

La tarea de la teoría del derecho. Comentarios
a *Una metateoría del positivismo jurídico*,
de R.M. Jiménez Cano

JOSÉ JUAN MORESO
Universidad Pompeu Fabra (Barcelona)

I

El libro de Roberto M. Jiménez Cano (Jiménez Cano, 2008), que se origina en la lectura de una tesis doctoral en la Universidad Carlos III en enero de 2008 –en la que tuve la fortuna de formar parte del Tribunal que la juzgó–, es un ejemplar excelente de su género. En primer lugar, en palabras del prólogo de Gregorio Peces-Barba (Peces-Barba, 2008: 11) «es un muy interesante trabajo para indagar y esclarecer los fundamentos intelectuales del positivismo jurídico»; es decir, es una tesis bien articulada sobre una cuestión relevante de la filosofía del derecho del presente. En segundo lugar, el panorama que nos presenta no rehúye enfrentarse con las teorías más importantes, filosóficas y filosófico-jurídicas de las últimas décadas. Y en tercer lugar, y tal vez más importante, la madurez del autor se muestra claramente en su capacidad de articular un punto de vista propio y original sobre la cuestión, en la medida en la que la originalidad es posible en filosofía. Un punto de vista que desarrolla lo que ya nos había anunciado previamente el director de la tesis, Rafael Escudero, en algunos trabajos (especialmente en Escudero, 2004).

Dicho esto, creo que puedo considerarme exento (algo de ello ya lo hice, como es de rigor, en la lectura de la tesis) de entrar en las *quisiones* –un libro que se echa de menos en la bibliografía, un argumento

que no es concluyente, por ejemplo—. El libro defiende una tesis importante y merece que lo tomemos en serio.

La tesis central del libro es la siguiente: la única concepción del derecho descriptivamente plausible y filosóficamente convincente es la vindicada por el denominado positivismo jurídico excluyente¹. Y ello por dos razones combinadas: 1) porque es la única concepción capaz de permitir la construcción de una teoría *descriptiva* y *general* del derecho, que es lo que desde los orígenes promete el positivismo jurídico y 2) porque encaja con el proyecto de *naturalización* de la filosofía, que pone de manifiesto las limitaciones del enfoque analítico.

Voy a discutir, a continuación, ambas razones; con la convicción de que un análisis detallado de ellas muestra que, en aquello que tienen de plausible, no sirven para fundar la tesis del libro y que sólo pueden hacerlo si se las toma aceptando algunas distorsiones implausibles.

II

Hay, como es obvio, muy diversas caracterizaciones de las teorías del derecho, aunque la más conocida es la que distingue entre teorías iusnaturalistas y teorías iuspositivistas. No obstante, la división entre estas concepciones no siempre se traza con el mismo alcance. Mientras para algunas formas de entender el iusnaturalismo y el positivismo jurídico estamos frente a concepciones del derecho mutuamente excluyentes y conjuntamente exhaustivas², para otras, aunque mutuamente excluyentes, no son conjuntamente exhaustivas³, o incluso que no son mutuamente excluyentes⁴. Esto pone claramente de manifiesto que no estamos de acuerdo en cuáles son las tesis definitorias de estas

¹ Al introducir las expresiones del inglés «inclusive» y «exclusive» como adjetivos de «legal positivism», yo las traduje como «inclusivo» y «exclusivo». En la literatura en castellano se ha impuesto la terminología «incluyente» y «excluyente» —que también usa Jiménez Cano— y habrá que aceptarlo porque en cuestión de nombres el uso manda; ahora bien la razón de mi elección guardaba relación con la teoría de Raz y sus traducciones al castellano: un término fundamental en la obra raziana, «exclusionary reason», ha sido traducido unánimemente como «razón excluyente»; pues bien, para distinguir claramente una cosa de otra era por lo que «exclusive positivism», que también es un *term of art* de la obra raziana, lo traducía por «positivismo exclusivo».

² Así sucede si la tesis definitoria del iusnaturalismo es que la validez moral de las normas es condición necesaria de su validez jurídica y la tesis definitoria del positivismo jurídico es su negación. Una idea que inspira el conocido trabajo de H.L.A.Hart (HART, 1958).

³ Así podría entenderse la sugerencia de John Mackie de acuerdo con la cual la concepción de Dworkin constituye una tercera teoría del derecho: MACKIE, 1977.

⁴ Esta es la sugerencia de David Brink al calificar ambas concepciones con dos tesis, una acerca de la naturaleza del derecho y otra acerca de las obligaciones de los jueces, permitiendo y recomendando una combinación de iuspositivismo para la primera y iusnaturalismo para la segunda: BRINK, 1985.

diversas posiciones y, por lo tanto, es mejor que discutamos directamente de las tesis y nos olvidemos de las etiquetas.

En la discusión contemporánea en la que se halla embarcado el libro que comento, voy a tomar, como tesis que permite distinguir entre las diversas concepciones, lo que denominaré la tesis de la identificación del derecho⁵:

[1] La determinación de lo que es el derecho no depende de criterios o argumentos morales.

Esta tesis es la negación de la tesis de la conexión necesaria que puede ser atribuida al iunsaturalismo, y que puede establecerse del siguiente modo:

[2] La determinación de lo que es el derecho necesariamente depende de criterios o argumentos morales.

