

El carácter de la teoría y de la identificación del Derecho. Respuesta a José Juan Moreso*

Por ROBERTO M. JIMÉNEZ CANO
Universidad Carlos III de Madrid

Antes de comenzar estas páginas, quiero agradecer al profesor José Juan Moreso que haya accedido a elaborar un comentario a mi libro *Una metateoría del positivismo jurídico*, ofreciéndome así la posibilidad de discutir con él su contenido. Un agradecimiento que quiero extender a la atención que siempre ha prestado a mi trabajo académico, como puso de manifiesto al hacer un hueco en su apretada agenda de rector para formar parte del tribunal que juzgó en su día mi tesis doctoral.

1. INTRODUCCIÓN

En el libro que aquí se discute se mantiene que el positivismo jurídico excluyente es la versión apropiada de positivismo jurídico (Jiménez Cano, 271-283). Esta pretensión se sostiene sobre la base de dos argumentos. El primero de ellos radica en aparecer como la única teoría jurídica que satisface los presupuestos metodológicos que persigue el iuspositivismo: describir el Derecho en general y no un concreto Derecho nacional o particular (Jiménez Cano, 2008a, 38-40). El segundo, por su parte, defiende su capacidad para soportar una adecuada naturalización metodológica que sirva para reforzar tanto el control racional como los criterios de éxito de la teoría (Jiménez Cano, 2008a, 137-140).

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto Consolider-Ingenio 2010, «El tiempo de los derechos» CSD2008-00007.

El trabajo de José Juan Moreso que antecede a estas líneas critica ambos argumentos y, por ende, la conclusión final que mantengo. Por un lado, pone en duda que el positivismo jurídico pueda ser considerado exclusivamente como una teoría descriptiva del Derecho o, al menos, que la labor descriptiva pueda entenderse de la manera en que propongo. Por otro, niega la superioridad del positivismo jurídico excluyente frente al positivismo jurídico incluyente. Y, por último, considera que el naturalismo puede llegar a desacreditar la reflexión filosófica propia de la teoría del Derecho.

En los siguientes apartados contestaré estas tres críticas. Así, en el §2 abordaré las razones que me han llevado a dejar fuera del positivismo jurídico a ciertas teorías que reclaman para sí ese rótulo. En el §3 afrontaré los motivos por los cuales considero que los esfuerzos del positivismo incluyente por alcanzar una mejor descripción del Derecho son tanto infructuosos como incoherentes con el propio objetivo iuspositivista. El §4 quedará reservado para explicar *el qué* y el *para qué* de la naturalización de la teoría del Derecho. Para finalizar, en el §5, realizaré algunas conclusiones que pueden extraerse de mis propuestas.

2. SOBRE EL SER Y EL DEBER EN EL POSITIVISMO JURÍDICO

Como se ha señalado más arriba, considero que el positivismo jurídico excluyente es la única versión de positivismo metodológicamente coherente con los objetivos de generalidad y de descripción. En este sentido, he descartado el positivismo ético o normativo como teoría (iuspositivista) capaz de lograr una tarea descriptiva porque su propia configuración metodológica lo impide. Este descarte, a juicio de Moreso, es sorprendente puesto que, como afirma en su comentario, «el positivismo jurídico sea defendible por razones normativas, no hace a la teoría del derecho menos descriptiva». Apoya su argumento tanto en la vinculación que Bobbio traza entre el positivismo metodológico y el valor de la certeza como en la idea según la cual son diferentes estas dos cuestiones: por un lado, la de si el Derecho puede ser comprendido en términos valorativamente neutrales y, por otro, la de si el Derecho puede ser identificado sin recurrir a argumentos morales. Señala Moreso que el positivismo ético o normativo necesariamente sólo se pronuncia sobre la segunda cuestión, de modo que el Derecho *debe ser* identificado sin recurrir a la moral.

Como se podrá apreciar, hay varios y muy diferentes temas a tratar. En primer lugar, la clarificación de lo que sea y pretenda el positivismo ético. En segundo lugar, su vinculación con el positivismo metodológico. Y, en tercer y último lugar, los argumentos a favor o en contra para afirmarlo o descartarlo como una auténtica forma de positivismo jurídico.

Conceptualizar el positivismo ético no es sencillo. En ocasiones, parece ser una simple teoría (legalista) de la justicia identificada con lo que Bobbio llama formalismo ético. Esta ética del Derecho afirmaría que existe una obligación moral de obedecer todas las leyes válidas (Bobbio, 1954: 105, 1962: 75). En otras, se acerca más a una teoría política que defiende la idea y los valores del Estado de Derecho (Bobbio, 1961a: 63; Scarpelli, 1965: 113 y 166; Atria, 2004, 125-126; Ruiz Miguel, 2006: 463). Sin duda alguna ambos aspectos están muy relacionados, puesto que la consecución de un auténtico Estado de Derecho quizá debería llevar a la obediencia moral del Derecho de él emanado. Ahora bien, la afirmación de que todo Derecho positivo por el mero hecho de ser positivo es justo o sirve para la obtención de ciertos fines o valores deseables (Bobbio, 1961a: 47) es muy diferente de la defensa de un conjunto de valores éticos que el Derecho debe realizar. Mientras que la obediencia, en el primer caso, es a todo Derecho, en el segundo sólo se debería llevar a cabo en el supuesto de que el Derecho satisfaga los valores del Estado de Derecho. Por este motivo, prefiero denominar «positivismo ideológico» al formalismo ético e «ideología positivista» al positivismo ético o normativo que reclama «un conjunto de postulados éticos que el Derecho debe realizar y, por tanto, y por no necesariamente inmanentes a todo Derecho» (Ruiz Miguel, 2006: 462-463, Jiménez Cano, 2008a: 86).

Así las cosas, el positivismo ético o normativo no es una teoría descriptivo-explicativa sobre el mejor modo de entender el Derecho, sino una teoría de la justicia sobre el ejercicio del poder político que tiene como fin prescribir un determinado modelo de Derecho, determinar lo que, en cuanto a la forma, debe ser el Derecho (Campbell, 1996, 1-2, 1998, 303; Hierro, 2002; 287-290; Atria, 2004, 131; Marmor, 2006; 690)¹. Por esta razón, el positivismo ético es una ideología más que una teoría del Derecho². Será el propio Bobbio el que calificará al positivismo ético de ideología y no de teoría. En efecto, una teoría está formada por un conjunto de juicios de hecho que tienen como función la de informar sobre la realidad. Una ideología, por su parte, es «la expresión de una actitud valorativa que el hombre adopta frente a la realidad y que consiste en un conjunto de juicios de valor sobre ella, que se basan en el sistema de valores de quien los formula y que tienen la pretensión de influir sobre dicha realidad». Bobbio, no obstante, reconoce que aunque el proyecto del iuspositi-

¹ Aun así, el positivismo ético puede presuponer un acercamiento descriptivo al derecho o, incluso, compartirlo, pero será ésa una pretensión secundaria, pues la principal no es otra que la de recomendar sistemas jurídicos en los que el Derecho se identifique y se aplique (deba ser identificado y aplicado) sin recurrir a la moral (CAMPBELL, 1998, pp. 303-308).

² El positivismo normativo, a juicio de Alfonso García Figueroa, sería incoherente puesto que «viola una regla que rige la actividad del teórico del Derecho positivista: describir el Derecho tal como es sin atender a consideraciones normativas» (GARCÍA FIGUEROA, 2008, p. 88).

vismo es estudiar el Derecho tal y como es, manteniendo una posición neutral ante la realidad jurídica, no ha podido desarrollar fielmente dicho proyecto puesto que también ha entrañado una pretensión sobre cómo debe ser el Derecho (Bobbio, 1961b, 227)³. Ahora bien, que el positivismo jurídico decimonónico estuviera cargado de ideología (Jiménez Cano, 2008a, 33-37) y hubiera una vinculación histórica entre la práctica del positivismo metodológico y la defensa de cierto valores, entre ellos los de la certeza jurídica, sencillamente quiere decir que tal conexión es, en efecto, histórica pero no lógica, necesaria o esencial (Bobbio, 1961a, 48-49; 1961b, 238).

