-

---

<sup>2</sup> R. ALEXY, *Concetto e validità del diritto*, Einaudi, Torino 1997.

<sup>3</sup> G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., p. 45.



estructuras de pensamiento y de los estilos jurídicos adquiridos del pasado ya no justificados en el presente”<sup>4</sup>.

“Muerte de la ley”, no solamente debida a su evidente y sustancial pérdida de autonomía, con referencia a la obligación, que se le impone, de adaptarse, tanto en fase creativa cuanto en fase interpretativa y aplicativa, al parámetro constitucional, sino también, sobre todo, “muerte” debida al fenómeno, para decirlo con La Torre, de la “rematerialización”<sup>5</sup> de los documentos constitucionales, es decir de la idea de que la Constitución encarna un preciso orden de valores, una especie de unidad material, previa respecto al ordenamiento jurídico positivo. Con la obvia consecuencia de que su función más cualificante parece ser aquella, gracias a su contenido éticamente orientado, de dirigir todo el ordenamiento normativo, obligado de hecho a asumir tal contenido. En esta perspectiva, la Constitución no debe simplemente estructurar y organizar el sistema jurídico y político, no es solamente “un manual de instrucciones”, su función es bastante más importante, y es aquella de indicar “qué” debe o debería llegar a ser aquel sistema. La Constitución de mero hecho deducible de un sistema ya formado se convierte en proyecto de sistema a través del cual no se debe simplemente ejercitar una mera función organizativa y limitativa del poder del Estado, funciones, éstas, típicas del constitucionalismo antiguo<sup>6</sup>.

Este último, de acuerdo con las indicaciones que McIlwain y Dogliani ofrecen sobre la cuestión, se sustentaba, en realidad, en el conjunto de principios fundamentales obtenibles a partir de la organización institucional de un determinado sistema jurídico. Sus principios, en otros términos, no constituían un *præius* respecto a la organización política, en el sentido de que ni la fundamentaban ni la orientaban. De manera diferente, en la idea del constitucionalismo moderno, y *a fortiori* en el contemporáneo, la Constitución constituye un acto originario, precedente y fundamentador de las instituciones políticas. Es una determinación lograda “con la consciencia de hacer una Constitución”, que precede “a toda la actividad de las instituciones”<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> Op. cit., p. 4.

<sup>5</sup> M. LA TORRE, *Disavventure del diritto soggettivo, una vicenda teorica*, Giuffrè, Milano 1996, p. 70.

<sup>6</sup> Vid. C.H. MCILWAIN, *Costituzionalismo antico e moderno*, Il Mulino, Bologna 1947; además, vid. también M. DOGLIANI, “Costituente (Potere)”, en *Digesto Discipline Pubbliciste*, Utet, Torino 1989, vol. IV, pp. 281-287.

<sup>7</sup> M. DOGLIANI, “Costituente (Potere)”, cit., p. 283.



Rol, este, que aún es más tangible a partir del multiculturalismo y de la heterogeneidad ideológica y moral que ciertamente caracterizan a las modernas sociedades occidentales, y que parecen asignar “a la Constitución el cometido de realizar la condición de posibilidad de la vida común, no el de realizar directamente un proyecto determinado de vida común (...). Esta es la condición de las Constituciones democráticas en el tiempo del pluralismo”<sup>8</sup>.

De ello deriva, como es evidente, que con el paso del Estado de derecho al Estado de derecho constitucional, no simplemente se ha verificado la sustitución de la ley por la Carta constitucional como vértice del sistema, es decir de una fuente por otra fuente, por relevante que ello sea. Con dicho paso lo que parece haber cambiado es la esencia más íntima del derecho, o, si queremos, de su valor cualitativo. La presencia en el interior del sistema de una Constitución así entendida, de hecho, produce una serie de consecuencias que parecen afectar a todo el sistema, en todas sus fases, consecuencias de hecho completamente incompatibles con la situación jurídica del viejo Estado de derecho decimonónico.

El Estado de derecho, respecto al Estado constitucional de derecho, se fijaba objetivos muy modestos, en el fondo se limitaba a seleccionar un valor y a indicar una dirección de desarrollo de la organización del Estado congruente respecto al valor preelegido. El valor era el de la “eliminación del arbitrio en el ámbito de las actividades referidas al Estado y que inciden en las posiciones de los ciudadanos. La dirección era la inversión de la relación entre el poder y el derecho que constituía la quintaesencia del *Machtsstaat* y del *Polizeistaat*: no más *rex facit legem*, sino *lex facit regem*”<sup>9</sup>.

El constitucionalismo del siglo XX ha incidido profundamente en esta concepción del Estado y del derecho, y en particular el hecho de que la Constitución encuentre su contenido más típico en los principios, y no solamente en las reglas, a pesar de los positivistas más intransigentes, ha determinado un nuevo tipo de razonamiento jurídico que hace de la ponderación y del balanceo sus propios rasgos distintivos. Con palabras de Prieto Sanchís, podemos decir que “las normas constitucionales estimulan otro tipo de razonamiento jurídico”<sup>10</sup>. En las condiciones antes descritas, “la idea de que

<sup>8</sup> G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., p. 9.

<sup>9</sup> Op. cit., p. 20.

<sup>10</sup> L. PRIETO SANCHÍS, *Constitucionalismo y Positivismo*, Biblioteca de Ética y Filosofía del Derecho y Política, México 1997, p. 25.



las leyes y las otras fuentes, en su conjunto, constituyan por sí un ordenamiento –como podía ocurrir en el siglo pasado–, debe ser hoy completamente descartada. La crisis de la idea de código es la manifestación evidente de este cambio. En estas condiciones, la exigencia de una reconducción a la unidad debe arreglárselas con la crisis del principio de legalidad, determinada por la acentuada pérdida de sentido, pulverización e incoherencia de la ley y de las otras fuentes del derecho”<sup>11</sup>.

Si se procede a una comparación analítica de los rasgos del Estado de derecho con aquellos otros típicos del Estado constitucional, “nos percatamos de que, más allá de una culminación, se trata de una profunda transformación que afecta necesariamente hasta las concepciones del derecho”<sup>12</sup>. Transformación, o quizás sería mejor hablar de “revolución”, posibilitada por el hecho de que las Constituciones europeas posteriores a la Segunda Guerra Mundial, incorporando valores y principios de justicia, en gran parte heredados del iusnaturalismo racionalista, han creado una zona de intangibilidad en el interior del sistema que ya no parece dispuesta a soportar los “humores”, a menudo muy cambiantes, del soberano de turno.

A nivel teórico, la consecuencia más relevante de esta “revolución constitucional” está en el hecho que el concepto de derecho descrito por el positivismo jurídico, totalmente operativo y acertado cuando se refería al precedente modelo del Estado de derecho, de repente cae en gran medida en desuso e incapaz de relacionarse y enfrentarse con el nuevo objeto de análisis.

La apertura a los valores, y la función primaria que el nuevo sistema atribuye a tales valores, de hecho, no sólo parece determinar una verdadera y auténtica metamorfosis de los ordenamientos jurídicos europeos, sino a nivel teórico, parece impregnar la actividad de la ciencia jurídica, sobre todo de la alemana, en el período sucesivo a los grandes desastres totalitarios. A muchos, aunque no a todos, les pareció que los totalitarismos y las masacres de las que estos fueron responsables, fueron posibles precisamente por la cultura teórico-jurídica dominante en aquel período histórico, la cultura iuspositivista. Aquella contra la que lucharon estos “nuevos iusnaturalistas”, como Bachof o como Radbruch, sólo por citar a los más célebres, era una cultura jurídico-filosófica impermeable a los valores, complaciente con el

---

<sup>11</sup> G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., p. 47.

<sup>12</sup> Op. cit., p. 39.



poder, capaz de adaptarse a cualquier contenido que el derecho positivo de vez en cuando pudiera asumir, y de hecho asumió.

Con el proceso post-bélico de constitucionalización, no sólo muere la ley, muere también una cierta teoría positivista preconstitucional, y con ella el postulado que mejor la identifica por el cual “la ley es todo el derecho. La ley es toda derecho”<sup>13</sup>. En otros términos decae la idea por la que el universo jurídico constituye un ente cerrado y autorreferencial, en el que las normas se justifican y se legitiman en base a parámetros establecidos por el propio sistema jurídico. Esta nueva teoría del derecho, en ocasiones descaradamente contraria a la cultura jurídica dominante, y a menudo desacreditada por el positivismo más intransigente más como un impulso emotivo que como una auténtica y fundamentada instancia teórica<sup>14</sup>, no fue un simple y temporal “remordimiento de conciencia” de aquellos juristas alemanes, como algunos positivistas insinuaron inicialmente. Lenta, pero inexorablemente, se ha consolidado, llegando a ser, con los debidos correctivos y las debidas elaboraciones conceptuales de los filósofos de las nuevas generaciones, Alexy, Dworkin e Nino a la cabeza, el núcleo conceptual más vivo de las teorías constitucionalistas del siglo XX.

