

¿QUÉ QUEDA DEL POSITIVISMO JURÍDICO?

Ángeles Ródenas
Universidad de Alicante

La expresión *crisis del positivismo jurídico* parece estar en boca de todos en los últimos tiempos. Sobre este tema se suceden estudios que niegan categóricamente la existencia de tal crisis, otros que certifican la defunción del positivismo jurídico y, finalmente, algunos que tratan de reformular la teoría positivista, haciéndola resistente a las críticas. En este maremagno de críticas, réplicas y contrarréplicas, conviene comenzar precisando, con la mayor claridad posible, cuál es el objeto de la polémica: aunque la discusión no quede limitada a ello, en líneas generales puede entenderse que la crisis que se predica del positivismo jurídico afecta fundamentalmente a la “*versión fuerte*” de la “*tesis de las fuentes sociales*”. De acuerdo con dicha versión, puede identificarse aquello que el Derecho es, con completa independencia de los juicios sobre lo que debiera ser, de forma que las consideraciones basadas en juicios de valor no intervienen a la hora de determinar cuál es el Derecho de una comunidad. Dicho en el lenguaje de las razones para la acción, de acuerdo con esta “*versión fuerte*”, el Derecho proporciona a los operadores jurídicos razones que son independientes del contenido de las prescripciones, por lo que se excluye la deliberación sobre las razones a favor y en contra de realizar la acción prescrita. Como es fácil percatarse, la “*versión fuerte*” de la tesis de las fuentes del positivismo jurídico no sería sino una interpretación radical de la tesis hartiana de las fuentes sociales, de acuerdo con la cual la existencia y el contenido del Derecho de una comunidad dependen únicamente de un conjunto de hechos sociales, es decir, de un conjunto de acciones de los miembros de dicha sociedad, que *pueden* ser descritos sin recurrir a la moralidad¹, ni, en general, a los juicios evaluativos.

¹ Cfr. H.L.A. Hart, “Postscript” a *The Concept of Law*, 2ª ed., Oxford, Oxford University Press, 1994.

Se asuma o no el diagnóstico, los síntomas de crisis de esta versión del positivismo son claros y variados. Aunque en este trabajo no pretendo ocuparme de ellos, seguidamente voy a realizar, con una pretensión meramente introductoria, un breve bosquejo de los mismos. Los orígenes de la crisis de la versión fuerte del positivismo jurídico podríamos remontarlos a la célebre crítica que Dworkin hiciera a Hart². Como se recordará, el sentido central de dicha crítica puede resumirse en la idea de que el positivismo jurídico no es capaz de explicar la presencia en el Derecho de los principios. Estas pautas, a diferencia de las reglas, no tienen su origen en ningún hecho social (su validez no depende de su *pedigree*); los principios no son jurídicamente válidos en razón de su fuente, sino por razón de su contenido. Simplificando un tanto las cosas, las modernas reformulaciones del positivismo jurídico en positivismo excluyente y positivismo incluyente –así como las diferentes subdivisiones de éstos– pueden considerarse como distintas respuestas a la crítica de Dworkin a Hart. Así, mientras que el positivismo excluyente enfatizaría los rasgos discordantes de ambas concepciones, excluyendo que cualquier consideración valorativa pueda determinar la existencia y el contenido del Derecho, el positivismo incluyente se escoraría ligeramente hacia la concepción de Dworkin –sin zambullirse por completo en sus aguas– dando cabida a las consideraciones valorativas en la identificación del Derecho, pero sin renunciar a trazar una línea de separación (conceptual) entre el Derecho y la moral.

Toda esta polémica en el seno de la teoría del Derecho no es tan artificiosa como a alguien, a simple vista, pudiera parecerle. La discusión sobre la inclusión o no de estándares valorativos de cara a la identificación del Derecho tiene consecuencias muy importantes a la hora de dar cuenta de fenómenos jurídicos reales. Así, por ejemplo, la versión fuerte del positivismo jurídico tropieza con una dificultad tradicional en el caso de los sistemas de *common law*, en los que la contribución de los jueces al desarrollo del Derecho adquiere una dimensión muy destacada. No en vano este sistema tuvo uno de sus principales detractores en uno de los padres fundadores del positivismo jurídico: Jeremy Bentham; cuya hostilidad hacia las oscuridades y mistificaciones del *common law* y defensa del Derecho codificado son sobradamente conocidas. Ciertamente, las pretensiones recogidas en la “tesis fuerte del positivismo jurídico” parecen casar mejor con un sistema jurídico que dé prioridad en sus fuentes al Derecho legislado: Aunque no siempre

Sobre la versión fuerte y débil de la tesis hartiana de las fuentes sociales cfr. trabajo de José Juan Moreso: “En defensa del positivismo jurídico inclusivo”, en *La relevancia del Derecho*, Gedisa, Barcelona, 2002, págs. 94 a 95.

² Cfr. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Gerald Duckworth ed., Londres, 1977.

esté del todo claro cómo debe ser interpretado un texto legal, éste facilita la posibilidad de acuerdo acerca de qué es lo que el Derecho requiere³. La dificultad tradicional de la versión fuerte del positivismo jurídico para dar cuenta de los sistemas de *common law*, se ve más agravada en el caso de prácticas como la de los EEUU de Norteamérica, en las que los jueces parecen ser más proclives a aceptar como “proposiciones de Derecho” argumentos sustantivistas (no basados en la autoridad de la fuente de la que proceden), que en el Derecho inglés, más formalista (con un sistema de fuentes más vinculado a las autoridades)⁴.

Finalmente, el moderno auge del constitucionalismo también pondría en entredicho —esta vez desde la tradición del *civil law*— la versión fuerte del positivismo jurídico, al haberse incorporado al Derecho un amplio catálogo de valores fundamentales que deben ser seriamente tomados en consideración por los jueces a la hora de resolver los casos. El nuevo paradigma constitucionalista en el que estamos inmersos resulta incompatible con una aplicación mecánica de las normas y obliga al interprete a realizar constantes ponderaciones para poder concretar tales valores de forma que afecten a las circunstancias del caso.