La formulación y defensa de una ideología, desde luego, no hace a la teoría del Derecho menos descriptiva; sencillamente reafirma que si el positivismo jurídico pretende ser una teoría del Derecho (y abogo para que lo sea) –y no una ideología o una filosofía política– no puede entenderse como positivismo ético. Tampoco hace menos descriptivo al positivismo jurídico el sostenerlo por razones normativas o éticas (Hierro, 2002, 298-299). Pero una cosa es el carácter de la teoría y otro los argumentos en defensa de la misma. Creo que el control racional y los criterios de éxito para determinar qué teoría es explicativamente mejor o más correcta deben radicar en razones científicas o evidencias sensibles y no en argumentos políticos o morales (Bix, 2007, 4-5), mas eso no quita para que cuanto más correcta sea la teoría, descriptivamente hablando, mejor sirva para fundamentar la crítica moral o política.

Insistir en que una cosa es describir y otra prescribir, al igual que reiterar que una cosa es el Derecho que *es* y otra el Derecho que *debe ser* «nos será útil para orillar estos dos peligros: el peligro de que el Derecho y su autoridad puedan disolverse en la concepción que tiene el hombre del Derecho que debe ser, y el peligro de que el Derecho vigente pueda reemplazar a la moral como criterio final de conducta y escapar así a la crítica» (Hart, 1958, 10). Tener clara esta dicotomía evitará «perpetuar la confusión, siempre atractiva en las disciplinas morales, entre el momento de la investigación y el de la crítica ético-política» (Bobbio, 1961a, 64). Por estas razones, una teoría descriptiva puede ser defendida sobre la base de argumentos explicativos, pero también valorativos sin que el uso de juicios con este último carácter haga menos descriptiva a la teoría misma.

Estas apreciaciones son las que me llevaron a calificar tanto al iuspositivismo crítico de Luigi Ferrajoli como al positivismo corregido de Gregorio Peces-Barba de ideologías (Jiménez Cano, 2008a, 85) o, si se

³ En este punto, insiste Bobbio al afirmar que «puesto que la ciencia o es avaluativa o no es ciencia, el método positivista es pura y simplemente el método científico y, por tanto, es necesario aceptarlo si se pretende hacer ciencia jurídica o teoría del Derecho: si no es ése el objetivo no se hará ciencia, sino filosofía o ideología del Derecho» (BOBBIO, 1961b, p. 241). Por mi parte he defendido la neutralidad de la teoría jurídica respecto de valores morales o políticos, pero no la de los denominados valores epistémicos (JIMÉNEZ CANO, 2008a, pp. 115-116; 2010).

prefiere, de filosofías políticas, pero no de teorías positivistas incluyentes del Derecho, como considera Moreso en su comentario. Es cierto que dichas filosofías mantienen tesis muy próximas al positivismo incluyente, pero, al menos en el caso del positivismo crítico, les apartan sus respectivas pretensiones metodológicas. Estas últimas son, a mi juicio, las primeras lindes entre una teoría iuspositivista y otra que no lo es.

En efecto, baste comparar la pretensión teórica fundamental del positivismo jurídico incluyente, según la cual la moral puede, en ocasiones, determinar la validez del Derecho (Coleman, 1998, 126; Himma, 1999, 415; 2005, 1), con las tesis del «iuspositivismo crítico» y del positivismo corregido para comprobar su cercanía. De acuerdo con el primero, los principios sustanciales y los derechos fundamentales positivados en las constituciones condicionan la validez de las normas jurídicas (Ferrajoli, 2002, 10-13). Según el segundo, la definición de lo jurídico en la actualidad no puede mantenerse únicamente desde los criterios formales del órgano competente y del procedimiento establecido, sino que a esta definición se incorporan las dimensiones de moralidad que conforman la ética pública (Peces-Barba, 1997, 533)⁴.

Sin embargo, los objetivos metodológicos del positivismo incluyente y del positivismo crítico parecen muy diferentes. Por un lado, Will Waluchow y Jules Coleman han considerado que el positivismo jurídico incluyente o incorporacionismo responde a las pretensiones del positivismo jurídico como una teoría general y descriptivo-explicativa del Derecho, mostrando que este tipo de positivismo no debe identificarse como una tesis acerca de los valores que el Derecho debe seguir (Waluchow, 1994, 84 y 230; Coleman, 1998, 145). Por otro, y de acuerdo con el positivismo crítico, el teórico del Derecho no debe limitarse a describir el orden jurídico bajo la primacía de la constitución, sino que además tiene una función crítica o normativa, que es a la vez científica y política, a través de la cual debe realizar propuestas tanto de resolución de lagunas y antinomias como de nuevas garantías o formas de corrección que tienen como fin último imponer deberes al legislador y al juez (Ferrajoli, 2002, 11; 2003, 18-19). Este tipo de positivismo implicaría, aún más, una teoría política que conllevaría la sustitución de la visión meramente procedimental de la democracia por una perspectiva sustancial que situaría los derechos por encima del principio de la mayoría (Ferrajoli, 2002, 17-18).

En el caso del positivismo corregido, su objetivo prescriptivo y compromiso axiológico con una determinada idea de justicia o de ética pública me parecen hoy menos evidentes. La afirmación de que el positivismo corregido se diferencia del positivismo clásico por la relevancia que otorga a la ética pública, a la que sitúa como componente *necesario*

⁴ La ética pública conforma el conjunto de valores, principios y derechos, en definitiva, el contenido de la idea de justicia que el ordenamiento jurídico de la sociedad democrática debe realizar; la ética pública porta el conjunto de fines que debe realizar el poder político a través del Derecho (PECES-BARBA, 1997, p. 536).

de la identificación del Derecho válido (Peces-Barba, 1999, 88 y 123), junto con mi percepción de que la ética pública no es más que un entramado moral únicamente compatible con ciertos valores –en alguna medida objetivos– propios de los Estados constitucionales actuales, me llevan a sostener que más que una teoría jurídica positivista se trata bien de una dogmática jurídica comprometida con un particular sistema jurídico-político, bien de una teoría prescriptiva que pretende la incorporación de dicha ética concreta en todos los sistemas jurídicos (Jiménez Cano, 2008a, 102-104)⁵. No obstante, Gregorio Peces-Barba actualmente entiende por ética pública no unos concretos contenidos de moralidad, sino cualquier contenido de moralidad legalizada aunque ésta siga siendo necesaria para identificar la validez del Derecho (Peces-Barba, 2008, 13). Así entendido, el positivismo corregido puede mantener sus pretensiones explicativas generales, aunque su tesis acerca de la validez jurídica condicionada por la moral positivada (la que sea) sigue produciendo serias dudas sobre su corrección explicativa que lo hacen partícipe de muchas de las críticas vertidas contra el positivismo jurídico incluyente.

3. EL CASO DEL POSITIVISMO JURÍDICO INCLUYENTE

En la segunda parte de su comentario, Moreso considera que el positivismo jurídico excluyente no es una concepción del Derecho más acertada que el positivismo jurídico incluyente basándose, principalmente, en tres argumentos. En primer lugar, entiende que la *incorporación* de estándares morales en las normas jurídicas no supone una remisión del sistema jurídico a otro sistema normativo distinto, sino una auténtica incorporación de la moral al Derecho de tal manera que aquélla condicionaría la validez de éste. En segundo lugar, considera que la *incorporación* de conceptos morales en los sistemas jurídicos no desdibuja el carácter convencional del Derecho. En tercer y último lugar, estima que la tesis de la irrelevancia de la moral objetiva en el momento de juzgar la validez jurídica por parte de las autoridades finales es contraria a la distinción entre identificación y aplicación del Derecho, a la vez que desvanece la diferencia entre definitividad e infalibilidad de las decisiones judiciales.