En efecto, el constitucionalismo, en el momento en el que reivindica la superioridad y la inmodificabilidad de determinados valores, preordenados a la voluntad del legislador, no parece hacer otra cosa que reivindicar una cierta descendencia iusnaturalista<sup>15</sup>. Y el positivismo jurídico, así como resultaba incompatible con los “iusnaturalismos” que históricamente se sucedieron a través de los siglos, parece ser ahora incompatible, y por razones en parte muy similares, con el constitucionalismo contemporáneo.

Con todo el positivismo jurídico no ha cedido el paso, o al menos no lo ha hecho rápidamente. Su supervivencia ideológica, aún hoy capaz de fascinar a jóvenes estudiosos, parece constituir un ejemplo de la fuerza de la inercia de las grandes concepciones jurídicas, “también cuando han perdido su razón de ser a causa del cambio de las circunstancias que originariamente las habían justificado”<sup>16</sup>. En un cierto sentido, es como si la realidad avanza-

<sup>13</sup> L. LOMBARDI VALLAURI, *Corso di filosofia del diritto*, Padova 1981, p. 29.

<sup>14</sup> Basta recordar la actitud del todo conciliadora que Hart manifestó frente a Radbruch tras su “traición”: Hart atribuyó a Radbruch una verdadera y auténtica “conversión”.

<sup>15</sup> Cfr. N. MATTEUCCI, “Positivism giuridico e costituzionalismo”, *Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile*, núm. XVIII, vol. 1, 1998, p. 63.

<sup>16</sup> *Ibidem*.

ra más velozmente que las ideas, que las teorías, incapaces de hecho de adecuarse al cambio de la realidad circunstante. Y con referencia a las ideas y a las teorías avanzadas por el positivismo jurídico, en cada uno de los tres sentidos que a partir de Bobbio es posible atribuir a esta locución, este cambio de las circunstancias parece coincidir precisamente con el macrofenómeno de la constitucionalización post-bélica de los principios fundamentales, a la que nos hemos referido. Como la ley, en el plano sustancial, también el positivismo jurídico, en el plano teórico, parece ya en parte estar en crisis. Y el constitucionalismo, sobre sus cenizas, resurge como “nuevo paradigma fruto de una profunda transformación interna del paradigma paleo-positivista”<sup>17</sup>.

Si las cosas están así, deberíamos concluir que de la misma manera que el moderno Estado constitucional ha sustituido al Estado de derecho, así la teoría constitucionalista contemporánea, en cuanto portadora de las mismas instancias fundadoras de las argumentaciones iusnaturalistas (en sentido amplio), niega y supera el positivismo jurídico, resultando del todo incompatible con éste.

Tal incompatibilidad puede ser identificada de esta manera: de acuerdo con el positivismo el ordenamiento jurídico no sería otra cosa que un conjunto ordenado y, en lo posible, coherente de reglas expresadas por el legislador de acuerdo con procedimientos prefijados. La justicia, si de justicia se puede hablar, no sería otra cosa que el respeto a las reglas, sería certeza, en una palabra sería forma. Esta es la única justicia posible según la idea positivista, y sobre todo según la idea kelseniana. La *Grundnorm*, la Constitución en sentido lógico trascendental de Kelsen, capaz de fundamentar todo el sistema jurídico, capaz de justificar cada norma concreta del sistema, es de hecho una norma en blanco, carente de armazón axiológico alguno y separada completamente del plano del deber ser. En la idea desarrollada por el positivismo legalista, interpretar y aplicar el derecho significa ante todo, aplicar reglas, o a falta de reglas, decidir discrecionalmente. No existen guías valorativas, el derecho es el que es, aquí y ahora. No hay tensión hacia un ulterior modelo de justicia.

En la óptica de los filósofos neoconstitucionalistas, en cambio, la Constitución prevé un fundamental orden de valores que se expande e invade cada rincón de la legislación positiva. “Ello significaría que a las reglas de “ti-

---

<sup>17</sup> Ibidem.





po tradicional” se añaden también “valores” de rango constitucional que ejercen (...) un efecto de irradiación sobre todo el derecho objetivo determinando notables consecuencias”<sup>18</sup>. La Constitución no es sólo un límite al poder político, sino más bien un programa empapado de valores, a la luz del cual el derecho positivo se interpreta y aplica. No hay lugar del sistema normativo que permanezca insensible a los principios de la Constitución. Hay quien al respecto ha hablado justamente de un proceso de “constitucionalización del ordenamiento”<sup>19</sup>.

Si el primer modelo ha sufrido siempre importantes problemas ligados a su rigidez, al hecho de ver en el derecho un objeto cierto, compuesto por reglas expresas y nada más, de cuya validez podemos estar seguros mediante auténticos *pedigree* de validez; por otra parte también el modelo constitucionalista ha suscitado a menudo diversas perplejidades inherentes a su vaguedad y a su carácter genérico. La inclusión en el interior del sistema de principios, a menudo contradictorios entre ellos, que se superponen o sustituyen a las reglas, ciertamente no carece de consecuencias. Podría decirse que el primer modelo sacrifica la justicia en nombre de la certeza, mientras que el segundo parece sacrificar la certeza a favor de la justicia. Dos modelos por tanto contrapuestos.

En este breve trabajo no se pretende indagar cuál sea el modelo jurídico y político “mejor” en absoluto. No se pretende, en otros términos, argumentar en el plano ideológico. Se pretende, más bien, intentar entender qué modelo sea más apto para describir y dar cuenta de las actuales democracias constitucionales. No se quiere, por tanto, expresar un juicio de valor, sino más bien un juicio de eficacia que, a diferencia del primero, ciertamente presenta en la medida de lo posible algún grado de objetividad. No obstante ello, a pesar de que existen algunos parámetros con los que medir nuestras elecciones teóricas, las dudas e incertidumbres son múltiples.

Por un lado, según múltiples críticos del iuspositivismo, tal “modelo teórico filosófico (...) habría perdido su capacidad explicativa, siendo inadecuado para representar el Estado constitucional contemporáneo, para afrontar, estudiar y comprender el cual sería necesaria una nueva conceptualización, una nueva teoría, un nuevo modelo”<sup>20</sup>. En opinión de estos mismos

<sup>18</sup> S. POZZOLO, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 2001, p. 36.

<sup>19</sup> R. GUASTINI, “La costituzionalizzazione dell’ordinamento giuridico italiano”, *Ragion pratica*, núm. 11, 1998, pp. 185-206.

<sup>20</sup> S. POZZOLO, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, cit., p. 6.



críticos, dicho nuevo modelo sería representado por la nueva frontera de la teoría constitucional, por el neoconstitucionalismo, cuyos exponentes desarrollan la idea de que la teoría y la ciencia jurídica hoy dominantes están afeerradas a un universo jurídico totalmente superado, representado por el Estado de derecho decimonónico. En su opinión, a pesar de las fuertes semejanzas que aproximan dicha forma de Estado al moderno Estado de derecho constitucional, los dos modelos difieren profundamente y requieren, por tanto, diferentes aproximaciones teóricas y metodológicas. Pensar y describir el Estado constitucional mediante las viejas categorías positivistas no sólo es inoportuno en el plano ideológico, es de hecho imposible.

Por otro lado los defensores del positivismo rebaten mediante dos estrategias diferentes. De acuerdo con la primera, justifican la supervivencia de la teoría positivista, en un cierto sentido, disminuyendo y subestimando el paso histórico del Estado de derecho al Estado de derecho constitucional. En un cierto sentido, parecen afirmar que las diferencias entre los dos modelos no son tales y tantas como para justificar también un cambio de paradigma en el plano teórico. El núcleo central de tal argumentación parece querer decir que de hecho las Constituciones, como todo el “otro” derecho positivo, para poder ser aplicadas, primero son interpretadas, en realidad no se autointerpretan. Pero la interpretación, sobretudo la constitucional, así como la decisión, se sustancia en un “hecho”, en una simple elección ideológica no justificable en el plano racional o en el de la razonabilidad jurídica. Por lo cual, para establecer si, cuándo y dónde aplicar cualquier principio constitucional, o bien para establecer cual, entre dos principios en conflicto, debe ser aplicado a un determinado caso concreto y cual por el contrario debe ser sacrificado, no es posible apelar a un parámetro objetivo y externo al derecho mismo.

En el ámbito constitucional, en suma, parece imposible ensayar, para decirlo con Nagel, “una mirada desde ningún lugar”. Como en el anterior modelo decimonónico, el derecho termina, así, por encontrar en sí mismo la propia justificación, ningún regusto iusnaturalista es permitido. En la idea iuspositivista, en suma, la razonabilidad de la que habla Dworkin, el balance teorizado por Alexy, o la conexión entre el derecho y la moral pretendida por Nino y descrita por Zagrebelsky, no sería otra cosa que meras pérdidas de tiempo, que refinados instrumentos de análisis destinados a observar un objeto que de hecho no existe. Instrumentos que tendrían sentido si se encontrasen en una realidad jurídica ideal, en la que el razonamiento jurídi-



co y la argumentación obedecieran a parámetros de racionalidad constante y objetiva. Pero en la óptica iuspositivista no es así.