Sea \diamond : «posible», y \square : «necesario», y valga el predicado J por «jurídico» y M por «identificado mediante criterios morales». Entonces la tesis de la conexión necesaria entre el derecho y la moral puede expresarse así (se trata de [2] en lenguaje formal, digamos para distinguirlo [ii]):

[ii] $\forall x \square (Jx \rightarrow Mx)$,

Hay, al menos, tres modos de comprender la negación de dicha tesis⁶. Según la primera versión, la expresión «no depende» en [1] debe interpretarse como «no puede depender», es decir,

[1a] Es necesariamente el caso que la determinación del derecho no depende de criterios morales.

Según la segunda versión, en [1] «no depende» ha de leerse como «no necesita depender», esto es,

[1b] No es necesariamente el caso que la determinación del derecho dependa de criterios morales.

La tercera versión de la tesis exige leer en [1] «no depende» como «no debe depender»; de este modo [1] tiene una lectura prescriptiva, recomienda una forma de identificar el derecho, una forma que presupone que el derecho puede ser de tal manera que sea posible identificarlo sin recurrir a la moralidad:

[1c] Debe ser el caso que la identificación del derecho no dependa de criterios morales.

⁵ Esta formulación se halla en DYZENAHUS, 2000: 706. Y así fue presentada la tesis, la clasificación posterior y el argumento que la soporta en MORESO, 2005 y adaptados en Moreso manuscrito.

⁶ Los tres presentados y analizados por Matthew H. Kramer, KRAMER, 2001: 679-680.

Las dos primeras versiones de [1] responden a dos modos de interpretar la tesis de la separabilidad entre el derecho y la moral (una tesis considerada definitoria del positivismo jurídico). En palabras de J. Coleman⁷:

Las dos interpretaciones más plausibles de la tesis de la separabilidad pueden ser expresadas en términos de la diferencia que, en lógica modal, se conoce como la negación interna y la negación externa. Según la formulación de la negación interna, la tesis de la separabilidad es la afirmación de que en todos los sistemas jurídicos es necesariamente el caso que la legalidad de una norma no depende de su moralidad o de sus méritos sustantivos. Según la formulación de la negación externa, la tesis de la separabilidad es la afirmación de que no es necesariamente el caso que en algún sistema jurídico la legalidad de una norma dependa de sus méritos sustantivos.

Dado que [ii] es, por la fórmula de Barcan⁸, equivalente a

$$[ii'] \Box \forall x (Lx \rightarrow Mx),$$

Y, su negación interna,

$$[ia] \Box \forall x (Lx \rightarrow \neg Mx),$$

que equivale a la primera versión de [1], es decir, que no puede ser el caso que la identificación del derecho dependa de argumentos morales o, desde el punto de vista moral, que la relación entre el derecho y la moral es conceptualmente *imposible*. Por el contrario, la negación externa será:

$$[ib] \neg \Box \forall x (Lx \rightarrow Mx),$$

Una expresión lógicamente equivalente a:

$$[ib'] \Diamond \exists x (Lx \wedge \neg Mx),$$

es decir, es posible que la identificación del derecho no dependa de argumentos morales. Por otra parte, la segunda versión de [1], esto es [1b], implícitamente presupone que también es posible que la identificación del derecho dependa de criterios morales:

$$[ib''] \Diamond \exists x (Lx \wedge Mx),$$

y la conjunción de las dos últimas expresiones lógicas, [ib'] y [ib''], equivalen a la afirmación de que la relación entre el derecho y la moral es *contingente* y, por lo tanto, es compatible con sistemas jurídicos que recurren a la moralidad y con sistemas jurídicos que no recurren a ella.

⁷ COLEMAN, 1998a: 265.

⁸ *Vid.*, por ejemplo, HUGHES-CRESSWELL, 1996: 244.

Los defensores del positivismo jurídico excluyente defienden la primera versión⁹, y los autores que vindican el positivismo jurídico incluyente se adhieren a la segunda versión¹⁰.

La tercera versión es el llamado positivismo ético o normativo¹¹. Puede decirse que esta versión conceptualmente acepta la segunda forma de negar [1], pero normativamente recomienda algo como la primera forma de la negación, [1a].

III

El libro sostiene, en este paisaje intelectual, que sólo la versión del positivismo jurídico excluyente es capaz de proporcionarnos una teoría jurídica descriptiva y general. Además, lo hace con una estrategia más bien indirecta, tratando de poner de manifiesto las insuficiencias de los otros modos de positivismo: el positivismo ético (al que dedica unas pocas páginas del cap. IV de la primera parte) y, sobre todo, el positivismo incluyente (al que dedica casi toda la segunda parte).

