

## El no positivismo principialista en *Il diritto mite* de Gustavo Zagrebelsky

Por ALFONSO GARCÍA FIGUEROA  
Universidad de Castilla-La Mancha

### 0. INTRODUCCIÓN

Hace unos años Bobbio<sup>1</sup> constataba que la cuestión de los principios se estaba «convirtiendo en un capítulo fundamental de la teoría general del derecho». Hoy en día esta tendencia se ha consolidado y el debate en torno a los principios en el derecho representa una cuestión central en el panorama iusfilosófico actual. Parece obvio que los principios deben en buena parte su «nueva edad de oro»<sup>2</sup> a las dificultades que origina su acomodo en el derecho bajo un planteamiento positivista. En este sentido, la simultaneidad del auge experimentado por el no positivismo jurídico y los principios obedece a algo más que la mera casualidad.

*Il diritto mite* de Gustavo Zagrebelsky<sup>3</sup> (singularmente en su capítulo sexto) parece adherirse, desde el derecho constitucional, a una doctrina que se caracteriza por dos notas fundamentales: la censura del positivismo jurídico y el recurso a los principios como instrumento de tal crítica. Denominaré a esta teoría *no positivismo principialista*. Cabría sintetizar en los términos siguientes la tesis fundamental de esta doctrina: si existen principios en el derecho, entonces es inviable una concep-

<sup>1</sup> BOBBIO, 1982, p. 889.

<sup>2</sup> PRIETO SANCHÍS, 1992, p. 17. *Vide* también la recensión a esta obra por SASTRE ARIZA, 1993.

<sup>3</sup> ZAGREBELSKY, G., *Il diritto mite* (en lo sucesivo IDM), Einaudi, Turín, 1992. Recientemente ha aparecido su traducción al español a cargo de MARINA GASCÓN ABELLÁN: *El derecho dúctil* (en lo sucesivo EDD), Trotta, Madrid, 1995, *Vide* especialmente el cap. VI.

ción positivista del derecho. No sería nada aventurado afirmar que hoy en día los dos máximos defensores de esta idea son Ronald Dworkin en la cultura jurídica angloamericana y Robert Alexy en la continental. Las tesis de ambos autores figuran en el arsenal teórico de que se sirve Zagrebelsky en *Il diritto mite* en su ataque al positivismo.

Dos palabras sobre la denominación propuesta: en primer lugar, hablo de *no positivismo* principialista y no de *iusnaturalismo* principialista, porque la contraposición positivismo-no positivismo es más funcional por analítica, esto es, permite dar cobertura a los teóricos no positivistas no iusnaturalistas. El caso más llamativo probablemente sea el de Dworkin, quien es explícitamente antipositivista, sin recurrir (al menos abiertamente) a una «caja de caudales trascendental»; aunque quizá constituya un caso más extremo el de Soper<sup>4</sup>, quien armoniza la crítica al positivismo con un cierto relativismo en materia ética. Por positivismo jurídico entenderé aquí aquella teoría que sostiene la ausencia de una relación conceptual necesaria entre derecho y moral (positivismo jurídico como método) y por no positivismo la que se basa sobre la tesis contraria, es decir, la existencia de una relación conceptual necesaria entre derecho y moral.

En segundo lugar, la calificación *principialista* obedece a la centralidad del recurso a los principios para explicar las insuficiencias del modelo positivista del derecho. Centralidad, empero, no significa exclusividad. Los autores referidos se han servido de otros argumentos contra el positivismo jurídico (por ejemplo, el argumento radbruchiano de la injusticia extrema en Alexy<sup>5</sup>) o incluso han llegado a prescindir del argumento de los principios en ciertas fases de sus obras (como ha sido el caso en Dworkin).

La tesis fundamental del no positivismo principialista puede adoptar formulaciones diversas. Así, Alexy<sup>6</sup> afirma moderadamente que «la teoría de los principios ofrece un punto de partida adecuado para atacar la tesis positivista de la separación entre derecho y moral»; Dworkin opina que los positivistas, al ignorar la existencia de principios en el derecho y reducirlo a un conjunto de reglas, «tratan al derecho como si fuera béisbol»<sup>7</sup> y concluye más tarde que «si tratamos los principios como derecho, debemos rechazar el primer dogma de los positivistas, que el derecho de una comunidad se distingue de otros estándares sociales mediante algún criterio que asuma la forma de una regla maestra»<sup>8</sup>; por su parte, Zagrebelsky<sup>9</sup> advierte que «no sería posible pensar en una “recuperación” positivista de la temática de los principios, pasando de un positivismo de las reglas a un positivismo de los principios».

<sup>4</sup> Vide SOPER, 1993.

<sup>5</sup> ALEXY, 1993b; 1994, p. 53.

<sup>6</sup> ALEXY, 1988, p. 144.

<sup>7</sup> DWORKIN, 1984, p. 93.

<sup>8</sup> DWORKIN, 1984, p. 99. Cuando Dworkin habla de «regla maestra» se refiere a criterios del estilo de la regla de reconocimiento hartiana para identificar el derecho.

<sup>9</sup> EDD, p. 118; IDM, p. 161. Más tarde añade: «hoy sería imposible (...) un “positivismo de los principios”» (EDD, p. 124; IDM, p. 169).

Este estudio parte de la convicción de que esta tesis, en sus diferentes manifestaciones, no es correcta. A mi juicio, el papel de los principios es mucho más modesto del que aparentemente desempeñan incluso entre sus propios valedores y pueden en todo caso ser contemplados y explicados bajo una perspectiva positivista.

Una justificación adecuada de ambas afirmaciones requeriría un examen que excedería ampliamente el espacio disponible. Quede constancia de la importancia que reviste el esclarecimiento de la relevancia real de los principios en el no positivismo principialista como paso previo a una explicación en clave positivista de los principios en el derecho. Un análisis tal debería responder al menos a las tres cuestiones siguientes:

1) ¿Tienen los principios realmente la importancia que aparentan en estas teorías? Este trabajo parte de la plausibilidad de una respuesta negativa. Una crítica interna a las teorías de Dworkin y Alexy demuestra que estas teorías resultan a veces incoherentes con el argumento de los principios y otras lo justifican de manera insatisfactoria desde sus propios presupuestos, por no hablar de cuando lo ignoran abiertamente. Me referiré a estos extremos muy brevemente en el apartado 1.

2) ¿Aportan alguna novedad al planteamiento de la polémica entre positivismo y no positivismo o, por el contrario, más bien traducen y aglutinan, bajo una rúbrica distinta, cuestiones como, por ejemplo, la de la discreción judicial, el razonamiento jurídico o las repercusiones del constitucionalismo en el positivismo jurídico? Este estudio parte de una matizada inclinación por la segunda alternativa. Creo que es posible interpretar en este sentido las siguientes palabras de Juan Ramón de Páramo: «la conocida distinción entre reglas y principios se puede reducir a diferentes prácticas interpretativas-aplicativas que, a su vez, presuponen una teoría del razonamiento jurídico como tipo especial del razonamiento práctico»<sup>10</sup>.

3) ¿A qué responde el éxito del no positivismo principialista en el panorama iusfilosófico actual? La respuesta a esta pregunta constituye lo que podríamos denominar el «contexto de descubrimiento del no positivismo principialista». En el apartado 2 se ofrecerán algunas de las posibles motivaciones del auge del no positivismo principialista, tomando como referencia la obra de Zagrebelsky.

## 1. LA IMPORTANCIA DE LOS PRINCIPIOS PARA EL NO POSITIVISMO

Como he señalado anteriormente, los máximos representantes del actual no positivismo principialista son R. Dworkin<sup>11</sup> en la filosofía del

<sup>10</sup> PÁRAMO, 1988, p. 108; en el mismo sentido, *vide* STROLZ, 1991, p. 67.

<sup>11</sup> DWORKIN, 1984, caps. 2 y 3.

derecho angloamericano y R. Alexy<sup>12</sup> en la continental. Sus ideas acerca de los principios han generado intensos debates<sup>13</sup>. Desde luego, no se trata de una cuestión nueva, pero quizá sí de una nueva manera de plantearla, que tiene sus precedentes en Pound<sup>14</sup>, Esser<sup>15</sup> o Del Vecchio<sup>16</sup>.

Tradicionalmente algunos autores habían insistido en distinguir a los principios por un cúmulo de rasgos tales como su elevado grado de generalidad o de vaguedad, su fundamentalidad, su alta jerarquía, su vinculación a la «idea del derecho», etc. Este tipo de caracterizaciones solía impulsar una distinción gradual entre principios y reglas: los principios serían más generales que las reglas, pero las reglas también podrían ser generales; los principios podrían ser más vagos que las reglas, pero también las reglas serían vagas, y así sucesivamente. Frente a este planteamiento, primero Dworkin y más tarde Alexy, siguiendo y superando los planteamientos del autor norteamericano, insisten en que entre principios y reglas existe una diferencia genuinamente cualitativa y no meramente de grado.

