

DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN A LA INDETERMINACIÓN. RETOS Y DESAFÍOS DEL POSITIVISMO JURÍDICO

From Constitutionalization to Indetermination. Challenges of Legal Positivism

Rafael ESCUDERO ALDAY

Universidad Carlos III de Madrid (España)

RESUMEN

El artículo presenta un panorama de los retos y desafíos a los que ha de responder el positivismo jurídico en la actualidad. La constitucionalización que preside los sistemas jurídicos contemporáneos ofrece un nuevo marco en el que desarrollar la clásica polémica entre positivistas y iusnaturalistas. Se analizan en este artículo las diferentes propuestas positivistas ante la realidad del Estado constitucional, así como sus respuestas a las críticas de quienes la consideran una teoría trasnochada y de escasa utilidad. Finalmente, se planteará también la relación entre el positivismo y el realismo jurídico. Una relación llamada a ser cada día más estrecha debido a la indeterminación que caracteriza a no pocas cláusulas legislativas y constitucionales.

Palabras clave: positivismo, constitucionalismo, realismo jurídico, indeterminación del derecho.

ABSTRACT

The article presents a vision of the challenges to which contemporary legal positivism has to respond. The constitutionalisation that governs current legal systems offers a new framework in which to develop the classic controversy between positivism and iusnaturalism. This article analyses the different positivist proposals put before the reality of the constitutional state as well as its replies to the criticisms of those who consider it an outdated theory of little use. Finally, it will also deal with the relationship between positivism and legal realism. This relationship is increasingly close due to the uncertainty that characterizes no few legislative and constitutional clauses.

Key words: positivism, constitutionalism, legal realism, legal indeterminacy.

1. ¿QUÉ SE ENTIENDE POR POSITIVISMO JURÍDICO? RASGOS DE SU DEFINICIÓN

Es común abordar la aproximación al concepto de positivismo jurídico a través de su sempiterna relación con la teoría frente a la que nace, el iusnaturalismo. De ahí que sea habitual iniciar la descripción del positivismo jurídico afirmando

que es aquella teoría del Derecho que postula la separación conceptual entre el Derecho y la moral. Se marca así una diferencia de raíz con la teoría del Derecho natural, la cual sostiene —en sus distintas versiones— la necesidad de abordar el análisis del fenómeno jurídico desde su relación con la moral, lo justo o lo éticamente correcto. Frente a este planteamiento, que relaciona de forma necesaria el Derecho con la moral, el positivismo jurídico entiende que una cabal explicación del Derecho requiere liberar su concepto de elementos que le resultan extraños. Y el primer candidato para salir de esa lista es la moral (Kelsen, 1991: 79-80).

Sin embargo, el positivismo jurídico extiende sus postulados teóricos más allá de sus críticas al iusnaturalismo. Es cierto que éste resulta ser el “enemigo común” que une las diferentes formas de ser positivista, pero no lo es menos que a lo largo de su existencia el positivismo ha ido perfilando su cuerpo teórico a partir de esa separación entre los mundos del ser y del deber ser, entre el “Derecho que es” y el “Derecho que debería ser” (Bobbio, 1993: 237-241). ¿Cuáles son, entonces, las notas que definirían al positivismo jurídico? La respuesta compete a sus propios cultivadores, a quienes ven en esta teoría la mejor forma de aproximarse al fenómeno jurídico, dado que son ellos quienes van definiendo sus contornos. Pero, que sean distintas las formas de aproximarse al estudio del Derecho desde una perspectiva positivista no impide que pueda encontrarse un núcleo común a todas ellas. Un núcleo que abarcaría no sólo las tesis de fondo sostenidas por los autores positivistas, sino también sus postulados y premisas metodológicas.

Para resumir las tesis centrales del positivismo jurídico suele recurrirse al planteamiento de Herbert Hart, quien fue —junto con Hans Kelsen— uno de los positivistas más relevantes del siglo XX. En su opinión, son tres las tesis que definen al positivismo jurídico (Hart, 1980: 4-6). Es la primera la tesis de la separación conceptual entre el Derecho y la moral, según la cual el concepto de Derecho se ha de construir sin que en él tenga cabida el elemento moral. Nótese que se trata de una tesis de carácter conceptual, relativa al concepto de Derecho, de modo que es perfectamente compatible con la existencia de conexiones contingentes entre el Derecho y la moral. Tal fenómeno se observa, por ejemplo, en aquellas normas jurídicas que trasladan el sentir moral de la ciudadanía o que reflejan la opción moral de sus creadores.

La segunda tesis es el convencionalismo o la tesis de las fuentes sociales del Derecho, según la cual el Derecho proviene siempre de hechos a los que se atribuye capacidad para producir normas jurídicas. Cuáles sean esos hechos, es decir, las fuentes del Derecho, es una cuestión propia y particular de cada sistema jurídico, aun cuando la común tradición jurídica haga que muchos de ellos confluyan en sus tipos de fuentes. La legislación, la jurisprudencia y la costumbre son hechos —más o menos complejos— a los que el sistema jurídico atribuye el carácter de fuente del Derecho. Pero, esta tesis excluye la posibilidad de que la moral sea una fuente del Derecho, dado su carácter trascendente. Entonces, lo justo no será Derecho por el mero hecho de ser justo. Si lo es, será porque se ha introducido en una norma que haya pasado a ser Derecho a través de alguna de esas fuentes sociales.

El conjunto se completa con la tesis de la discrecionalidad judicial. Pretende esta tesis ofrecer una explicación a aquellas situaciones en las que el juez se encuentra sin norma que aplicar para resolver el caso. Nótese la diferencia entre discrecionalidad y arbitrariedad. Si bien esta última significa actuar en contra del Derecho, desconociendo y vulnerando éste, la discrecionalidad se reserva para cuando exista un vacío normativo. No siempre el juez tendrá que recurrir a su discrecionalidad. Frente a la “pesadilla” en la que viven quienes sostienen que el juez siempre crea *ex novo* la norma y el “noble sueño” en el que creen los que afirman que el Derecho siempre predetermina la solución correcta a cada caso concreto, existen estos casos de “vigilia” en los que el juez debe crear la norma que resuelva el caso, actuando como si de un “conciencizado legislador se tratara” (Hart, 1994a: 348).

Estas tres tesis comprenden el núcleo común del positivismo jurídico. Por supuesto que la aproximación puede enfocarse desde otros puntos, que el autor positivista puede emprender su camino desde otros lugares, pero lo cierto es que en todos los enfoques se aprecian las mismas premisas: la separación conceptual entre Derecho y moral, la negativa a considerar la moral como fuente del Derecho y la creencia de que el Derecho no es un sistema completo que predetermine todos y cada uno de los casos concretos que puedan plantearse. Ser positivista no requiere ser “hartiano”, por supuesto, pero sí compartir este trasfondo teórico.

Este núcleo común se extiende asimismo a las premisas metodológicas, que pueden resumirse en dos: generalidad y descripción. Con la primera se hace referencia a que el objetivo del positivismo jurídico es dar cuenta del funcionamiento de los sistemas jurídicos, con independencia de cuál sea su contenido concreto en cada caso. Significa esto que su propuesta teórica y conceptual tiene que valer tanto para un Estado de Derecho como para una dictadura, tanto para un sistema presidido por una Constitución como para otro que carezca de ella. Por su parte, con la segunda nota se pone el acento en el objetivo descriptivo que preside la aproximación positivista al Derecho. Pretende que la valoración que merezca el contenido de un sistema jurídico no “contamine” su concepto. La descripción de la realidad jurídica sólo es posible a través de la emisión de juicios de hecho y no a través de juicios de valor, los cuales no pretenden informar sobre la realidad, sino influir en alguien o algo. En este sentido, no pocos autores positivistas entienden que una clara comprensión del concepto y funcionamiento del Derecho —neutral, desde el punto de vista de su valoración— es clave para una hipotética y posterior crítica del mismo.