La razón por la que se descarta el positivismo ético o normativo es algo sorprendente (Jiménez Cano, 2008: 93). Dado que, se argumenta, precisamos una concepción del derecho que permita conocerlo mediante una teoría general y descriptiva, entonces, puesto que el positivismo normativo es una concepción no descriptiva, queda incapacitado para tal fin. Pero lo que el positivismo jurídico normativo sostiene es, dicho en palabras de Bobbio (1967: 71): «No puedo ignorar que el *approach* científico característico del positivismo jurídico estaba vinculado a la primacía del valor de la certeza». Bobbio, cuya adhesión al positivismo jurídico como enfoque era —como bien sabemos— consecuencia de una determinada posición epistemológica¹², no dejaba de reconocer que tras el edificio científico del positivismo jurídico, anidaba este compromiso normativo con el valor de la certeza. Es decir, que el positivismo jurídico como teoría tenía también este condicionamiento histórico: nacía unido al ideal ilustrado de certeza. Haber comprendido mejor este punto habría llevado al autor, tal vez, a una discusión sobre los méritos normativos de esta posición.

Lo que quiero decir es lo siguiente: que alguien defendiera, por ejemplo, la astronomía galileana con argumentos normativos (permitía una concepción menos elitista de la ciencia, por decir algo), no hace a la astronomía de Galileo menos científica o descriptiva. Del

⁹ Principalmente, RAZ, 1979: cap. 3, 1994: cap. 9, 2004. Vid. También SHAPIRO, 1998a y 1998b: 33-64.

¹⁰ Véase WALUCHOW, 1994, COLEMAN, 2001 y mi propio punto de vista en MORESO, 2001.

¹¹ Aunque desconocido por la literatura anglosajona de los últimos años, la primera versión de esta concepción se halla de forma muy articulada en SCARPELLI, 1965. Más recientemente ha sido defendida por, por ejemplo, CAMPBELL, 1996, GOLDSWORTHY, 1999, y WALDRON, 2001.

¹² Vid., por ejemplo, BOBBIO, 1965.

mismo modo, que el positivismo jurídico sea defendible por razones normativas, no hace a la teoría del derecho menos descriptiva.

En resumen, puesto que el positivismo ético es una doctrina normativa, sólo puede ser desacreditada mediante argumentos normativos¹³. Por otro lado, el positivismo ético como doctrina normativa es compatible con una teoría del derecho plenamente descriptiva y general.

Tal vez para este segundo punto de vista sea conveniente distinguir dos cuestiones que, aunque tienen muchos vínculos entre sí, son conceptualmente distintas. Una es la cuestión de si las instituciones sociales, como el derecho, pueden ser comprendidas en términos neutrales desde el punto de vista evaluativo. Otra cuestión es la de si el derecho, en algunas ocasiones, puede ser identificado sin recurrir a criterios morales (véase Raz, 2004: 1). El positivismo ético sostiene que el derecho *debe ser* identificado sin recurrir a la moralidad. Sin embargo, sobre el primer punto de vista no necesita comprometerse con ninguna posición predeterminada. Es más, uno de los más prominentes defensores del positivismo ético sostiene que no podemos conocer un fenómeno como el derecho en términos plenamente no evaluativos¹⁴.

Una crítica semejante emplea el autor contra el *neoconstitucionalismo* (se ocupa sobre todo de Ferrajoli, *vid.* ahora Ferrajoli, 2007) y contra el denominado *positivismo corregido* (la posición de Peces-Barba, por ejemplo Peces-Barba, 1995, 1997). En mi opinión, estas dos posiciones son mejor comprendidas si se consideran especies del género positivismo incluyente, al que ahora me referiré.

IV

En la segunda parte del libro hay varios argumentos que tratan de mostrar la superioridad del positivismo excluyente frente al incluyente como concepciones del derecho. Destacaré los tres que considero más relevantes y procederé a discutirlos. Son los siguientes: *a)* aquel que señala que el debate entre ambas formas de positivismo es un falso debate, si se toman en cuenta dos sentidos de la expresión «validez jurídica», la validez como pertenencia y la validez como aplicabilidad; *b)* la incompatibilidad entre el convencionalismo y la incorporación de pautas morales, y *c)* la definitividad jurídica de las decisiones de las autoridades finales.

¹³ Puede, es claro, ser también descartada con argumentos globalmente escépticos acerca de lo normativo. Tal vez este sea el punto de vista del autor, pero no es completamente explícito en el libro.

¹⁴ Vid. WALDRON, 2005: 193. Vid. también un argumento general contra una teoría jurídica valorativamente neutral en PERRY, 1995: cap. 3 y GREENBERG, 2004. He defendido, recientemente, que se trata de dos cuestiones distintas y he argumentado a favor de una teoría del derecho no neutral desde el punto de vista valorativo y del derecho incorporando pautas morales en MORESO, 2009. Por otra parte, en MORESO, 2005 argumenté en contra del positivismo ético con argumentos normativos.

V

Veamos, en primer lugar, el argumento según el cual el debate entre el positivismo incluyente y excluyente es un falso debate, puesto que la supuesta incorporación de estándares morales en el derecho es una aparente incorporación. En palabras de Jiménez Cano (2008: 199-200), siguiendo a Raz, 2004: «Se distingue así, entre normas que son parte del derecho de un país y normas que son obligatorias de acuerdo con el derecho de ese país, pero que no forman parte del sistema jurídico».