Se configuran de esta manera tres posiciones básicas en torno a la distinción entre reglas y principios: la tesis débil de la separación de reglas y principios (*schwache Trennungsthese*), la tesis fuerte de la separación (*strenge Trennungsthese*) y, finalmente, la tesis de la conformidad (*Übereinstimmungsthese*)<sup>17</sup>. La tesis débil de la separación afirma que entre reglas y principios existen diferencias, pero de carácter meramente gradual. La tesis fuerte de la separación sostiene que hay una distinción cualitativa, una diferencia «lógica»<sup>18</sup>, y no sólo de carácter gradual. Finalmente, según la tesis de la conformidad, no cabe establecer diferencias relevantes en ningún sentido.

La asunción de la tesis fuerte de la separación constituye un *príus* lógico del no positivismo principialista. Si se pretende criticar al positivismo sobre la base de la particular estructura de los principios, debe mantenerse que existe algún rasgo que especifique a los principios respecto de las reglas de manera cualitativa. Por esta razón, la primera

<sup>12</sup> Vide ALEXY, 1979; 1985; 1988; 1993a, cap. 3.º; 1994 pp. 73 ss.

<sup>13</sup> Además de las obras de ALEXY y DWORKIN citadas, *vide*, entre otras: ATIENZA/RUIZ MANERO, 1991, 1992, 1993; BAYÓN, 1991, pp. 321 ss.; CARRIÓ, 1990, cap. IV; GUASTINI, 1992b cap. XII; MACCORMICK, 1978 caps. VII y IX; NINO, 1993; PECZENIK, 1992; PRIETO SANCHÍS, 1992, 1993a, 1993b; RAZ, 1984; SIECKMANN, 1990.

<sup>14</sup> Vide POUND, 1994. COTTERRELL ha destacado la influencia de POUND sobre la obra de DWORKIN, a pesar de las pocas referencias que la obra de éste prodiga a la de aquél, y ha analizado conjuntamente las tesis de ambos autores. Esta influencia se hace evidente en el común rechazo del modelo de reglas por parte de los dos autores norteamericanos. Por el contrario, la principal divergencia en este aspecto quizá resida en la diversa orientación que dan estos autores a la crítica del modelo de reglas: la centralidad de los *intereses* en la teoría de POUND se ve desplazada en DWORKIN por la de *derechos* (*vide* COTTERRELL, 1989, cap. 6, especialmente pp. 166 ss.).

<sup>15</sup> Vide ESSER, 1961.

<sup>16</sup> Vide VECCHIO, 1948.

<sup>17</sup> ALEXY, 1979, pp. 64-65; ALEXY, 1993a, pp. 85-86; SIECKMANN, 1990, p. 53.

<sup>18</sup> DWORKIN, 1984, pp. 74-75.

respuesta que podría ofrecer el positivismo al no positivismo principialista podría consistir en la falsación de la tesis fuerte de la separación. En este estudio no se intentará esta vía, que exige un espacio muy superior al disponible.

Sí me referiré muy brevemente a algunos indicios para una crítica interna al no positivismo jurídico, destacando la falta de armonía y peso real del argumento de los principios en las propias teorías defensoras del no positivismo principialista.

Todo parece indicar que Dworkin trata los principios como un instrumento más retórico que propiamente justificatorio. Esta afirmación se apoya sobre los siguientes indicios: 1) desarrolla un análisis insuficiente de los principios en relación con la relevancia de éstos en su teoría<sup>19</sup>; 2) caracteriza los principios de una manera equívoca, según criterios formales y materiales simultáneamente<sup>20</sup>; 3) presta una atención desigual al argumento de los principios<sup>21</sup> (éste goza de protagonismo en parte de *Los derechos en serio*, pero es ignorado en *El imperio de la justicia*<sup>22</sup>); 4) Liga los principios a ciertos derechos individuales e introduce la categoría de las *policies*, siendo ambas operaciones innecesarias<sup>23</sup>.

Sobre la relevancia del argumento de los principios en Alexy cabe destacar las siguientes circunstancias: 1) el alcance del argumento de los principios contra el positivismo jurídico es muy restringido por dos razones: *a)* el argumento sólo es válido desde el punto de vista del participante, no del observador, y *b)* tiene una eficacia cualificante, no clasificante<sup>24</sup>; 2) toda la virtualidad del argumento de los principios en Alexy descansa sobre la plausibilidad de la «tesis de la corrección»<sup>25</sup>. Si no se considera que todo acto de habla normativo incorpora una pretensión de corrección (*Anspruch auf Richtigkeit*)<sup>26</sup> a partir de una fundamentación

<sup>19</sup> En este aspecto ha insistido PÉREZ LUÑO, 1993a, p. 139. Este artículo aparece también, bajo el epígrafe «Itinerarios doctrinales de las fuentes del derecho», en PÉREZ LUÑO, 1993b, pp. 13-67.

<sup>20</sup> Sobre este aspecto insiste NINO, 1985 p. 154, quien ha puesto de manifiesto la ineficacia de críticas como las de CARRIÓ, 1981, pp. 39-40; RAZ, 1984, pp. 73-87, o HART, 1980, pp. 7-8, por intentar la compatibilización con el modelo positivista del derecho de los principios dworkinianos, estipulativamente incompatibles con la regla de reconocimiento hartiana.

<sup>21</sup> Vide, p. ej., COTTERRELL, 1989, p. 173; RAZ, 1984, pp. 81-82; PINTORE, 1982, p. 5; PINTORE, 1990, pp. 147-148.

<sup>22</sup> DWORKIN, 1992.

<sup>23</sup> Ésta es una crítica de ALEXY, 1993a, p. 111. Debo llamar la atención del lector sobre lo que, sin duda, es una errata en esa misma página: donde dice «Las normas que se refieren a derechos *individuales* las llama (Dworkin) «policies», debe decir: «Las normas que se refieren a derechos *colectivos* las llama «policies» (las cursivas me pertenecen). En contra de esta crítica ATIENZA, 1994, pp. 245-246.

<sup>24</sup> ALEXY, 1994, p. 74. Que el argumento de los principios tiene sólo eficacia cualificante y no clasificante significa que la no adecuación del derecho a los requisitos del argumento de los principios no priva de juridicidad al derecho, sino que le afecta sólo en grado. En otras palabras, el argumento tiene una eficacia deontológica y no ontológica.

<sup>25</sup> ALEXY, 1994, p. 85.

<sup>26</sup> Vide las diversas pretensiones de validez de los actos de habla: HABERMAS, 1972, pp. 121 ss.

pragmático-universal<sup>27</sup> o pragmático-trascendental<sup>28</sup>, entonces el argumento de los principios se derrumba<sup>29</sup>.

## 2. DOS CIRCUNSTANCIAS FAVORECEDORAS DEL NO POSITIVISMO PRINCIPIALISTA: EL CONSTITUCIONALISMO Y UN POSITIVISMO DEFORMADO

Bajo el presupuesto de que los principios en Dworkin y en Alexy, en el propio corazón del no positivismo principialista actual, no son tan relevantes como pudiera parecer a primera vista, cabe preguntarse por qué, a pesar de todo, el no positivismo principialista ha gozado de tanta fortuna. A continuación expondré algunas de las posibles razones explicativas de esta situación. Para ello tomaré como referencia algunas de las ideas vertidas por Zagrebelsky en *El derecho dúctil*, si bien no con carácter exclusivo. En lo que sigue señalaré, desde luego desprovisto de ánimo exhaustivo, como circunstancias favorecedoras del no positivismo principialista: el constitucionalismo y la inadecuada descripción del positivismo jurídico.

### 2.1 El tránsito del Estado de derecho liberal al Estado de derecho constitucional

Según Guastini<sup>30</sup>, el sintagma «Estado de derecho» tiene tres significados fundamentales: 1) es Estado de derecho aquel que garantiza ciertos derechos individuales frente al Estado (función garantista del Estado de derecho); 2) es también aquel en el que el poder político del Estado se encuentra limitado por el derecho. Los medios utilizados en orden a tal control han sido diversos: la fragmentación del poder, la creación de contrapoderes o la sumisión del poder a reglas y a controles jurisdiccionales. Este último instrumento de limitación del poder constituye la esencia del principio de legalidad, el cual, a su vez, determina el tercer significado de Estado de derecho: 3) es Estado de derecho aquel en el que todo ejercicio de poder político se halla sujeto al principio de legalidad.

<sup>27</sup> Vide HABERMAS, 1976.

<sup>28</sup> Vide sobre la teoría de K.O. APPEL, CORTINA, 1985.

<sup>29</sup> Éste, como otros elementos fundamentales del planteamiento general de la obra de ALEXY, ha generado un debate muy extenso, imposible de mostrar siquiera en síntesis. Tan sólo apuntaré que, curiosamente, su obra ha sido criticada desde las posiciones más encontradas, como el cognoscitivismo y el escepticismo o el relativismo éticos. Ejemplo de lo primero son: AMATO MANGIAMELI, 1994; RENNTO, 1991. Por otro lado, uno de los críticos más destacados desde el no cognoscitivismo ético ha sido OTA WEINBERGER: WEINBERGER, 1981; 1983; 1993.