⁵ Esta opinión parecía respaldada por las palabras de Francisco Javier Ansuátegui, quien duda de que el positivismo corregido sea realmente positivismo, pues no ofrece una definición neutral del Derecho a no ser que se entienda no como un discurso de teoría del Derecho, sino de dogmática jurídica referido a un concreto sistema jurídico (ANSUÁTEGUI, 2007, 124).

3.1 Por qué la moral es irrelevante para la validez jurídica

Respecto al primer argumento, Moreso considera que las referencias a la moral contenidas en las normas jurídicas no constituyen una simple remisión a conceptos extrajurídicos, sino que se trataría de una auténtica incorporación de la moral al Derecho, de manera que aquella llegaría a formar parte del sistema jurídico que la *incorporase* (Moreso y Vilajosana, 2004, 199). La diferencia ente Moreso y algunos autores excluyentes radica aquí en la idea de aplicabilidad y de pertenencia. Los excluyentes, desde luego, no niegan la inclusión de conceptos morales en las normas jurídicas siempre que las haya, tampoco niegan que las normas jurídicas puedan estar motivadas por principios o valores morales, ni siquiera niegan que los operadores jurídicos estén obligados a aplicar su contenido cuando estén referidos en normas jurídicas o que recurran a argumentos valorativos en sus tareas de decisión jurídica (Kelsen, 1959, 101; Bulygin, 2006, 109; Escudero, 2007, 47; Jiménez Cano, 2008a, 198). Lo que rechazan es que el contenido de dichos conceptos pertenezca al sistema jurídico que los incluya. De esta manera, se trataría de una *incorporación* meramente *aparente* y, en realidad, se estaría ante un supuesto de reenvío similar a la técnica del Derecho internacional privado, dando cierto efecto jurídico a estándares normativos que no forman parte del Derecho de un país (Marmor, 2001, 50-51; Raz, 2004, 30-36; Bulygin, 2006, 103; Escudero, 2007, 52; Jiménez Cano, 2008a, 199-200).

Diferenciar entre pertenencia y aplicabilidad es importante, ya que si no se pudiera distinguir entre aquello que forma parte o pertenece al Derecho y aquello que, sin pertenecer al mismo, es aplicado o produce ciertos efectos jurídicos gran parte de la realidad pertenecería al Derecho. Piénsese en normas jurídicas que hacen referencia a conceptos tales como «fisión nuclear» pero que no los definen. El contenido de este concepto debe ser aplicado por los jueces sin pertenecer al Derecho mismo (¿o acaso se pretende que cualquier palabra o concepto incluido y no definido en una norma jurídica forme parte del Derecho en el que se enmarca dicha norma?)⁶. La pregunta pertinente, entonces, sería ¿quién y cómo determina ese contenido? Téngase en cuenta que se está haciendo referencia a conceptos no definidos en una disposición normativa

⁶ El artículo 2 de la Ley 25/1964, de 29 de abril, sobre Energía Nuclear, define los *combustibles nucleares* como «las sustancias que pueden producir energía mediante un proceso automantenido de fisión nuclear». Ahora imagínese que un juez tuviera que aplicar el artículo 31 de dicha Ley, según el cual «los materiales radiactivos y los combustibles nucleares no podrán ser almacenados ni utilizados dentro del territorio nacional por personas o entidades que no estén autorizadas expresamente para ello por el Ministerio de Industria, previo el preceptivo informe de la Junta de Energía Nuclear». Dicho juez podría encontrar en la ley la definición de «combustibles nucleares», pero no el de «fisión nuclear». Aun así, el juez deberá aplicar el concepto «fisión nuclear», que no será parte del Derecho español, para determinar el concepto legal de «combustibles nucleares».

(ley, sentencia, etc.), ya que de lo contrario la respuesta sería sencilla: el contenido sería determinado por cada operador jurídico de acuerdo con las fuentes sociales del propio sistema jurídico. La cuestión, entonces, no es otra que considerar lo siguiente: ¿qué ocurre en el caso de los conceptos no definidos por fuentes sociales del sistema jurídico?

Piénsese en la inexistencia de una disposición legal, administrativa o judicial que determine el contenido de «trato cruel» más allá de la indicación del artículo 15 de la Constitución Española (CE). La pregunta es la misma: ¿quién y a qué recurre o cómo se determina ese contenido jurídico? La respuesta del positivismo jurídico excluyente es la siguiente: se fija por el operador jurídico en el caso concreto acudiendo a su discrecionalidad. Moreso arguye en su comentario que si el positivismo jurídico excluyente entiende que siempre que las normas jurídicas incluyan consideraciones morales los jueces tienen discrecionalidad; entonces hay buenas razones para dudar de la plausibilidad de dicha tesis. Sus buenas razones envuelven dos ejemplos. De acuerdo con el primero, «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». Según el segundo, «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» (Moreso, 2004, 53-54; y 2008b, 275). La respuesta incluyente, por ende, revela que el operador jurídico, en estos supuestos, no tiene discrecionalidad alguna.

Pero si no hay discrecionalidad, ¿a qué o adónde recurre el operador jurídico? La respuesta parece sencilla: a la moral. Ahora bien, muchas veces se trata a la moral como un concepto unívoco, mas es conocida la diversidad de tipos de moral (la subjetiva, la social, la objetiva...). Entonces, de qué tipo de moral se está hablando. Dejando al margen que, en el primer ejemplo señalado, el contrato entre A y B tendría al menos una apariencia de validez⁷ y que ésta persistiría hasta que un juez declare su nulidad (Lasarte 2007: 489)⁸, lo relevante de

⁷ Pues de acuerdo con el artículo 1254 del Código Civil, el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio.

⁸ La cuestión de que un contrato es válido en tanto en cuanto no sea anulado por un tribunal puede verse en KELSEN, 1960, 276 y RAZ, 1979, p. 101.

los ejemplos que plantea Moreso es que no queda lo suficientemente claro si el contrato entre A y B es inmoral y la *poena cullei* cruel porque lo son *per se*, o porque «todos» (los juristas o los individuos en general) pensamos que lo son. Considérense ahora los versos 178 y 179 del capítulo 2 del Corán, que rezan: «¡Creyentes! Se os ha prescrito la ley del talión en casos de homicidio: libre por libre, esclavo por esclavo, hembra por hembra. Pero, si a alguien le rebaja su hermano la pena, que la demanda sea conforme al uso y la indemnización apropiada. Esto es un alivio por parte de vuestro Señor, una misericordia. Quien, después de esto, viole la ley, tendrá un castigo doloroso. ¡En la ley del talión tenéis vida, hombres de intelecto! Quizás, así, temáis a Alá. Y si uno renuncia a ello, le servirá de expiación. Quienes no decidan según lo que Alá ha revelado, éstos son los impíos»⁹. Seguro que Moreso, como yo mismo, entiende la pena del talión como cruel, pero no es menos seguro que muchas personas considerarán que tal pena es reflejo de equidad y moralidad. No todos, por tanto, pensamos lo mismo acerca de la moralidad o inmoralidad de la misma pena. Ahora bien, si dicha moralidad fuera independiente de nuestros pensamientos no hay mayor forma de comprobación en esta verdad coránica revelada que en la verdad acerca de la crueldad objetiva de la *poena cullei*. Parece que Moreso (2003, 117-150; 2008a, 826-828; Moreso y Vilajosana, 2004, 199-200) y otros autores incluyentes (Coleman, 1998a, 253; Himma, 2002, 250; y Kramer, 2004, 73, nota 18) se decantan por afirmar que el tipo de moral al que aluden no es otra que la moral objetiva.