Por esta razón, tal vez, algunas veces se ha sugerido que la controversia entre el positivismo jurídico excluyente y el positivismo jurídico incluyente es una cuestión de palabras: de la definición de validez jurídica. En la teoría del derecho positivista, se distingue algunas veces entre dos sentidos de *validez*: validez como *pertenencia* y validez como *aplicabilidad*. Una norma es válida, en el sentido de que pertenece a un sistema jurídico S, si y sólo si es identificada como miembro de S por los criterios de la regla de reconocimiento de S. Una norma es válida, en el sentido de que es aplicable a un caso, si y sólo si existe otra norma, que es un miembro de S, que autoriza u obliga a los órganos de aplicación de S a aplicarla a ese caso¹⁵. En el contexto de discusión entre ambos tipos de positivismo, J. L. Coleman plantea así la cuestión¹⁶:

Una estrategia mejor descansa en la distinción que Joseph Raz subraya entre validez jurídica y obligatoriedad para los encargados de aplicar el derecho. Todas las normas jurídicamente válidas son obligatorias para los aplicadores del derecho, pero no todas las pautas que son obligatorias para los jueces son jurídicamente válidas, en el sentido de ser parte del derecho de la comunidad. Las leyes extranjeras, las normas de los clubes sociales como otros sistemas normativos generalmente pueden ser obligatorios para los aplicadores en ciertos contextos jurisdiccionales, aunque no forman parte del derecho de la comunidad «huésped». Los jueces pueden estar autorizados, incluso obligados, por normas válidas a aplicar tales principios. No necesitan ser parte del derecho de la comunidad a la que los jueces pertenecen para ser requeridos a apelar a ellas en el contexto de un proceso particular. De este modo, no se sigue del hecho de que los jueces puedan algunas veces ser obligados por ciertos principios morales que dichos principios sean ellos mismos parte del derecho o jurídicamente válidos.

¹⁵ Puede verse la distinción en estos términos en BULYGIN 1982, MORESO-NAVARRO 1996, MORESO, 1997: cap. 3.

¹⁶ COLEMAN, 1998b: 404-405. El origen de la distinción en estos términos en RAZ, 1979: 101-102, 119-120. *Vid.*, también WALUCHOW, 1994: 157; COLEMAN, 1998a: 260-261, nota 19; 263, nota 22; SHAPIRO, 1998a: 506 y KRAMER, 2000: 103-107. *Vid.* también MORESO, 2001: 41-43.

Es decir, según esta distinción, es posible que un estándar moral no sea parte del Derecho y, sin embargo, sea obligatorio para los jueces decidir de acuerdo con él. En este sentido, un positivista excluyente podría argüir señalando que la lectura restrictiva de la tesis de las fuentes sociales es la adecuada, aunque ello no impide que las pautas morales sean, algunas veces, obligatorias para los jueces.

Sin embargo, según como la tesis de la identificación sea presentada sí representa una diferencia en relación con los deberes de los jueces. En los casos estándar, los jueces tienen el deber jurídico de aplicar las normas que identifican mediante la tesis de las fuentes. Según la tesis del positivismo excluyente, que se deriva de la tesis fuerte de las fuentes sociales, cuando las normas jurídicas incorporan conceptos morales los jueces tienen discreción. Raz ha expresado esta posición claramente¹⁷:

Supongamos, por ejemplo, que según el derecho los contratos son válidos sólo si no son inmorales. Cualquier contrato particular puede ser juzgado válido si se conforma con las condiciones de validez valorativamente neutrales establecidas por el derecho. La proposición «Es jurídicamente concluyente que este contrato es válido» no es ni verdadera ni falsa hasta que un tribunal dotado de autoridad no determina su validez. Esta es una consecuencia del hecho de que con arreglo a la tesis de las fuentes, los tribunales tienen discreción cuando son requeridos a aplicar consideraciones morales.

Si el positivismo excluyente implica que siempre que el derecho incorpora conceptos o consideraciones morales, entonces los jueces tienen discreción (como el anterior pasaje de RAZ sostiene), entonces hay buenas RAZONES para dudar de la plausibilidad de dicha tesis. Si A firma con B un contrato por el cual se obliga a asesinar a C antes de un mes, transcurrido el mes A no ha asesinado a C y B presenta una demanda contra A por incumplimiento contractual, ningún jurista diría que debemos esperar a la decisión del juez para saber si el contrato entre A y B es válido: el contrato entre A y B es nulo porque es inmoral, y los jueces no tienen discreción alguna en este caso. Del mismo modo, si una disposición constitucional prohíbe los castigos crueles y el legislador dicta una norma que establece, como en el Derecho Romano, la siguiente pena (*poena cullei*) para el parricidio: el condenado será introducido en un saco de piel con un gallo, un perro, una serpiente y un mono y arrojado a las aguas del mar. Podemos preguntarnos, ¿es esta pena cruel? Creo que todos reconoceríamos que se trata de un castigo cruel –también los romanos que, precisamente por ello, consideraban que era la pena merecida para los parricidas– y que, por lo tanto, es inconstitucional. Aunque «cruel» es, sin duda, un término moral, «cruel» se aplica sin controversia ninguna a la *poena cullei*, no

¹⁷ RAZ, 1979: 75. Véase un lúcido análisis de esta tesis Raziana en ENDICOTT, 2003.

hay aquí espacio para la discreción. Esto no significa, como es obvio, que no quede lugar para la discrepancia en otros casos de aplicación del concepto de crueldad, la más importante la que guarda relación con la crueldad de la pena de muerte. Es decir, remisión a la moralidad no implica necesariamente discreción judicial.