Esta apelación inicial a los síntomas de la crisis del positivismo sólo pretende esbozar algunas pinceladas del telón de fondo en el que se desenvuelve este trabajo. El objeto de las páginas que siguen no es —al menos directamente— profundizar en estas cuestiones sino, en primer término, analizar lo más sistemáticamente posible los principales factores (internos al Derecho) que minan la tesis fuerte del positivismo jurídico (1) para, seguidamente, examinar la viabilidad de diferentes respuestas que desde el positivismo jurídico se han dado para superar estos obstáculos (2). Dicho análisis me abonará el terreno para abogar por una teoría del Derecho que no sólo dé cuenta de las reglas, sino también de los valores y —más específicamente— de los compromisos entre valores (o, si se prefiere, de los balances entre razones) que albergan los sistemas jurídicos, como única vía capaz de ofrecer una reconstrucción alternativa satisfactoria de los casos que ponen en tela de juicio la tesis fuerte del positivismo jurídico (3). Esta propuesta de reconstrucción me llevará a reflexionar sobre el papel que desempeñan las convenciones y la coherencia de cara la identificación del Derecho (4). Por último, el trabajo se cierra con algunas reflexiones finales en las que, toman-

³ Cfr. Tom Campbell, “El sentido del positivismo jurídico”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 25, Alicante, 2002, págs. 328 y sig.

⁴ Cfr. P.S. Atiyah y R.S. Summers, *Form and Substance in Anglo-American Law. A Comparative Study of Legal Reasoning, Legal Theory, and Legal Institutions*, Clarendon Press, Oxford, 1987.

do en consideración los desarrollos precedentes, trato de dar respuesta a la pregunta que le sirve de título: ¿Qué queda del positivismo jurídico? (5).

1.– Las tensiones internas al Derecho que minan la tesis fuerte del positivismo jurídico:

Como acabo de apuntar, voy a defender la idea de que hay factores internos al Derecho que ponen en tela de juicio la tesis fuerte del positivismo jurídico. Dicha tesis –que, como se recordará, afirma que la identificación del Derecho es independiente de su contenido– sería cierta si los sistemas jurídicos pudieran siempre operar consistentemente atrincherando reglas con perfecta autonomía semántica respecto de sus razones subyacentes. Es decir, si las reglas pudieran aplicarse a todos los casos sin consideración a las razones que les sirven de fundamento. Pero, como vamos a ver, un sistema jurídico que tomara siempre las reglas como completamente opacas respecto a las razones que les sirven de justificación adolecería de ciertas insuficiencias y estaría abocado a cometer determinados excesos.

Voy a intentar mostrar que tales insuficiencias y excesos no son sino la manifestación de las tensiones internas al Derecho causadas por el carácter dual de las razones que incorpora: razones autoritativas (razones basadas en los criterios autoritativos, independientes del contenido, fijados en su sistema de fuentes) y valores jurídicos (razones dependientes del contenido). Mi tesis es que, al menos en lo que a los sistemas jurídicos desarrollados se refiere, hay determinadas ocasiones en las que hacer depender la identificación del Derecho de juicios de valor no sólo no contraviene lo que el Derecho requiere de los jueces y demás aplicadores de normas, sino que, por el contrario, viene exigido por éste. En concreto, voy a sostener que los juicios de valor operarían en el momento de la aplicación del Derecho en un doble sentido: haciendo, por un lado, que normas que, de acuerdo con los criterios autoritativos fijados en el sistema de fuentes⁵, no serían identificables como Derecho, resulten ser, no obstante, aplicables (1.1) y, por otro lado, que normas autoritativamente identificadas como Derecho resulten, pese a ello, inaplicables (1.2). Mientras que en el primer caso diríamos que los juicios de valor permiten identificar como jurídicas normas que, de acuerdo con los criterios autoritativos del sistema de fuentes, no lo serían, en el segundo caso podemos afirmar que los juicios de valor excluyen como jurídicas normas que, de tener en cuenta sólo tales criterios, sí serían Derecho.

1.1.– En primer lugar, como acabo de indicar, cabe que normas que, de acuerdo con los criterios autoritativos fijados en el sistema de fuentes, no

⁵ Dicho en otros términos, criterios que nos permiten afirmar que la norma *n* pertenece al sistema *S*, sin tener que entrar a evaluar su contenido.

serían identificables como Derecho, resulten ser, no obstante, aplicables debido a consideraciones valorativas. En estos casos podemos afirmar que, con el fin de suplir las *insuficiencias* propias de un sistema que operara atrincherando reglas de mandato, el Derecho hace una llamada para que la moral (u otras consideraciones valorativas) se incorporen al contenido del mismo. Dicho en otros términos, el Derecho abre la puerta a la utilización para la resolución de conflictos de criterios no fundados en su sistema autoritativo de fuentes, sino en consideraciones basadas en juicios de valor.

Así, en muchos casos es el propio legislador el que prevé una remisión a criterios extrajurídicos, basados en valores, para dotar de contenido y/o de condición de aplicación a determinadas normas. De ello son buena muestra ciertos conceptos valorativos ligados al constitucionalismo moderno, como el tan citado de “trato degradante”. Lo característico de la utilización de este tipo de conceptos es que implican una renuncia del legislador a introducir propiedades descriptivas en la norma y, en su lugar, una remisión a las convenciones interpretativas vigentes en un determinado colectivo social. Lo cual no significa, por cierto, que dichas convenciones prevean una respuesta para todos y cada uno de los casos que se le planteen, pero sí que siempre habrá un conjunto de casos que son paradigmas de la aplicación del concepto⁶.