El quid del debate es, pues, no tanto la cuestión de la discrecionalidad cuanto el del tipo de moral a la que se recurre para determinar conceptos morales, aunque desde luego son cuestiones íntimamente relacionadas. Por supuesto, ni es lugar ni es propio de la teoría del Derecho entrar a discutir la existencia de hechos morales objetivos, aunque la trascendencia de al menos mis habilidades o capacidades que supone el conocimiento de tales realidades (Okasha, 2001, 372), su resistencia a un método de conocimiento generalmente aceptado (Waldron, 1999, 211-212; Comanducci, 2003, 20; y Bulygin, 2006, 112-120, y Jiménez Cano, 2008a, 73-80) y su dudosa relevancia para la práctica jurídica (Himma, 2005, 15-16, y Jiménez Cano, 2008a, 236-238) conducen a pensar que si las normas jurídicas, con la inclusión de conceptos morales, no pretenden excluir a la moral en las decisiones jurídicas, entonces el significado de tales conceptos se habría de buscar en lo más accesible al ser humano, esto es, a la moral social o a la moral subjetiva¹⁰. En ambos casos, se estaría ante hechos

⁹ O el verso 45 del capítulo 5: «Les hemos prescrito en ella [*se refiere a la Tora*]: “Vida por vida, ojo por ojo, nariz por nariz, oreja por oreja, diente por diente y la ley del talión por las heridas”».

¹⁰ Es notorio que los más altos tribunales suelen entender que las remisiones morales de las normas jurídicas se dirigen a la moral social (véase, por ejemplo, la

sociales, no fuentes jurídicas directas, sino hechos sociales extrajurídicos que determinan normas jurídicas y el positivismo jurídico excluyente llevaría razón.

Es cierto, sin embargo, que de ser correcta la tesis de la discrecionalidad excluyente las frecuentes referencias a la moral en los sistemas constitucionales contemporáneos concederían un amplio margen de discrecionalidad a los jueces (Moreso, 2001, 95; Vilajosana, 2007, 78). Mas si esto se considera un problema, lo es de los propios sistemas jurídicos constitucionales y no de la teoría.

3.2. Por qué la moral es relevante para negar el convencionalismo

La mayoría, si no la totalidad, de los autores incluyentes son partidarios de la tesis convencionalista (Jiménez Cano, 2008a, 206-214). Según ésta, la existencia del Derecho descansa, en última instancia, en una clase específica de hecho social, en concreto, en una práctica social. El convencionalismo jurídico es, pues, un desarrollo de la regla de reconocimiento como práctica social concordante (Hart, 1961, 137, 1980, 5) o más concretamente como una práctica social convencional (Hart, 1994, 33).

De acuerdo con los autores incluyentes, el fundamento del Derecho reside en una convención social que determina los criterios de validez jurídica. Estos criterios, a su vez, pueden tener un carácter convencional (pueden ser hechos sociales) o no tenerlo (pueden ser estándares morales objetivos)¹¹. Las críticas a esta posibilidad son bien conocidas. Si los estándares morales son controvertidos y entre los operadores jurídicos existen discrepancias sustanciales acerca de su contenido, entonces es incompatible que haya una convención¹² acerca de tales criterios morales de validez (Dworkin, 1977, 116-118; 2006, 207-213; Bayón, 2002, 74-75). No pretendo retomar este debate (Jiménez Cano, 2008a, 250-256), así que me detendré en una cuestión diferente, aunque conectada,

STS 371/1993, Sala de lo Civil, de 19 de abril o la STC 62/1982, de 15 de octubre). A mi juicio, las dificultades de precisar la moral de un grupo social en la actualidad (RODRÍGUEZ MOLINERO, 1988, 126; ANSUÁTEGUI, 2007, 142; COMANDUCCI, 2002, 111-112; 2003, 21-23) inclinan la balanza en favor de la moral subjetiva, a pesar del repudio que la utilización de ésta por parte de los tribunales pueda producir.

¹¹ En este sentido, la tesis convencionalista en su versión incluyente sería una concreción de la versión débil de la tesis de las fuentes que sostiene que la existencia y contenido del derecho no tienen por qué estar únicamente determinados por fuentes sociales, sino que en ocasiones dicha existencia y contenido pueden venir establecidos por principios morales (RAZ, 1979, 66; WALUCHOW, 1994, 127-128; COLEMAN, 1998, 126, 2000, 182, 2001, 75 y 107-108; Himma, 1999, 415; 2005, 1).

¹² No obstante, no todos los autores entienden que una convención implica un acuerdo. A juicio de Andrei Marmor, en las convenciones no hay un acuerdo ni tácito ni implícito, sino más bien todo lo contrario: las convenciones sociales tienden a surgir con precisión en aquellos casos donde un acuerdo es difícil de alcanzar (MARMOR, 2001, 6).

apuntada por Moreso como es la de determinar cuándo procede recurrir a argumentos morales en las decisiones jurídicas.

Para algunos incorporacionistas, la moral objetiva puede ser condición de juridicidad en dos sentidos diferentes, bien como condición suficiente, bien como condición necesaria. Como condición suficiente, en algunos sistemas jurídicos puede ser suficiente que una norma reproduzca o sea consistente con el contenido de un principio moral para que ésta sea jurídicamente válida. Esto permite que una norma no recogida en fuentes sociales sea Derecho en virtud de su contenido moral. Por ejemplo, «todo lo que es justo es derecho». Como condición necesaria, en algunos sistemas jurídicos podría ser necesario que una norma recogida en fuentes sociales tuviera que ser moralmente correcta para poder ser considerada Derecho, actuando, de esta manera, la moral como una precondition de juridicidad. Por ejemplo, «toda sentencia judicial que sea justa es Derecho» (Shapiro, 1998, 182-185; Coleman, 2000, 178-182, 2001, 126; Himma, 2002, 136-137; Kramer, 2004, 2). Si todos los autores incluyentes consideraran que la moral puede entrar en juego como condición suficiente se enfrentarían al escenario extremo, en el cual la práctica convencional de los operadores jurídicos consistiría en decidir todas las disputas con referencia al Derecho natural (Leiter, 2007, 126)¹³. Caben, no obstante, muchos escenarios intermedios antes de este supuesto extremo, pero se necesitaría explicar cómo podría detenerse la vertiginosa *estrategia de abstracción* apuntada por Ronald Dworkin y seguir manteniendo la tesis convencionalista¹⁴.

¹³ En todo caso, parece que la posibilidad de tal regla de reconocimiento no sólo estaba en la mente de algún incorporacionista, sino que en alguna ocasión llegó a plantearse expresamente. En este sentido escribe Coleman, manifestando claramente tal pretensión, que «nosotros debemos defender la posibilidad de “cláusulas de suficiencia” en la regla de reconocimiento» (COLEMAN, 2001, p. 127).

¹⁴ Imagínese una regla de reconocimiento que determinase como criterio de validez «las sentencias judiciales justas son Derecho». Los autores incluyentes, de acuerdo con Dworkin, podrían considerar, siguiendo una estrategia de abstracción, que existe una convención siempre que los participantes estén de acuerdo en lo más abstracto de la misma (DWORKIN, 2006, pp. 209-213). En el caso ahora analizado, existiría una convención siempre que los jueces estuvieran de acuerdo sobre el término «justicia» en abstracto y se trataría de algo similar a un mero acuerdo de rótulos. Por ejemplo, habría una convención siempre que los jueces estuvieran de acuerdo en que el criterio de validez jurídica es la justicia en abstracto. Para la existencia de tal convención sería indiferente lo que significara en concreto la justicia para cada uno de los jueces intervinientes en la práctica. En el caso de que cada concreto significado fuera diferente no habría un desacuerdo en la convención, sino, a lo sumo, en la aplicación del contenido del concepto abstracto de la convención, es decir, sobre cuándo una norma es justa. Ahora bien, como ha apuntado Marmor, resulta imposible diferenciar entre los contenidos (o criterios) de la convención y la aplicación de la misma, ya que las convenciones lo son porque existe una práctica social de aplicar la regla a ciertos casos. Por esta razón es la aplicación de la regla lo que constituye su misma existencia y si la aplicación de una convención a una materia no está clara, entonces no existe ninguna convención al respecto (MARMOR, 2001, p. 58).