La segunda estrategia es mucho más articulada, y parte de una idea de Hart expresada en su *Postscript*. La moral no puede ser completamente expulsada del ámbito jurídico, alguna referencia a la moral es indispensable para poder definir el derecho. Esta versión del iuspositivismo, bautizada *Soft Positivism* o positivismo inclusivo, diferiría del neoconstitucionalismo en cuanto que, mientras este último considera que la conexión entre derecho y moral es de tipo conceptual, el positivismo inclusivo habla, por el contrario, de una conexión de tipo eventual y contingente. En otros términos, no excluye, a diferencia del positivismo del primer Hart o de Kelsen, que el derecho pueda estar conectado a la moral, pero obviamente no excluye tampoco lo contrario. Es esta la posición hoy sostenida, entre otros, por Waluchow<sup>21</sup>. Esta estrategia en efecto rescataría el positivismo jurídico que, revigorizado y más flexible, se mostraría ahora capaz de nuevas claves de lectura, se mostraría nuevamente capaz de leer y describir los actuales modelos constitucionales. Pero, ¿a qué precio? Una teoría positivista que niega su más importante fundamento, la separación entre el derecho y la moral, ¿puede ser aún definido como tal? O bien, en vez de hablar de *Soft Positivism*, ¿sería más correcto hablar de *Hard Constitutionalism*?

A continuación se intentará una breve comparación entre las dos posiciones, limitando el análisis exclusivamente al plano del método, es decir a algunas cuestiones metateóricas relativas al punto de observación del fenómeno jurídico.

## 2. NEUTRALIDAD Y AVALORATIVIDAD DE LA CIENCIA JURÍDICA POSITIVISTA

El primer y, probablemente, más importante motivo de conflicto entre el positivismo jurídico y el neoconstitucionalismo se refiere al diferente punto de observación que las dos corrientes iusfilosóficas atribuyen a la ciencia jurídica.

En la óptica del positivismo metodológico, el fenómeno jurídico parece constituir un objeto de estudio que puede ser analizado "simplemente como hecho social por un observador neutral"<sup>22</sup>. El cometido de la ciencia jurídica

<sup>21</sup> W.J. WALUCHOW, *Inclusive Legal Positivism*, Clarendon, Oxford 1994.

<sup>22</sup> S. POZZOLO, *Neocostrutuzionalismo e positivismo giuridico*, cit., pp. 16-17.



sería el de describir el derecho como es, y no el de prescribir como debería ser. Ya Bentham, en un conocido pasaje de *Fragment of Government*, en clara oposición a los filósofos iusnaturalistas, afirma a propósito que «hay dos posiciones, una de las cuales ha de ser asumida por quienquiera que tenga algo que decir sobre una cuestión jurídica: la de expositor y la de censor. Al expositor le corresponde explicarnos lo que el derecho es (...); al censor le corresponde mostrarnos (...) qué *debe ser* el derecho. (...) Al expositor le corresponde exponer lo que el legislador y el juez (...) han hecho previamente; al censor, lo que el legislador debe hacer en el futuro »<sup>23</sup>.

A una distancia de más de dos siglos, la distinción recién trazada continúa siendo considerada una de las tesis centrales del positivismo jurídico metodológico. Tal afirmación, posteriormente retomada y reutilizada tanto por Kelsen como por Hart, parece apoyarse en una por otra parte vieja distinción relativa a la función del lenguaje.

En el ámbito jurídico, el lenguaje parece poseer fundamentalmente dos funciones distintas, una descriptiva y otra prescriptiva. De acuerdo con la primera se afirma que alguna cosa es, y de acuerdo con la segunda se afirma que alguna cosa debe ser. Recordando no obstante, como muchos estudiosos han señalado justamente<sup>24</sup>, que tal diferente función no puede ser deducida exclusivamente de la forma gramatical que una determinada proposición tiene, siendo en determinados casos necesario, o incluso indispensable, la referencia al contexto en el que la proposición es emitida. Y en efecto, una misma proposición, considerada aisladamente, desde el punto de vista de la forma gramatical puede indiferentemente ser considerada como descriptiva o prescriptiva. La proposición “hace calor”, por ejemplo, parece poder asumir una connotación exquisitamente descriptiva de una determinada condición climática, o alternativamente, prescriptiva de la orden de abrir una ventana o de encender un ventilador, si es considerada en un diferente ámbito. Sólo analizando el contexto, por ejemplo, el lugar en el que la proposición es expresada, el rol que en aquel contexto es asumido por el hablante y por el destinatario, el tono utilizado, y todas las otras posibles características contextuales relevantes, es posible, al menos en determinados casos (en nada despreciables desde el punto de vista cuantitativo),

<sup>23</sup> J. BENTHAM, “A Fragment on Government”, en *A Comment on the Commentaries and a Fragment on Government*, H.H. BURNES, H.L.A. HART (a cura di), Athlone, London 1977, pp. 397-398.

<sup>24</sup> Vid. entre otros, M. TROPER, *Cos'è la filosofia del diritto*, Giuffrè, Milano 2003, pp. 20-24.

comprender al finalidad descriptiva o prescriptiva de la proposición considerada<sup>25</sup>.

Pues bien, el positivismo jurídico, desde los tiempos de Bentham, ha encontrado siempre, precisamente en esta dirección, el fundamento de la ulterior distinción entre el derecho y la ciencia jurídica, es decir entre el lenguaje “en” y “sobre” el derecho. El derecho, entendido como ordenamiento jurídico está compuesto esencialmente de proposiciones prescriptivas, también cuando aparentemente parece que esté describiendo algo. En la óptica del positivismo jurídico, por ejemplo, el art. 87 de la Constitución italiana, cuando dispone que “El Presidente de la República promulga las leyes y emana los decretos con valor de ley y los reglamentos”, a pesar de la forma meramente descriptiva de la proposición, no está simplemente describiendo un comportamiento o una costumbre del Presidente de la República, sino más bien prescribiendo al titular de la competencia el cumplimiento de una específica obligación de promulgación. Si, por tanto, el lenguaje usado “en” el derecho constituye un lenguaje prescriptivo, también cuando la forma nos indujera a considerar lo contrario, el lenguaje que versa “sobre” el derecho, la ciencia del derecho, constituyendo un discurso metajurídico, se compone esencialmente de proposiciones descriptivas de proposiciones prescriptivas. En otros términos, la ciencia jurídica sería, según el positivismo jurídico, una ciencia descriptiva de normas.

Michel Troper es muy claro sobre esto: «la ciencia, que describe el mundo con la ayuda de proposiciones, no puede en ningún caso enunciar prescripciones. Dice lo que es, pero no puede decir lo que debe ser. La ciencia jurídica, como toda ciencia, es incapaz de emitir prescripciones. El derecho está formado por normas, y la ciencia jurídica se limita a enunciar proposiciones, llamadas “proposiciones jurídicas”, que describen estas normas que tienen una existencia objetiva, independiente de la ciencia jurídica misma. Se puede por tanto caracterizar a la ciencia del derecho como un metalenguaje, ya que tiene por objeto el derecho, que es en sí mismo un lenguaje. Esta presentación permite comprender cómo, si bien el derecho es únicamente un conjunto de prescripciones que no pueden ser ni verdaderas ni falsas, resulta posible construir una ciencia del derecho hecha de proposiciones. El lenguaje sobre el derecho presenta, así pues, caracteres diferentes de los del lenguaje del propio derecho»<sup>26</sup>.

<sup>25</sup> Sobre tales cuestiones se reenvía al lector a N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Giapichelli, Torino, 1993, pp. 45 y ss.

<sup>26</sup> M. TROPER, *Cos'è la filosofia del diritto*, cit., pp. 24-25.



La diferencia que se acaba de señalar, entre lenguaje descriptivo y lenguaje prescriptivo, como es evidente, no tiene sólo un valor lingüístico, sino que acaba atribuyendo a los dos niveles discursivos un *status* completamente diferente. Mientras, de hecho, las proposiciones descriptivas, o como las define Aristóteles las definiciones apofánticas<sup>27</sup>, son susceptibles de ser verificadas en términos de verdad o falsedad, en otros términos pueden ser verdaderas o falsas según la mayor o menor conformidad con el objeto descrito, las proposiciones prescriptivas son susceptibles de otras valoraciones, en base a su eficacia, validez, existencia, pero no en base a su verdad o falsedad. No tiene ningún sentido, de hecho, afirmar que la norma “prohibido fumar” sea verdadera o falsa, y ello desde el momento en que no existe un referente objetivo de acuerdo con el cual medir su mayor o menor veracidad. Es del todo lógico, por el contrario, predicar su validez o su eficacia en base a parámetros que el sistema normativo, del que la disposición considerada forma parte, pone a nuestra disposición.