<sup>30</sup> GUASTINI, 1992a, pp. 170-177. El profesor GUASTINI ha tratado esta problemática en otras sedes: GUASTINI, 1990 y GUASTINI, 1992b, cap. XVI. Con posterioridad se ha referido a esta cuestión en GUASTINI, 1993, pp. 249-250.

Guastini<sup>31</sup> distingue dos sentidos básicos de principio de legalidad: en sentido débil («legalidad formal»), el derecho se limita a otorgar competencias a ciertos órganos y a trazar a lo sumo procedimientos que encaucen la actividad normativa de dichos órganos. En sentido fuerte («legalidad material»), el principio de legalidad no sólo confiere competencias y marca procedimientos, sino que determina límites materiales a la actividad normativa del poder político. En este caso se controla el contenido de las normas promulgadas. Esta doble vertiente del principio de legalidad determina dos tipos de Estado de derecho: el Estado de derecho en sentido débil y el Estado de derecho en sentido fuerte, dependiendo del sentido en que rija el principio de legalidad en su caso. El principio de legalidad en sentido fuerte puede tener una extensión variable. En este punto Guastini diferencia el «Estado de derecho sin ulteriores especificaciones» del «Estado de derecho constitucional». En el primero, el principio de legalidad material no afecta al poder legislativo, que es, en consecuencia, omnipotente; en el segundo, el principio de legalidad material se extiende también sobre el legislativo<sup>32</sup>.

En definitiva, la diferencia fundamental entre el Estado de derecho sin más y el Estado de derecho constitucional reside en que en éste el poder legislativo se encuentra vinculado por normas que restringen materialmente su actividad normativa. El constitucionalismo es la doctrina que sirve de base al Estado de derecho constitucional.

A partir de estas precisiones, podría decirse que el paso de un «Estado de derecho sin ulteriores consideraciones» a un «Estado de derecho constitucional» favorece el desarrollo de un no positivismo principialista por dos razones fundamentales:

### 2.1.1 *Constitucionalismo y no positivismo*

El constitucionalismo favorece el *no positivismo* porque, si existe un límite material al poder normativo del legislador, tal límite debe provenir de alguna instancia que le sea ajena. Dicho en otros términos, la palabra derecho debe contener algún excedente respecto de la mera voluntad del legislador si la expresión «Estado de derecho» quiere no ser autorreferencial. Este excedente puede ser fácilmente identificado con la idea de ciertos derechos morales de las personas o con los dictados del derecho natural<sup>33</sup>. De ahí que el constitucionalismo haya favorecido el no positivismo jurídico.

Es interesante observar que el legislador, bajo un Estado de derecho sin ulteriores especificaciones, sólo se somete a la legalidad formal y ello significa que es omnipotente dentro de sus competencias. Bajo un

<sup>31</sup> Vide GUASTINI, 1992a, pp. 174-175.

<sup>32</sup> GUASTINI, 1992a, p. 176.

<sup>33</sup> Vide en este sentido las contribuciones de MONTANARI, 1992a; AMATO, 1992; D'AGOSTINO, 1992, y COTTA, 1992.

Estado de derecho sin ulteriores especificaciones y por lo que respecta al legislativo predomina por ello el principio dinámico al que se refiriera Kelsen en su *Teoría pura del derecho*<sup>34</sup>, en tanto que un Estado de derecho constitucional confiere una particular relevancia al principio estático. La moral sigue en lo esencial el principio estático, mientras que lo específico del derecho es su carácter dinámico. Por esta razón, el constitucionalismo, al potenciar el principio estático en las relaciones entre la constitución y la ley, favorece la aproximación estructural del derecho a la moral. En este sentido, afirma Prieto Sanchís<sup>35</sup>, anticipándonos el siguiente punto de esta exposición:

«La creciente presencia de principios puede entenderse como un cierto acercamiento del sistema dinámico al estático, como un intento de que toda norma o decisión jurídica resulte congruente con el conjunto de un ordenamiento que se considera dotado de sentido gracias precisamente a los principios. En suma, los principios apuntan a la idea de sistema; idea que no garantiza la bondad moral del Derecho, pero que sí hace de él un orden normativo donde el criterio estático o de la derivación material tenga siempre un papel que desempeñar.»

La coherencia, en efecto, no garantiza la bondad moral del sistema. Para conseguirla nacen precisamente instrumentos tales como la pretensión de corrección de Alexy<sup>36</sup>, la pretensión de sinceridad de Soper<sup>37</sup> o el rechazo a la fragmentación del discurso práctico de Nino<sup>38</sup>.

### 2.1.2 *El constitucionalismo y el principialismo*

El constitucionalismo favorece que el no positivismo sea *principialista* porque las normas constitucionales referidas a derechos se expresan fundamentalmente en forma de principio. En este sentido escribe Zagrebelsky<sup>39</sup>:

«Si el derecho actual está compuesto de reglas y de principios, cabe observar que las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son prevalentemente principios (...) Por ello, distinguir los principios de las reglas significa, a grandes rasgos, distinguir la Constitución de la ley.»

<sup>34</sup> Vide Kelsen, 1991, pp. 203 ss.

<sup>35</sup> Prieto Sanchís, 1992, pp. 24-25. Vide, en el mismo sentido, Prieto Sanchís, 1995a, pp. 78-79; 1995b, pp. 50 ss.

<sup>36</sup> Alexy, 1989, pp. 208 ss.; 274 ss., 313 ss.; Alexy, 1994, pp. 81 ss.

<sup>37</sup> Soper sostiene que el derecho obedece a una pretensión de aceptabilidad enraizada en el lenguaje y basada en la sinceridad, Soper, 1993, pp. 150, 181, 183 ss., 232. En contra, vide Prieto Sanchís, 1995a, p. 64, y, de este mismo autor, la recensión a la obra de Soper citada: Prieto, 1994.

<sup>38</sup> Nino sostiene, en línea con el planteamiento de Alexy, la tesis de la «no insularidad del discurso jurídico» (Nino, 1994, pp. 79 ss.). En contra, vide Moreso/Navarro/Redondo, 1992, p. 256.

<sup>39</sup> EDD, p. 110, IDM, p. 148.



De este modo, el constitucionalismo se muestra como un lugar de encuentro en el que no positivismo y principialismo confluyen armónicamente y, por esta razón, ha representado un inmejorable «banco de pruebas para la nueva teoría del derecho y ésta, a su vez (...) una óptima justificación del modo de actuar de aquél (el constitucionalismo)»<sup>40</sup>.

En la teoría de Zagrebelsky se aprecia la relación entre el constitucionalismo y el no positivismo principialista con claridad. Con razón, Prieto Sanchís<sup>41</sup> se ha referido a ella como una expresión de un «constitucionalismo por principios». El autor italiano insiste en poner de relieve la «igualdad de estilo argumentativo “en derecho constitucional” y “en derecho natural”<sup>42</sup> y en destacar que los derechos constitucionales «se asemejan, en su formulación universalista y abstracta, a los principios de derecho natural»<sup>43</sup>. Zagrebelsky parece concentrar la virtualidad del constitucionalismo contra el positivismo jurídico en estas particularidades estructurales y funcionales de los principios y no en los propios contenidos de la constitución y reconoce que la plasmación jurídico-constitucional de ciertos «derechos naturales» representa nada menos que el «máximo acto de orgullo del derecho positivo»<sup>44</sup>, de suerte que «la constitución no es derecho natural sino, antes bien, la manifestación más alta de derecho positivo»<sup>45</sup>, afirmaciones éstas que modulan el (quizá sólo aparente) antipositivismo del profesor de Turín.

Los principios no parecen de por sí un nexo entre el derecho y la moral. La vinculación surge del proceso de ponderación asociado necesariamente a los principios. La pluralidad de principios y la ausencia de jerarquía<sup>46</sup> confieren a su aplicación un «carácter inevitablemente creativo»<sup>47</sup>. En este punto Zagrebelsky acude a la concepción de Alexy<sup>48</sup> de los principios como mandatos de optimización, los que remiten invariablemente a una teoría ética y política.

En definitiva, a juicio de Zagrebelsky, el tránsito del Estado de derecho decimonónico al constitucional contemporáneo equivale al paso de un «derecho por reglas» a un «derecho por principios»<sup>49</sup>, que reflejaría «la sustitución de la soberanía concreta de la ley por la soberanía abstracta de la Constitución», como lo ha expresado Prieto Sanchís<sup>50</sup>. Zagrebelsky introduce en este punto una interesante traducción política y

<sup>40</sup> PRIETO SANCHÍS, 1995a, p. 68.

<sup>41</sup> PRIETO SANCHÍS, 1995b, p. 1.

<sup>42</sup> *EDD*, pp. 119 y 116; *IDM*, pp. 163 y 157.

<sup>43</sup> *EDD*, p. 115; *IDM*, p. 156.

<sup>44</sup> Excepcionalmente me aparto de la excelente traducción de la profesora Marina Gascón, para traducir literalmente «il massimo atto di orgoglio del diritto positivo» (*IDM*, p. 155) como «el máximo acto de orgullo del derecho positivo» en lugar de «el mayor rasgo de orgullo del derecho positivo» (*EDD*, p. 114).