En suma, el positivismo jurídico se configura como una teoría general y descriptiva del Derecho (Jiménez Cano, 2008: 63-83). Entiende que la función de la teoría del Derecho es dar cuenta de la realidad jurídica, es decir, suministrar herramientas y conceptos para comprender mejor el funcionamiento del Derecho. A partir de aquí pueden distinguirse dos grandes problemas a los que se enfrenta el positivismo jurídico; problemas que se analizarán a lo largo de este trabajo. El primero, que no cumpla con sus objetivos descriptivos, que sus instrumentos no describan la realidad jurídica o que la descripción realizada sea de escasa utilidad.

Es un problema importante, dado que afectaría al propio estatuto de la teoría del Derecho. El segundo, que los autores positivistas no cumplan con sus propios postulados teóricos, es decir, con los que definen una propuesta positivista. Es ésta una discusión de carácter “escolástico”, en el interior de la propia teoría, entre los llamados positivistas incluyentes y excluyentes.

2. LA LECTURA MORAL DE LA CONSTITUCIÓN

Pese a lo que a primera vista pudiera parecer, la polémica entre positivistas y iusnaturalistas parece lejos de resolverse. El paso del tiempo y el desarrollo de los respectivos argumentos no han hecho desistir a ninguna de las partes. Cambian los tiempos, varían las etiquetas con que identificar a unos y otros, pero las discrepancias teóricas permanecen incólumes. El cuestionamiento de la gran división entre ser y deber ser sigue siendo, como lo fue desde fines del siglo XIX y lo ha sido a lo largo de todo el siglo XX, el desafío más importante al que se enfrenta hoy el positivismo jurídico (Comanducci, 2010: 74).

En la actualidad, la discusión está presidida por un fenómeno que bien podría caracterizarse como la positivación del Derecho natural. A partir de la Segunda Guerra Mundial se empieza a extender por Europa una cultura jurídica que entiende la Constitución de una forma bien distinta a como se venía entendiendo hasta entonces. Se ha acuñado el nombre de neoconstitucionalismo para referirse a ella, distinguiéndose así del constitucionalismo desarrollado durante el siglo XIX (Barberis, 2000: 203-208; Pozzolo, 2001: 36-41). Nótese bien que bajo esta expresión se hace referencia a dos cuestiones que, si bien interrelacionadas, deben presentarse por separado: una, el conjunto de rasgos que definen un sistema jurídico constitucionalizado; otra, la teoría y/o filosofía del Derecho desarrollada a partir de dicha constitucionalización.

Se entiende por un sistema constitucionalizado aquel que satisface las siguientes condiciones: rigidez de la Constitución; garantía jurisdiccional de la misma; fuerza vinculante de la Constitución; “sobreinterpretación” del texto constitucional; aplicación directa de las normas constitucionales; interpretación conforme o “adecuadora” de las leyes a la Constitución; e influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas (Guastini, 2006: 241-249). A estas características ha de sumarse una circunstancia adicional. En los últimos tiempos existe una sobrea-bundancia en los textos constitucionales de disposiciones que expresan principios. Principios cuyo contenido, dada la eficacia directa de la Constitución, se irradia a todo el sistema jurídico.

Como es sabido, la aparición estelar de los principios y su relación con las reglas ha dado lugar a uno de los debates centrales en la cultura jurídica de los últimos años. Se trata de una nueva reedición de la eterna polémica entre positivistas y iusnaturalistas, aunque estos últimos adopten ahora etiquetas como “no positivistas”, “principalistas” o “neoconstitucionalistas”, entre otras. Lo que diferencia a estos últimos de los iusnaturalistas clásicos es, precisamente,

que cuentan con una Constitución vinculante, rígida, directamente aplicable y en cuyo interior se han incorporado principios y valores cuya determinación requiere acudir al discurso moral. Como se advirtió líneas atrás, el viejo Derecho natural se ha positivizado y, además, lo ha hecho al máximo nivel. Es un elemento que modifica notablemente el marco del debate.

Por tanto, el reto al que se enfrenta hoy el positivismo jurídico es dar cuenta de este fenómeno de la constitucionalización sin renunciar a sus premisas teóricas. Se encuentra con unos adversarios que le reprochan su incapacidad para responder a esta nueva realidad. Es ésta la intención de quienes, bajo distintas etiquetas y desde diferentes tradiciones filosófico-jurídicas, proponen la superación de la teoría del Derecho positivista. Para ello se sirven de una doble estrategia. En primer lugar, confinar el positivismo jurídico al mundo del siglo XIX y de la primera mitad del siglo XX. Un mundo caracterizado por el Estado de Derecho, la supremacía de la ley y el formalismo interpretativo, donde sí cumplían su función explicativa las notas de estatismo y del “legicentrismo”, típicas de ese positivismo del siglo XIX. Pero, una vez se ha avanzado hacia un Estado constitucional de Derecho, donde la supremacía ya no la ostenta la ley sino la Constitución, cuya interpretación requiere de ejercicios que superan el estricto marco diseñado por el formalismo positivista, el positivismo jurídico ha perdido su sitio. Ha dejado de ser una teoría válida para la explicación del fenómeno jurídico porque éste ha cambiado. El positivismo nació para dar cuenta de un tipo de sistema jurídico que ya no existe.

La segunda estrategia consiste en reclamar una lectura moral de la Constitución (Dworkin, 1996: 1-38). Dado que ésta incorpora principios y valores de contenido moral, se requiere una reconstrucción de sus disposiciones que prime la opción ideológica y moral que está detrás de dichos principios y valores. De ahí el éxito que en los últimos tiempos han cobrado en sede interpretativa las tesis metaéticas objetivistas que pretenden ofrecer la “única respuesta correcta” que preexiste a cualquier conflicto normativo que se presente; y hacerlo, además, sustituyendo el tradicional modelo subsuntivo de aplicación del Derecho mediante la utilización de técnicas como la ponderación o el *distinguishing*, que serían las adecuadas para resolver los conflictos entre principios constitucionales.

En consecuencia, la primera objeción a la que debe enfrentarse el positivismo jurídico es su presunta incapacidad para dar cuenta de esta extendida y relevante presencia de los principios en el interior de los sistemas jurídicos. Se alega que el positivismo dista mucho de cumplir con el objetivo que se predica de la teoría del Derecho: reconstruir adecuadamente la práctica jurídica. Fracasa en tal intento desde el momento en que plantea la validez de las normas jurídicas como una cuestión meramente formal o de pedigrí. Desconoce, por tanto, que los principios son válidos por su propio contenido moral y no por haber sido creados por tal o cual autoridad. Se desmonta así la pretendida separación entre Derecho y moral, al determinar esta última la existencia y el contenido del Derecho. Los principios son fuente del derecho y a ellos recurre el juez cuando carece de regla aplicable al caso que debe resolver. Le proporcionan y descubren esa única respuesta co-

recta que existe siempre para cada conflicto y que elimina la discrecionalidad del ámbito judicial (Dworkin, 1989: 147-150).

La inflación de principios con que cuentan las constituciones contemporáneas vendría a corroborar esta tesis. El positivismo se ve incapaz de explicar adecuadamente este fenómeno. Los principios se incorporan al texto constitucional, irradian sus efectos por todo el sistema (Prieto, 2003: 112-117) y se convierten ellos mismos en criterios de validez normativa. Se diferencian así dos requisitos que toda norma ha de satisfacer para adquirir carácter jurídico: el formal, relativo al origen de la norma; y el material, por el cual toda norma ha de respetar el contenido de las normas superiores y, en consecuencia, de esos principios morales incorporados en la Constitución. El incumplimiento de cualquiera de ellos convierte en inválida a la norma en cuestión e impide su entrada en el sistema jurídico. Aplicado al caso español, implica este argumento que todas las normas de su Derecho han de respetar los valores de libertad, justicia e igualdad —contemplados en el art. 1.1 de la Constitución— y, además, los principios de dignidad de la persona y de libre desarrollo de la personalidad recogidos en su art. 10.1.