Ahora bien, la inclusión en el Derecho de este tipo de conceptos valorativos no es un fenómeno relativamente reciente, ligado al moderno auge del constitucionalismo. Si bien es cierto que en el constitucionalismo moderno esta tendencia resulta más perceptible, es una característica de los sistemas jurídicos tradicionales la inclusión de conceptos como los de “buena fe”, “diligencia de un buen padre de familia”, “honor”, etc. que, indudablemente, participan de estas características⁷. En estos y similares ejemplos, el legislador, conscientemente, abre una puerta de entrada a la moral en el Derecho⁸, renunciando a regular los casos mediante propiedades descriptivas y requiriendo del aplicador del Derecho el esclarecimiento de las mismas a partir de consideraciones basadas en juicios de valor.

Pero, en contra de lo que pudiera parecer, la remisión del legislador a criterios extrajurídicos no es el único mecanismo que permite a los operadores jurídicos aplicar normas no identificables autoritativamente. Además, existirían otros mecanismos que pueden considerarse como una respuesta

⁶ Cfr. José Juan Moreso, “En defensa del positivismo jurídico inclusivo”, *ob.cit.*, pág. 101.

⁷ Cfr. José Juan Moreso, *ob. cit.*, pág. 106.

⁸ Sobre la progresiva inclusión en el Derecho de aspectos morales cfr. Laporta, Francisco, *Entre el Derecho y la Moral*, Fontamara, México, 1993, núm. 26, págs. 60 a 63.

proveniente del “método jurídico” –o, si se prefiere, en una terminología más de moda en la teoría del Derecho, de nuestras “prácticas jurídicas interpretativas”– a las *insuficiencias* de un sistema que operara sólo mediante reglas de mandato. Figuras como la de la *analogía legis* prevista en nuestro Código Civil, o construcciones doctrinales como la de la *interpretación extensiva* tienen precisamente aquí su anclaje.

Utilizando la interpretación extensiva a modo de ejemplo, se recordará como la dogmática mantiene que éste tipo de interpretación tiene lugar cuando el aplicador del Derecho extiende la formulación literal de una norma, para adecuarla a su *ratio*. La interpretación extensiva –se dice– tiene lugar cuando una norma expresa menos de lo que quiere⁹.

Como ejemplo de interpretación extensiva citan Díaz-Picazo y Gullón “el caso del antiguo artículo 317 (323 actual), en el que se limitaba la capacidad de obrar del menor emancipado, pese a ser considerado como persona mayor para regir su persona y sus bienes. El emancipado no puede, decía el precepto, gravar ni vender bienes por sí sólo. El sentido de la norma era el de prohibirle la disposición sobre bienes raíces, por lo que le estaba vedado todo acto de disposición, no exclusivamente la venta; permuta, donación, dar en pago de una deuda ese bien, transmitir la propiedad a cambio de que el adquirente le pague una renta vitalicia, etc. En todos estos casos existe la salida de un inmueble del patrimonio del emancipado, como en la venta. *La Ley, se ve, expresaba menos de lo que quería*”¹⁰.

En este ejemplo vemos cómo un conjunto de normas que prohíben una serie de actos de disposición de los bienes de un menor –permuta, donación, etc.– resultan aplicables, pese a no estar contemplados dichos actos en la norma prohibitiva original, que se refería sólo a la venta y gravamen. De acuerdo con la doctrina, lo que el Derecho requiere del aplicador no es una aplicación mecánica de la norma, antes al contrario, se trata de que realice un juicio fundado en consideraciones valorativas que le permita extender las razones subyacentes a la norma a otras situaciones.

En suma, los sistemas jurídicos adolecen de insuficiencias que son –en buena medida– como ya señalara Hart, la consecuencia inevitable de la textura abierta del lenguaje y de la relativa indeterminación de los hechos futuros¹¹. Pero el Derecho establece también mecanismos que permiten suplir tales insuficiencias, recurriendo a consideraciones valorativas. Tales mecanismos pueden estar previstos por el legislador o tener su origen en las prácticas jurídicas y hacen posible que normas que en principio no

⁹ Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio, *Instituciones de Derecho Civil*, vol. I/1, 1998, Madrid, págs. 101 y sig.

¹⁰ Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio, *Instituciones de Derecho Civil*, vol. I/1, ob.cit., pág. 102 (la cursiva es mía).

¹¹ Cfr. H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, ob.cit.

pertencen al sistema, resulten finalmente aplicables. Las consideraciones valorativas que se introducen en virtud de tales mecanismos nos posibilitan determinar cuáles son las condiciones de aplicación de una norma, o bien extender las razones subyacentes a una norma, o al Derecho, más allá de lo que su tenor literal permite.

1.2 Ahora bien, como señalaba al comienzo, también es posible que consideraciones basadas en juicios de valor lleven a inaplicar normas que, en principio, de tener en cuenta sólo los criterios autoritativos fijados en el sistema de fuentes, sí serían Derecho. Me interesa resaltar que, aunque podemos encontrar supuestos que encajen simultáneamente en esta categoría y en la que acabo de hacer referencia –casos en los que una norma no identificable de acuerdo con criterios autoritativos resulta, no obstante, aplicable– esta segunda posibilidad es conceptualmente independiente de la anterior¹². Lo definitorio en estos casos es que las consideraciones basadas en juicios de valor llevan a excluir la aplicación de normas que, en principio, pertenecen al sistema. Dicho en otros términos, mientras que en el primer caso las consideraciones valorativas operarían como *condición suficiente* de la juridicidad (aunque siempre con carácter *subsidiario* –en ausencia de respuesta basada en los criterios autoritativos fijados en las fuentes–), en el segundo caso las consideraciones valorativas serían *condición necesaria* de la juridicidad, ya que permiten excepcionar, o incluso invalidar, el Derecho basado en los criterios autoritativos reconocidos en las fuentes¹³.