Parece más razonable sostener, como hace el positivismo incluyente, que cuando el derecho incorpora conceptos morales, entonces es necesario usar dichos conceptos para identificar lo que es requerido por el derecho. De este modo, contrariamente a lo sostenido por Raz, el razonamiento jurídico en dichos casos no sólo es un razonamiento moral cuando es un razonamiento conforme al derecho, sino también cuando es un razonamiento acerca del derecho. Lo cual es compatible, como ha de resultar obvio, con el hecho de que en algunos casos marginales de aplicación de este tipo de conceptos, los jueces tengan discreción.

En este sentido lleva razón el autor (Jiménez Cano, 2008: 201, nota 38) cuando afirma que mi posición personal ha cambiado al respecto, pero no porque en Moreso (1997) fuese positivista excluyente y ahora incluyente, sino porque en Moreso (1997) pensaba que la polémica era de palabras, sin ninguna otra consecuencia teórica y, al menos desde Moreso (2001), pienso que las dos posiciones tienen consecuencias importantes en su concepción de la aplicación del derecho.

VI

Mientras la incorporación de pautas morales parece un rasgo indiscutible de las democracias constitucionales contemporáneas, la insistencia en que el derecho puede identificarse sin recurrir a la moralidad parece alejarlo de la posibilidad de explicar la función del derecho en las sociedades contemporáneas. A veces se conoce este argumento con el nombre de «argumento del contraste con la práctica»¹⁸. Ahora bien, por otra parte, si en algunos casos los jueces deben acudir a la moralidad para decidir los casos, ¿cómo puede trazarse una separación entre aquellos casos en que el derecho ha de aplicarse siendo transparente a la moralidad y aquellos casos en que el derecho ha de ser considerado opaco a la moralidad?

Pongamos un ejemplo: todos comprendemos que el Tribunal Constitucional hace lo correcto cuando se pregunta, y usa argumentos morales, si determinada sanción penitenciaria es o no un trato degradante, prohibido por el artículo 15 de nuestra Constitución. Ahora bien, también todos aceptamos que la demanda de una persona a la que se le venció el plazo para presentar su solicitud para un concurso-oposición ha de ser rechazada a pesar de sus méritos para ocupar la plaza objeto del concurso y, muy probablemente, incluso con inde-

¹⁸ Vid. JIMÉNEZ CANO, 2008: 225, con referencia BAYÓN, 2002: 59.

pendencia de las razones de su omisión. ¿Por qué en el primer caso se activan las razones morales y, en el segundo caso, permanecen desactivadas? ¿O es que siempre pueden activarse las razones morales? Porque si siempre pueden activarse, entonces el carácter convencional del derecho se desdibuja.

Me parece que es obvio que el derecho no siempre permite el recurso directo a las razones subyacentes, a las razones morales¹⁹. A mí también me parece obvio que algunas veces el derecho lo permite, así funcionan las causas de justificación en derecho penal, los vicios del consentimiento en derecho privado, los derechos fundamentales en general. Ahora bien, es cierto que la plausibilidad del positivismo incluyente depende de la capacidad de distinguir cuando el derecho admite el recurso a la moralidad y cuando lo veda.

No considero, no obstante, importante otra objeción vinculada a la anterior (y también presente en el autor, Jiménez Cano, 2008: 229-232) y que aparece claramente en Hart (1994: 254), según la cual la teoría del derecho ha de ser neutral acerca de la posibilidad del conocimiento objetivo en la moralidad. Si tenemos, como creo que es el caso (Moreso, 2003) buenas razones para vindicar el objetivismo moral, no veo por qué la teoría del derecho ha de ser neutral en este punto.

VII

Veamos, ahora, el argumento de la definitividad de las decisiones de las autoridades finales. El argumento de Jiménez Cano (2008: 236-237) es el siguiente: las autoridades finales (y lo son todos los jueces y tribunales cuando sus decisiones devienen firmes) toman decisiones jurídicamente definitivas. Por otra parte, las autoridades finales pueden equivocarse acerca de los juicios moralmente correctos. Entonces, en los casos en los que se hallan incorporadas consideraciones morales en el derecho, la moral objetiva no determina la validez de dichas decisiones definitivas. El autor añade: «La moral objetiva no condiciona la validez del derecho porque no es posible demostrar empíricamente que las decisiones de tales autoridades se conforman con dicha moral objetiva». De acuerdo con ello, el derecho es aquello que deciden las autoridades finales²⁰.

Hay, creo, dos respuestas a este poderoso argumento que, combinadas, lo debilitan considerablemente. La primera consiste en señalar que este argumento no sólo es un ataque a la incorporación de la moral por parte del derecho, sino que es un argumento en contra de la distinción entre identificar el derecho y aplicar el derecho. Como han querido y quieren algunos representantes del realismo jurídico, éste es un

¹⁹ Porque junto a las razones sustantivas hay en el derecho razones institucionales. *Vid.*, por ejemplo, ATIENZA-RUIZ MANERO, 2001.