Desde el punto de vista positivista, de estas afirmaciones, y puesto que la ciencia es por definición un conjunto de conocimientos, es decir un conjunto de proposiciones consideradas verdaderas, derivan al menos dos consecuencias distintas. La primera, y más obvia, es que el derecho, en cuanto conjunto de prescripciones, no constituye, y no puede constituir, un saber científico. Es como mucho una práctica dotada de un grado más o menos elevado de un carácter lógico formal. La segunda, es que la ciencia jurídica, vista su naturaleza genuinamente descriptiva de fenómenos observables, posee, junto a todas las otras ciencias empíricas, un claro *status* científico que le permite no derivar necesariamente en posiciones ideológicas, políticas o, más en general, en posiciones irracionales. Según el iuspositivista es esta la única estrategia practicable para conferir a la ciencia jurídica un *status* de “ciencia en sentido fuerte”. Aplicaciones de este punto de vista se encuentran dispersas en la literatura iuspositivista. El ideal de pureza y de neutralidad que Kelsen atribuye en general a la ciencia jurídica y en particular a su doctrina, y la noción de “punto de vista externo” elaborada por Hart, no son más que los ejemplos más conocidos y distinguidos.

A pesar de su increíble difusión, el intento que se acaba de referir, es decir aquel de concebir la ciencia del derecho sobre el modelo de todas las

<sup>27</sup> Aristóteles, *De interpretatione*. Para un análisis de la diferencia entre proposiciones apofánticas y proposiciones no apofánticas, me permito reenviar también a S. BERTEA; A. PORCIELLO, *Introduzione alla logica ed informatica giuridica*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2001.

otras ciencias empíricas, auténtico baluarte del más clásico de los “positivismos jurídicos”, desde siempre ha despertado enormes perplejidades, la más importante de las cuales se refiere a su misma legitimidad conceptual. Tales perplejidades nacen básicamente de la circunstancia de que mientras las ciencias empíricas versan sobre hechos, en el sentido que se refieren esencialmente a la esfera del ser, de lo que es, la ciencia jurídica versa sobre normas, sobre valores, comprendidas en la esfera del deber ser. Y entonces, ¿es posible atribuir *status* de ciencia al conjunto de conocimientos que versan sobre un objeto valorativo y no fáctico? O dicho de otra manera ¿es posible una ciencia neutral y avalorativa que verse sobre valores?

Obviamente el problema se plantea solamente en el momento en el que se da, del concepto de norma, y por tanto del concepto de derecho, una interpretación en términos de valor. En todas las interpretaciones diferentes, el problema es resuelto ya desde el principio. Es este el caso en general de todas las posiciones definibles como realistas en sentido fuerte que, concibiendo el derecho como un conjunto de hechos y no de valores, terminan confiriendo a la ciencia que lo estudia una legitimidad y una posibilidad conceptual propias. Como todas las otras ciencias empíricas, también la ciencia del derecho, según esta perspectiva, parecería moverse en una dimensión genuinamente factual y descriptiva, no planteando así dudas relativas a la legitimidad de su *status* de verdadera y auténtica ciencia.

Esta estrategia puede reconducirse ya al iuspositivismo decimonónico, que tanto en la versión de Bentham como en la de Austin como es sabido reduce el concepto de norma, y más en general de ordenamiento jurídico, al “hecho” del mandato del superior político hacia su inferior, ya al realismo jurídico americano, que interpreta el derecho como el “hecho” de las decisiones de los jueces.

Dicho planteamiento filosófico no parece dejar profundas huellas en las concepciones positivistas del siglo XX. La posición de los positivistas tradicionales es en este punto más refinada y compleja, y está fuertemente condicionada por la circunstancia de que “tales estudiosos deben necesariamente enfrentarse con el problema del conocimiento de un derecho concebido como norma, o sea (...) como valor”<sup>28</sup>, y no ya como hecho.

Y en efecto, tanto Kelsen como Hart no resuelven el problema derivado del *status* de descriptividad atribuido a la ciencia jurídica simplemente afir-

---

<sup>28</sup> M. BARBERIS, “Diritto com’è/come deve essere. Hart, Dworkin e la teoria del diritto”, *Ragion Pratica*, núm. 21, 2003, p. 328.



mando que el derecho, en cuanto hecho, puede ser analizado y definido por una ciencia así concebida, de la misma manera que todas las otras ciencias empíricas. Ambos filósofos, en la fase más madura de su pensamiento, llegan a sostener de hecho la misma cosa, es decir, que “a pesar de que las normas jurídicas constituyen un valor”, y no un hecho, “la función de la ciencia del derecho no consiste de hecho en una atribución de valores o en una valoración, sino en una descripción del propio objeto, que se lleva a cabo prescindiendo de valores. El jurista que elabora una obra científica no se identifica con ningún valor jurídico por él descrito”<sup>29</sup>.

La tesis parece bastante clara. Las normas que componen los sistemas jurídicos son valores, expresan valores. Lo que no impide que la ciencia que versa sobre normas concebidas como valores mantenga una función netamente descriptiva. Describir un valor, en la tesis positivista, no comporta necesariamente compartirlo, y por tanto, la participación desde el punto de vista moral del científico del derecho. En una palabra, la ciencia del derecho, como todas las otras ciencias, si bien tiene como objeto valores continúa siendo neutral y avalorativa.

En particular, en un pasaje clave de *The Concept of Law*, Hart distingue entre dos puntos de vista mediante los cuales es posible observar el fenómeno jurídico, el punto de vista externo y el punto de vista interno. El primero es propio de quien observa el derecho sin aceptar o aprobar los valores (morales) del que éste es portador. El segundo, por el contrario, el interno, es propio de quien participa en el “juego” del derecho aceptando, necesariamente, los valores en los que se apoya. Pues bien, “los que los teóricos del derecho (...) tienen la responsabilidad de hacer es asumir como su punto de vista el de una persona que comprende y busca describir reglas jurídicas que son aceptadas desde el punto de vista interno sin en modo alguno comprometerse ella misma a favor o en contra de estas reglas”<sup>30</sup>.

Estamos frente a una teoría del derecho concebida como ciencia cognoscitiva y no valorativa. Una ciencia que “es moralmente neutral y no tiene fines justificativos: no busca justificar o compartir desde el punto de vista moral (...) las formas o las estructuras (...) del derecho”<sup>31</sup>. Nada impone a la teoría del derecho convertirse en normativa o moral, sólo porque su objeto, es decir

<sup>29</sup> H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1964, p. 91.

<sup>30</sup> N. MacCormick, *Hart*, Arnolf, London, 1981, p. 37.

<sup>31</sup> H.L.A. Hart, *Postscript*, cit., p. 240.





la práctica jurídica, es normativa o moral. Una cosa es el objeto de la ciencia, otra cosa es la ciencia que lo estudia. Y del mismo modo ningún argumento prohíbe que el primero consista o exprese un valor y la segunda consista, por el contrario, en un análisis descriptivo, y no participativo en aquel valor.

Ello nos conduce directamente a la célebre tesis weberiana de la avaloratividad de las ciencias histórico-sociales, y por tanto, también de la ciencia jurídica. En opinión de Weber la atribución a dicha clase de ciencias del carácter avalorativo constituye la única vía capaz de “garantizar que el debate científico se desarrolle de acuerdo con sus específicas reglas en vez de según la de otros “giros lingüísticos”<sup>32</sup>, *in primis* el moral y el político-ideológico. Y en efecto, anticipando alguno de los más importantes argumentos utilizados tanto por Kelsen como por Hart, Weber intenta fundar la autonomía y la legitimidad de las “ciencias culturales” en la categoría de la avaloratividad. Considera, de hecho, que tales ciencias, junto a las naturales, se basan en la explicación causal con el fin de describir los fenómenos. Ello es posible por el hecho de que la referencia al valor, una vez constituido el objeto de análisis científico, debe desaparecer en la construcción del edificio lógico conceptual. En la óptica weberiana, el punto de vista de la ciencia concierne a la técnica de los medios y no a la valoración de los fines.

Lo que no implica negar la importancia y la centralidad de la valoración, sino más bien que ella, en cuanto toma de posición práctica, queda fuera del cometido meramente descriptivo típico de la ciencia. Corolario, éste último, por completo suscrito por la filosofía iuspositivista del siglo XX.

### 3. LA APROXIMACIÓN METODOLÓGICA NEOCONSTITUCIONALISTA DE DWORKIN

Las tesis recién expuestas han sido poderosamente criticadas en los últimos treinta años por el filósofo americano, discípulo directo de Hart y su sucesor en la cátedra de Oxford, Ronald Dworkin. A pesar de que Dworkin sea en absoluto el más grande y de la filosofía hartiana (como es sabido el debate entre ambos duró casi treinta años<sup>33</sup>), el núcleo central del que parte

---

<sup>32</sup> A. PANEBIANCO, “Le scienze sociali e la politica”, *Introduzione a L’analisi della politica. Tradizioni di ricerca, modelli, teorie*, Il Mulino, Bologna, 1989, p. 63.