A esta inicial objeción se suma una segunda, que se dirige a desmentir la supuesta utilidad de una teoría meramente descriptiva, que reconoce limitarse a explicar cómo funciona el Derecho, pero que ni busca ni ofrece criterios para una mejor interpretación y aplicación de los principios y las normas jurídicas (Atienza y Ruiz Manero, 2006: 775-777). Si pretende ser un instrumento para juristas y operadores jurídicos, la teoría del Derecho ha de dedicar su tiempo a mejorar esa lectura moral de la Constitución, a depurar las técnicas de interpretación de las normas y de ponderación de los principios para así resolver mejor los conflictos jurídicos.

3. ¿ES POSIBLE SEGUIR SIENDO POSITIVISTA EN UN SISTEMA CONSTITUCIONAL?

El positivismo jurídico ha pretendido dar respuesta a las críticas vertidas por quienes, proponiendo una lectura moral de la Constitución, abogan bien por la incorrección bien por la inutilidad de esta teoría del Derecho. En este sentido, fue el propio Hart quien marcó la línea argumental de respuesta a tales críticas (Hart, 1994: 238-276). Una estrategia que después ha sido seguida por gran parte de los positivistas.

La forma de enfrentarse a este reto constitucional es asumirlo y ofrecer argumentos que demuestren la perfecta compatibilidad entre las tesis positivistas y el hecho de que las constituciones incorporen en su articulado principios y valores de indudable referencia moral. Los positivistas no son tan ciegos como para no darse cuenta de ello. En este sentido, se constata la posibilidad de que esos principios incorporados en textos jurídicos determinen la existencia y el contenido de las normas jurídicas, es decir, que sean ellos mismos fuente del Derecho. Los principios se convierten, así, en criterios de validez normativa de carácter

material: toda norma debe satisfacer su contenido si pretende formar parte del sistema jurídico. Tan convencido estaba Hart de la compatibilidad de su teoría con el reconocimiento de los principios que acuñó el término de *soft positivism* para referirse a ella (Hart, 1994b: 250-254).

Muchos han sido los positivistas que han optado por seguir a Hart en este camino. Así, se ha desarrollado toda una corriente teórica que se caracteriza por defender la tesis según la cual la moral, mediante estos principios incorporados en leyes y constituciones, puede ser una fuente del Derecho. En consecuencia, el positivismo jurídico puede explicar el fenómeno de la constitucionalización de los principios y lo hace, además, sin que se resienta ninguna de sus tesis centrales. No obstante, dos son los caminos por los que los positivistas llegan a esta conclusión.

3.1. El incorporacionismo o positivismo incluyente

La primera vía recibe el nombre de incorporacionismo o positivismo jurídico incluyente (Coleman, 2001: 126-130; Waluchow, 1994: 80-84). Como punto de partida, sus partidarios arguyen la defensa de la tesis de la separación conceptual entre el Derecho y la moral. Esta tesis no se vería resentida porque los principios que pueden determinar la existencia y el contenido del Derecho son principios que se han incluido en textos normativos de valor jurídico; señaladamente, en constituciones. Entonces, los principios son fuente del Derecho porque se han incorporado al mismo, es decir, se han institucionalizado. Algo que resulta ser meramente contingente, ya que pueden incorporarse —como de hecho sucede en la mayoría de los sistemas—, pero nada obsta a que no lo hagan. Es posible encontrar un sistema jurídico que no incluya la moral como fuente del Derecho. Siempre que esto sea así, se puede seguir sosteniendo la tesis de la separación entre Derecho y moral.

De lo dicho se desprende que los principios son jurídicos no por su carácter moral, sino porque se incorporan al Derecho a través de normas válidas, es decir, de hechos sociales. Así, cuando este criterio material de validez normativa entra en juego, lo hace porque así ha sido habilitado gracias a una norma jurídica, es decir, a un criterio formal. Dicho en términos de Hart, los principios se incorporan al Derecho gracias y mediante la regla de reconocimiento. E incluso, aunque jueces y operadores jurídicos discrepen en cuanto al contenido de esos principios, la práctica social compartida en que consiste la regla de reconocimiento seguirá existiendo. En efecto, jueces y operadores concuerdan en que deben aplicar estos principios, aunque discrepen sobre su contenido. Práctica social existe, pues, aunque sea en un nivel ciertamente abstracto.

Finalmente y a diferencia de lo que creen autores no positivistas como Dworkin, los principios no eliminan la discrecionalidad judicial, aunque sí la reduzcan notablemente. Cuando el Derecho apela a la moral, determina la solución que deben adoptar los jueces, aunque éstos siguen contando con un margen

de discrecionalidad para aplicar el contenido de ese principio —expresado, pero no definido en la constitución— a la realidad del caso concreto (Moreso, 2009: 186). La discrecionalidad consiste en la adopción de las medidas adecuadas para discernir de la mejor manera posible. Esta propuesta incorporacionista es, en suma, el primer intento del positivismo por salir del desafío que la lectura moral de la Constitución le plantea. Más adelante se abordarán los problemas que presenta esta vía de escape.

3.2. El garantismo

La segunda vía tiene a Luigi Ferrajoli como su exponente más destacado. Conocido es el nombre de su teoría: garantismo. Su propuesta varía de la anterior en que no se presenta como una reformulación del clásico positivismo jurídico, sino como un paso más en su tradición (Ferrajoli, 2007: 21-26, 39-43; Prieto, 1997: 58-64). En cuanto teoría del Derecho, el garantismo es el paradigma jurídico que permite, por un lado, dar cuenta del fenómeno de la constitucionalización y, por otro, asumir una función crítica y prescriptiva que adopte como parámetro de enjuiciamiento los derechos, principios y valores consagrados en los textos constitucionales contemporáneos. Es labor del jurista positivista denunciar lagunas y antinomias, es decir, los desmentidos al programa constitucional, así como levantar acta de las divergencias entre éste y la realidad (Prieto, 2008: 333-339). El constitucionalismo se configura, así, como el paso siguiente del positivismo, pero sin contradecirle en ningún momento. Éste no pierde su pretensión descriptiva por el hecho de que el jurista tenga ahora también la misión de denunciar los incumplimientos de los mandatos constitucionales en términos de derechos o garantías.

Atención especial merece el esfuerzo de Ferrajoli por introducir en su marco teórico el citado criterio material de validez normativa compuesto por los principios constitucionales. Este autor es consciente de las dificultades que plantea el reconocimiento de los principios como fuente de validez normativa. En concreto, ¿cómo explicar la existencia de normas jurídicas que, a juicio de un observador cualquiera, no satisfacen el contenido de los principios constitucionales? ¿Cabe la posibilidad de aceptar la existencia de normas válidas desde el punto de vista formal e inválidas desde el material? Si es así, ¿cómo explicar que, a pesar de su invalidez material, produzcan efectos? Para ello, Ferrajoli trae a colación la distinción entre los conceptos de validez y vigencia. La validez se articula a través de dos dimensiones: la formal, consistente en la conformidad de la norma a todos los requisitos formales (o de pedigrí) de su producción; y la material, la conformidad de esa norma al contenido de los principios y valores. Por su parte, la vigencia se refiere a la mera satisfacción de las condiciones formales, siendo requisito suficiente para la existencia y aplicabilidad de la norma jurídica (Ferrajoli, 2007: 525-536). Sirve esta distinción conceptual para explicar la existencia de normas jurídicas cuyo contenido contradice el de una norma supe-

rior. Éste sería el caso de normas inconstitucionales o de reglamentos ilegales que existen y despliegan sus efectos a pesar de vulnerar el contenido de normas jerárquicamente superiores.