²⁰ Este es un argumento que puede hallarse también en HIMMA, 2003, 2005.

argumento profundamente escéptico acerca del derecho, incorpore o no argumentos morales. Que el autor de estas líneas sea mayor de edad o no lo sea, depende de lo que pueda decir un juez en una sentencia firme. Esta es una posición muy extraña, que no tiene en cuenta lo que en otro lugar he denominado la doctrina Julia Roberts y que consiste en la segunda respuesta²¹. En realidad, los tribunales mismos parecen aceptar esta doctrina, por ejemplo en un caso relativamente reciente, *Lawrence v. Texas*²², el Tribunal Supremo de los Estados Unidos decidió anular *Bowers v. Hardwick*²³, y revocar la sentencia de la Corte del Tribunal de Apelación del Distrito de Texas, al considerar que las imputaciones penales por relaciones sexuales entre adultos en el domicilio vulneran intereses fundamentales como la libertad y la intimidad protegidas por la cláusula del debido proceso de la enmienda catorce de la Constitución americana. El Tribunal afirma: «*Bowers* was not correct when it was decided, and it is not correct today. It ought not to remain binding precedent. *Bowers v. Hardwick* should be and now is overruled». Si se me permite una frivolidad, podríamos decir que *Julia Roberts tenía razón*, porque al comienzo de la película *El informe pelícano*, el personaje interpretado por la actriz Julia Roberts, una estudiante de Derecho, discute con su profesor de Derecho Constitucional acerca de *Bowers*, y arguye que la ley de Georgia que califica la sodomía como un delito penal era inconstitucional. El profesor replica: «Well, the Supreme Court disagree with you, miss Shaw. They found that the state did not violate the right of privacy. Now, why is that?», y la estudiante contesta: «Because, they are wrong». La moraleja es la siguiente: debemos distinguir entre *definitividad e infalibilidad* de las decisiones judiciales (Hart, 1961: 138-141), y podemos denominar dicha distinción como la *doctrina Julia Roberts*. Ha de ser claro, no obstante, que no estoy argumentando que *Lawrence* es un caso no controvertido, de hecho no lo es; sólo estoy tratando de mostrar que los tribunales mismos consideran que ellos pueden equivocarse. Por lo tanto, una cosa es decir que las decisiones finales de los jueces son definitivas y otra, muy distinta, que lo que el derecho establece es lo que deciden las autoridades finales.

Ahora bien, es cierto que las reglas que establecen cuáles son las decisiones definitivas y el contenido de dichas decisiones ha de ser identificado sin recurrir a la moralidad. Para ello, precisamos de algo como un conjunto de reglas de reconocimiento no incorporacionistas. De no ser así, el derecho no garantizaría el mínimo de estabilidad que les es propio.

²¹ Vid. MORESO 2008.

²² 539 U.S. 558 (2003).

²³ 478 U.S. 186 (1986).

VIII

Descartado el positivismo incluyente, el positivismo excluyente es preferido por el autor también por razones filosóficas. Dicho muy brevemente, porque está más de acuerdo con una concepción empirista y pragmatista de la filosofía que el autor se esfuerza en la primera parte del libro de mostrarnos atractiva y convincente.

Guarda, como es obvio, una gran deuda con el proyecto de naturalización de la filosofía tal y como aparece en la obra de uno de los mejores filósofos del siglo xx. W. v. O. Quine (*vid.*, por ejemplo, Quine, 1969). Recientemente este impulso ha sido aplicado a la teoría jurídica, para defender una forma de pragmatismo jurídico seguidor del realismo jurídico americano, por B. Leiter (Leiter, 2007). Éste no es el lugar de discutir los méritos del proyecto de naturalización de la filosofía y su aplicación al derecho. Es indiscutible que mayor conocimiento de empírico de nuestras prácticas jurídicas nos ayudaría tanto a comprender mejor el derecho de nuestras sociedades cuanto a nuestros propósitos para cambiarlo.

Ahora bien, el trabajo parece presuponer que el conocimiento empírico de nuestras prácticas jurídicas es todo el conocimiento acerca el derecho que podemos y necesitamos obtener. Lo demás es ideología no científica. Creo que hay una exageración en esta posición. Quiero sólo argumentar aquí que una posición naturalista en filosofía no tiene por qué desacreditar la reflexión filosófica.

Por ejemplo, atendamos a las siguientes reflexiones de P. Pettit (1996: 354-355) en las que nos recuerda que el fisicalismo extremo que vindica, el *microfisicalismo*, es consistente con un enfoque comprensivo de los asuntos humanos. Pettit escribe:

El microfisicalismo antes introducido comporta la creencia de que si conociéramos todo lo que hay que conocer acerca de la distribución de las partículas microfísicas y acerca de las leyes microfísicas que gobiernan estas partículas, entonces comprenderíamos todo lo que hay que comprender. ¿Cómo puede entonces el modo de comprensión *Verstehen* disfrutar de la primacía que le confiero, dado que una comprensión microfísica completa pareciera derrotarla? ¿Cómo puede la dimensión conversacional conservar su interés una vez la dimensión microfísica es accesible?