Los sistemas jurídicos operan básicamente mediante reglas de mandato, tales reglas son el resultado de realizar un balance entre razones subyacentes a favor y en contra de realizar la acción prescrita. Por lo tanto, si se dan las condiciones de aplicación previstas en la norma, la regla debe ser aplicable sin más. Ahora bien, también sabemos que ningún sistema puede operar consistentemente utilizando sólo reglas de mandato, de ahí que los sistemas jurídicos prevean mecanismos, basados en criterios valorativos, que permitan excluir normas aplicables, bien introduciendo excepciones en el Derecho basado en fuentes, bien incluso invalidándolo¹⁴.

¹² Esto es lo que sucede con las normas que se refieren al abuso de derecho, fraude a la ley o desviación de poder, pues, aunque está claro que en estas normas la condición de aplicación está indeterminada, vamos a ver que también se trata de mecanismos que el legislador incorpora para excepcionar la aplicación de otras normas. De ahí que he preferido hacer referencia a ellas en este segundo apartado.

¹³ Juan Carlos Bayón traza esta distinción para diferenciar entre dos posibles formas de positivismo incluyente en “Derecho, convencionalismo y controversia”, en *La relevancia del Derecho*, Gedisa, Barcelona, 2002, págs. 71 a 72.

¹⁴ La idea de excluir normas jurídicas, como se verá, guarda una estrecha relación con la noción de derrotabilidad de las normas jurídicas.

Nuevamente aquí, un vistazo superficial a nuestro sistema jurídico nos basta para encontrar ejemplos en los que es el propio legislador el que prevé mecanismos para excepcionar reglas, tanto permisivas como prohibitivas: El abuso del Derecho, fraude a la ley, desviación de poder son claros ejemplos de instituciones que permiten dejar de lado *reglas permisivas*. Siguiendo a Atienza y Ruiz Manero, estas tres figuras, que conforman la categoría general de los ilícitos atípicos, tienen los siguientes elementos en común: a) la existencia, *prima facie*, de una acción permitida por una regla; b) la producción de un daño como consecuencia, intencional o no de esa acción; c) el carácter injustificado de ese daño a la luz de consideraciones basadas en juicios de valor; d) la generación, a partir de ese balance, de una nueva regla que limita el alcance de la primera, al calificar como prohibidos comportamientos que, de acuerdo con aquélla, aparecían como permitidos¹⁵.

Pero además, nuestro sistema jurídico también contempla tradicionalmente mecanismos correctores para las *reglas que establecen prohibiciones*, de lo que son buena muestra las causas de justificación del Derecho penal, o la objeción de conciencia. Todas estas figuras cumplen una función común en nuestro ordenamiento: exceptuar reglas que establecen deberes. Para que tal función tenga lugar será necesario que el aplicador del Derecho realice una valoración sobre si, dadas las circunstancias del caso, las razones subyacentes a las reglas son o no de aplicación. Así, por ejemplo, antes de aplicar la norma que justifica la legítima defensa, el intérprete deberá realizar un razonamiento previo sobre si el bien protegido era de igual valor o no que el bien sacrificado¹⁶.

Pero no sólo es el legislador el que prevé mecanismos que permiten excluir normas aplicables en base a consideraciones valorativas: Como sucedía en el caso inverso –el de las normas no identificables mediante criterios autoritativos, pero que resultan, no obstante, aplicables– conviene

¹⁵ Cfr. M. Atienza y J. Ruiz Manero, *Ilícitos atípicos*, ed. Trotta, Madrid, 2000. Siguiendo con el análisis de estos autores, la diferencia entre estas tres figuras sería la siguiente: a) El abuso de derecho presupone sólo la existencia de una regla permisiva vg. abuso del derecho de propiedad. b) En fraude de ley y la desviación de poder lo *prima facie* cubierto por una regla permisiva es el uso del poder conferido una norma que confiere poder (un tipo de norma que establece que si en determinadas circunstancias un agente realiza determinada acción, entonces se produce un resultado institucional o cambio normativo: un contrato, un acto administrativo, una ley, etc.). Por lo tanto, no sólo interviene una norma permisiva, sino también una norma que confiere poder (cuyo uso está regulado por la norma permisiva). c) A su vez, la diferencia entre estas dos últimas figuras está en que, cuando se trata de poderes normativos privados, la figura pertinente es la del fraude de ley (vg. utilizar el poder para hacer donaciones para transferir un patrimonio en detrimento de los herederos); y cuando se trata de poderes normativos públicos, la figura pertinente es la desviación de poder (vg. usar el poder de calificación urbanística del suelo para favorecer los intereses de una inmobiliaria) [Ob. cit., págs. 126 a 127].

¹⁶ Cfr. Moreso, José Juan, “En defensa del positivismo inclusivo”, ob. cit., pág. 106.

tener presente que también nuestras prácticas jurídicas tienen algo que decir a este respecto. Así, la dogmática civil española habla sin ambages de una interpretación restrictiva que sería el resultado de restringir el tenor literal de una norma para adecuarla a su “contenido sustancial” o “*ratio*”¹⁷. Si, como vimos, en la interpretación extensiva la dogmática mantiene que “la norma dice menos de lo que quiere”, en estos casos se sostiene que “la norma dice más de lo que quiere”.

“Un ejemplo de interpretación restrictiva –señalan Díez-Picazo y Gullón– es el artículo 1.459.2 del Código Civil, que prohíbe a los mandatarios la compra de los bienes de cuya enajenación o administración estuviesen encargados. Dado que el motivo de la prohibición es velar por los intereses del mandante, pues si el encargado de enajenar los comprase para sí podría defraudar aquéllos, cuando es el propio dueño el que vende al mandatario no rige la prohibición, ya que el peligro que se trata de conjurar desaparece. La ley aquí dice más de lo que quiere”¹⁸.