3.3. El positivismo excluyente

La tercera vía está formada por aquellos autores a los que suele agruparse bajo la etiqueta de positivismo jurídico excluyente. Parte esta propuesta, a diferencia de las anteriores, de rechazar de plano la posibilidad de que la moral sea fuente del Derecho. Y ello, insisten, aunque esa moral se haya constitucionalizado por medio de los principios. Señalan, por un lado, que aceptar la posibilidad de que lo que sea el Derecho pueda depender de su adecuación a la moralidad es una descripción incorrecta del funcionamiento del mismo; e insisten, por otro, en que tal forma de entender la realidad jurídica sería, además, peligrosa en lo que a los resultados prácticos se refiere (Raz, 1994: 210-237; Shapiro, 2000: 127-170; Marmor, 2001: 49-70).

Esta propuesta teórica descansa en una premisa básica desde la que se derivan las conclusiones que se acaban de esbozar. Supone negar la posibilidad de que la validez de las normas jurídicas pueda ser una cuestión que se resuelva al margen o por razones diferentes a las de su origen, pedigrí o forma de producción. Las normas adquieren validez por su origen formal y no por una supuesta concordancia con algún contenido moral, a pesar de esas referencias a tales contenidos que aparecen en textos de elevado rango jurídico como son las constituciones o las leyes. El Derecho —dicen los positivistas críticos con el incorporacionismo— es una cuestión de hecho y, de acuerdo con ello, la validez de sus normas depende única y exclusivamente de hechos, más o menos complejos, a los cuales se atribuye la capacidad de crear normas jurídicas. Si se siguen los términos de la clásica distinción entre criterios formales y materiales de validez, los positivistas excluyentes proponen rechazar la admisión de criterios materiales de validez (Escudero, 2004: 231-243; Jiménez Cano, 2008: 237-238).

4. CUESTIONES A DEBATE, DESAFÍOS A LOS QUE ENFRENTARSE

Una vez presentadas las líneas bajo las que se agrupan los autores positivistas, toca ahora analizar las respuestas que ofrecen cada una de ellas a los retos que se les plantean. Para ello se ha optado por escoger los desafíos principales a los que se enfrenta hoy toda teoría del Derecho que pretenda llamarse positivista. Los puntos de debate son los siguientes: el Derecho como producto social; la cuestión de la identificación del Derecho; el rol de la moral en la aplicación de las normas jurídicas; y el problema de la certeza del Derecho. El análisis de estos temas permite ir acompañando a las diferentes propuestas positivistas en su labor teórica, centrando así la atención en sus aspectos discutibles y discutidos.

4.1. Práctica social y convención

El Derecho es un producto que no puede ser desarrollado al margen del comportamiento y esfuerzo humano. En este sentido, el Derecho no es un producto de la naturaleza. Más bien al contrario. Su existencia depende de lo que la gente considera y quiere que sea. De ahí que no pueda identificarse, estudiarse ni entenderse sin tratarlo como el producto social que resulta ser (Marmor, 2006: 701-704). Su comprensión requiere del análisis de las prácticas, costumbres y acciones de los sujetos competentes para su creación y aplicación, así como de los destinados a obedecerlo. Ciertamente, cuál sea el Derecho válido dependerá de una práctica común convergente por parte de los operadores jurídicos a este respecto. Dependerá, entonces, de una convención social (Bayón, 2002a: 37).

Merece la pena diferenciar dos aspectos en esta idea de convención social, aunque sólo sea a los únicos efectos de alcanzar una mayor claridad en el análisis. En primer lugar, conviene tener presente que la convención tiene lugar allí donde las normas jurídicas se crean, es decir, en el lugar donde se localizan las fuentes del Derecho. Se trata de una convención sobre el lugar desde el que nace el Derecho. Por ejemplo, el hecho de que publicar una ley en un boletín oficial sea una fuente de normas jurídicas depende en último término de que exista la práctica generalizada de considerar que el contenido de tal publicación se convierte en algo jurídicamente vinculante. Por cierto, esta práctica común concordante de jueces y operadores jurídicos es lo que Hart intentó reconstruir teóricamente a través de la regla de reconocimiento. Sería éste el primer aspecto de la convención.

Hay también un segundo punto sobre el que se crea y descansa la convención. Se trata del acuerdo acerca del significado de los enunciados lingüísticos presentes que nacen de estas fuentes jurídicas. Este acuerdo se presenta y aparece mediante la práctica común de los operadores jurídicos con respecto al contenido de las disposiciones de los textos jurídicos. La validez de las normas depende, entonces, de la práctica común de interpretar de una forma convergente el significado de los términos incluidos en tales textos. Determinar la existencia de este segundo aspecto de la convención es, sin duda alguna, una tarea extremadamente más complicada que la primera, especialmente cuando se incluyen conceptos morales dentro de tales enunciados lingüísticos. En efecto, resulta mucho más fácil verificar que los jueces consideran la Constitución, las leyes o las costumbres como jurídicamente vinculantes que confirmar que todos ellos tienen una similar concepción de la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad o una discriminación injusta.

Entonces, el propósito de los incorporacionistas encuentra aquí su primer problema. El positivismo incluyente tiene que demostrar que, aunque tales conceptos relacionados con la moral aparezcan en textos jurídicamente vinculantes, existe por parte de los operadores jurídicos la práctica común y convergente de considerarlos válidos y, en consecuencia, de aplicar las normas en cuyo interior aparecen tales conceptos. Pero en este punto podría suceder lo siguiente: que operadores

jurídicos y autoridades difieran sobre el significado de tales términos, llegándose incluso a un punto en que el que tanto unos como otras se dieran cuenta de que existe un profundo desacuerdo sobre la forma en que estos conceptos morales tienen que ser reconocidos. Si esto fuera así, resultaría muy difícil expresarse en términos de convención social.

El positivismo jurídico incluyente responde afirmando que, incluso en tales circunstancias, puede constatarse la existencia de una convención social. Cómo alcanzar este objetivo depende de cómo se interprete y defina lo que es una convención (Coleman, 2001: 74-102). Piénsese en una regla de reconocimiento que incluya el respeto por el libre desarrollo de la personalidad. Se alega en este caso que la convención existe en tanto que los jueces y el resto de los operadores jurídicos estén de acuerdo en el respeto al citado principio, aun cuando después difieran sobre su contenido. Cabe el desacuerdo sobre si una medida legislativa concreta promueve o bloquea tal desarrollo. Sin embargo, no puede existir discrepancia alguna sobre la obligación de actuar siempre sobre la base de su respeto. Entonces, la práctica común y concordante consistirá en considerar como válidas las normas que satisfacen el libre desarrollo de la personalidad. Desde esta opción teórica, la moral determina el Derecho válido, porque existe una convención de autoridades y operadores jurídicos de que así es como debería ser, incluso cuando ellos puedan discrepar en los términos concretos sobre cómo hacerlo mejor.