Consistente con la verdad del microfisicalismo, un modo de comprensión o de conocimiento no-microfísico puede ser canónico en un importante sentido [...]. Consideremos el modo de saber que algo es rojo que consiste en verlo como rojo y comparémoslo con el modo de saber que es rojo –el único accesible a un ciego, por ejemplo–, que consiste en reconocer que tiene una propiedad que causa a sus portadores aparecer como rojo a observadores normales en condiciones normales. El primer modo de saber es canónico en el sentido de que el hecho que existe [...] es la principal razón por la que la propiedad en cuestión solicita nuestro interés y atención. Y, sin embargo, el segundo modo de saber es mucho más cercano al modo de saber que la perspectiva microfísica nos ofrece.

Esto es, el mejor modo de comprender las sociedades humanas es aquel que tiene en cuenta que están formadas por agentes *intencionales* capaces de atribuir valor y disvalor a sus acciones. Ahora bien, este modo de comprensión es compatible con una concepción naturalista del mundo, estándar para la mayoría de nosotros.

En este sentido, podemos alcanzar mayor conocimiento de cómo y por qué nuestros jueces y tribunales deciden del modo en que lo hacen, pero este conocimiento no agota la pregunta de si tal decisión del Tribunal Constitucional, por ejemplo, está o no de acuerdo con la Constitución. Esta tarea de *justificación* debe ser comprendida de un modo distinto al modo de conocer empírico. Es más, en el caso de la práctica del derecho, me temo, este modo de conocer goza de primacía, es canónico en el sentido de Pettit. Quiero decir que cuando hablamos de conocimiento del derecho no nos referimos, primordialmente, a los estudios sociológicos que predicen, con mayor o menor fiabilidad, que hará nuestro tribunal Constitucional, sino que nos referimos a aquello que nuestro Tribunal debe hacer de acuerdo con la Constitución.

IX

Creo que los argumentos que he ido desgranando están en condiciones de cumplir los dos propósitos que están implícitos en estas líneas: por una parte, rendir homenaje a la profundidad y elegancia filosófica del libro y por otra, presentar algunas dudas sobre las tesis principales del autor. El lector de estas páginas ya habrá adivinado que, en mi opinión, el positivismo incluyente puede superar las objeciones que se le plantean y presentarse como la teoría jurídica más adecuada, tanto por razones conceptuales cuanto por razones normativas.

BIBLIOGRAFÍA

- ATIENZA, Manuel, y RUIZ MANERO, Juan, «La dimensión institucional del derecho y la justificación jurídica», *Doxa*, 24, 2001, pp. 115-130.
- BAYÓN, Juan Carlos, «Derecho, convencionalismo y controversia» en Navarro-Redondo, 2002, pp. 57-92.
- BIX, Brian (ed.), *Analyzing Law. New Essays in Legal Theory*. Oxford, Oxford University Press, 1998.
- BOBBIO, Norberto, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. Milano, Ed. di Comunità, 1965.
- «Intervento di Norberto Bobbio», *Tavola rotonda sul positivismo giuridico* (Pavia, a maggio 1966). *Quaderni della Rivista Il Politico*, (Milano, Giuffrè), 1967, pp. 69-75.
- BRINK, David, «Legal Positivism and Natural Law Reconsidered», *The Monist*, 68, 1985, pp. 364-387.
- BULYGIN, Eugenio, «Time and Validity», 1982 en *Martino*, 1992, pp. 65-82.