Por lo tanto, una conducta que está claramente incluida en el supuesto de hecho de una norma prohibitiva –que el mandatario compre sus bienes al propio mandatario– resulta, no obstante, permitida en atención a las propias razones que sirven de justificación a la norma –la protección de los intereses del mandante–.

A estas y otras figuras, que demuestran la presencia en el Derecho, desde tiempo atrás, de mecanismos previstos por el legislador o por nuestras prácticas interpretativas para excepcionar normas aplicables debido a consideraciones valorativas, se le suman las previsiones legislativas características del constitucionalismo moderno que permiten, bien sea a los órganos jurisdiccionales ordinarios, bien tribunales de rango constitucional, invalidar normas cuyo contenido vulnere valores fundamentales de la constitución.

En el siguiente esquema se resumen los principales supuestos a los que he hecho alusión en las páginas precedentes:

1. Aplicación de normas no identificables autoritativamente:

–Prevista por el legislador:

vg. *conceptos jurídicos indeterminados*.

–Prevista en nuestras prácticas jurídicas interpretativas:

vg. *interpretación extensiva*.

2. Inaplicación de normas autoritativamente identificables:

2.1 Casos en los que la norma inaplicada sigue perteneciendo al sistema:

2.1.1 *Inaplicación de normas permisivas:*

– *Prevista por el legislador:*

vg. *ilícitos atípicos*.

¹⁷ Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio, *Instituciones de Derecho Civil*, ob.cit., pág. 101.

¹⁸ Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio, *Instituciones de Derecho Civil*, ob.cit., pág. 102.

– *Prevista en nuestras prácticas jurídicas interpretativas:*
 vg. *interpretación restrictiva.*

2.1.2 *Inaplicación de normas prohibitivas:*

– *Prevista por el legislador:*
 vg. *causas de justificación del Derecho penal, objeción de conciencia.*

– *Prevista en nuestras prácticas jurídicas interpretativas:*
 vg. *interpretación restrictiva.*

2.2. *Casos en los que la norma inaplicada deja de pertenecer al sistema:*

vg. *declaración de inconstitucionalidad.*

2. La respuesta del positivismo

Vistas así las cosas, es indudable que la práctica de nuestros sistemas jurídicos se resiste a ajustarse el corsé de la versión fuerte de la tesis de las fuentes del positivismo jurídico: no siempre la identificación del Derecho es posible mediante criterios independientes del contenido; en ocasiones las consideraciones valorativas son decisivas de cara a la identificación de las normas. Las respuestas que desde el positivismo jurídico se pueden dar para salvar este obstáculo son de lo más variado, y pueden ser ordenadas de acuerdo con su grado de radicalidad. La respuesta más extrema consiste en presentar este fenómeno como defectos o imperfecciones de los sistemas jurídicos reales, de los que poco o nada se puede decir. Pues –de acuerdo con esta respuesta– una vez que hemos dado cabida a la moral, estos fenómenos se vuelven inabordables desde categorías racionales. Un sistema jurídico es más perfecto en la medida en la que deja menos de estos resquicios abiertos a la arbitrariedad. Frente a este punto de vista se puede objetar que, aunque indudablemente la inclusión en los sistemas jurídicos de consideraciones valorativas de cara a la identificación de normas plantea muchos problemas de racionalidad, estos mecanismos no parecen haber sido introducidos en el Derecho por un deseo irracional, sino, antes al contrario, con la pretensión de racionalizarlo. Como se ha tratado de demostrar en los ejemplos de las páginas anteriores, un sistema jurídico que operara única y exclusivamente mediante reglas de mandato atrincheradas sería un sistema bastante más irracional que el que, en determinadas circunstancias, habilita a sus operadores a identificar el Derecho aplicable de acuerdo con consideraciones valorativas.

Una respuesta más matizada a los excesos de la tesis fuerte del positivismo jurídico la encontramos en algunos de los últimos escritos de Raz¹⁹. De

¹⁹ Cfr. Joseph Raz “On the Autonomy of Legal Reasoning”, en *Ethics in the Public Domain*, Oxford, Oxford University Press, 1994, págs. 310 y sig.

acuerdo con Raz es posible distinguir entre un “razonamiento para establecer el contenido del Derecho” y un “razonamiento con arreglo a Derecho”. En el primer caso, el intérprete realiza un razonamiento basado únicamente en las fuentes del Derecho y, por lo tanto, autónomo. Pero es posible que el resultado que tal razonamiento arroje sea el otorgamiento de discrecionalidad a los jueces para apartarse de lo que el Derecho establece si se dan razones morales relevantes para ello. Si este fuera el caso, entraría en escena el segundo tipo de razonamiento, el razonamiento con arreglo a Derecho, en el que el juez tiene discreción para apartarse de las pautas jurídicas identificadas según la tesis de las fuentes y aplicar las razones morales.

A mi juicio, a estos y semejantes intentos de salvar la tesis fuerte del positivismo jurídico le son oponibles una misma cuestión: ¿La renuncia del Derecho a juzgar estos casos equivale a la indiferencia de éste respecto de los criterios que se usen para resolverlos?. Así, por ejemplo, cuando el legislador utiliza conceptos como el de “honor” o “trato inhumano o degradante”, ¿pueden verse como una mera renuncia a juzgar los casos, otorgando plena discrecionalidad al aplicador?. O, todavía más grave, categorías como las de la interpretación extensiva y la restrictiva ¿pueden verse como construcciones doctrinales que hacen posible la introducción subrepticia en el Derecho de las propias convicciones morales del aplicador cuando lo estime procedente?. Parece dudoso que la respuesta a estas cuestiones pueda ser favorable. Si los jueces tuvieran discrecionalidad para apartarse de las fuentes prescritas en las circunstancias y en la dirección que estimen moralmente procedentes la idea de autoridad del Derecho se desvanecería²⁰. Una de las características distintivas del Derecho, frente a otros sistemas normativos, es que éste se presenta como un conjunto de pautas o patrones autoritativos para la resolución de las disputas y requiere el reconocimiento de tal pretensión por parte de aquellos a los que se aplica. El Derecho pretende que las pautas por él ofrecidas constituyen una razón suficiente para que se produzca la conducta conforme. El haberlo hecho constar así es precisamente mérito de Raz. No lo es tanto el haber vinculado necesariamente esta tesis a la tesis fuerte del positivismo jurídico. Pero las razones para desvincular ambas tesis no pueden ser adelantadas ahora, sino que van a ser desgranadas a lo largo de las páginas siguientes.