<sup>33</sup> Para una panorámica sobre Hart y los más importantes debates que lo han tenido como protagonista me permito reenviar a A. PORCIELLO, “Diritto e morale”, en *Una introduzione alla filosofia del diritto*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2003.



el filósofo estadounidense es inequívocamente de matriz hartiana. Toda su argumentación antipositivista se apoya, de hecho, en la “explícita adopción del punto de vista interno hartiano”<sup>34</sup>. Pero más allá de dicha convergencia metodológica, sin embargo, las posiciones teóricas de los dos parecen del todo incompatibles, de manera particular en referencia al problema que estamos tratando aquí. Analicemos brevemente la posición expresada a propósito por Dworkin.

La tesis de Dworkin relativa al rol de la ciencia jurídica parece ser principalmente deudora de las enseñanzas de Michael Moore. Este último ha indicado en múltiples ocasiones que en toda práctica social es posible distinguir dos dimensiones diferentes, la dimensión “sintáctica” y la dimensión “semántica” de la práctica<sup>35</sup>. La primera comprende todos los elementos, por tanto también las reglas, que constituyen un fenómeno social potencialmente dotado de significado. La segunda, por el contrario, se refiere a los fines de la práctica tomada en consideración. Pues bien, y esta es su tesis central, Moore considera que «no es posible investigar de manera completa la dimensión semántica de una práctica si antes no se han identificado los elementos que constituyen la dimensión sintáctica de la misma. Las reglas de un sistema jurídico representan por tanto un elemento imprescindible para trazar de modo completo el fin o los fines en torno a los cuales dicho sistema se constituye»<sup>36</sup>.

La distinción de Dworkin entre “fundamentos” (*grounds*) y “fuerzas” (*force*) del derecho<sup>37</sup> parece derivar de la teoría que se acaba de exponer. Y de hecho, las bases identifican el conjunto de criterios que permiten reconocer las proposiciones jurídicas válidas, mientras la fuerza se refiere al conjunto de razones que justifican el poder coercitivo del derecho. El cometido del estudio del derecho, por tanto, no puede ser de tipo normativo, desenvolviéndose en una dimensión estrictamente interpretativa: quien estudia el derecho, el llamado científico o teórico del derecho, debe reconstruir la práctica

<sup>34</sup> M. BARBERIS, *Diritto com'è/come deve essere. Hart, Dworkin e la teoria del diritto*, cit., p. 333.

<sup>35</sup> Cfr. M.S. MOORE, “Interpreting Interpretation”, in A. MARMOR (ed.), *Law and Interpretation. Essays in Legal Philosophy*, cit., pp. 1-29.

<sup>36</sup> A. SCHIAVELLO, “Accettazione del diritto e positivismo giuridico”, in *Atti del Convegno Normatività, fatti, valori*, Roma, 28-30 ottobre 1999, Facoltà di Lettere e Filosofia, Università Roma Tre, p. 307.

<sup>37</sup> R. DWORKIN, *Law's Empire*, cit., pp. 108-113. Cfr. G. ZACCARIA, *Questioni di interpretazione*, Cedam, Padova, 1996, pp. 238-246.

social del mejor modo, a partir de los elementos, o como los define Dworkin, “fundamentos” que tiene a su disposición.

El ejemplo que Dworkin ofrece en *Taking Rights Seriously* a propósito de las reglas de etiqueta puede resultar en este punto particularmente útil. Según Dworkin, la reconstrucción de una práctica de etiqueta por parte del científico, y un discurso similar puede ser en realidad ampliado a propósito de quien estudia una práctica jurídica, se articula en tres fases distintas. La primera fase, que Dworkin define “pre-interpretativa”, es aquella en la que el científico aísla la práctica examinada respecto a las otras prácticas observables. Respecto a la etiqueta que se debe observar en el interior de un lugar sagrado, Dworkin toma en consideración la práctica impuesta por la etiqueta “quitarse el sombrero”. Siempre en esta fase, quien estudia la práctica identificada debe posteriormente descubrir algunos casos paradigmáticos y, sobre la base de tales casos, debe elaborar un concepto compartible por todos<sup>38</sup>. En el caso de la práctica “quitarse el sombrero” por ejemplo, el concepto podría ser el de mostrar deferencia respecto a la sacralidad del lugar en el que se encuentra, y a las personas ahí reunidas y a su sentido de la religiosidad. La segunda fase es la “interpretativa”. En esta fase el estudioso es llamado a ofrecer justificaciones parciales de la práctica concreta. Lo que significa vincular las manifestaciones más evidentes de una práctica, sus reglas principalmente, a los valores en los que se apoya la práctica misma. La tercera fase es, en fin, la “post-interpretativa”, y consiste en una interpretación crítica o reconstructiva de la práctica en cuestión: el estudioso debe ofrecer la mejor interpretación posible de la práctica. Dicha reconstrucción en sentido normativo no es más que la culminación del proceso cognitivo hasta ahora descrito<sup>39</sup>.

Dichas consideraciones contienen aún en un nivel embrional, todos los elementos de la concepción metodológica de Dworkin, y en particular el presupuesto fundamental sobre el que toda la construcción teórica posteriormente elaborada parece apoyarse, es decir la exigencia de socavar la distinción, enteramente positivista, entre el derecho como es y el derecho como debería ser. En opinión de Dworkin, “una teoría general del derecho debe ser tanto normativa cuanto conceptual”<sup>40</sup>, no puede limitarse a describir cómo

<sup>38</sup> Cfr. V. VILLA, *Conoscenza giuridica e concetto di diritto positivo*, cit. pp. 9-45; V. VILLA, *Costruttivismo e teorie del diritto*, cit., pp. 28-31.

<sup>39</sup> Cfr. P. CHIASSONI, “L’antiscetticismo panglossiano di Ronald Dworkin”, en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, núm. 1, 1987, pp. 222-223.

<sup>40</sup> R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, 1977, p. VII.

mo es el derecho, sin indicar conjuntamente como *debería ser*. De aquí la convicción, posteriormente asumida también por Alexy, en base a la cual “los filósofos del derecho están en la misma situación que los filósofos de la justicia”, y no es casualidad que la obra de Dworkin sea considerada por muchos como una aplicación al campo del derecho de la teoría de la justicia de Rawls: tanto las teorías de los filósofos del derecho como las de los filósofos de la justicia “deben ser abstractas, ya que miran a interpretar el objetivo y la estructura principal de la práctica jurídica, no cualquier parte o sector de ésta. Pero no obstante esta abstracción, se trata de interpretaciones constructivas, que buscan mostrar la práctica jurídica, entendida como un todo, en su mejor versión, para conseguir un equilibrio entre ésta, como ellos la ven, y la mejor interpretación de esta práctica”. Una especie de equilibrio reflexivo *à la* Rawls aplicado a la esfera jurídica. Así ningún límite preciso divide la teoría del juicio de la decisión judicial y de cualquier otro aspecto de la práctica jurídica. Los filósofos del derecho discuten sobre la parte general, sobre los fundamentos interpretativos de todo argumento jurídico que podamos avanzar. Toda opinión de un juez es ella misma un trozo de filosofía del derecho, si bien dicha filosofía está escondida. La filosofía del derecho es la parte general, el prólogo silencioso de toda decisión jurídica<sup>41</sup>.

Práctica jurídica y filosofía del derecho dejan, así, de constituir actividades distintas, en un cierto sentido son la una presupuesto de la otra. Así como el juez para poder tomar una decisión, la mejor posible desde el punto de vista ético-normativo, no puede hacer otra cosa que interpretar el derecho, de la misma manera el teórico que describe el derecho no puede hacer otra cosa que interpretarlo en el intento de hallar y explicar mejor las prácticas jurídicas vigentes en el interior del sistema tomado en consideración. Parafraseando a Dworkin se podría considerar que la decisión judicial, de manera particular en el ámbito constitucional, no es otra cosa que el epílogo, la parte manifiesta de la actividad desarrollada por los teóricos del derecho.

De estos breves trazos de la obra de Dworkin, se desprende muy claramente en qué medida su planteamiento metodológico está lejano del hartiano; para Hart la teoría del derecho miraría exclusivamente a describir de modo avalorativo los valores del derecho sin propósitos que sean en modo alguno justificativos en sentido moral de las prácticas descritas; para Dworkin, por el contrario, la *jurisprudence* parecería poseer una función continua-

---

<sup>41</sup> Cfr. R. DWORKIN, *Law's Empire*, cit.



dora respecto a la actividad normativa y éticamente orientada de los operadores del sistema, en primer lugar de aquella desarrollada por los jueces, y tendría el fin de justificar, desde el punto de vista moral, dichas prácticas. Si para Hart, por tanto, el punto de vista propio de la ciencia del derecho es el externo, propio del observador, para Dworkin es, por el contrario, el interno propio del participante, y su función sería la de “capturar el carácter argumentativo de nuestra práctica adheriéndose a dicha práctica y afrontando los mismos problemas de valor y verdad afrontados por los participantes”<sup>42</sup>.