Esta versión de lo suficiente, no obstante, no les parece plausible a muchos positivistas incluyentes¹⁵ y sostienen que la moral únicamente podría llegar a ser una condición necesaria de validez jurídica¹⁶. Aunque, a mi juicio, el carácter convencionalista del Derecho se pondría igualmente en tela de juicio y por las mismas razones antes expresadas, presupóngase, no obstante, que el hecho de que la moral objetiva se incorpore en normas jurídicas positivas a efectos de la existencia y el contenido del Derecho válido permitiera seguir manteniendo la tesis convencionalista y diferenciar todavía el Derecho de la moral objetiva. En este caso, los incluyentes tendrían que, por un lado, aclarar cómo pueden aceptar que desde el compromiso con la moral objetiva ésta entra en juego únicamente en el caso de que las propias normas jurídicas incorporen estándares morales y, por otro, explicar cómo se puede seguir manteniendo el carácter convencional del Derecho, la diferenciación entre éste y la moral, así como no caer en la idea de la superfluidad del Derecho, dado el efecto irradiación de los derechos fundamentales¹⁷. Si las normas constitucionales de derechos fundamentales —estando éstas en el nivel más alto de la jerarquía normativa y pudiendo entonces ser causa de invalidez de cualquier norma jurídica— incorporan al sistema jurídico la moral objetiva, entonces ésta se irradiaría sobre todo el ordenamiento y la lectura moral de todo el Derecho se hace inevitable (Dworkin, 1996, 1-38; Himma, 2003, 184), reabriéndose el extremo escenario antes descrito.

Parece, pues, que el compromiso con la moral objetiva que despliega el positivismo jurídico incluyente le conduce a serios proble-

¹⁵ Así, por ejemplo, Waluchow llega a aducir que «un sistema jurídico que nos dijera simplemente que actuásemos de acuerdo con los principios de la moral no introduciría de hecho ninguna diferencia significativa respecto a una sociedad sin Derecho» (WALUCHOW, 2000, pp. 79-80). En un sentido similar puede verse MORESO, 2001, p. 109.

¹⁶ Sería ésta la original tesis suave de Hart al declarar que «de acuerdo con mi teoría, la existencia y contenido del Derecho puede ser identificado por referencia a las fuentes sociales del Derecho (e.g., legislación, resoluciones judiciales, costumbre social), sin recurrir a la moral, excepto donde el Derecho, así identificado, haya incorporado criterios morales para la identificación del derecho» (HART, 1994, p. 51).

¹⁷ De acuerdo con el Tribunal Constitucional Alemán, en sentencia de 15 de enero de 1958, «la Ley Fundamental, que no quiere ser un orden neutral de valores, ha establecido también en la parte dedicada a los derechos fundamentales un orden objetivo de valores y que precisamente con ello se pone de manifiesto un fortalecimiento por principio de la pretensión de validez de los derechos fundamentales. Este sistema de valores, que encuentra su núcleo en la personalidad humana que se desarrolla libremente en el interior de la comunidad social y en su dignidad, debe regir en todos los ámbitos del derecho, como decisión constitucional fundamental: la legislación, la administración y la jurisdicción reciben de él directrices e impulso». El Tribunal Constitucional Español, por su parte, señala en su sentencia 9/1981, de 31 de marzo, que la Constitución es una norma «cualitativamente distinta de las demás, por cuanto incorpora el sistema de valores esenciales que ha de constituir el orden de convivencia política y de informar todo el ordenamiento jurídico». A su vez, la STC 25/1981, de 14 de julio, considera en su fundamento jurídico quinto que los derechos constituyen un orden objetivo de valores que se proyectan sobre el conjunto del ordenamiento jurídico.

mas teóricos, pero también metodológicos, enfrentándose a la neutralidad valorativa propia de la teoría del Derecho positivista (Hart, 1994, 30; Escudero, 2004, 251, y Marmor, 2006). Si el objetivismo moral fuera cierto, el positivismo jurídico excluyente tendría que reformular su teoría a la luz de las pruebas¹⁸, mas no se aducen pruebas en defensa del objetivismo moral, sino, a lo sumo, «buenas razones» (Moreso, 2003). Ahora bien, considero que no hay más buenas razones a la hora de justificar una creencia que los procedimientos fiables.

3.3. El Derecho es lo que dicen los jueces, pero no sólo

Uno de los argumentos más poderosos contra la tesis de que la moral objetiva determina la existencia y el contenido del Derecho (desarrollado en Jiménez Cano, 2008a, 236-237, sobre la base de Himma, 2005, 15-16) reside en el hecho de que si las autoridades finales¹⁹ pueden equivocarse a la hora de concretar la corrección (moral) de las normas que contienen referencias a la moralidad, entonces dicha corrección es irrelevante a la hora de juzgar la validez jurídica de tales normas. Moreso, no obstante, entiende en su comentario que dicho argumento desdibuja tanto la distinción entre identificación y aplicación del Derecho como la de definitividad e infalibilidad de las decisiones jurídicas.

La respuesta a ambas críticas necesitaría de una toma de posición en la teoría de la interpretación y aplicación jurídica—cosa que merecería desde luego un espacio aparte al de estas líneas—. Ahora bien, cuando se considera que la afirmación de que el Derecho es aquello que deciden las autoridades finales difumina la distinción entre identificación y aplicación jurídica (en el sentido de que lo que sea el Derecho equivale a lo que los jueces apliquen en sus procesos de decisión), no se tiene en cuenta que no todo lo identificado como Derecho se reviste de decisión judicial. Por ejemplo, el artículo 57.5 CE, al señalar que «las abdicaciones y renunciaciones y cualquier duda de hecho o de derecho que ocurra en el orden de sucesión a la Corona se resolverán por una Ley orgánica» es Derecho, pero ni ha sido desarrollado por el legislador orgánico ni aplicado por los jueces. Creo, por tanto, que la diferencia entre lo que sea la totalidad del Derecho y lo que decidan o apliquen las autoridades finales puede mantenerse.

Por otro lado, por muy definitiva que sea la decisión de una autoridad final respecto de la cuestión de la validez jurídica de una norma

¹⁸ Pues si el positivismo jurídico excluyente es apto para una naturalización (JIMÉNEZ CANO, 2008a, p. 278), es necesario estar dispuesto a revisar o rechazar la teoría, y no sólo la tesis de la neutralidad axiológica, a la luz de los hechos o, mejor, de las pruebas empíricas (POST, 1995, p. 695; ALLEN Y LEITER, 2001, p. 1496).

¹⁹ Una autoridad es una autoridad última o final si y sólo si no hay ninguna otra persona o institución con autoridad para revisar o anular la decisión de aquélla (DWORKIN, 1977, p. 84; HIMMA, 2005, p. 4).

dicha decisión no es necesariamente correcta desde el punto de vista moral. Podrá serlo o no y esto dependerá de la óptica del tipo de moral con la que se enjuicie (Jiménez Cano, 2008a, 240). Ahora bien, la corrección de la que habla Hart (1961, 176-183) es de índole jurídica o, con mayor precisión, de carácter interpretativo. Para valorar este tipo de corrección se necesita, en primer lugar, adherirse a la teoría interpretativa hartiana, de acuerdo con la cual los jueces meramente aplican el Derecho, y por ende no tienen discrecionalidad, cuando el núcleo de certeza semántica de la regla es claro, mientras que tienen discrecionalidad y crean Derecho si existe una penumbra en el significado de la misma (Hart, 1961, 157-160). No he pretendido suscribir ninguna teoría de la interpretación, ni siquiera una teoría escéptica (Guastini 1999: 15-16), pero si se admite que la textura abierta de los conceptos morales es mayor que la de otros conceptos, o que aquéllos son más abiertos a la indeterminación –de ahí la posibilidad de error–, entonces en esa zona de penumbra hasta Hart acogería de buen grado el escepticismo (Hart, 1961, 191). Cualquier interpretación sería aquí jurídicamente correcta y definitiva, salvo que se entendiera que la cláusula del contenido esencial de los derechos fundamentales (art. 53.1 CE) no sólo vincula al legislador ordinario, sino que se extiende también a la autoridad final. Ahora bien, no debe olvidarse que tal contenido esencial únicamente lo determina una autoridad final, como el Tribunal Constitucional²⁰. En este caso, si la decisión fuera contraria al contenido esencial del concepto, podría entenderse que aquélla fue definitiva pero incorrecta. Por consiguiente, la definitividad de una decisión no conlleva necesariamente su infalibilidad jurídica o moral.