²⁰ La respuesta que desde estas concepciones se podría dar es que, aunque el Derecho no tiene nada que decir en estos casos, los criterios valorativos que usan los jueces deben basarse en pautas sociales compartidas. Pero, toda vez que el intérprete está sujeto a unas pautas sociales compartidas, no parece que la discrecionalidad tenga mucho o poco que jugar ahí. Dicho en otros términos, parece extraño afirmar que el Derecho no tiene la respuesta para estos casos, a la vez que se mantiene que no le es indiferente cuál sea la solución que se les dé. Puesto que el Derecho obliga a realizar juicios de valor fundados en criterios provenientes de las prácticas sociales compartidas, la discrecionalidad parece excluida. Más adelante me ocuparé de esta forma de entender la aplicación del Derecho.

Otra respuesta diferente al papel que desempeñan las consideraciones valorativas en la identificación del Derecho la encontramos en el positivismo incluyente. Como señalaba al comienzo, de acuerdo con esta concepción, la identificación de las normas de un sistema jurídico no se lleva a cabo únicamente mediante criterios independientes del contenido; la determinación del Derecho de una comunidad es una cuestión de hechos sociales complejos que pueden remitir no sólo a los criterios autoritativos fijados en su sistema de fuentes, sino también a determinados estándares morales. Ahora bien: ¿A qué clase de estándares morales se refieren los partidarios de esta concepción?; ¿se trata de que el intérprete del Derecho incorpore aquellas consideraciones valorativas que, de acuerdo con un razonamiento moral independiente de las convicciones morales dominantes, juzgue como más adecuadas? o, por el contrario, ¿remite el Derecho a algún criterio convencional de racionalidad que impone límites en el proceso deliberativo del intérprete?.

La respuesta a esta cuestión podría ser que, efectivamente, el intérprete debe basar la respuesta a estos casos única y exclusivamente en las pautas a las que, a su juicio, se llegaría como resultado de seguir un razonamiento moral autónomo. Así, aunque en principio las decisiones judiciales deben fundarse en el sistema de fuentes, el Derecho habilita a los jueces a apartarse de lo prescrito en función de su sistema de fuentes toda vez que estimen que, de acuerdo con la moral crítica, deben hacerlo. Paradójicamente esta reconstrucción del Derecho no proyectaría una imagen del Derecho muy distinta de la defendida por Raz, aunque desde parámetros diametralmente opuestos. De acuerdo con la concepción de este último, como se recordará, aunque el Derecho exige del intérprete una decisión basada en el sistema de fuentes, también otorga discrecionalidad a los jueces para apartarse de lo que el Derecho establece si hay razones morales relevantes para ello. De hecho, esta forma de entender el positivismo incluyente tropieza con el mismo obstáculo que la concepción de Raz: Si los jueces tuvieran discrecionalidad para apartarse de las fuentes prescritas en las circunstancias y en la dirección que estimen más acorde con la moral crítica, la idea de autoridad del Derecho se desvanecería.

Pero creo que todavía es posible defender una forma alternativa de positivismo incluyente que no tropezaría con las dificultades anteriores. De acuerdo con dicha versión, el Derecho remitiría a criterios convencionales de racionalidad que señalan límites en el proceso deliberativo del intérprete. Creo que en los supuestos que nos ocupan el Derecho todavía tiene mucho que decir²¹ y, para demostrarlo, voy a volver sobre los casos que hemos visto

²¹ No sostengo que el Derecho tenga siempre respuesta para todos los casos. Admito que es posible que el Derecho no tenga respuesta en aquellos casos en los que no sea posible acudir

en la sección anterior, tratando de reconstruirlos a partir de una concepción del Derecho que no sólo tome como elemento nuclear las reglas, sino que incorpore también los valores.

3.– Una propuesta de reconstrucción: Reglas, valores y compromisos en el Derecho

Todos los supuestos a los que me he referido bajo el rótulo de “las tensiones internas al Derecho” nos obligan a recapacitar sobre el hecho de que el Derecho no sólo se compone de reglas con autonomía semántica, sino también de valores. Por supuesto, los ordenamientos jurídicos incorporan un amplio catálogo de valores en sus cartas constituyentes, pero el Derecho no sólo se limita a reconocer valores; con frecuencia establece también prioridades entre ellos, bien sea en relación con un sector o subsector del ordenamiento jurídico²², bien sea para casos más o menos genéricos²³. Este fenómeno resulta singularmente perceptible cuando exploramos las razones subyacentes a las reglas de mandato²⁴; es precisamente en términos de balances entre valores o razones contrapuestas para casos genéricos en los que damos cuenta de las justificaciones subyacentes a las reglas de mandato²⁵. Por ejemplo, pensemos en una señal que prohíbe los aparatos de radio en la biblioteca universitaria: La señal podría haberse colocado debido a la molestia que ocasiona a los usuarios de la biblioteca el ruido de dichos aparatos. El juicio de que tal razón viene a prevalecer frente a la constituida por el deseo de algunos usuarios de escuchar la radio en la biblioteca vendría a ser la justificación subyacente a la regla.