También la distinción benthamita entre “la existencia del derecho y sus méritos o demérito” es sometida por Dworkin a examen crítico. En otros términos el hecho de que “un estudioso no comparta de hecho los valores de un sistema jurídico” y ello no obstante lo “cuente de manera descriptiva”<sup>43</sup>, constituye para el filósofo americano un serio problema.

En su teoría, de hecho, no todos los participantes en una práctica jurídica atribuyen el mismo valor a la práctica en cuestión. En consecuencia, el estudioso del derecho se encuentra obligado a llevar a cabo elecciones, basadas en juicios de valor y opciones teóricas, para poder identificar los valores y los principios que permiten reconstruir de la mejor manera práctica considerada. “Un estudioso puede explicar de manera completa un sistema jurídico concreto sólo a partir de una toma de posición acerca de los fines que un sistema jurídico ‘ideal’ debe tutelar”<sup>44</sup>. Lo que parece significar que sólo desde un punto de vista normativo es posible dar cuenta de las prácticas jurídicas vigentes.

Las consecuencias del planteamiento dworkiniano son muchísimas y afectan a todo el ámbito jurídico. Todas las categorías jurídicas, releídas en esta clave y a la luz de esta “nueva” ciencia jurídica, resultan transformadas en su esencia más íntima. Respecto a la validez normativa, por ejemplo, “ya no se puede hablar de validez de una ley sin recurrir a criterios normativos externos a aquellos explícitamente establecidos por el sistema jurídico”<sup>45</sup>. Y el mismo discurso vale también para la interpretación del derecho, que ya

<sup>42</sup> R. DWORKIN, *Law's Empire*, cit., pp. 13-14.

<sup>43</sup> A. SCHIAVELLO, “Accettazione del diritto e positivismo giuridico”, in *Atti del Convegno Normatività, fatti, valori*, Roma, 28-30 ottobre 1999, Facoltà di Lettere e Filosofia, Università Roma Tre.

<sup>44</sup> Op. cit., p. 307.

<sup>45</sup> M. LA TORRE, “Derechos y conceptos de Derecho. Tendencias evolutivas desde una perspectiva europea”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 16, 2003, pp. 78-79.



no es concebible, a la luz de la teoría dworkiniana, como una mera actividad descriptiva, sino más bien como una actividad fuertemente empapada de mecanismos argumentativos heredados del discurso moral. En otros términos, el rol y el relativo punto de observación que Dworkin atribuye a la ciencia jurídica, necesariamente exige una nueva teoría, un nuevo modo de afrontar los problemas y de resolverlos.

#### 4. LOS DISTINTOS GRADOS DE NORMATIVIDAD DE LA DESCRIPCIÓN DE LOS VALORES

La disputa que se acaba de sintetizar, entre el punto de vista neutral y avalorativo de un lado, y el punto de vista normativo y moral de otro, si bien ha tenido el mérito de dar un enorme impulso al debate filosófico contemporáneo, parece sin embargo sufrir un “pecado original” de fondo. Parece basarse en posiciones metodológicas tan fuertes y claras como para anular todas las posibilidades metodológicas intermedias<sup>46</sup>. Dicho de otra manera, entre la descripción positivista y el punto de vista del neoconstitucionalismo, parece existir toda una serie de puntos intermedios de hecho completamente ignorados en el debate. Ello en el sentido de que, si la ciencia del derecho posee un punto de observación privilegiado, con toda probabilidad se encuentra en esta gradación intermedia en la que descripción y prescripción parecen encontrar un terreno común.

En esta perspectiva, la dicotomía “descriptivo-normativo” aparece como una de aquellas oposiciones standarizadas “que constituyen la categoría categorial a partir de la cual los teóricos del derecho iuspositivistas de orientación analítica más tradicional examinan los discursos y las actividades planteadas en el interior del ámbito de la experiencia jurídica”. Si es así, el planteamiento metodológico del debate parece estar ya desde el principio bastante falseada, en cuanto construida “sobre la base de una configuración muy fuerte, en positivo, de los discursos descriptivos, vistos como aquellos discursos en condiciones de representar fiel y objetivamente “trozos de realidad” (ya sea natural o social), dotados de subsistencia autónoma, con to-

---

<sup>46</sup> La posición asumida en este párrafo es deudora del planteamiento que Vittorio Villa ha delineado en V. VILLA, *Costruttivismo e teorie del diritto*, Giappichelli, Torino 1999 y V. VILLA, “Teorie giuridiche “descrittive” e teorie giuridiche “normative” nel “Postscript” di Hart”, *Ragion Pratica*, núm. 21, 2003.



do su conjunto de propiedades y características, que preexisten respecto a la intervención de los esquemas conceptuales de quien los “describe”. Los discursos normativos (...) son tendencialmente caracterizados *en negativo*, como discursos que carecen de algunas propiedades fundamentales de los discursos descriptivos (...) y que por tanto son calificados como discursos con un carácter principalmente *subjetivo*, meras tomas de posición no justificable con base racional<sup>47</sup>.

Sobre la base de tales consideraciones intentamos indicar algunos puntos de observación intermedios atribuibles a la ciencia jurídica, respecto a la distinción fuerte “descriptivo-normativo”, que parecen mucho más vecinos a las prácticas jurídicas con las que tenemos que trabajar cotidianamente, y en modo particular con la práctica jurídica constitucional.

Siguiendo las indicaciones que Villa nos ofrece al respecto, el primer punto de vista atribuible a la teoría del derecho es el “débilmente normativo”<sup>48</sup>. Quien estudia el derecho, inevitablemente, incluso si pretende sólo describirlo, necesariamente emite juicios de valor relativos a los “criterios metateóricos”<sup>49</sup> propedéuticos para la elaboración teórica como, por ejemplo, la coherencia, la claridad o la profundidad, que guían al estudioso en la construcción de la propia teoría. Dicha actividad en la que tales meta-principios vienen jerarquizados y ponderados, si bien sólo en sentido débil, es ciertamente normativa. Y el mismo tipo de normatividad en sentido débil se ejerce también cuando el estudioso retorna y, por tanto, elige entre las teorías precedentes alternativas. De esta normatividad ínsita en la descripción parece derivar toda la literatura teórica sobre el derecho, tanto la positivista como la neoconstitucionalista.

De aquí deriva una primera consideración: al menos en este primer sentido, evidentemente débil, cualquier teoría, prescindiendo de los propios intentos doctrinales e ideológicos, parece emplear, en algún sentido, un punto de vista definible como normativo.

Un segundo sentido, ciertamente menos débil respecto al anterior, en el que una teoría descriptiva, o que aspira a serlo, resulta ser normativa, consiste en juicios de deseabilidad que, podría decirse, inevitablemente, el estudioso del derecho expresa sobre determinados rasgos del sistema jurídico

<sup>47</sup> V. VILLA, *Teorie giuridiche “descrittive” e teorie giuridiche “normative”*, cit., pp. 463-464.

<sup>48</sup> Op. cit., p. 471.

<sup>49</sup> Op. cit., p. 472.

tomado en consideración. Como acertadamente subraya Villa, “esta situación es muy diferente a la anterior. Las valoraciones en este caso ya no se refieren a las propiedades de las *teorías*, sino sobre todo a las del objeto a investigar, y por tanto no se refieren a valores diferentes a los *meta-teóricos*”<sup>50</sup>. Desde este punto de vista, parece emblemático el hecho de que Hart, campeón del método avalorativo y descriptivo, parece utilizar este grado de normatividad en múltiples ocasiones: por ejemplo, todo el discurso que el filósofo inglés elabora a propósito de la preferibilidad de un sistema jurídico estructurado a partir de dos diferentes niveles normativos parece constituir una aplicación de un punto de vista, cuando menos, débilmente normativo. Lo cual es casi paradójico. Hart, si por una parte atribuye a la ciencia jurídica un punto de vista meramente descriptivo y avalorativo, en cuanto estudioso del derecho, y pasando de la metateoría a la auténtica y propia teoría, observa el fenómeno jurídico, al menos en parte, desde un punto de vista por así decirlo “bastardo”, es decir desde un punto de vista definible como débilmente normativo. Y un discurso muy parecido podría ser desarrollado también por el mismo Kelsen.