4. EL PROYECTO NATURALIZADOR DE LA TEORÍA DEL DERECHO

La propuesta naturalizadora que Biran Leiter (2007) ha llevado a cabo para la teoría del Derecho, y la idea de que el positivismo jurídico excluyente es más apto para su recepción (Jiménez Cano, 2008a, 271-284),

²⁰ Dicho Tribunal ha considerado que tal «contenido esencial» ha de ser fijado a través de dos vías complementarias. En primer lugar, acudir a su naturaleza jurídica, estableciendo una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y «las generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y, en general, los especialistas en derecho [...] Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales». En segundo lugar, «tratar de buscar los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos. Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos» (STC, 11/1981, de 8 de abril, fundamento jurídico octavo).

reacciona principalmente contra el análisis conceptual basado en intuiciones (Jackson, 1998, 31-38; Himma, 2007, 153-154) y sienta las bases para un control racional basado en hechos verificables. En efecto, si ya existen problemas serios sobre el valor epistemológico de las verdades analíticas (Quine, 1951, 20-43; Harman, 1999, 140), el valor de las intuiciones como método filosófico de conocimiento o de construcción conceptual, entendidas éstas como simples «pareceres» de las personas sobre las cosas o los conceptos, queda al nivel de la mera opinión, además de que la inseguridad cognoscitiva parece de un grado muy superior (Bealer, 1998, 271; Cummins, 1998, 125; Hintikka, 1999, 143). Como ha señalado Jerry Fodor, «algún argumento es necesario acerca de qué hace a tales intuiciones verdaderas (o falsas) y, hasta donde yo puedo alcanzar, los únicos candidatos son hechos sobre conceptos» (Fodor, 2004, 19).

Desde el prisma naturalista se trata de evitar que la filosofía sea únicamente una disciplina conceptual o *a priori* permitiendo un acercamiento más empírico o científico, de manera que se consiga una continuidad o una estrecha conexión entre la filosofía y las ciencias naturales o sociales (Kornblith, 1999, 164; Allen y Leiter, 2001, 1494-1497; Feldman, 2006, Bix, 2006, 20-42). En concreto, se exige que las teorías filosóficas bien se apoyen o justifiquen en resultados científicos exitosos (continuidad con los resultados), bien emulen los métodos y las explicaciones de las investigaciones científicas (continuidad con los métodos) (Quine, 1969, 93; Leiter, 2007, 33-39).

Ahora bien, aunque es cierto que existen versiones del naturalismo que pretenden reemplazar el análisis conceptual entero por aproximaciones únicamente empíricas, la propuesta más plausible es la de un naturalismo cooperativo (Jiménez Cano, 2008a, 137). Este naturalismo, cooperativo o modesto, únicamente niega que ciertos aspectos importantes de la teoría del Derecho puedan ser fructíferamente estudiados por un análisis *a priori* y que, si bien no rechaza completamente una teoría jurídica de corte analítico, sí le ofrece a ésta una mayor colaboración con los resultados o los métodos de la ciencia. Desde este prisma, el naturalismo cooperativo puede ser visto como una manera de control racional de la teoría jurídica o, en su caso, de los análisis conceptuales sobre el Derecho, coadyuvando, en primer lugar, a una mejor explicación de la realidad jurídica y, en segundo término, justificando los análisis conceptuales, permitiendo elegir de entre ellos el mejor. Esto no quiere decir que por «el mejor» se entienda el más correcto desde un punto de vista moral o político, sino el más acorde con una descripción de la realidad jurídica. En efecto, los resultados y los métodos empíricos pueden permitir a los teóricos del derecho abandonar o modificar sus análisis, conduciendo así al progreso de la teoría jurídica. Además, esta continuidad con la ciencia favorece la utilidad y la claridad de la teoría permitiendo, de esta manera, una base más propicia para la interpretación y la crítica del Derecho (Feldman, 1999, 174-180).

El naturalismo cooperativo, por consiguiente, sería compatible con un análisis conceptual modesto o no-ambicioso dispuesto a recabar el auxilio de elementos e investigaciones empíricas. Así, el proyecto naturalizador de la teoría del Derecho y, en concreto, del positivismo jurídico puede ser posible una vez que cierto trabajo conceptual preparatorio ha sido realizado (Coleman, 2001, 213, 2002, 347; Rodríguez-Blanco, 2003, 99-101; Himma, 2007, 155-158). Con un auxilio de las ciencias empíricas no sólo parece posible un mayor progreso en la teoría del Derecho, sino un mayor control racional, pues lo determinante para preferir un concreto análisis conceptual descriptivo sobre otro se debe a que gana su lugar a través de una confirmación *a posteriori* (Leiter, 2007, 136).

Si el naturalismo, al menos el cooperativo, no representa la superación de todo análisis filosófico tampoco significa abrazar necesariamente el fisicalismo o el materialismo más duro, de acuerdo con el cual cuanto existe u ocurre está constituido por entidades o procesos físicos (Shoemaker, 1985, 426). El naturalismo biológico de John Searle (1992, 2000, 2007), al ofrecer una explicación naturalista de la conciencia (y la intencionalidad es un rasgo de la conciencia²¹) con una doble ontología²², es un buen ejemplo de este tipo de acercamiento que no podría, al menos sin reservas, ser etiquetado de fisicalista o materialista.

5. CONCLUSIONES

En los últimos tiempos se ha leído, y oído, que las etiquetas no importan, pero siempre he pensado que las etiquetas no son meros eslóganes, sino que son la forma más apta para poder transmitir de forma rápida y clara un cuerpo de ideas sobre algún asunto. El rótulo «positivismo jurídico», sin duda, no ha sido capaz de satisfacer totalmente esta pretensión y parece haber quedado reducido, a su vez, a un difuso eslogan («no existe una conexión necesaria entre Derecho y moral») que ha comprendido las más variopintas tesis, todas ellas vinculadas a la negación de casi la totalidad de las teorías iusnaturalistas (Kramer, 2004, 225). Consciente de la imposibilidad de ofrecer un concepto unitario de iuspositivismo sobre la base de todas estas tesis, mi objetivo consiste en enfocar tal concepto desde el plano metodológico, como el conjunto de teorías que comparten unos mismos

²¹ La relevancia de la intencionalidad en la explicación de instituciones sociales como el Derecho ha sido puesta de manifiesto en JIMÉNEZ CANO, 2008b, 683-701.

²² Ontología que incluye un modo de existencia objetivo, que comprende la conciencia como estado mental caudado por procesos neurobiológicos realizados en las estructuras cerebrales, y otro objetivo, en el sentido de que la conciencia sólo existe si es experimentada por algún agente humano o animal y que la hace irreductible a meros sucesos neurobiológicos.

objetivos e instrumentos metodológicos, a saber: describir el fenómeno jurídico en general a través de herramientas analíticas y empíricas. Estos objetivos no serían diferentes a los perseguidos por la teoría jurídica.

Son estos objetivos los que permiten reducir el número de teorías que se autoproclaman iuspositivistas y que contribuyen a que el rol comunicativo del rótulo «positivismo jurídico» haya sido infructuoso. Creo que la labor descriptiva puede separarse de la tarea valorativa (moral) y que sólo las teorías que emplean aquella labor pueden calificarse de iuspositivistas. No serán, sin embargo, sus objetivos, sino su incoherencia metodológica y epistemológica –por abordar estados de cosas no verificables, por el recurso a las intuiciones o el compromiso axiológico– la que dejará fuera del «rótulo» al positivismo jurídico incluyente.