<sup>45</sup> *EDD*, p. 116; *IDM*, p. 157.

<sup>46</sup> *Vide EDD*, p. 125; *IDM*, p. 170.

<sup>47</sup> *Vide EDD*, p. 112; *IDM*, p. 151.

<sup>48</sup> *Vide EDD*, p. 125; *IDM*, p. 171.

<sup>49</sup> *Vide EDD*, p. 112; *IDM*, p. 151.

<sup>50</sup> PRIETO SANCHÍS, 1995a, p. 38.

aun sociológica del fenómeno. En el Estado de derecho del siglo pasado se percibe un cierto monismo que se concreta en una estructura jurídico-política monolítica asentada sobre una concepción nítida de lo que significa la soberanía. Por el contrario, en la actualidad ese esquema no parece corresponderse con la realidad. Asistimos a una relativización de conceptos como la soberanía (hacia el exterior y hacia el interior), así como a una serie de transformaciones políticas que están presididas por el pluralismo y que se plasman jurídicamente en lo que Pérez Luño ha denominado expresivamente el «desbordamiento de las fuentes del derecho»<sup>51</sup>. No se puede concebir el derecho a partir de un principio político dominante que ofrezca una unidad al ordenamiento, según la rígida lógica del *aut-aut* (de las reglas), sino que se impone una unidad dúctil (*unità mite*) que, regida por la lógica del *et-et* (propia de los principios), contempla la multiplicidad ideológica y política que encierra la constitución<sup>52</sup>, reforzando la dimensión moral del derecho. La idea de la *mitezza* se halla así íntimamente ligada a la dimensión principal del derecho y a la inadecuación de un modelo positivista de éste.

El diagnóstico que ofrece Zagrebelsky acerca de las transformaciones del derecho actual parece adecuado. Sin embargo, no comparto que el remedio para dar respuesta a las nuevas situaciones que enfrenta la ciencia del derecho sea una concepción no positivista. La creciente complejidad del derecho no parece un argumento suficiente para abandonar radicalmente la perspectiva positivista. Que el derecho se transforme, incluso si, como asegura Zagrebelsky, el advenimiento del Estado constitucional hubiese representado un auténtico «cambio genético»<sup>53</sup>, no debe significar que los métodos para conocerlo estén equivocados. Esto sería tanto como afirmar que deberíamos transformar la biología cada vez que un virus experimentara una mutación<sup>54</sup>. El positivismo jurídico es fundamentalmente una actitud, un método. Por esta razón, el tránsito desde el Estado de derecho hacia el Estado de derecho constitucional no tiene por qué alterar el modo en que el estudioso del derecho deba aproximarse a ese objeto. En el sintagma «teoría pura del derecho» (abstrayendo estos términos de su concreta formulación kelseniana) la pureza se predica de la teoría y no del derecho. Muchos críticos del positivismo jurídico parecen no tener en cuenta este extremo.

Quizá deba buscarse la raíz de este problema en la concepción excesivamente rígida y trasnochada del positivismo que Zagrebelsky toma

<sup>51</sup> Vide PÉREZ LUÑO, 1993b.

<sup>52</sup> Vide IDM, p. 15 ss.; EDD, p. 17 ss.

<sup>53</sup> EDD, p. 33; IDM, p. 39 («*un vero e proprio mutamento genetico*»).

<sup>54</sup> El argumento de la mutación genética del derecho moderno cae en un error semejante al que cometiera KIRCHMANN (vide KIRCHMANN, 1983) cuando impugnó el *status* científico para la jurisprudencia precisamente a causa de su mutabilidad. CALSAMIGLIA, cuando examina las debilidades del planteamiento de KIRCHMANN, se pregunta precisamente: «¿serían incognoscibles los virus porque mutan?» (CALSAMIGLIA, 1986, p. 57). La misma pregunta podemos, así pues, plantearnos en este caso: ¿sería imposible el conocimiento neutral del derecho porque éste haya cambiado de manera más o menos sustancial?

(aunque no siempre) como referencia en su obra. La tendencia de los críticos del positivismo a deformar al adversario, gravándole con cargas que naturalmente no le corresponden, se ha convertido ya en una estrategia habitual, que ha sido puesta de relieve con frecuencia en el caso de Dworkin. Que Zagrebelsky incurre claramente en esta tentadora práctica es evidente a poco que se examine la caracterización del positivismo en *El derecho dúctil*. Lectores de esta obra como Gregorio Peces-Barba<sup>55</sup> en el epílogo a la edición española de la obra del constitucionalista italiano Luis Prieto Sanchís<sup>56</sup> o Francisco Javier Ansuátegui Roig<sup>57</sup> han insistido ya en esta cuestión. La enriquecedora precedencia de sus aportaciones no precluirá una referencia a este asunto, aunque sí la hará más breve.

## 2.2 El modelo positivista de referencia de los no positivistas es excesivamente estrecho

La configuración de un positivismo estrecho ha permitido, así pues, incompatibilizar principios y positivismo y restringir la versatilidad del positivismo jurídico para contemplar el Estado de derecho constitucional. Sin embargo, ello tiene lugar a cambio de una consecuencia intolerable: la desactivación de la propia capacidad crítica del no positivismo, pues esta estrategia conduce inevitablemente a «errar el blanco»<sup>58</sup>.

Para dar cuenta de esta situación conviene antes que nada constatar la pluralidad de significados de «positivismo jurídico». Inspirado por lo que Carrió<sup>59</sup> denominara el «espíritu de Bellagio», Bobbio<sup>60</sup> distinguió tres acepciones básicas de positivismo jurídico de uso hoy común en el ámbito de la filosofía del derecho: positivismo jurídico como enfoque o método, positivismo jurídico como teoría y positivismo jurídico como ideología. En síntesis, el positivismo jurídico como enfoque sostiene que no existe una relación conceptual necesaria entre derecho y moral. El positivismo jurídico como teoría afirma que el derecho constituye una entidad perfecta, sin fisuras. El derecho no adolecería de lagunas, antinomias o imprecisiones lingüísticas y, en el caso de que las tuviera, siempre disfrutaría de algún recurso para ofrecer una solución jurídica correcta. Finalmente, el positivismo jurídico como ideología establece que se debe obedecer al derecho positivo por el mero hecho de ser tal.

La tesis fundamental del positivismo jurídico en vigor es la sostenida por el positivismo como enfoque, la que nos exhorta a distinguir cuidadosamente el derecho que es del derecho que debe ser; a pesar de

<sup>55</sup> Vide PECES-BARBA, 1995, pp. 162 ss.

<sup>56</sup> Vide PRIETO SANCHÍS, 1995b.

<sup>57</sup> Vide ANSUÁTEGUI ROIG, 1994, especialmente pp. 128 ss.

<sup>58</sup> NINO, 1985, p. 145.

<sup>59</sup> CARRIÓ, 1981, p. 6.

<sup>60</sup> Vide BOBBIO, 1993, parte II. ANSUÁTEGUI ROIG, 1994, PECES-BARBA, 1995, y PRIETO SANCHÍS, 1995b toman la clasificación de BOBBIO como punto de partida de sus críticas al planteamiento de ZAGREBELSKY.

todo lo cual, es frecuente que los críticos del positivismo tiendan a vincular esencialmente la noción de positivismo a sus acepciones segunda y tercera, acepciones hoy independientes y aun contradictorias con la primera.

Numerosas afirmaciones de Zagrebelsky en *Il diritto mite* tienden a persuadirnos de que el autor italiano procede de esta manera cuando manifiesta su no positivismo. Zagrebelsky concentra su crítica en las concepciones del positivismo como teoría (2.2.1) y como ideología (2.2.2) a la hora de criticar el positivismo y presta poca atención al positivismo como enfoque (2.2.3). El resultado es que «los embates de Zagrebelsky se dirigen contra un positivismo que ya nadie sostiene»<sup>61</sup>. Veámoslo con más detenimiento.

### 2.2.1 *El positivismo como teoría en Il diritto mite*

En primer lugar, Zagrebelsky parece considerar como central la tesis del positivismo como teoría al imputar al positivismo jurídico *in toto* la tesis del silogismo en el ámbito de la teoría de la interpretación: si el derecho es una entidad perfecta, entonces no puede tener lugar discreción alguna en la aplicación del derecho. Zagrebelsky afirma que la idea de la aplicación mecánica del derecho es «típicamente positivista»<sup>62</sup> y que esta exclusión de la discreción judicial es propia de «la concepción positivista tradicional»<sup>63</sup>; por ello, a juicio de Zagrebelsky, la «mentalidad del positivismo» no es proclive a las «normas de principio»<sup>64</sup> o «elásticas» o «abiertas»<sup>65</sup>, en cuanto que generarían una especie de *horror vacui* jurídico intolerable para la seguridad jurídica tan estimada por el positivismo.