Hay también un tercer sentido en el que una teoría puede ser normativa, más fuerte que el anterior y a menudo relacionado con él. Es el caso en el que el estudioso intentar dar cuenta y justificar la aceptación del sistema por parte de los participantes. Dicho grado de normatividad es típico de quien asume el punto de vista interno de matriz hartiana, es decir de quien, en cuanto estudioso, se coloca en la misma posición de quien actúa en el interior del sistema, en primer lugar de la de los órganos judiciales. El método dworkiniano anteriormente sintetizado es en tal sentido paradigmático. En este caso el grado de normatividad llega a ser particularmente consistente. Y ello en cuanto que las razones de la aceptación de los participantes, es decir los valores que son apuntalados por dicha aceptación, no son homogéneos y coherentes entre sí. Lo que parece implicar que quien estudia el fenómeno jurídico, y por tanto los valores que contiene, en alguna medida debe hacerlos propios, o dicho en otros términos, necesariamente debe llevar a cabo elecciones que inevitablemente poseen una matriz ético-política. Como subraya Villa, se trata de “juicios de valor que versan sobre juicios de valor”<sup>51</sup>, no homogéneos entre sí. Este grado de normatividad, en opinión de muchos, parece desentonar en un discurso que ya no es teórico sino doctrinal,

<sup>50</sup> Ibidem.

<sup>51</sup> V. VILLA, *Teorie giuridiche “descrittive” e teorie giuridiche “normative”*, cit., p. 475.



al menos en tanto que desarrolla “una actividad de justificación ético-política de las pretensiones normativas del sistema mismo”<sup>52</sup>.

A partir de lo anterior, la conclusión parece obvia: la dicotomía “descriptivo-normativo” sobre la que gira todo el debate metateórico entre positivismo y neoconstitucionalismo, parece demasiado estrecha, y de hecho, inaplicable e inutilizable en concreto. La parte izquierda de la dicotomía, la descriptiva, concebida al modo positivista, parece demasiado extrema para ser susceptible de aplicación. Una descripción entendida como avaloratividad, es decir como ausencia de juicios de valor, es casi imposible. Incluso con distintos niveles, como se ha visto, la descripción es siempre en alguna medida normativa. Y también problemática es la parte derecha de la dicotomía, el punto de vista normativo que los neoconstitucionalistas atribuyen a la teoría del derecho: es en cierto sentido tan normativo que transforma la ciencia del derecho en doctrina jurídica.

Excluidos, por tanto, los extremos, si por una parte resulta difícil negar el carácter descriptivo de la teoría del derecho, ella no obstante debe llevar a cabo toda una serie de elecciones metodológicas, y expresar toda una serie de evaluaciones respecto a las prácticas jurídicas objeto de análisis que, parecen implicar dimensiones axiológicas de matriz moral, ética y política.

## 5. PUNTO DE VISTA DE LA CIENCIA JURÍDICA Y SISTEMA DE VALORES CONSTITUCIONAL

Si el planteamiento del problema metateórico es correcto, podemos arriesgar algunas conclusiones.

La ciencia jurídica pretendida por el positivismo jurídico, es decir una ciencia jurídica completamente similar a las ciencias naturales, que aspira por tanto a describir los valores como si fueran hechos, debe considerarse un mito, un concepto abstracto carente ya de aplicación concreta. Y dicha afirmación aparece aún más evidente y cargada de implicaciones si se aplica al objeto de análisis “Estado de derecho constitucional”.

Y es que en efecto, un punto de vista que se muestra capaz de mantener un grado fuerte de descriptividad y de avaloratividad, sin extralimitarse en modo alguno hacia planteamientos normativos, en el interior de una dimen-

---

<sup>52</sup> Op. cit., p. 476.



sión constitucional y de positivación de los principios, ya no tiene no siquiera el carácter de hipótesis con referencia a ámbitos restringidos de análisis del fenómeno jurídico, como aquel, por ejemplo, de la reconstrucción de instituciones concretas y particulares. También actividades de análisis aparentemente descriptivas como aquellas en las que el estudioso reconstruye determinadas circunstancias, como relaciones jurídicas, contratos o cualquier otra institución en particular, con la finalidad de trazar sus límites, o para diferenciarlos de supuestos afines, en realidad contienen siempre un punto de vista normativo más o menos fuerte. Se trata, por tanto, de reconstrucciones que siempre son llevadas a cabo en constante referencia al conjunto de principios y valores constitucionales, es decir desde un punto de vista interno respecto al sistema de valores diseñado por la Constitución<sup>53</sup>. “Se debe reconocer que es estrechísima la interdependencia entre la metodología del jurista y el sistema al que pertenece, pudiendo variar, en diversos ordenamientos, la teoría de las fuentes, el significado de la norma, las divisiones y los conceptos. En este contexto es singular que (...) el civilista insiste sobre la distinción entre derecho y los otros momentos de la experiencia jurídica, cuando nuestra cultura atribuye a la norma el valor de regla de conducta ligada a preocupaciones de justicia y de moral. (...) Los derechos de la persona se refieren a la realización concreta también a través de técnicas civilistas sin renuncias y aún menos sin fugas hacia el panpublicismo. Se trata no de una retirada en lo privado sino de un progreso hacia la actuación de los principios constitucionales. (...) También para el civilista se abre un vasto y sugerente programa de investigación que se proponga la actuación de cualificados objetivos (...): identificar un sistema de derecho civil más armonizado con los principios fundamentales y en particular con las necesidades existenciales de la persona; redefinir el fundamento y la extensión de las instituciones jurídicas y especialmente de aquellas civilistas subrayando sus perfiles funcionales en un intento de revitalización de las normativas concretas a la luz de un renovado juicio de mérito (...) La norma constitucional se convierte en la razón primaria y justificadora, si bien no la única, de la relevancia jurídica de dichas relaciones, constituyendo parte integrante de la normativa en las que esas, bajo el perfil funcional, se sustancian”<sup>54</sup>.

---

<sup>53</sup> Cfr. P. PERLINGERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, ESI, Napoli 1990. Vid en particular el capítulo III, *I metodi e le scuole*, y el capítulo X, *Diritto civile costituzionale*.

<sup>54</sup> Op. cit., pp. 60-61, 199-200.



Y si nos trasladamos a un ámbito más amplio, si el objeto de análisis es el sistema constitucional tout court, es decir la relación entre las fuentes, o la interpretación vigente y que es cotidianamente realizada en su interior, antes que los conceptos de existencia, de validez y de eficacia de las normas jurídicas, *a fortiori* debemos concluir, que deviene indispensable una lectura ética del ordenamiento. Más bien, en un cierto sentido, frente a tales cuestiones, que sumadas en su conjunto constituyen el concepto mismo de derecho, hablar de una ciencia jurídica en sentido restringido no sólo es estrecho, sino más bien parece impropio y errado.

En un cuadro constitucional como el que hemos trazado hasta el momento, quien estudia el derecho, sea a nivel abstracto y conceptual, sea con referencia a sus contenidos más técnicos y específicos, no puede sino asumir el punto de vista de quien tiene que aplicar o sufrir los valores apoyados y presupuestos por aquel sistema. El mito de la valoración externa de los valores, sobretudo en el interior de un sistema constitucional, podría ser llevado a cabo, como mucho, por el sociólogo del derecho, es decir por quien, planteándose como objetivo de análisis la mera descripción de las prácticas contingentes del sistema considerado, ocupa la posición de un observador externo al sistema mismo. Pero ciertamente no puede ser este el punto de vista del estudioso que manifiesta aspiraciones teóricas no meramente reconstructivas.

De manera que el punto de vista normativo típico de las teorías neoconstitucionalistas, el punto de vista interno y valorativo, parece constituir un instrumento de análisis bastante más eficaz respecto a la "mítica" ciencia del derecho tal y como es concebida por el positivismo. Probablemente aquella que los neoconstitucionalistas proponen ya no puede ser considerada una ciencia jurídica en sentido estricto, y quizás tiene razón Villa cuando la califica como una "doctrina" más que como una "ciencia" auténtica y verdadera. Pero más allá de las posibles etiquetas, lo que es cierto es que el punto de vista interno tal y como es definido por Dworkin y Alexy, parece constituir el único instrumento de análisis capaz de dar cuenta del sistema constitucional que se pueda definir como tal. Una ciencia del derecho, en definitiva, si es posible utilizar aún tal expresión, que asume como propios los valores constitucionales, y que elabora argumentos para justificar las prácticas vigentes en el interior del sistema diseñado por la Constitución.

No obstante, muchos creen que las respuestas ofrecidas por el neoconstitucionalismo a la positivación de los principios son del todo insatisfactorias, y que el concepto mismo de ciencia del derecho descrito por estos auto-

res es particularmente problemático. En particular, tales críticos consideran que “el énfasis puesto por estos planteamientos en los aspectos estático-racionalistas del derecho y la reivindicación de su necesaria explicación mediante una teoría de la justificación moral exigen la adopción de un modelo de derecho extremadamente ideologizado que no sólo no consigue explicar de manera desinteresada las prácticas jurídicas sino que esconde, bajo el auspicio de una ética compartida, lo ineludible del carácter decisionista del derecho. El rol persuasivo de la jurisprudencia y, al mismo tiempo, la negación de la existencia de espacios de efectiva elección en el interior de los procesos de aplicación confirman la impresión de que la representación del fenómeno jurídico por parte de estas teorías nos devuelve a una visión un poco demasiado simple, y quizás también excesivamente conciliadora, del momento interpretativo del derecho”<sup>55</sup>.