La primera crítica que recibe este argumento es que trivializa la idea de la convención social (Dworkin, 2002: 1658-1662). Ciertamente es que con su utilización se intenta salvar la existencia de convención allí donde podría haber desacuerdos y comportamientos divergentes. Y si una convención social quiere significar algo, esto es precisamente acuerdos y convergencias, y no discrepancias y desacuerdos. Para ello se eleva el concepto de convención a un plano superior de discusión: se sostiene que una convención social existe porque todos se muestran de acuerdo en considerar como válidas aquellas normas que satisfacen el libre desarrollo de la personalidad, aun cuando exista un notable desacuerdo sobre su contenido concreto. Así pues, todo desacuerdo puede convertirse en acuerdo si se eleva a un plano superior de abstracción, hasta el punto de que, a pesar de que se constaten muchos desacuerdos, siempre podría llegarse al acuerdo y a la convención de actuar de acuerdo con la moralidad. Pero, en estas circunstancias el instrumento de la convención social resultaría de escasa utilidad. Así planteado, no serviría para mostrar la diferencia entre aquellas situaciones en las que sí existe una práctica social convergente y aquellas otras en las que ésta no se constata.

La segunda crítica parece más interesante. Si la convención social significa que la moral puede determinar el Derecho válido, incluso aunque cada autoridad o sujeto competente tenga un diferente concepto de lo que sea lo moral, entonces toda decisión adoptada por una autoridad competente que respete el principio moral en cuestión será jurídicamente válida. Esto es así porque, a pesar del tenor específico de la decisión resultante, siempre se habrá producido siguiendo la convención social: actuar conforme a la moralidad. Esta crítica arrincona al

positivismo jurídico incluyente y lo deja con un escaso margen de maniobra. Por un lado, lleva a esta teoría hacia una conclusión claramente no positivista. A la misma se llega al establecer que el elemento que convierte en jurídicamente válida a una decisión es la moralidad de tal decisión; o, mejor dicho, la apelación a la moralidad en tal decisión. Bien podría decirse que esto —hacer depender la validez de las normas de su contenido moral— es una conclusión que en sí misma se distancia de los clásicos parámetros del positivismo jurídico (Schiavello, 2004: 160-161). Precisamente, no resulta una coincidencia que esta línea de razonamiento se asemeje en gran medida a la presentada como el modelo del juez Hércules por Dworkin y su teoría del Derecho como integridad.

Tampoco la segunda opción que resta al positivismo incluyente es muy atractiva. Se basa en la idea de que, como el juez siempre actúa según la moral, lo que resulta crucial es que la decisión sea correctamente adoptada desde un punto de vista formal. Esto es, que la decisión —que realmente contiene una apelación a la moral— se adopte por una autoridad competente, dado que existe la convención social de considerar sus decisiones como jurídicamente vinculantes. Entonces, sea cual sea la propuesta moral a la que la autoridad en cuestión se haya referido a la hora de dotar de contenido a su decisión, tal decisión es jurídicamente válida. Si esto es así, al final se ha alcanzado la misma conclusión a la que se llega por parte del positivismo jurídico excluyente. Ésta no es otra que admitir como único criterio de validez normativa el dato de que la norma sea producida por el órgano competente. En conclusión, todo el camino recorrido por el incorporacionismo habría sido un esfuerzo baldío (Bayón, 2002b: 74-76).

4.2. La identificación de las normas jurídicas

Terminaba el apartado anterior con la afirmación de que la validez de las normas jurídicas se determina única y exclusivamente por su origen o pedigrí. En otras palabras, por haber sido creadas por un sujeto con competencia para producirlas y siguiendo un procedimiento que —generalmente, pero no siempre— termina con su publicación en un instrumento habilitado a tal efecto. Es a este instrumento al que los juristas recurren para conocer el Derecho. En el momento del conocimiento o la identificación del Derecho, el llamado criterio material de validez no tiene nada que decir. Tanto el contenido de las normas como la valoración que del mismo quepa hacer son puntos irrelevantes a la hora de considerar cuáles son los productos jurídicos válidos. En consecuencia, la identificación del Derecho es una tarea a realizar sin recurrir a cualquier tipo de valoración o evaluación moral relacionada con los términos presentes en los enunciados jurídicos (Dahlman, 2004: 237-239). En este sentido, se trata de una mera cuestión de hecho que en ninguna medida puede verse afectada por la moral.

En definitiva, puede afirmarse que la existencia y la identificación de las normas jurídicas son hechos objetivos, independientes de la valoración que pudiera hacerse sobre su concreto contenido. Por tanto, podría mantenerse sin incurrir

en incoherencia alguna que un juez ha “errado” en su decisión, pero que ésta es jurídicamente válida. La sentencia resultante existe, vincula jurídicamente y resultará aplicada incluso aunque se acepte por todos que sus términos no se han ajustado a lo establecido por una norma de rango superior, como por ejemplo una ley. Se trata ésta de una premisa común en la actuación de los juristas. Cualquier reconstrucción teórica de la misma debería, si pretende ser respetuosa con la realidad, reconocer este hecho y darle cabida en su explicación. Lo contrario impediría explicar aquellas situaciones en las que la existencia de una norma es un dato fácilmente constatable por cualquiera, a la vez que existe también una opinión mayoritaria que denuncia la incoherencia de lo establecido en esa norma con relación a lo establecido en otra de rango superior.

Una forma de explicación consiste en recurrir a la ya citada distinción entre validez y vigencia de las normas jurídicas. Pero esta distinción presenta dos problemas. El primero de ellos se encuentra relacionado con el concepto de validez al que remite esta distinción; un concepto que va más allá de la mera aplicabilidad —e incluso más allá del hecho de que la norma pertenezca al sistema—, llevando a entender la validez como una característica de las normas que para nada afecta a su consideración como normas jurídicas. De hecho, se trata de una forma de entender la validez que en la práctica distancia este concepto de todo lo que tenga que ver con la identificación del Derecho.

El segundo problema está relacionado con el sentido que puedan tener las clasificaciones y distinciones que aparecen en el estudio del Derecho y en el lenguaje de los juristas. En concreto, tiene que ver con su utilidad. De lo hasta ahora expuesto se aprecia que la distinción entre validez y vigencia carece de relevancia práctica, dado que, válida o no, la norma adquiere carácter jurídico y despliega todos sus efectos. Por tanto, tal distinción confunde más que ayuda, porque con ella se afirma que las normas inválidas pueden existir, aun cuando actúen como si de normas válidas se tratara. No parece que sea ésta una buena forma de hacer pedagogía jurídica.

Quizá esta distinción conceptual tenga sentido cuando pretende dar cuenta de la aplicación de normas derogadas o de normas de Derecho extranjero. Aquí, la distinción conceptual sí descansa sobre una base empírica que la convierte en apropiada para un mejor entendimiento de la realidad. Sirve para explicar aquellos casos en que las normas a aplicar no pertenecen al sistema, bien porque ya han sido derogadas bien porque no han sido creadas de acuerdo con los cauces establecidos por el propio sistema, como es el caso de la aplicación de normas de Derecho extranjero. En cambio, la distinción parece inadecuada cuando no se incluye en su interior ninguna diferencia real y práctica. Quienes la proponen, como es el caso de Ferrajoli, no alcanzan a explicar con claridad ni el propio concepto de validez que proponen ni las consecuencias prácticas que de él se derivan. En conclusión, parece como si esta distinción se utilizara tan sólo a los efectos de salvar una teoría que no acierta a reconstruir adecuadamente el fenómeno de la identificación del Derecho.

4.3. El rol de la moral en la aplicación del Derecho

Es común distinguir entre la identificación del Derecho —una tarea que, como se ha visto, no requiere recurrir a la moralidad— y su aplicación por parte de las autoridades competentes. En este punto es donde las propuestas incorporacionistas parecen tener mayores posibilidades de éxito. Ciertamente, al incluirse en la Constitución por la vía de los principios, tanto legisladores como jueces deberían recurrir a la moralidad a la hora de determinar el contenido del Derecho. Sería éste, incluso, un inexcusable deber para las autoridades competentes cuando aplican las disposiciones jurídicas de más alto nivel. Como los conceptos morales aparecen en los textos jurídicos, su contenido debería ser utilizado por la autoridad competente cuando ésta construye la decisión jurídica. Por consiguiente, tal decisión no sería discrecional, no sería una creación de Derecho por parte del juez, sino tan sólo un acto de aplicación de un principio preexistente. Asimismo, sería un acto sobre el que podría discutirse su corrección o incorrección (Moreso, 2009: 200-202).