Creo que estas ideas no son exactas y el propio Zagrebelsky termina por reconocer que hoy en día está fuera de discusión que el ordenamiento jurídico no constituye una entidad perfecta como se había pretendido desde el positivismo como teoría y que la teoría de la subsunción no es compartida por nadie<sup>66</sup>. El positivismo vigente mantiene fundamentalmente la llamada «tesis de la discreción». Según ésta, cuando el operador jurídico se halla ante un caso difícil, cuando el ordenamiento no le brinda una respuesta a la controversia, entonces debe recurrir a la discreción. La tesis de la discreción presupone, claro está, que los sistemas jurídicos no son perfectos. Sólo un formalismo trasnochado se aventuraría a defender un positivismo como teoría y una concepción silogística de la interpretación jurídica.

<sup>61</sup> PRIETO SANCHÍS, 1995b, p. 47.

<sup>62</sup> *EDD*, p. 111; *IDM*, pp. 149-150.

<sup>63</sup> *EDD*, p. 131; *IDM*, p. 180.

<sup>64</sup> *EDD*, p. 112; *IDM*, p. 152.

<sup>65</sup> *EDD*, p. 136; *IDM*, p. 186.

<sup>66</sup> *EDD*, p. 134; *IDM*, p. 184. En efecto, nadie defiende la teoría de la aplicación silogística del derecho. Tampoco el positivismo jurídico actual.

Paradójicamente, sí encontramos entre ciertos no positivistas una tendencia a concebir el derecho como una entidad perfecta<sup>67</sup>. El positivismo como teoría parece haber dejado paso a lo que podríamos denominar un *no positivismo como teoría*, pues éste pretende determinar siempre una única respuesta correcta a través de la moralización del derecho. La teoría de Dworkin sería un caso paradigmático. Dworkin<sup>68</sup> mantiene que existe una única respuesta correcta a nuestros interrogantes prácticos y ello incluye las controversias jurídicas, si bien sólo un juez ideal, al que Dworkin llama Hércules, tendría la posibilidad de acceder a tal respuesta.

El resultado de estas reflexiones es bastante curioso, puesto que todas estas circunstancias ponen de manifiesto que Zagrebelsky «(malgré lui) no resulta tan antipositivista»<sup>69</sup>: el positivismo actual rechaza con vigor lo que Zagrebelsky le ha imputado injustamente y, por si ello fuera poco, es precisamente el no positivismo de Dworkin, el que defiende el planteamiento criticado por Zagrebelsky.

### 2.2.2 *El positivismo como ideología en Il diritto mite*

En un momento de su obra, Zagrebelsky hace referencia a los crímenes perpetrados por el *Tercer Reich* y de sus palabras parece desprenderse esa vieja denuncia que acusa al positivismo jurídico (o al menos al no cognoscitivismo ético) de complicidad con los regímenes totalitarios<sup>70</sup>. Zagrebelsky procede de nuevo metonímicamente y critica al todo por una de sus partes (si es que puede considerarse que positivismo como método y como ideología son especies de un mismo género, lo cual no parece acertado) cuando descalifica el positivismo en general por las deficiencias de la concepción del positivismo jurídico como ideología. Esta confusión de positivismo como enfoque y positivismo como ideología ha representado, como es sabido, un elemento fundamental en el desarrollo del no positivismo de la posguerra que atribuyó al positivismo jurídico buena parte de la responsabilidad en el surgimiento de regímenes totalitarios. Se decía que la concepción avalorativa del derecho legitimaba cualquier régimen por injusto que fuera. Zagrebelsky habla en este sentido, una vez más, de la «reducción de la justicia a la ley»<sup>71</sup>.

Esta crítica sería adecuada si el positivismo sostuviera el llamado positivismo como ideología. Pero la realidad es que muy pocos autores la han mantenido. De entre los relevantes, quizá solamente Hobbes<sup>72</sup> aun-

<sup>67</sup> Vide PRIETO SANCHÍS, 1995a, p. 12.

<sup>68</sup> Vide especialmente DWORKIN, 1977.

<sup>69</sup> PRIETO SANCHÍS, 1995b, pp. 30-31.

<sup>70</sup> EDD, p. 106; IDM, p. 143.

<sup>71</sup> EDD, p. 96; IDM, p. 127.

<sup>72</sup> Vide BOBBIO, 1993, p. 147; PRIETO SANCHÍS, 1995b, p. 9; ANSUÁTEGUI ROIG, 1994, pp. 130-132.

que también, en opinión de Nino<sup>73</sup>, Radbruch «antes de su conversión al iusnaturalismo». El positivismo actual no propugna de ningún modo un positivismo como ideología y, es más, si alguna teoría puede ser acusada de haber legitimado órdenes injustos ésa es la iusnaturalista<sup>74</sup>.

### 2.2.3 *El positivismo como método en Il diritto mite*

El positivismo de hoy en día rechaza, como he señalado, tanto el positivismo teórico como el ideológico. Se aleja del teórico mediante la tesis de la discreción y evita (y combate) el ideológico mediante la distinción entre el derecho que es y el que debe ser, entre el derecho vigente y la moral crítica. La pretensión normativa más importante del positivismo consiste precisamente en evitar que la moral sea legalizada y que la obediencia al derecho se convierta en una práctica incuestionable.

Se suelen señalar dos tesis sustanciales del positivismo jurídico como método: la «tesis de las fuentes sociales» y la «tesis de la falibilidad moral»<sup>75</sup>. Según la primera, el derecho tiene un origen social que lo hace susceptible de un análisis independiente de la moral; de acuerdo con la segunda, la validez jurídica no implica la corrección moral del derecho.

En realidad, cabría observar un nexo entre ambas tesis, porque si el derecho tiene su origen en los hombres (tesis de las fuentes sociales) no es de extrañar que sea falible, y no sólo moralmente (tesis de la falibilidad moral), sino en cualquier otro sentido (técnicamente, por ejemplo, en contra del positivismo como teoría). El positivismo jurídico (como método) no idealiza el derecho, no exige de éste más de lo que cabe esperar de él, porque el positivismo jurídico es plenamente consciente de que el derecho es obra de los hombres. Esto le diferencia del iusnaturalismo y, en general, del no positivismo. Éste busca siempre una cierta alteridad respecto a la voluntad de los hombres que proporcione al derecho un momento de incondicionalidad<sup>76</sup>, basado en lo sacro o lo divino, en la historia o en la pragmática lingüística, que tiende a idealizarlo. Por todo ello, creo que las posiciones no positivistas conducen invariablemente a una forma de platonismo, pues se vincula el concepto de derecho a un supuesto derecho del mundo de las ideas de cuyas esencias aquél no puede prescindir sino muy matizadamente. Este tipo de posiciones «asume el punto de vista del *good man* (en este caso del *legal man*) y descuida considerar el punto de vista del *bad man*»<sup>77</sup> y, por ello, «en el mejor de los casos da cuenta de la fisiología y no de la patología del fenómeno jurídico»<sup>78</sup>.

<sup>73</sup> NINO, 1993, p. 527.

<sup>74</sup> Vide sobre este asunto GARZÓN VALDÉS, 1970 y 1988.

<sup>75</sup> Vide, por ejemplo, BAYÓN, 1991, pp. 18-19; RAZ, 1982, pp. 52 ss.

<sup>76</sup> HABERMAS, 1988, pp. 25, 28, 34.

<sup>77</sup> COMANDUCCI (1994, p. 116) se expresa en estos términos al referirse a la teoría de AARNIO. Creo que esta crítica es extensible al no positivismo en general y singularmente al propugnado por la dogmática.

<sup>78</sup> COMANDUCCI, 1994, p. 117.

Estas reflexiones tienen un carácter general, pero veamos cómo pueden afectar al modelo de Zagrebelsky. En este constitucionalista italiano se observan, junto a rotundas afirmaciones antipositivistas, indicios de que su afán por separarse del positivismo «es más bien estético y retórico»<sup>79</sup> e incluso de que «el más vigoroso hilo conductor de *El derecho dúctil* constituye un magnífico ejemplo del positivismo»<sup>80</sup>.

En principio, esta ambigüedad parece difícil de explicar. Sin embargo, creo que responde a un fenómeno ampliamente extendido en la dogmática jurídica: el rechazo del positivismo como medio de legitimación de la propia actividad dogmática. Se reviste al derecho con un halo de justicia (contra el positivismo *como método*), que sirve posteriormente para estudiar y aplicar el derecho a la manera del positivismo (esta vez *ideológico*)<sup>81</sup>. Ésta es una práctica que suele advertirse con sólo hojear ciertos manuales de derecho civil. La introducción de este tipo de obras puede ser profundamente iusnaturalista y ofrecer una visión platónica del derecho, pero el desarrollo posterior no suele ser coherente y con frecuencia llega aparentemente a abjurar del iusnaturalismo solemnemente declarado en las páginas introductorias. Se produce «una clara separación entre el concepto (de derecho objetivo) filosófico y el práctico»<sup>82</sup>. La explicación de esta disociación se halla, a mi juicio, en el punto de vista interno que el dogmático, como el juez<sup>83</sup>, adopta al abordar la tarea de describir el derecho.