Pero, evidentemente, no es de esta opinión ni aún el mismo Hart. Y en efecto, si la respuesta ofrecida por el neoconstitucionalismo al fenómeno de la positivación de los principios fuera realmente tan “insatisfactoria y simplista” como tales críticos se apresuran a evidenciar, no se explica el motivo por el cual Hart, y con él sus múltiples defensores, hayan intentado una última estrategia de defensa, incluso en parte renegando de ellos mismos y de su credo filosófico. Nos referimos al intento de rehabilitación del positivismo inaugurado por Hart en su *Postscript al Concepto de Derecho*, consistente en la elaboración de un *Soft Positivism*, de un positivismo inclusivo de la moral, en el que, si bien sólo parcialmente, se tiende a negar la *Separation Thesis*, en un tiempo auténtico baluarte del positivismo jurídico.

## 6. POSITIVISMO INCLUSIVO: ¿POSITIVISMO *SOFT* O CONSTITUCIONALISMO *HARD*?

El pasaje del *Postscript* al que nos referimos es aquel en el que Hart claramente afirma que «las normas de reconocimiento pueden incorporar como criterios de validez jurídica la conformidad con principios morales o con valores sustantivos»<sup>56</sup>, matizando, de manera importante, la neta contraposición que había distinguido las relaciones entre el positivismo jurídico y el neoconstitucionalismo. Como para los neoconstitucionalistas, también se-

<sup>55</sup> V. GIORDANO, *Il positivismo e la sfida dei principi*, cit., p. 183.

<sup>56</sup> H.L.A. HART, *Postscript*, cit., p. 250.



gún estos “nuevos” positivistas jurídicos que se sitúan en la senda trazada por el último Hart, la moral parece jugar un papel en la “determinación de la existencia, del contenido y del significado de las normas jurídicas válidas”<sup>57</sup>.

Pero con una neta diferencia, no obstante. La tesis central de esta perspectiva *Soft*, en realidad, “se apoya principalmente en el hecho de que, de un lado, los tribunales se refieren frecuentemente a principios morales para justificar decisiones que no pretenden de hecho ser o no son consideradas *creación de nuevo derecho* y, del otro, las mismas constituciones hacen referencia explícita a principios morales condicionando así la actividad legislativa. Tanto uno como otro aspecto, no obstante, [y aquí está el aspecto más importante] no implican la necesidad de abandonar la tesis de la separación entre derecho y moral, que permanece central para el positivismo jurídico”<sup>58</sup>. En otros términos, el positivismo inclusivo parece avanzar en la dirección neoconstitucionalista, sin por ello renunciar a la propia identidad. Sea según el Hart del *Postscript* sea según los nuevos positivistas inclusivos, como Waluchow por ejemplo, ello es posible en cuanto la relación entre la moral y el derecho, ahora se muestra dispuesta a aceptar la eventualidad de que en determinados sistemas jurídicos la moral pueda surgir como fuente del derecho, o pueda no obstante influir sus leyes y sus decisiones. Allí donde por el contrario, los filósofos neoconstitucionalistas permanecen siempre en la idea de que la conexión entre el derecho y la moral sea de carácter conceptual y no eventual, representando una condición “fisiológica” de todo ordenamiento jurídico que pueda definirse como tal. La diferencia entre el positivismo jurídico, en la forma inclusiva, y el neoconstitucionalismo ya no radicaría, por tanto, en la vieja *Separation Thesis*, sino más bien en la más débil y difuminada contraposición por la cual, el primero no excluye una posible conexión entre derecho y moral allí donde el segundo sitúa tal conexión como esencial para alcanzar un concepto mínimo de derecho.

En relación con esta última frontera positivista pueden realizarse al menos dos observaciones. De acuerdo con la primera, la réplica positivista no parece constituir en verdad una alternativa al neoconstitucionalismo, las dos corrientes se mueven en planos diferentes y tienen diferentes propósitos teóricos. Como correctamente señala Giordano, respecto a la perspectiva

---

<sup>57</sup> Cfr. W. WALUCHOW, *Inclusive Legal Positivism*, Clarendon, Oxford 1994.

<sup>58</sup> S. POZZOLO, *Neocostruzionalismo e positivismo giuridico*, cit., p. 148.

neoconstitucionalista “el inclusivismo aparentemente presenta un proyecto menos ambicioso”<sup>59</sup>. Si, en realidad, el neoconstitucionalismo se presenta como una teoría de la justificación moral del derecho, el positivismo inclusivo se limita sólo a explicar y a describir el derecho a la luz de las transformaciones determinadas por la constitucionalización de los principios. En otros términos, mientras el neoconstitucionalismo busca ofrecer una definición del concepto de derecho que necesariamente reivindica la dimensión moral, el positivismo jurídico parece limitarse a explicar el concreto funcionamiento de ordenamientos jurídicos concretos en los que la moral puede llegar a ser una variable a tener en consideración.

Pero incluso queriendo omitir este aspecto, un segundo problema, quizás más importante que el anterior, parece complicar ulteriormente la cuestión. La reelaboración del modelo del *pedegree* de validez normativa llevada a cabo por los positivistas inclusivos necesariamente corre el riesgo de generar una completa sustancialización y moralización del concepto de validez jurídica, lo que significaría, ante todo, desnaturalizar hasta tal punto de positivismo jurídico como para transformarlo en algo completamente diferente respecto a los intentos iniciales. Más que de *Soft Positivism* podríamos quizás hablar de un *Hard Constitutionalism*, punto este en el que las contraposiciones se difuminan mucho.

Y en efecto, el hecho de que los principios morales puedan actuar, incluso sólo eventualmente, como norma de reconocimiento, mal se concilia con la idea hartiana en base a la cual la norma de reconocimiento puede considerarse existente en cuanto que es efectivamente aceptada. La inclusión de principios morales en la norma de reconocimiento, aunque sólo eventual, parece comportar la exigencia de una total revisión de todo el cuadro teórico iuspositivista, y ello en el sentido de que “si los principios morales resultan válidos por su contenido, ello significa, en otros términos, que es necesario reconocer lo que para Dworkin el positivismo no puede sin embargo reconocer, la tesis de que la moral sea condición de validez jurídica”<sup>60</sup>. Tal revisión parece manifiesta respecto al concepto mismo de validez normativa: mientras, de hecho, el primer Hart interpreta el concepto de derecho en términos de convencionalidad, o sea de existencia y validez normativa dependiente del hecho de la general aceptación expresada mediante comportamientos y actitudes, el Hart del *Postscript*, por el contrario, y con él los otros

<sup>59</sup> V. GIORDANO, *Il positivismo e la sfida dei principi*, cit., p. 200.

<sup>60</sup> Op. cit., p. 194.



teóricos del inclusivismo, redefinen dicho concepto en términos normativos, haciendo depender, como los constitucionalistas, la validez y la existencia de argumentos sustantivos que por definición no pueden ser convencionales.

Pero un positivismo jurídico que renuncia a la *Separation Thesis*, al menos en la forma en la que Hart y Kelsen la habían expresado, que reniega de la *Conventionality Thesis*, asumiendo un punto de vista de validez (eventualmente) normativo, ¿aún puede ser definido como positivismo? A pesar de los distintos intentos de mantener las argumentaciones inclusivistas en un ámbito positivista<sup>61</sup>, la respuesta a la cuestión parece negativa. Las “concesiones” y los “compromisos” que, a la luz de las críticas provenientes del área neoconstitucionalista, los positivistas han debido hacer, parecen demostrar en realidad que los planteamientos críticos planteados por los neoconstitucionalistas, sobre todo por Dworkin, eran del todo fundados, ya que de lo contrario no hubiera sido necesario ningún cambio de mentalidad. El cambio de rumbo inclusivista, parece demostrar, inequívocamente, toda la incapacidad del positivismo jurídico para afrontar el fenómeno constitucional. Con la inevitable consecuencia de desnaturalizar hasta tal punto la teoría originaria, y la ortodoxia de la que era portadora, hasta transformarla en un “objeto” completamente diferente.

ANDREA PORCIELLO

Facoltà di Giurisprudenza

Dipartimento di Scienza e Storia del Diritto

Università degli Studi “Magna Græcia” di Catanzaro

Campus Universitario “Salvatore Venuta”

Viale Europa - Località Germaneto (88100) Catanzaro (Italia)

e-mail: [andraporcioello@hotmail.com](mailto:andraporcioello@hotmail.com)

---

<sup>61</sup> Cfr. J. COLEMAN, “Incorporationism, Conventionality, and Practical Difference Thesis”, en J. COLEMAN (ed.), *Hart’s Postscript: Essays on the Postscript to The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2001.