La sujeción a hechos verificables y su coherencia metodológica harán del positivismo jurídico excluyente no sólo el más complaciente con los parámetros metodológicos del positivismo jurídico (general y descriptivo), sino el más capaz para abordar una seria reformulación de las herramientas y procedimientos que se continúen con los métodos y/o los resultados de las ciencias empíricas. Una naturalización de la teoría del Derecho y, en concreto, del positivismo jurídico se hace precisa si se quiere explicar realmente el fenómeno jurídico. Esto no significa reemplazar todo análisis iusfilosófico, especialmente en la teoría justificativa acerca de cómo deben decidir los tribunales o deben comportarse los ciudadanos de acuerdo con el Derecho, pero comprender esta labor dentro de la teoría jurídica haría recomendable un cambio de rótulo para ésta.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALLEN, R. J. y LEITER, B., «Naturalized Epistemology and the Law of Evidence», *Virginia Law Review*, 87 (8), 2001, pp. 1491-1550.
- ANSUÁTEGUI, F. J., *De los derechos y el Estado de Derecho. Aportaciones a una teoría jurídica de los derechos*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.
- ATRIA, F., «La ironía del positivismo jurídico», *Doxa*, 27, 2004, pp. 81-139.
- BAYÓN, J. C., «Derecho, convencionalismo y controversia», en NAVARRO, P. E., y REDONDO, M. C. (comps.), *La relevancia del Derecho. Estudios de Filosofía jurídica, moral y política*. Barcelona, Gedisa, 2002, pp. 57-92.
- BEALER, G., «A Theory of Concepts and Concept Possession», *Philosophical Issues*, 9, 1998, p. 261-301.
- BIX, B. (2006): *Teoría del Derecho: ambición y límites*. Madrid, Marcial Pons, 2006.
- «Joseph Raz and Conceptual Analysis», *The American Philosophical Association Newsletter on Philosophy and Law*, 6 (2), 2007, pp. 1-7.

- BOBBIO, N., «Formalismo giuridico e formalismo etico», *Rivista di filosofia*, XLV, 3, 1954, pp. 235-270. Citado por la traducción castellana de RUIZ MIGUEL, A., «Formalismo jurídico y formalismo ético», en BOBBIO, N., *Contribución a la Teoría del Derecho*. Valencia, Fernando Torres, 1980, pp. 105-117.
- «Sul positivismo giuridico», *Rivista di filosofia*, LII, 1961a, pp. 14-34. Citado por la traducción castellana de GARZÓN VALDÉS, E.: «Positivismo jurídico», en BOBBIO, N.: *El problema del positivismo jurídico*. México, Fontamara, 2004, pp. 37-66.
- *Il positivismo giuridico*. Torino, Editrice Cooperativa Universitaria, 1961, Citado por la traducción castellana de Asís, R. DE, y GREPPI, A.: *El positivismo jurídico*. Madrid, Debate, 1993.
- «Giusnaturalismo e positivismo giuridico», *Rivista de Diritto civile*, VIII, 1962, pp. 503-515. Citado por la traducción castellana de GARZÓN VALDÉS, E.: «Jusnaturalismo y positivismo jurídico», en BOBBIO, N.: *El problema del positivismo jurídico*. México, 2006, Fontamara, 2004, pp. 67-90.
- BULYGIN, E., *El positivismo jurídico*. México, Fontamara, 2006.
- CAMPBELL, T. D., *The Legal Theory of Ethical Positivism*. Aldershot, Dartmouth, 1996.
- «The Point of Legal Positivism», *King's College Law Journal*, 9, 1998, pp. 63-81. Citado por la traducción castellana de RÓDENAS, A.: «El sentido del positivismo jurídico», *Doxa*, 25, 2004, pp. 303-331.
- COLEMAN, J., «Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis», *Legal Theory*, 4: pp. 381-425. Citado por la version de Coleman, J. (ed.), *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law*. Oxford, Oxford University Press, 2001, pp. 99-147.
- «Constraints on the Criteria of Legality», *Legal Theory*, 6, pp. 171-183.
- *The Practice of Principle. In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*. Oxford, Oxford University Press, 2001.
- COMANDUCCI, P., «Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico», trad. M. Carbonell, *Isonomía*, 16, 2002, pp. 89-112.
- «Las conexiones entre el Derecho y la moral», *Derechos y Libertades*, 12, 2003, pp. 15-26.
- CUMMINS, R., «Reflection on Reflective Equilibrium», en DEPAUL, M., y RAMSEY, W. (eds.), *Rethinking Intuition*. Oxford, Rowman & Little-field, 1998, pp. 113-127.
- DWORKIN, R., *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Harvard University Press, 1977, Citado por la traducción castellana de GUSTAVINO, M.: *Los derechos en serio*, 2.^a ed. Barcelona, Ariel, 1989.
- *Freedom's Law*. Oxford, Oxford University Press, 1996.
- *Justice in Robes*. Cambridge, Harvard University Press, 1996, Citado por la traducción castellana de IGLESIAS, M., y ORTIZ, I.: *La justicia con toga*. Madrid, 2007.
- ESCUDERO, R., *Los calificativos del positivismo jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral*. Madrid, Civitas, 2004.
- «Arguments against Inclusive Legal Positivism», en MORESO, J. J. (ed.), *Legal Theory / Teoría del Derecho*, Proceedings of the 22nd IVR World Congress, *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, Beiheft 106, 2007, pp. 43-52.

- FELDMAN, R., «Methodological Naturalism in Epistemology», en GRECO, J., y SOSA, E. (eds.): *The Blackwell Guide to Epistemology*. Oxford, Blackwell, 1999, pp. 170-186.
- «Naturalized Epistemology», en ZALTA, E. N. (ed.): *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, otoño 2006, <http://plato.stanford.edu>.
- FERRAJOLI, L., «Juspositivismo crítico y democracia constitucional», trad. L. Córdova y P. Salazar, *Isonomía*, 16, 2002, pp. 7-20.
- «Pasado y futuro del Estado de Derecho», trad. P. Allegue, en CARBONELL, M. (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid, Trotta, 2003, pp. 13-29.
- FODOR, J., «Water's water everywhere», *London Review of Books*, 26, 20, pp. 17-19.
- GARCÍA FIGUEROA, A., «Ser o no ser normativo: un dilema para el positivismo jurídico», en DIMOULIS, D. y DUARTE, E. O. (coords.), *Teoria do Direito neocostitucional*. São Paulo, Editora Método, 2008, pp. 79-101.
- GUASTINI, R., *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 1999. Citado por la 3.ª ed. de Carbonell, M. México, Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.
- HARMAN, G., *Reasoning, Meaning, and Mind*. Oxford, Clarendon, 1999.
- HART, H. L. A., *The Concept of Law*. Oxford, Clarendon, 1961. Citado por la traducción castellana de Carrió, G. R.: *El concepto de Derecho*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998.
- «El nuevo desafío al positivismo jurídico», trad. L. Hierro, F. J. Laporta y J. R. de Páramo, *Sistema*, 36, 1980, pp. 3-18.
- «Postscript» to *The Concept of Law*, 2.ª ed. Oxford, Clarendon, 1994. Citado por la traducción castellana de Tamayo, R.: *Post Scriptum al concepto de Derecho*, ed. por P. A. BULLOCH y J. RAZ. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.
- HIERRO, L., «¿Por qué ser positivista?», *Doxa*, 25, 2002, pp. 263-302.
- HIMMA, K. E., «Incorporationism and the Objectivity of Moral Norms», *Legal Theory*, 5, 1999, pp. 415-434.
- «Inclusive Legal Positivism», en COLEMAN, J., y SHAPIRO, S. (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*. Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 125-165.
- «Making Sense of Constitutional Disagreement: Legal Positivism, the Bill of Rights, and the Conventional Rule of Recognition in the United States», *Journal of Law in Society*, 4 (2), 2003, pp. 149-218.
- «Final Authority to Bind with Moral Mistakes: on the Explanatory Potential of Inclusive Legal Positivism», *Law and Philosophy*, 24, 21005, pp. 1-45.
- «Conceptual Analysis, the Naturalistic Turn, and Legal Philosophy», en MORESO, J. J. (ed.): *Legal Theory / Teoría del Derecho*, Proceedings of the 22nd IVR World Congress, Granada, 2005, vol. I, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beiheft 106, 2007, pp. 151-158.
- HINTIKKA, J., «The Emperor's New Intuitions», *Journal of Philosophy*, 96, 1999, pp. 127-147.
- JACKSON, F., *From Metaphysics to Ethics: A Defence of Conceptual*. Oxford, Oxford University Press, 1998.
- JIMÉNEZ CANO, R. M., *Una metateoría del positivismo jurídico*. Madrid, Marcial Pons, 2008.
- «El Derecho como institución social: Searle y Hart», en AA.VV.: *Teoría y metodología del Derecho. Estudios en homenaje a Gregorio Peces-Barba, tomo II*. Madrid, Dykinson, 2008, pp. 683-701.