El punto de vista interno es, fundamentalmente, el propio del participante. El punto de vista externo representa la perspectiva del observador. La dogmática es una disciplina «marcadamente nacional»<sup>84</sup>, que se desarrolla por lo general al amor de un texto articulado y que estudia el derecho desde su propio interior. Por todo ello, el punto de vista interno del dogmático presupone cierta aceptación del sistema jurídico, mientras que la perspectiva externa pretende ser neutral al describir el objeto en presencia. Pues bien, la asunción moral del derecho desde el punto de vista interno tiende a ser legitimada mediante la creación de un fuerte vínculo entre el derecho y la teoría de la justicia, esto es, merced a la adscripción conceptual necesaria de la corrección moral al derecho.

El resultado de este proceder por parte de la dogmática representa una forma de «pensamiento confundente»<sup>85</sup>, porque se confunde la relación de identidad con la relación de «tener que ver». Es claro que el derecho *tiene que ver* con la justicia, pero el derecho no *es* la justicia, ni es

<sup>79</sup> PECES-BARBA, 1995, p. 167.

<sup>80</sup> «... en una de sus modalidades más descarnadas, que es una cierta versión del sociologismo historicista», concluye PRIETO SANCHÍS, 1995b, p. 46.

<sup>81</sup> Las críticas de las que es objeto la ciencia jurídica desde el marxismo suelen destacar de ésta precisamente su dimensión legitimadora. *Vide*, por ejemplo, BARCELONA/HART/MÜCHENBERGER, 1988.

<sup>82</sup> ASÍS ROIG, 1987, p. 140.

<sup>83</sup> *Vide* AARNIO, 1991, pp. 50-51.

<sup>84</sup> ATIENZA, 1991a, pp. 185-186.

<sup>85</sup> La expresión es de ORTEGA Y GASSET, citado por MARÍAS, 1986, p. 33.

necesariamente justo o moralmente correcto. Sin embargo, el dogmático, como el no positivista en general, parece dispuesto a afrontar este tipo de problemas con tal de preservar el platonismo al que conduce el punto de vista interno desde el que estudian el derecho.

Pienso que es incluso posible reconstruir el *iter* de esta confusión en el seno de la dogmática. Me parece que la dogmática suele defender un concepto platónico del derecho, que nace de la confusión de dos nuevos términos: lo general y lo ideal. La dogmática suele trabajar con una parte del derecho nacional y cuando debe determinar un concepto general de derecho, entonces confunde lo *general* con lo *ideal* y tiende a incorporar en el concepto general de derecho notas propias del derecho ideal o, como se ha dado en llamar en Alemania, desde los tiempos de Stamm-ler<sup>86</sup> y Radbruch<sup>87</sup>, de la «idea del derecho» (*Rechtsidee*). Esto explica que cuando un dogmático escribe sobre teoría general del derecho, sostenga normalmente una perspectiva no positivista.

Con el auxilio de un pasaje del *Fragmento sobre el gobierno* de Bentham quizá se pueda apreciar mejor este modo de operar: «el ser del derecho es, en los diferentes países, enteramente distinto, mientras que lo que debe ser es, en todos los países, muy semejante»<sup>88</sup>. Pues bien, cuando un dogmático, habituado a moverse en el ámbito concreto del defectuoso derecho positivo vigente, en «el ser del derecho», debe emprender la tarea de definir el concepto general de derecho («lo semejante», lo común a todo derecho) se encuentra ante el derecho justo, el derecho ideal [el «deber ser del derecho (que) es en todos los países muy semejante»]. Entonces sólo un paso separa al dogmático de la identificación del ser en abstracto del derecho con su deber ser, del concepto de derecho general con el derecho justo, un paso que da decididamente, coherente con el punto de vista interno característico de la dogmática.

Ahora bien, ¿cuál es el derecho ideal de Zagrebelsky? o, dicho de otro modo, ¿cuál es la moral correcta, que propone el autor italiano? No creo que pueda darse una respuesta definitiva a esta cuestión. Sin embargo, debe tomarse en consideración que si se rechaza el axioma fundamental del positivismo jurídico (la distinción entre el derecho que es y el que debe ser), suele ser en virtud de una concepción metaética descriptivista. Zagrebelsky rechaza de una manera un tanto oscura la división estricta de ser y deber ser<sup>89</sup> y parece conferir un gran protagonismo a los postulados éticos normativos del humanismo cristiano, que se plasmarían en el desarrollo de los derechos fundamentales. En el epílogo a la obra de Zagrebelsky, Peces-Barba insiste en que la vinculación del desarrollo de los derechos humanos a la doctrina cristiana que propone el autor italiano es históricamente incorrecta y, lo que es más importante,

<sup>86</sup> STAMMLER, 1980, pp. 4, 5, 20, 37, 46, 217, 259 ss., 311, 314, 362, 370.

<sup>87</sup> RADBRUCH, 1959, pp. 11-12, 47, 70, 95.

<sup>88</sup> BENTHAM, 1973, p. 9.

<sup>89</sup> EDD, p. 118; IDM, p. 160.



ocasiona un agravio comparativo a las ideas que verdaderamente han impulsado los derechos fundamentales, singularmente la tradición socialista. En realidad, la historia de los derechos humanos es la historia de una lucha, cuyos orígenes están muy relacionados con la modernidad, el laicismo y el pluralismo, unos valores por los que la Iglesia católica no ha mostrado especial interés<sup>90</sup>.

### 3. ALGUNAS CONCLUSIONES

Los días 20 y 21 de diciembre de 1995 se celebró en la Facultad de Derecho de Albacete un encuentro de constitucionalistas y filósofos del derecho con motivo de la presentación de la traducción al castellano de *Il diritto mite* a cargo de la profesora Marina Gascón Abellán. Este acto permitió a Zagrebelsky matizar algunos de sus planteamientos. Las conclusiones que siguen se escriben justamente a la luz de esas precisiones. Aquí se ha considerado *El derecho dúctil* como una expresión más de lo que he denominado no positivismo principialista. Expondré, pues, primero algunas conclusiones sobre su no positivismo y, en segundo término, otras acerca de su principialismo.

3.1 En el curso del referido encuentro, Zagrebelsky moderó aparentemente su antipositivismo y admitió la necesidad de un punto de vista externo como requisito necesario en orden a la preservación de la moral crítica como instancia evaluadora del derecho. Esto no obstante, reivindicó al mismo tiempo el punto de vista interno desde su perspectiva de constitucionalista. En suma, Zagrebelsky fue nuevamente ambiguo: por un lado, admitió la necesidad de un punto de vista externo y, por otro, lo rechazó, apoyándose en una aristotélica y estricta separación de las ciencias de la naturaleza y del espíritu; lo cual, en este contexto, es tanto como adherirse a la corriente hermenéutica frente a la analítica y a la comprensión (*verstehen*) frente a la explicación (*erklären*)<sup>91</sup>. Creo que la ambigüedad descrita tiene mucho que ver, en definitiva, con la condición de dogmático del autor italiano, en el sentido aquí señalado<sup>92</sup>.

La primera parte de *El derecho dúctil* describe el tránsito desde el Estado de derecho liberal al Estado de derecho constitucional en unos términos que tuvieron buena acogida entre los constitucionalistas. Sin embargo, inferir, como propone Zagrebelsky, la inadecuación del positivismo jurídico a partir de esta transformación es muy discutible. El positivismo jurídico es, por encima de todo, una actitud y, por ello, que el objeto de estudio se modifique no debería alterar el modo de aproximarse a él. El derecho puede cambiar, puede adoptar formas diversas más o

<sup>90</sup> Vide PECES-BARBA, 1995, pp. 159-161 y 169 ss. En el mismo sentido, ANSUÁTEGUI ROIG, 1994, pp. 129 y 136.

<sup>91</sup> Vide WRIGHT, 1987.

<sup>92</sup> *Supra* 2.2.3.

menos complejas, pero el talante avalorativo de quien lo describa no debería experimentar alteración alguna por esa causa. Dicho de otro modo, la transformación del derecho a la que alude Zagrebelsky es una razón explicativa, no justificatoria, de la crisis del positivismo jurídico. Que el derecho de hoy sea diferente del decimonónico *explica* que ciertos autores se hayan visto tentados de abandonar los postulados positivistas, pero no *justifica* que lo hayan hecho. Las razones de Zagrebelsky en contra del positivismo se sitúan, dicho en otros términos, en el *contexto de descubrimiento* y no en el de *justificación*<sup>93</sup>. Sin embargo, esta confusión quizá no constituya sino una derivación del punto de vista interno propugnado por este y otros autores.

3.2 En este trabajo he partido del presupuesto de que los principios han representado en la mayoría de los casos un instrumento redundante para expresar una cuestión mucho más amplia y de mayor alcance: la de la teoría de la argumentación jurídica. Una de las intervenciones de Zagrebelsky en el encuentro de Albacete es reveladora de esta situación. El profesor italiano recurre a los principios para la resolución de lo que Maccormick<sup>94</sup> denomina «problemas de hecho secundarios» o «de calificación». Los llamados casos difíciles exigen el recurso a una teoría de la argumentación jurídica, pero no se entiende bien por qué deba ser necesariamente a través de principios, salvo acaso porque sean identificados indiscriminadamente con el conjunto de mecanismos que operan en el ámbito de la teoría de la argumentación jurídica. Si mi impresión es correcta, esta posición presupone entonces una visión un tanto imprecisa del concepto de principio y, como señaló Atienza, pone de manifiesto una cierta «falta de análisis».