Esta argumentación requiere partir, como premisa básica, de la posibilidad de determinar objetivamente el contenido de las normas jurídicas. En efecto, los incorporacionistas abogan por la objetividad del Derecho; incluso de las normas jurídicas que remiten a conceptos morales. El positivismo jurídico incluyente liga su destino a la teoría conocida como objetivismo moral, de acuerdo con la cual es posible conocer el significado correcto de los términos morales con independencia de las opiniones y creencias particulares de las personas (Pozzolo, 2001: 158-159). Se mantiene así la objetividad del Derecho, por un lado, y la posibilidad de afirmar que existen decisiones legislativas y judiciales erróneas, por otro.

La vinculación entre positivismo jurídico incluyente y objetivismo moral presenta dos problemas. El primero de ellos es de índole “escolástica”, relativo a la discusión planteada en el interior del positivismo jurídico sobre la relación entre teoría del Derecho y teoría moral. El propio Hart abogaba por separar ambas, arguyendo que el positivismo jurídico, en cuanto teoría del Derecho, debía permanecer al margen de la disputa sobre el estatuto de los principios morales y de los juicios de valor relacionados con ellos (Hart, 1994: 253-254). Al decantarse claramente por una teoría moral, los incorporacionistas estarían rediseñando el positivismo jurídico de una forma bien distinta a cómo lo hicieron autores como Hart o Kelsen.

El segundo problema tiene mayor alcance, dado que remite a la cuestión sobre si el objetivismo es o no una teoría moral plausible. En efecto, entender al estilo iusnaturalista clásico que una norma o un sistema de normas sólo es Derecho si se identifica con la moral crítica o correcta requiere, con carácter previo, aceptar una teoría metaética objetivista. De ahí que esta respuesta sea rechazada por quienes no asumen esta posición metaética (Bulygin, 2004: 220-221). No es necesario desarrollar la discusión entre las diferentes tesis metaéticas para rechazar esta conclusión. La práctica de los modernos sistemas constitucionales pone difícil a los positivistas incluyentes contar con un apoyo real para sus propuestas teóricas.

Legisladores y jueces constitucionales interpretan los principios y valores morales de formas bien distintas, sin que a menudo ofrezcan argumentos para tales cambios de criterio. Las “zonas de penumbra” de las que hablaba Hart son más numerosas de lo que pudiera parecer a primera vista.

Tampoco debe olvidarse que una cosa es lo que los jueces dicen hacer —aplicar el Derecho— y otra bien distinta lo que realmente hacen. En efecto, no son pocas las ocasiones en que crean nuevo Derecho a partir de enunciados jurídicos que son tan genéricos que permiten cualquier tipo de interpretación. En estos casos actúan discrecionalmente. Aplican la moral, sí, pero no el Derecho, porque no hay Derecho preexistente en el que puedan basar su decisión. Es más, sería perfectamente posible alcanzar varias soluciones jurídicas igualmente correctas, dado que todas ellas serían el resultado de las diferentes formas de entender y desarrollar los principios morales en juego (Bulygin, 2004: 225-226). Cuál sea el Derecho objetivo en ese concreto punto es una cuestión que se fijaría entonces sólo después —pero nunca antes— de que el órgano competente ofrezca su respuesta a la disputa planteada.

Llegados a este punto, resulta indiferente determinar si la autoridad en cuestión mantiene o no una concepción objetivista de la moral. Su decisión produce nuevo Derecho y lo produce, no porque su contenido sea moralmente correcto, sino porque existe una norma del propio sistema jurídico que atribuye competencia a ese sujeto para crear Derecho.

4.4. El problema de la certeza del Derecho

Tanto la propia existencia de los principios como la forma de resolver los conflictos que surgen a su alrededor son una fuente de incertidumbre y, en este sentido, suponen un grave riesgo para el logro de uno de los valores típicos del Derecho moderno: la seguridad jurídica o certeza del Derecho. Los principios aumentan la indeterminación *ex ante* del Derecho, debido a la vaguedad de las normas configuradas como principios y al consiguiente aumento de la discrecionalidad de los sujetos llamados a aplicarlas, es decir, los jueces. Éstos recurren a técnicas como la ponderación, utilizada caso a caso, de forma que resulta poco previsible la solución que darán a cada caso concreto que se presente en sus juzgados y tribunales. La discrecionalidad judicial aumenta inevitablemente, la incertidumbre también y, en consecuencia, la seguridad jurídica —entendida como la posibilidad de prever *ex ante* la calificación jurídica de las conductas— disminuye.

A este respecto se plantea la siguiente duda: ¿es preferible un sistema plagado de conceptos morales y, por tanto, terreno abonado para la incertidumbre; o, por el contrario, otro carente de ellos, donde la búsqueda del ideal de la certeza se convierta en una especie de obsesión absoluta? Optar por una de las dos posibilidades en juego no es algo que pueda realizarse en términos absolutos. Conocida es la posición de los positivistas incorporacionistas y de autores como Ferrajoli: es preferible un sistema que incorpore estos valores y lo haga de forma imperativa,

aunque genere una cierta dosis de incertidumbre. Dosis que no sería tanta, dado que —en su opinión— es posible conocer de forma objetiva el contenido correcto de tales principios.

Por su parte, optarían por la segunda respuesta quienes siguen pensando que el Derecho no debería ser identificado mediante el recurso al razonamiento moral. Quienes afirman que el Derecho y la moral deben estar separados, porque así se garantizaría mejor la seguridad jurídica, la separación de poderes y el *rule of law*, ese ideal regulativo que busca garantizar el principio de autonomía personal (Laporta, 2007: 33-37). Se utiliza la expresión de positivismo ético para referirse a esta propuesta de separación entre el Derecho y la moral (Campbell, 1996: 69-85; Hierro, 2002: 298-299). Las razones en las que se basa esta propuesta son las siguientes.

En primer término, la incorporación de principios y valores abre la puerta a los intentos de manipulación moral por parte de las autoridades competentes para su aplicación y desarrollo. Hace referencia esta expresión de manipulación moral a los intentos de legitimar una decisión sobre la base de alegar el presunto respeto a un valor moral. Esto resulta especialmente preocupante cuando se trata de jueces constitucionales, dado que sus acciones pueden enmendar y corregir al legislador, quien en las modernas democracias —por lo menos formalmente— es el representante de la soberanía popular. Así, el juez constitucional podría arroparse en el manto de la moral objetiva a la hora de justificar una decisión adoptada sobre la base de las creencias morales de sus miembros. No cabe duda de que la moral tiene una especie de *vis atractiva* y que una apelación a sus términos permite una justificación de la decisión adoptada de una forma mucho más sencilla que si se apela, por ejemplo, a consideraciones políticas o de oportunidad. El segundo problema es que esta opción terminaría concediendo a los jueces constitucionales un poder que podría calificarse de insoportable, en el sentido de que siempre podrían justificar sus decisiones bajo la etiqueta de la objetividad e imponerlas así al legislador (Kelsen, 1988: 141-143). La definición de lo jurídico quedaría entonces al albur de las opciones morales sustentadas por las autoridades jurídicas competentes para hacerlo en cada caso concreto.