- CAMPBELL, Tom D., *The Legal Theory of Ethical Positivism*. Aldershot, Dartmouth, 1996.
- CHIASSONI, Pierluigi (ed.), *The Legal Ought*. Torino, Giappichelli, 2001.
- COLEMAN, Jules, «Second Thoughts and Other First Impressions», en *Bix*, 1998a.
- «Incorporationism, Conventionalism, and the Practical Difference Thesis», *Legal Theory*, 4, 1998b, pp. 381-426.
- *The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatism Approach to Legal Theory*. Oxford, Oxford University Press, 2001.
- COLEMAN, Jules (ed.), *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law*. Oxford, Oxford University Press, 2001.
- COMANDUCCI, Paolo; GUASTINI, Riccardo (eds.), *Struttura e Dinamica dei sistemi giuridici*. Torino, Giappichelli, 1996.
- DYZENHAUS, David, «Positivism's Stagnant Research Programme», *Oxford Journal of Legal Studies*, 20, 2000, pp. 703-722.
- ENDICOTT, Timothy, «Raz on Gaps – The Surprising Part», en MEYER-PAULSON-POGGE, 2003, pp. 99-118.
- ESCUADERO, Rafael, *Los calificativos del positivismo jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral*. Madrid, Civitas, 2004.
- FERRAJOLI, Luigi, *Principia Iuris. Teoría del derecho e della democrazia*, 3 vols. Roma-Bari, Laterza, 2007.
- GREENBERG, Mark, «How Facts Make Law», *Legal Theory*, 10, pp. 2004, pp. 157-198.
- GOLDSWORTHY, Jeffrey, *The Sovereignty of Parliament. History and Philosophy*. Oxford, Oxford University Press, 1999.
- HART, H. L. A., «Positivism and the Separation of Law and Morals», ahora en H. L. A. HART, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford, Oxford University Press, 1983, pp. 21-48.
- «Postscript», en H. L. A. HART, *The Concept of Law*, 2.^a ed. P. BULLOCH y Joseph RAZ (eds.). Oxford, Oxford University Press, 1994.
- HIMMA, Kenneth Einar, «Making Sense of Constitutional Disagreement: Legal Positivism, the Bill of Rights, and the Conventional Rule of Recognition in the United States», *Journal of Law and Society*, 42, 2003, pp. 149-218.
- «Final Authority To Bind With Moral Mistakes: On The Explanatory Potential of Inclusive Legal Positivism», *Law and Philosophy*, 24, 2005, pp. 1-45.
- HUGHES, G. E.; CRESSWELL, M. J., *A New Introduction to Modal Logic*. London, Routledge, 1996.
- JACKSON, Frank; SMITH, Michael (eds.), *The Oxford Handbook of Contemporary Philosophy*. Oxford, Oxford University Press, 2005.
- JIMÉNEZ CANO, Roberto M., *Una metateoría del positivismo jurídico*. Madrid, Marcial Pons, 2008.
- KRAMER, Matthew H., «How Moral Principles Can Enter into the Law» , *Legal Theory*, 6, 2000, pp. 83-108.
- «Dogmas and Distortions: Legal Positivism Defended. A Reply to David Dyzenhaus», *Oxford Journal of Legal Studies*, 21, 2001, pp. 673-701.
- LEITER, Brian, *Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*. Oxford, Oxford University Press, 2007.
- MACKIE, J. L., «The Third Theory of Law», *Philosophy and Public Affairs*, 7, 1997, pp. 3-16.
- MARMOR, Andrei (ed.), *Law and Interpretation*. Oxford, Oxford University Press, 1995.

- MARTINO, A.A. (ed.), *Deontic Logic, Computational Linguistics and Legal Information Systems*. Amsterdam, North Holland, 1982.
- MEYER, L. H.; PAULSON, S. L.; POGGE, T. W. (eds.), *Rights, Culture and Law. Themes from the Legal and Political Philosophy of Joseph Raz*. Oxford, Oxford University Press, 2003.
- MORESO, José Juan, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la constitución*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- «In Defense of Inclusive Legal Positivism», en CHIASSONI, 2001, pp. 37-63.
- «El reino de los derechos y la objetividad de la moral», *Análisis filosófico*, 23, 2003, pp. 117-150.
- «Positivismo giuridico e applicazione del diritto», *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 35, 2005, pp. 225-244.
- «La objetividad del derecho y la objetividad de la moral» en *Estudios en Homenaje al Profesor Gregorio Peces-Barba. Teoría y metodología del derecho. Vol. II*. Madrid, Dykinson, 2008, pp. 819-831.
- *La Constitución/modelo para armar*. Madrid, Marcial Pons, 2009.
- «Legal Defeasibility and the Connection between Law and Morality» manuscrito.
- MORESO, José Juan; NAVARRO, Pablo E., «Applicabilità ed Efficacia delle norme giuridiche» en COMANDUCCI-GUASTINI (eds.), 1996, pp. 15-36.
- NAVARRO, Pablo E., REDONDO, M. Cristina, *La relevancia del derecho: Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Barcelona: Gedisa, 2002.
- PECES-BARBA, Gregorio, *Ética, poder y Derecho. Reflexiones ante el fin de siglo*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995.
- «Ética pública-ética privada», *Anuario de Filosofía del Derecho*, 14, 1997, pp. 531-544.
- «Prólogo. Una metateoría rigurosa», en JIMÉNEZ CANO, 2008, pp. 11-14.
- PERRY, Stephen, «Intepretation and Methodology and Legal Theory», en MARMOR, 1995, pp. cap. 3.
- PETTIT, Philip, «Postscript: A Common Mind in Three Senses», en Ph. PETTIT, *The Common Mind. An Essay on Psychology, Society, and Politics*, segunda ed. Oxford, Oxford University Press, 1996.
- QUINE, Willard van Orman, *Ontological Relativity and Other Essays*. New York, Columbia University Press, 1969.
- RAZ, Joseph, *The Authority of Law*. Oxford, Oxford University Press, 1979.
- *Ethics in the Public Domain*. Oxford, Oxford University Press, 1996.
- «Incorporation by Law», *Legal Theory*, 10, 2004, pp. 1-17, 2.
- SCARPELLI, Uberto, *Cos'è il positivismo giuridico*. Milano, Edizione di Comunità, 1965.
- SHAPIRO, Scott J., «On Hart's Way Out», *Legal Theory*, 4, 1998a, pp. 469-508.
- «The Difference That Rules Make», in *Bix*, 1998.
- WALUCHOW, W. J., *Inclusive Legal Positivism*. Oxford, Oxford University Press, 1994.
- WALDRON, Jeremy, «Normative (or Ethical) Positivism», en COLEMAN (ed.), 2001, cap. 12.
- «Law», en JACKSON, Smith (eds.), 2005, pp. 181-207.

Fecha de recepción: 28/02/2009. Fecha de aceptación: 15/11/2009.