Al margen de este tipo de consideraciones, creo que lo más destacable de la concepción de los principios del autor italiano consiste en la atractiva traducción constitucional e incluso sociológica del auge de los

---

<sup>93</sup> La distinción entre *contexto de descubrimiento* (*context of discovery*) y *contexto de justificación* (*context of justification*) se desarrolla en la filosofía de la ciencia (*vide* REICHENBARCH, 1967, p. 240). En el contexto de descubrimiento se analizan los condicionamientos de orden psicológico o sociológico que han dado lugar a una teoría, esto es, las causas, motivos o razones explicativas. En el contexto de justificación se hallan, en cambio, las razones justificatorias que se ofrecen en apoyo de una teoría. Esta distinción ha gozado de una especial fortuna en la teoría de la argumentación jurídica de ALEXY y de MACCORMICK (*vide*, por ejemplo, ATIENZA, 1991b, pp. 22 ss.).

Algunos autores han cuestionado la validez de la tajante separación de ambos contextos (*vide* CALSAMIGLIA, 1986, pp. 35 ss.). En cualquier caso, adoptamos la distinción bien útil para nuestros fines.

<sup>94</sup> MACCORMICK, 1978, pp. 93 ss. El autor escocés toma como ejemplo el caso MacLennan contra MacLennan. El señor MacLennan había estado fuera de casa durante más de un año. A su vuelta encuentra a su mujer embarazada. La señora MacLennan admite que el hijo que espera no es de su marido, pero al tiempo afirma que es fruto de una inseminación artificial. El problema de hecho secundario surge porque, fijados los hechos primarios (que la señora MacLennan fue inseminada artificialmente), debe determinarse si en este caso rige o no la calificación de tales hechos primarios como adulterio. No se entiende claramente el modo en que los principios deban resolver de por sí este tipo de conflictos, salvo que se estipule que todos los recursos de la teoría de la argumentación jurídica constituyen razonamientos por principios, lo cual no parece satisfactorio.

principios como un reflejo del pluralismo imperante. Un pluralismo, por cierto, que parece entrar en colisión con el monismo de una doctrina como la de la Iglesia católica.

En la obra de Dworkin los principios parecen ser un recurso retórico más en su proyecto antiutilitarista de política jurídica (que no de teoría del derecho) y en el planteamiento de Alexy la noción de principio asemeja más una mera comparsa de la tesis de la pretensión de corrección, que un argumento antipositivista de plena autonomía. En el caso de Zagrebelsky, como en otros autores, los principios presentan dos problemas: en primer lugar, constituyen una reformulación afortunada de un problema que, sin embargo, les excede completamente: la cuestión de la necesidad de una teoría de la argumentación jurídica o, en términos análogos, de una metodología jurídica, como el profesor García Amado pusiera de relieve durante su intervención en las repetidas jornadas en Albacete; en segundo lugar, los principios consagran, paradójicamente, una concepción silogística de la actividad judicial contra la que aparentemente se revelan, pues la existencia de principios presupone la de las reglas y éstas no son sino expresión de la aplicación mecánica del derecho.

En todo caso, *El derecho dúctil* no se agota en el no positivismo principialista examinado aquí. Es una cuestión de justicia destacar precisamente la pretensión integradora de sus propuestas. Ésta representa, a juicio de Rubio Llorente<sup>95</sup>, su mayor mérito. Este talante ha posibilitado un diálogo interdisciplinar<sup>96</sup> entre áreas de la reflexión jurídica como el derecho constitucional y la filosofía del derecho, que seguramente debe intensificarse.

#### OBRAS CITADAS

- AARNIO, A: «Lo racional como razonable», trad. de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1991.
- ALEXY, R., «Zum Begriff des Rechtsprinzips», en *Rechtstheorie*, cuaderno 1 (1979), pp. 59-88. Este artículo ha sido publicado de nuevo en un reciente volumen recopilatorio: ALEXY, 1995, pp. 177-212.
- «Rechtsregeln und Rechtsprinzipien», en MacCormick, D.N.; Panon, S., y Lombardi Vallauri, L. (comps.), *Geltungs und Erkenntnis-Bedingungen im modernen Rechtsdenken*, en ARSP, cuaderno 25 (1985), pp. 13-29.
- «Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica», trad. de Manuel Atienza, *Doxa*, núm. 5 (1988), pp. 139-151.
- «Teoría de la argumentación jurídica» (1978), trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

<sup>95</sup> Vide RUBIO LLORENTE, 1994, p. 432: «(su) mayor mérito está (...) no tanto en la aportación de elementos nuevos como en el intento de construir lo que casi podríamos llamar una nueva Teoría del Estado y del Derecho con elementos ya conocidos, pero hasta ahora presentados como fenómenos aislados, sin conexión entre sí».

<sup>96</sup> Un diálogo que, desde el punto de vista del filósofo del derecho, sería bueno se rigiera por algunas directrices que nos ofrece GIANFORMAGGIO, 1991, pp. 3-4.

- 1993a: «Teoría de los derechos fundamentales», trad. de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- 1993b: «Mauerschützen. Zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit», Vandenhoeck & Ruprecht, Gotinga, 1993,
- «El concepto y la validez del derecho», trad. de Jorge M. Seña, Gedisa, Barcelona, 1994.
- «Recht, Vernunft, Diskurs», *Suhrkamp*, Frankfurt del Meno, 1995.
- AMATO S., «Diritto dello Stato e Stato di diritto», en MONTANARI 1992, pp. 37-71.
- AMATO MANGIAMELI, A. C., «Varizioni positivistiche e giusnaturalistiche sulla dialettica fra diritto e morale. Osservazioni in margine a “Begriff und Geltung des Rechts” di Robert Alexy», en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* (enero/febrero 1994), pp. 3-35.
- ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., «Crisis del positivismo jurídico? Dos respuestas italianas: Zagrebelsky y Scarpelli», en *Derechos y Libertades*, núm. 2 (1994), pp. 113-151.
- ASÍS ROIG, R. DE, «El derecho y la moral en la doctrina civil española», en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 2 (1987), pp. 119-147.
- ATIENZA, M. (1991a): «Introducción al derecho», Barcanova, Barcelona, 1991, pp. 185-186.
- (1991b) «Las razones del derecho», Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- «Recensión a Alexy 1993a», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 17 (1994), pp. 241-246.
- ATIENZA, M./RUIZ MANERO, J., «Sobre principios y reglas», en *Doxa*, núm. 10 (1991), pp. 101-120.
- «Objeciones de principio. Respuesta a Aleksander Peczenik y Luis Prieto Sanchís», en *Doxa*, núm. 12 (1992), pp. 333-352.
- «Tres enfoques de los principios jurídicos», en SQUELLA, 1993, pp. 329-356.
- BARCELONA, P./HART, D./MÜCKENBERGER, U., «La formación del jurista. Capitalismo monopolístico y cultura jurídica», trad. de Carlos Lasarte Álvarez, Civitas, Madrid, 1988.
- BAYÓN MOHÍNO, J. C., «La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción», Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- BENTHAM, J., «Fragmento sobre el gobierno» (1776), trad. de Julián Larios Ramos, Aguilar, Madrid, 1973.
- BOBBIO, N., voz «Principi generali di diritto», en *Novissimo Digesto Italiano XII*, UTET, Turín, 1982 (reimpr.), pp. 887-896.
- «El positivismo jurídico», trad. de Rafael de Asís y Andrea Greppi, Debate, Madrid, 1993.
- CALSAMIGLIA, A., «Introducción a la ciencia jurídica», Ariel, Barcelona, 1986, p. 57.
- CARRIÓ, G. R., «Dworkin y el positivismo jurídico», Universidad Nacional Autónoma de México, México D. F., 1981.
- «Notas sobre derecho y lenguaje», Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990 (4.<sup>a</sup> ed.).
- COMANDUCCI, P., «Aarnio ed il problema della certezza del diritto», en Comanducci, P. y Guastini, R (comps.), *Analisi e diritto 1994*, Giappichelli, Turín, 1994, pp. 111-129. Recientemente ha sido publicada su traducción al inglés: «Aarnio and the problem of legal certainty», en *Rechtstheorie*, núm. 26 (1995), pp. 27-44.
- CORTINA, A., «Razón comunicativa y responsabilidad solidaria. Ética y política en K. O. Apel», Sígueme, Salamanca, 1985.