- KELSEN, H., «Justice et droit naturel», *Annales de philosophie politique: le droit naturel*, tome 3, Paris, Presses Universitaires de France, 1959, pp. 1-123. Citado por la trad. cast. «Justicia y derecho natural», trad. E. Díaz, en AA.VV. *Crítica del derecho natural*. Madrid, Taurus, 1966, pp. 29-163.
- *Reine Rechtslehre*, 2.^a ed. Wien, Franz Deuticke, 1960. Citado por la traducción castellana de VERNENGO, R. J.: *Teoría pura del Derecho*, 12.^a ed. México, Porrúa, 2002.
- KORNBLITH, H., «In Defense of a Naturalized Epistemology», en GRECO, J., y SOSA, E. (eds.): *The Blackwell Guide to Epistemology*. Oxford, Blackwell, 1999, pp. 158-169.
- KRAMER, M. H., *Where Law and Morality Meet*. Oxford, Oxford University Press, 2004.
- LASARTE, C., *Principios de Derecho Civil*, tomo I, 13.^a ed., Madrid, Marcial Pons, 2007.
- LEITER, B., *Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*. Oxford, Oxford University Press, 2001.
- MARMOR, A., *Positive Law and Objective Values*. Oxford, Oxford University Press, 2001.
- «Legal Positivism. Still Descriptive and Morally Neutral», *Oxford Journal of Legal Studies*, 26 (4), 2006, pp. 683-704.
- MORESO, J. J., «In Defense of Inclusive Legal Positivism», en CHIASSONI, P. (ed.), *The Legal Ought*. Torino, Giappichelli, 2001, pp. 37-64. Citado por la traducción castellana del mismo autor: «En defensa del positivismo jurídico inclusivo», en NAVARRO, P. E., y REDONDO, M. C. (comps.): *La relevancia del Derecho. Ensayos de Filosofía jurídica, moral y política*. Barcelona, Gedisa, 2002, pp. 93-116.
- «El reino de los derechos y la objetividad de la moral», *Análisis filosófico*, XXIII (2), 2003, pp. 117-150.
- «El positivismo jurídico y la aplicación del Derecho», *Doxa*, 27, 2004, pp. 45-62.
- «La objetividad del Derecho y la objetividad de la moral», en AA.VV.: *Teoría y Metodología del Derecho. Estudios en Homenaje a Gregorio Peces-Barba*, tomo II, Madrid, 2008, Dykinson, pp. 819-832.
- «El positivismo jurídico, la aplicación del Derecho y la interpretación de la Constitución», en DIMOULIS, D. y DUARTE, E. O. (coords.), *Teoria do Direito neocostitucional*. São Paulo, Editora Método, 2008, pp. 267-284.
- MORESO, J. J. y VILAJOSANA, J. M., *Introducción a la teoría del derecho*. Madrid, Marcial Pons, 2004.
- OKASHA, S., «Verificationism, Realism and Scepticism», *Erkenntnis*, 55, 2001, pp. 371-385.
- PECES-BARBA, G., «Ética pública-ética privada», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIV, 1997, pp. 531-544.
- *Derechos sociales y positivismo jurídico (Estudios de Filosofía jurídica y política)*. Madrid, Dykinson, 1999.
- «Una metateoría rigurosa», prólogo a JIMÉNEZ CANO, R. M.: *Una metateoría del positivismo jurídico*. Madrid, Marcial Pons, 2008, pp. 11-14.
- POST, J. F., «Naturalism», en AUDI, R. (ed.), *The Cambridge Dictionary of Philosophy*. Cambridge: Cambridge, University Press, 1995. Citado por la traducción castellana de Marraud, H. y Alonso, E.: «Naturalismo», en

- AUDI, R. (ed.), *Diccionario Akal de Filosofía*. Madrid, Akal, 2004, pp. 695-696.
- QUINE, W. V. O., «Two Dogmas of Empiricism», *The Philosophical Review*, 60, 1951, pp. 20-43.
- «Epistemology Naturalized», en *Ontological Relativity and Other Essays*. New York, Columbia University Press, Citado por la traducción castellana de GARRIDO, M., y BLASCO, J. L.: «Naturalización de la epistemología», en *La relatividad ontológica y otros ensayos*. Madrid, Tecnos, 1974, pp. 93-119.
- RAZ, J., *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*. Contributors. Oxford, Oxford University Press, 1979; citado por la traducción castellana de Tamayo, R.: *La autoridad del Derecho. Ensayos sobre Derecho y moral*, 2.ª ed. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1985.
- «Incorporation By Law», *Legal Theory*, 10, 2004, pp. 1-17. Citado por la traducción castellana de Ruiz, R., y Jiménez Cano, R. M.: «La incorporación por el Derecho», *Derechos y Libertades*, 16, pp. 17-40.
- RODRÍGUEZ-BLANCO, V., «A Defence of Hart's Semantics as Nonambitious Conceptual Analysis», *Legal Theory*, 9, 2003, pp. 99-124.
- RODRÍGUEZ MOLINERO, M., «La Moral en el Derecho vigente», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 28, 1988, pp. 117-130.
- RUIZ MIGUEL, A., «Positivismo ideológico e ideología positivista», en RAMOS PASCUA, J. A., y RODILLA, M. A. (eds.): *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*. Salamanca, Universidad de Salamanca, 2006, pp. 457-479.
- SCARPELLI, U., *Cos'è il positivismo giuridico*. Milano, Edizioni di Comunità, 1965. Citado por la traducción castellana de Hennequin, J.: *¿Qué es el positivismo jurídico?* Puebla, 1965, Cajica, 2001.
- SEARLE, J. R., *The Rediscovery of the Mind*. Cambridge, MIT Press, 1992.
- «Consciousness», *Annual Review of Neuroscience*, 23, 2000, pp. 557-578
- «Biological Naturalism», en VELMAS, M. y SCHNEIDER, S. (eds.): *The Blackwell Companion to Consciousness*. Oxford, BLACKWELL, 2007, pp. 325-334.
- SHAPIRO, S. J., «On Hart's Way Out», *Legal Theory*, 4, 1998, pp. 469-507. Citado por «On Hart's Way Out», en COLEMAN, J. (ed.): *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law*. Oxford, Oxford University Press, 2001, pp. 149-191.
- SHOEMAKER, S., «Physicalism», en AUDI, R. (ed.), *The Cambridge Dictionary of Philosophy*. Cambridge, 1985. Cambridge University Press, Citado por la traducción castellana de Marraud, H. y Alonso, E.: «Fisicalismo», en AUDI, R. (ed.), *Diccionario Akal de Filosofía*. Madrid, Akal, 2004, p. 426.
- VILAJOSANA, J. M., *Identificación y justificación del Derecho*. Madrid, Marcial Pons, 2007.
- WALDRON, J., *Law and Disagreement*. Oxford-New York, Oxford University Press, 1999. Citado por la traducción castellana de Martí, J. L., y Quiroga, A.: *Derecho y desacuerdos*. Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2005.
- WALUCHOW, W. J., *Inclusive Legal Positivism*. Oxford-New York, Oxford University Press, 1994.
- «Authority and the Practical Difference Thesis: A Defense of Inclusive Legal Positivism», *Legal Theory*, 6, 2000, pp. 45-81.

Fecha de recepción: 25/03/2009. Fecha de aceptación: 15/11/2009.