Ahora bien, si interrogamos a la señal, lo único que ésta nos dice es que queda prohibido introducir aparatos de radio en la biblioteca. Somos capaces de atribuir significado a la señal que prohíbe los aparatos de radio en la biblioteca, aunque desconozcamos cuál es la justificación subyacente a esta

a las pautas sociales compartidas, porque no las haya. Pero ésta es una cuestión que plantea especiales dificultades, por lo que la abordaré más adelante.

²² Por ejemplo, esto es lo que sucede en Derecho penal, donde el principio de legalidad adquiere un peso decisivo del que carece en otros sectores del ordenamiento, o con el principio de autonomía de la voluntad en relación con las obligaciones y contratos en Derecho civil.

²³ La prevalencia entre razones difícilmente puede ser absoluta, sino que tendrá que referirse a clases de casos más o menos genéricos en los que se precisan las condiciones de aplicación en las que se prevea la colisión entre razones.

²⁴ De todo ello me he ocupado en profundidad en *Razonamiento judicial y reglas*, Fontamara, México D.F., 2000 y en “En la penumbra: indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de normas”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 24, Alicante, 2001.

²⁵ Por supuesto, estas consideraciones no son de aplicación a las reglas de mandato que resuelven puros problemas de coordinación, vg. conducir por la derecha o por la izquierda. Pero este tipo de reglas no me parece que constituyan el caso central de regla de mandato.

disposición. De ahí que podamos afirmar que las formulaciones normativas –vgr. “prohibidos los aparatos de radio en la biblioteca”– poseen *autonomía semántica*, esto es, que su significado –lo que las mismas prescriben– puede establecerse sin tomar en cuenta la justificación que subyace a las mismas. Siguiendo a Frederick Schauer, podemos entender las prescripciones contenidas en las formulaciones normativas como generalizaciones que tratan de ejemplificar el resultado que normalmente podría obtenerse de la aplicación directa de las justificaciones (no ocasionar molestias a los usuarios de la biblioteca)²⁶. Como acabo de indicar, esta distinción entre el significado de las formulaciones normativas y la justificación subyacente a las mismas nos proporciona un buen instrumento de análisis desde el que abordar los casos que ilustran lo que he llamado “las tensiones internas al Derecho”.

3.1 Aunque es una característica distintiva del Derecho expresarse mediante formulaciones normativas que poseen autonomía semántica –y hay poderosas razones para que así sea– éste no siempre lo hace así. A veces el Derecho se limita a mostrar cuáles son sus valores subyacentes, y deja en manos del aplicador la determinación de si a un caso en concreto le son o no de aplicación tales valores. Esto es lo que sucede cuando el legislador emplea **conceptos valorativos**. Como hemos visto anteriormente, en estos casos el Derecho renuncia a regular los casos mediante propiedades descriptivas, e insta al juez a la determinación de tales propiedades. Ahora bien, no por ello podemos tachar sin más la tarea aplicativa del juez de discrecional. Dicho en otros términos, no creo que en estos casos al Derecho le sea indiferente el contenido de la resolución a dictar: Los conceptos valorativos combinan casos claros, en los que, a la luz de nuestras prácticas interpretativas, no resulta controvertible la subsunción de un caso individual en el concepto valorativo²⁷ con *casos difíciles*, en los que compiten diversas concepciones de un mismo concepto que producen soluciones diferentes²⁸. Pues bien, tratándose de un caso claro, me parece incuestionable que el intérprete está mediado por el significado convencional del concepto, pero creo que, aún siendo un caso difícil, es defendible que la solución a adoptar no tiene por qué ser indiferente al Derecho. Todo depende de cuál sea la concepción que tengamos de nuestras prácticas interpretativas.

Siguiendo a Bayón²⁹, podemos diferenciar dos formas de entender el convencionalismo. Para la primera de ellas –que Bayón bautiza como *conven-*

²⁶ Cfr. Frederick Schauer, *Playing by the Rules*, Oxford Clarendon Press, 1991.

²⁷ Hay cientos de ejemplos de aquello que, de acuerdo con nuestras prácticas interpretativas, no tendríamos dudas en calificar de *trato degradante*.

²⁸ Cfr. José Juan Moreso, “En defensa del positivismo jurídico inclusivo”, ob. cit., págs. 100 a 101.

²⁹ Cfr. Juan Carlos Bayón, “Derecho, convenciones y controversia”, ob. cit., págs. 78 a 81.

cionalismo superficial— los criterios de corrección de un concepto llegan hasta donde hay acuerdo explícito por parte de la comunidad de referencia acerca del conjunto de sus aplicaciones correctas. Por lo tanto, más allá de donde se extiende ese acuerdo explícito, no se puede hablar —por definición— de criterios compartidos. En cambio, para la otra forma de entender el convencionalismo —que Bayón denomina *convencionalismo profundo*—, puede afirmarse que en algún sentido existen las convenciones, aunque haya controversia acerca de su contenido. Inspirándose en Raz, Bayón sostiene que el reconocimiento de los casos paradigmáticos por parte de la comunidad implica dominar una técnica de uso, pero que esto, a su vez, no requiere más que un conocimiento tácito de los criterios de corrección, no siendo el acuerdo explícito en torno a las aplicaciones concretas lo que define las prácticas como correctas, sino el *trasfondo de criterios compartidos*. En todo caso, la objetividad de los hechos de los que esta concepción pretende dar cuenta se apoya en un conjunto de creencias y actitudes compartidas, de ahí que la concepción puede seguir siendo considerada como *convencionalista*, aunque para este tipo de convencionalismo los criterios de corrección de un concepto no coincidan sin más con lo que la comunidad explícitamente sostiene al respecto.