En segundo término, no conviene olvidar que, si se asume la pretensión teórica de que la moral (objetiva) determina el Derecho válido, entonces la línea que separa la creación del Derecho con respecto a su aplicación se convierte en una línea extremadamente difusa. Hay razones para definir con claridad esta línea de separación. Además de un conjunto de normas jurídicas vinculantes, el Derecho es una institución política que necesita de la confianza de los sujetos afectados por él (Raz, 2004: 14-17). Una buena forma de lograrlo y de mantener esa confianza es a través de la claridad, señalando en todo caso los límites del Derecho y, por supuesto, marcando las diferencias entre sus normas y las de la moral. Para lograr esa esencial confianza de los ciudadanos, parece más apropiado establecer que el Derecho tiene sus límites, que en ocasiones hay que excederse en ellos y que, en tales casos, el mismo Derecho permite recurrir a la moralidad. Dicho en otros términos, que el propio Derecho posibilita una acción discrecional por parte

de la autoridad competente. Esta apelación a la claridad parece ser la forma más adecuada de evitar posibles confusiones y manipulaciones.

5. ¿DE QUÉ SIRVE EL POSITIVISMO JURÍDICO?

Llegados a este punto, es el momento de resolver otro de los retos pendientes: el relativo a la pretendida inutilidad de una teoría del Derecho que se proclama como meramente descriptiva, rechazando cualquier tipo de pretensión prescriptiva o normativa (Atienza y Ruiz Manero, 2006: 779). Además, la sospecha de inutilidad se cierne aún más sobre la versión excluyente del positivismo, dado que ésta recela de las proclamadas virtudes de los principios a la hora de identificar y aplicar el Derecho.

La respuesta positivista va en la línea de lo planteado en el epígrafe anterior, cuando se advertía sobre la necesidad de trazar una línea de separación —a los efectos de evitar manipulaciones— entre creación de Derecho *ex novo* y aplicación de Derecho preexistente. La honestidad y claridad intelectual sale reforzada con la llamada de atención que el positivismo hace frente a quienes pretenden confundir la tarea descriptiva con la prescriptiva. Distinguir entre ambas actividades es labor propia de una teoría del Derecho que no quiera perder su estatuto teórico (Jiménez Cano, 2008: 73-83).

El enfoque descriptivo propio del positivismo jurídico permite analizar el lenguaje de las normas, así como comprender los discursos de los distintos sujetos involucrados en las prácticas jurídicas; es decir, legisladores, jueces y juristas. Y hacerlo, además, desde un punto de vista externo, que es el característico de quien describe y analiza el Derecho sin que sus preferencias ideológicas o políticas sobre cómo debería ser éste interfieran en dicha tarea. Lo contrario sería hacer filosofía política o “alta dogmática”, pero no teoría del Derecho. Así sucede cuando se alega una pretendida función prescriptiva de la teoría del Derecho para encubrir actividades que son más bien propias de la política del Derecho.

De ahí, en consecuencia, que el discurso del teórico del Derecho se forme a través de enunciados de tipo descriptivo, mientras que, por el contrario, el del legislador sea un discurso plagado de enunciados prescriptivos. La confusión entre ambos tipos de enunciados es uno de los peligros en los que no debe caer la teoría del Derecho. Esta confusión puede provenir bien del no reconocimiento de la “gran división” entre el ser y el deber ser, al estilo del iusnaturalismo clásico, bien del intento de hacer pasar una determinada opción política, ideológica o moral sobre el Derecho por un discurso supuestamente descriptivo de éste.

La crítica realizada por quienes postulan una teoría del Derecho de carácter descriptivo a quienes, por el contrario, buscan en ella un instrumento para lograr una mejor materialización de la Constitución se basa en dos elementos. En primer lugar, en la falta de coherencia interna del modelo. Esta crítica va dirigida al citado intento de hacer pasar lo que resulta ser una teoría prescriptiva o normativa por otra de índole descriptiva. Es decir, por hacer pasar por

teoría del Derecho una propuesta que mejor encajaría dentro de la filosofía política o la política del Derecho. En segundo lugar, en su falta de capacidad explicativa. Se alude en este punto a la distancia que separa esta propuesta pretendidamente descriptiva con la forma real como los dogmáticos y los jueces configuran e interpretan las relaciones y los conflictos entre los principios. Conviene insistir en la necesidad de desarrollar una teoría del Derecho que sea precisamente eso, una labor teórica, y no una forma de hacer política del Derecho “a escondidas”.

6. INDETERMINACIÓN Y REALISMO JURÍDICO

Sirva este último epígrafe para advertir el reto que se le presenta a una teoría del Derecho positivista, que pretende distinguir entre descripción y prescripción, a la vez que pone el acento en la indeterminación *ex ante* que caracteriza a los enunciados constitucionales que hacen referencia a principios y valores morales. Evidentemente, es obligación de los jueces y operadores jurídicos determinar el contenido del Derecho aplicable al caso concreto. En ello consiste su labor. Ahora bien, éste no es el punto de vista externo, es decir, el característico de la teoría del Derecho. Es el punto de vista del que tiene que determinar el contenido del Derecho para aplicarlo a un caso concreto, y quiere hacerlo en función de su propia ideología, intereses, deseos, etc. No sería ésta, como ya se ha señalado, la perspectiva que debería adoptar la teoría del Derecho.

El reconocimiento de la indeterminación del Derecho sitúa al positivismo, una vez más, ante una opción metaética. En este caso, la del no cognoscitivismo moral, es decir, la tesis según la cual los juicios de valor no son susceptibles de ser considerados verdaderos o falsos. Lo contrario implicaría presuponer la existencia de dos mundos paralelos, los mundos del “deber ser” y del “ser”, sin posibilidad alguna de probar empírica u objetivamente la existencia del primero. Además, en lo que al ámbito jurídico se refiere, esta tesis objetivista conduciría a un resultado ciertamente contrafáctico, como sería la existencia de normas jurídicas “verdaderas”, además de a una concepción de la interpretación como una actividad de mero conocimiento que en nada se corresponde con la forma como operan realmente los intérpretes de disposiciones normativas.

Por otro lado, la defensa de esta tesis metaética acerca al positivismo excluyente a otro terreno teórico, el representado por el realismo jurídico. Ambas teorías comparten un mismo postulado metodológico: la tesis de la separación o no conexión identificativa entre el Derecho y la moral. Para sostener este postulado ambos comparten asimismo otros elementos: la distinción entre los mundos del ser y del deber ser; la construcción de la realidad jurídica a partir de los “anteojos” epistemológicos del intérprete; el convencionalismo; el escepticismo interpretativo, entendido como rechazo a la tesis de la única respuesta correcta; la indeterminación *ex ante* del Derecho; la pluralidad de fuentes a las que acudir a la hora de dotar de significado a las disposiciones normativas; el déficit de seguridad

jurídica que generan los principios y las técnicas de resolución de los conflictos entre ellos; la multiplicidad de métodos interpretativos; el rol de la dogmática como fuente “intersticial” de Derecho; y, en último término, la inevitabilidad de la discrecionalidad judicial. Todos estos aspectos muestran la escasa distancia que separa la teoría del Derecho que postula el positivismo excluyente del realismo jurídico (Leiter, 2007: 134-135).

Además, la forma como algunos realistas —señaladamente, el llamado realismo genovés creado a partir de la figura de Giovanni Tarello— abordan la cuestión del discutido criterio material de validez resulta ser de gran ayuda para la defensa del positivismo jurídico excluyente. De acuerdo con la distinción entre disposición normativa y norma (Guastini, 2006: 3-4), el sujeto competente siempre respetará este hipotético criterio material a la hora de crear una norma, ya que siempre dotará a la disposición normativa que aplique o desarrolle un significado que no sea vulnerado por su propia norma. De entre la pluralidad de significados que puede recibir una disposición normativa, el sujeto en cuestión elige y adopta uno, de forma que su norma o su decisión resulte acorde con lo dispuesto en la disposición normativa que tiene que desarrollar o aplicar. Así, cuando el legislador crea una ley cuyo contenido dice estar de acuerdo con el contenido de la Constitución, lo que está haciendo es dotando a las disposiciones constitucionales en juego de un significado que las haga perfectamente compatibles con el texto legal que pretende aprobar. De forma similar actúa el juez que resuelve un caso acorde con la ley. Éste siempre interpretará las disposiciones legales a aplicar de forma que lo dispuesto en su sentencia se ajuste a ellas.