- COTTA, S., «E per finire un'ipotesi antropologica», en MONTANARI 1992, pp. 229-237.
- COTTERRELL, R., «The politics of jurisprudence. A critical introduction to legal philosophy», Butterworths, Londres-Edimburgo, 1989.
- D'AGOSTINO, F., «Lo Stato di diritto e il disagio del giurista», en MONTANARI, 1992, pp. 183-192.
- DWORKIN, R. M., «Is There Really No Right Answer in Hard Cases», en *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Oxford, 1977, pp. 119-145. Existe traducción española a cargo de Maribel Narvéez Mora, en Casanovas, P. y Moreso, J. J. (comps.), «El ámbito de lo jurídico», Crítica, Barcelona, 1994, pp. 475-512.
- «Los derechos en serio», trad. de Marta Guastavino, Ariel, Barcelona, 1984.
- «El imperio de la justicia», trad. de Claudia Ferrari, Gedisa, Barcelona, 1992.
- ESSER, J., «Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho», trad. de Valentí Fiol, Bosch, Barcelona, 1961.
- GARZÓN VALDÉS, E., «Derecho y naturaleza de las cosas», Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba (Argentina), 1970, dos tomos.
- «Introducción, en Garzón Valdés, E.» (comp.), *Derecho y filosofía*, trad. de Carlos de Santiago, Barcelona/Caracas, 1988, pp. 5-41.
- GIANFORMAGGIO, L., «Il filosofo del diritto e il diritto positivo», en Zaccaria, G. (comp.), *Diritto positivo e positività del diritto*, Giappichelli, Turín, 1991, pp. 3-23.
- GUASTINI, R., «Le garanzie dei diritti costituzionali e la teoria dell'interpretazione», en Comanducci, P. y Guastini, R. (comps.), *Analisi e diritto 1990, ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Turín, 1990, pp. 99-114.
- (1992a) «Note su Stato di diritto, sistema giuridico e sistema politico», en MONTANARI, 1992, pp. 169-182.
- (1992b) *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli, Turín, 1992.
- «La garantía de los derechos fundamentales en la Constitución italiana», trad. de Andrea Greppi, en *Derechos y Libertades*, núm. 1 (1993), pp. 237-250.
- HABERMAS, J., «Wahrheitstheorien», en Fahrenbach (ed.) *Wirklichkeit und Reflexion*, Pfullingen, 1973, pp. 211-266. Cito por la traducción española: «Teorías de la verdad», en HABERMAS 1994, pp. 113-158.
- «Was heisst Universalpragmatik?», en Apel, K. O., *Sprachpragmatik und Philosophie*, Francfort, 1976, pp. 174-272. Cito por la traducción española: «¿Qué significa pragmática universal?», en HABERMAS, 1994, pp. 299-368.
- «¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?», trad. de Manuel Jiménez Redondo, *Doxa*, núm. 5 (1988), pp. 21-45. Este artículo aparece recogido en HABERMAS, J., *Escritos sobre moralidad y eticidad*, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Paidós, Barcelona/Buenos Aires/México, 1991, pp. 131-172.
- «Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos», trad. de Manuel Jiménez Redondo, Cátedra, Madrid, 1994.
- HART, H. L. A., «El nuevo desafío al positivismo jurídico», trad. de L. Hierro, F. Laporta y J. R. de Páramo, en *Sistema*, núm. 36 (mayo 1980), pp. 3-18.
- KELSEN, H., «La teoría pura del derecho» (1960), trad. de Roberto J. Vernengo, Porrúa, México D. F., 1991.
- KIRCHMANN, J. H. VON, «La jurisprudencia no es ciencia (1847)», trad. y estudio preliminar de Antonio Truyol, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.
- MACCORMICK, D. N., «Legal Reasoning and Legal Theory», Clarendon Press, Oxford, 1978.
- MARÍAS, J., «Biografía de la filosofía» (1954), Alianza, Madrid, 1986.

- MONTANARI, B. (comp.), «Stato di diritto e trasformazione della politica», Giapichelli, Turín, 1992.
- (1992a) «Stato di diritto e trasformazione della politica. Per una introduzione», en Montanari 1992, pp. 7-17.
- MORESO, J. J./NAVARRO, P./REDONDO, M. C., «Argumentación jurídica lógica y decisión judicial», en *Doxa*, núm. 11 (1992), pp. 247-262.
- NINO, C. S., «La validez del Derecho», Astrea, Buenos Aires, 1985.
- «Dworkin y la disolución de la controversia “positivismo vs. iusnaturalismo”», en SQUELLA 1993, pp. 495-528.
- «Derecho, moral y política», Ariel, Barcelona, 1994.
- PÁRAMO ARGÜELLES, J. R. DE, «Razonamiento jurídico e interpretación constitucional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 22 (enero-abril 1988), pp. 89-119.
- PECES-BARBA, G., «Desacuerdos y acuerdos con una obra importante», epílogo a ZAGREBELSKY 1995 (*EDD*), pp. 157-173.
- PECZENIK, A., «Los principios jurídicos según Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero», en *Doxa*, núm. 12 (1992), pp. 327-331.
- PÉREZ LUÑO, A. E. (1993a), «Las fuentes del Derecho y la teoría de Ronald Dworkin», en SQUELLA 1993, pp. 115-159.
- «(1993b) El desbordamiento de las fuentes del derecho», *Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia*, Sevilla, 1993.
- «Norme e principi. Una critica a Dworkin», Giuffrè, Milán, 1982.
- «La teoria analitica dei concetti giuridici», Jovene, Nápoles, 1990.
- POUND, R., «Mi filosofía del derecho», trad. de Pompeu Casanovas, en CASANOVAS, P. y MORESO, J. J., «El ámbito de lo jurídico», Crítica, Barcelona, 1994, pp. 303-315.
- PRIETO SANCHÍS, L., «Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico», Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.
- (1993a) «Cuatro preguntas a propósito de Dworkin», en SQUELLA 1993, pp. 69-100.
- (1993b) «Dúplica a los profesores Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero», en *Doxa*, núm. 13 (1993), pp. 315-325.
- «Recensión a Soper 1993», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 18 (mayo-agosto 1994), pp. 233-242.
- (1995a) «Constitucionalismo y positivismo», texto mecanografiado de próxima publicación en *Fontamara*.
- (1995b) «El constitucionalismo de principios, entre el positivismo y el iusnaturalismo (a propósito de “El derecho dúctil” de Gustavo Zagrebelsky)», texto mecanografiado, del que dispongo, como en el caso de PRIETO 1995a, por gentileza de su autor.
- RADBRUCH, G., «Filosofía del derecho (1914)», *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1959.
- RAZ, J., «La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral», trad. de R. Tamayo y Salmorán, UNAM, México D. F., 1982.
- «Legal Principles and the Limits of Law», en Cohen, M. (comp.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, Duckworth, Londres, 1984, pp. 73-87.
- REICHENBACH, H., «La filosofía científica», trad. de Horacio Flores Sánchez, Fondo de Cultura Económica, México D. F., 1967 (2.<sup>a</sup> ed.).
- RENNTO, J. P., «Aquinas and Alexy: a Perennial View to Discursive Ethics», en *American Journal of Jurisprudence*, vol. 36 (1991), Natural Law Institute, Notre Dame Law School, pp. 157-175.

- RUBIO LLORENTE, F., Comentario a «Il diritto mite», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 40 (enero-abril 1994), pp. 427-435.
- SASTRE ARIZA, S., «Recensión a Prieto Sanchís 1992», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 80 (1993), pp. 383-390.
- SIECKMANN, J. R., «Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems», Nomos, Baden-Baden, 1990.
- SOPER, P., «Una teoría del derecho», trad. de Ricardo Caracciolo con la colaboración de Silvia Vera, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- SQUELLA, A. (comp.), «Ronald Dworkin. Estudios en homenaje», *Revista de Ciencias Sociales*, núm. 38 (1993), Valparaíso.
- STAMMLER, R., «Tratado de filosofía del derecho», trad. de W. Roces, Editora Nacional, México, 1980.
- STROLZ, M. M., «Ronald Dworkins These der Rechte im Vergleich zur gesetzgeberischen Methode nach Art. 1 Abs. 2 und 3 ZGB», Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1991.
- VECCHIO, G. DEL, «Los principios generales del Derecho», trad. de Juan Ossorio Morales, Bosch, Barcelona, 1948.
- WEINBERGER, O., «Die Rolle des Konsenses in der Wissenschaft, im Recht und in der Politik», en Aarnio, A.; Niiniluoto, J., y Uusitalo, J. (comps.), *Methodologie und Erkenntnistheorie in der juristischen Argumentation*, Rechts- theorie, cuaderno núm. 2 (1981), pp. 147-165.
- «Logische Analyse als Basis der juristischen Argumentation», en Krawietz, W., y Alexy, R. (comps.), *Metatheorie juristischer Argumentation*, Duncker & Humblot, Berlín, 1983, pp. 159-232.
- «Der Streit um die praktische Vernunft. Gegen Scheinargumente in der praktischen Philosophie», en Alexy, R., y Dreier, R. (comps.), *Rechtssystem und praktische Vernunft*, ARSP, cuaderno núm. 51 (1993), pp. 30-46.
- WRIGHT, G. H. VON, «Explicación y comprensión», trad. de Luis Vega Reñón, Alianza, Madrid, 1987 (reimpr.).
- ZAGREBELSKY, G., «Il diritto mite» (*IDM*), Einaudi, Turín, 1992. Recientemente se ha publicado su traducción al español a cargo de Marina Gascón Abellán, «El derecho dúctil» (*EDD*), Trotta, Madrid, 1995.