En definitiva, en todo caso se cumple el criterio material, dado que el sujeto competente interpreta la disposición cuyo contenido debe respetar de la forma que resulta para él adecuada. El órgano competente siempre dirá estar interpretando, aplicando o desarrollando, pero nunca vulnerando, la disposición normativa. De ahí, en suma, que resulte trivial el criterio material desde el punto de vista de la identificación de las normas jurídicas. Y, en consecuencia, también deja de tener interés la polémica suscitada en este punto entre positivistas incluyentes y excluyentes. Es el criterio formal o de legalidad el que sirve para identificar el Derecho válido. Los juristas reconocen las normas y decisiones como válidas por haber sido adoptadas por las autoridades competentes para ello, y no por su supuesta correspondencia con un contenido que, además, en no pocas ocasiones resulta indeterminado *ex ante* (Comanducci, 2010: 171).

No quiere decirse con lo anterior que el pretendido criterio material de validez carezca de relevancia alguna. La tiene, pero al margen del proceso de identificación del Derecho. Sí tendrá relevancia, en cambio, a la hora de aceptar o criticar la justificación y fundamentación presentada por la autoridad competente de su concreta norma o decisión, o también para que tanto la opinión pública como la cultura jurídica controlen, bien la motivación del juez en su sentencia, bien la forma cómo el legislador dice cumplir con la Constitución. Son éstas, sin embargo, cuestiones que pertenecen al ámbito de lo prescriptivo y no de lo descriptivo; al propio de la política del Derecho, pero no al de la teoría jurídica.

Dado entonces que realistas y positivistas comparten un número importante de tesis, ¿qué espacio le queda a cada una de las dos teorías? Ciertamente es que el positivismo jurídico ha asumido gran parte de las premisas principales de esa “revuelta contra el formalismo” que supuso el realismo jurídico (Hierro, 2009: 131-138). Pero no todo el positivismo jurídico ha aceptado este marco teórico. Esta teoría todavía no ha terminado de ubicarse de nuevo en el panorama tras la aparición de los postpositivistas, principialistas o neoconstitucionalistas. Una gran parte de sus integrantes se sitúan en la corriente incorporacionista o incluyente del positivismo y no pocos pretenden atraer para sí muchos de los postulados típicos del realismo jurídico. A la vista de este dilema, puede concluirse afirmando que el reto mayor que espera en el futuro a los positivistas será definir su estatuto teórico.

BIBLIOGRAFÍA

- Atienza, M. y Ruiz Manero, J. (2006), “Dejemos atrás el positivismo jurídico”, en Ramos Pascua, J. A. y Rodilla, M. A., (eds.), *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Universidad de Salamanca, Salamanca, pp. 765-780.
- Barberis, M. (2000): *Filosofía del diritto. Un'introduzione storica*, Il Mulino, Bolonia.
- Bayón, J. C. (2002a): “El contenido mínimo del positivismo jurídico”, en Zapatero, V. (ed.): *Horizontes de la Filosofía del Derecho. Homenaje a Luis García San Miguel*, vol. 2, Universidad de Alcalá, pp. 33-54.
- Bayón, J.C. (2002b): “Derecho, convencionalismo y controversia”, en Navarro, P. y Rondono, M.C. (eds.): *La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Gedisa, Barcelona, pp. 57-92.
- Bobbio, N. (1993): *El positivismo jurídico*, Debate, Madrid.
- Bulygin, E. (2004): “Objectivity of Law in the View of Legal Positivism”, *Analisi e diritto*, pp. 219-227.
- Campbell, T. (1996): *The Legal Theory of Ethical Positivism*, Dartmouth, Aldershot.
- Coleman, J. (2001): *The Practice of Principle. In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford.
- Comanducci, P. (2010): *Hacia una teoría analítica del Derecho. Ensayos escogidos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- Dahlman, C. (2004): “Adjudicative and Epistemic Recognition”, *Analisi e diritto*, pp. 229-242.
- Dworkin, R. (1989): *Los derechos en serio*, 2.ª ed., Ariel, Barcelona.
- Dworkin, R. (1996): *Freedom's Law*, Oxford University Press, Oxford.
- Dworkin, R. (2002): “Thirty Years On”, *Harvard Law Review*, vol. 115, n.º 6, pp. 1650-1665.
- Escudero, R. (2004): *Los calificativos del positivismo jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral*, Cívitas, Madrid.
- Ferrajoli, L. (2007): *Principia iuris. Teoría del diritto e della democrazia*, Laterza, Roma.
- Guastini, R. (2006): *Lezioni di teoria del diritto e dello stato*, Giappichelli, Turín.
- Jiménez Cano, R.M. (2008): *Una metateoría del positivismo jurídico*, Marcial Pons, Madrid.
- Hart, H. L. A. (1980): “El nuevo desafío al positivismo jurídico”, *Sistema*, vol. 26, pp. 3-18.
- Hart, H. L. A. (1994a): “Una mirada inglesa a la teoría del Derecho norteamericana: la pesadilla y el noble sueño”, en Casanovas, P. y Moreso, J. J., *El ámbito de lo jurídico*, Crítica, Barcelona, pp. 327-350.

- Hart, H. L. A (1994b): "Postscript", en la segunda edición de *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, pp. 238-276.
- Hierro, L. (2002): "¿Por qué ser positivista?", *DOXA*, vol. 25, pp. 263-302.
- Hierro, L. (2009): *El realismo jurídico americano. Una teoría empirista del Derecho*, 2ª ed., Iustel, Madrid.
- Kelsen, H. (1988): *Ensayos sobre la democracia y el socialismo*, Debate, Madrid.
- Kelsen, H. (1991): *Teoría pura del derecho*, Porrúa, México.
- Laporta, F. J. (2007): *El imperio de la ley: una visión actual*, Trotta, Madrid.
- Leiter, B. (2007): *Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford University Press, Oxford.
- Marmor, A. (2001): *Positive Law and Objective Values*, Clarendon Press, Oxford.
- Marmor, A. (2006): "Legal Positivism: Still Descriptive and Morally Neutral", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 26, n.º 4, pp. 683-704.
- Moreso, J.J. (2009): *La Constitución: modelo para armar*, Marcial Pons, Madrid.
- Pozzolo, S. (2001): *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Giappichelli, Turín.
- Prieto, L. (1997): *Constitucionalismo y positivismo*, Fontamara, México.
- Prieto, L. (2003): *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid.
- Prieto, L. (2008): "Principia iuris: una teoría del derecho no (neo)constitucionalista para el estado constitucional ", *DOXA*, vol. 31, pp. 325-353.
- Raz, J. (1994): *The Ethics in the Public Domain*, Clarendon Press, Oxford.
- Raz, J. (2004): "Incorporation by Law", *Legal Theory*, vol. 10, pp. 1-17.
- Schiavello, A. (2004): *Il positivismo giuridico dopo Herbert L. A. Hart. Un'introduzione critica*, Giappichelli, Turín.
- Shapiro, S. (2000): "Law, Morality and the Guidance of Conduct", *Legal Theory*, vol. 6, pp. 127-170.
- Waluchow, W. (1994): *Inclusive Legal Positivism*, Clarendon Press, Oxford.