Afrontar los conceptos valorativos desde los postulados del *convencionalismo profundo* supone afirmar que, aún cuando nos encontremos en un caso situado en la zona de penumbra, tiene sentido afirmar que el operador jurídico carece de discrecionalidad, ya que, más allá de los acuerdos explícitos relativos a las aplicaciones concretas de un concepto, subyacen los criterios tácitos de corrección de los mismos. De ahí que sea oportuno aplicar a los conceptos valorativos una estrategia de tipo *rawlsiano*, de acuerdo con la cual estos conceptos precisan ser *moldeados*³⁰. Se impondría pues una metodología coherentista que exigiría partir de los casos claros para formular una hipótesis sobre cuáles son las condiciones de aplicación de los conceptos, tratando de contrastar dicha hipótesis con nuestras intuiciones más asentadas de modo que, si no se supera dicho test, o bien éstas deban ser abandonadas o la hipótesis reformulada. Asumir este punto de vista no implica, por cierto, suponer que en todos los casos de controversia sea posible encontrar una respuesta correcta, lo será siempre y cuando haya un trasfondo de criterios compartidos —que no precisan estar perfectamente determinados a primera vista— pero más allá de tales convenciones nos enfrentamos a los límites del Derecho³¹.

³⁰ Cfr. José Juan Moreso, “En defensa del positivismo jurídico inclusivo”, ob.cit., pág. 100.

³¹ En este mismo sentido cfr. Juan Carlos Bayón, “Derecho, convenciones y controversia”, ob. cit., pág. 81.

3.2 Volviendo otra vez a la distinción entre el significado de las formulaciones normativas y la justificación subyacente a las mismas, voy a ahondar algo más en esta distinción para obtener criterios que nos permitan dar cuenta del resto de los casos a los que antes me he referido bajo el rótulo de “las tensiones internas al Derecho”: Puede suceder que en algunos casos se produzca un desajuste entre aquello que la formulación normativa nos exige y lo que la justificación subyacente a la misma requiere. Este tipo de experiencias son conocidas como *experiencias recalcitrantes* y pueden revestir dos formas: Cabe que, en ciertos casos particulares, la generalización contenida en la formulación normativa no comprenda ciertos estados de cosas que pueden contribuir, en casos particulares, a la consecuencia representada en la justificación subyacente a la regla, es decir, cuando las prescripciones contenidas en las formulaciones normativas no incorporan ciertos supuestos a los que, en cambio, su justificación subyacente sí sería aplicable. Por ejemplo, la prohibición de aparatos de radio en la biblioteca no afecta a los reproductores de audio, televisores, etc., pero, sin embargo, parece claro que su utilización causaría molestias análogas a los usuarios de la biblioteca. Decimos que en estos casos la prescripción contenida en la formulación normativa es *infraincluyente* en relación con su justificación subyacente, en el sentido de que tal prescripción no incorpora ciertos supuestos –reproductores de audio, televisores, etc.– a los que sería aplicable su justificación.

En cambio, la prescripción contenida en la formulación normativa es *supraincluyente* cuando comprende estados de cosas que no produzcan la consecuencia representada en la justificación de la regla. Volviendo al ejemplo de la señal que prohíbe los aparatos de radio en la biblioteca, es fácil concebir supuestos en los que la justificación subyacente a esta regla no sería aplicable: el empleado que limpia la biblioteca antes de la hora de apertura al público; la bibliotecaria que, ante una alarma de inundaciones, está pendiente de un aviso de protección civil para evacuar la biblioteca, etc. Decimos que en estos casos la prescripción contenida en la formulación normativa es *supraincluyente* en relación con su justificación subyacente, en el sentido de que tal prescripción incorpora ciertos supuestos –el del empleado de la limpieza o el de la bibliotecaria– en los que no sería aplicable su justificación.

3.2.1 Como acabo de apuntar, estas dos formas de *experiencias recalcitrantes* nos proporcionan un buen instrumento de análisis desde el que abordar el resto de los casos que antes he traído a colación. Así, en las páginas precedentes señalaba, en primer término, que consideraciones basadas en juicios de valor permiten **identificar como jurídicas normas que, de acuerdo con los criterios autoritativos del sistema de fuentes, no lo serían**. La interpretación extensiva constituía un claro ejemplo con el que ilustrar este supuesto ya que, de acuerdo con la dogmática, en estos casos “la ley dice menos de lo que

quiere” y el aplicador del Derecho se ve forzado a “extender la formulación literal de una norma, para adecuarla a su *ratio*”. Recurriendo a las nociones que acabo de introducir, podríamos dar cuenta de la interpretación extensiva en términos de respuesta del aplicador del Derecho a una experiencia recalcitrante causada por el carácter infraincluyente de una formulación normativa; las prescripciones contenidas en las formulaciones normativas no incorporan ciertos supuestos a los que, en cambio, su justificación subyacente sí sería aplicable. Volviendo al ejemplo que antes había traído a colación, la prescripción contenida en la formulación normativa –la prohibición del menor de gravar o vender los bienes por sí sólo– es *infraincluyente* en relación con su justificación subyacente –la protección del patrimonio inmobiliario del menor–, en el sentido de que tal prescripción no incorpora ciertos supuestos –la permuta, donación, etc.– a los que sería aplicable su justificación.

Ahora bien, una cosa es admitir que los jueces puedan aplicar normas que no resultan identificables de acuerdo con los criterios autoritativos fijados en el sistema de fuentes, y otra diferente es hablar de discrecionalidad en estos casos. El Derecho no renuncia a determinar cuándo los jueces pueden aplicar normas no identificables autoritativamente, ni le es indiferente cuál deba ser su contenido. El operador jurídico que aplique una norma no identificable autoritativamente tendrá que desarrollar una argumentación tendente a mostrar que, de acuerdo con el Derecho, concurren razones para resolver el caso aplicando tal norma y que el contenido de dicha norma es coherente con el resto de valores del ordenamiento. Aunque moviéndonos en un considerable nivel de abstracción, se podría concretar algo más el sentido de dicha argumentación diferenciando entre tres niveles: En primer lugar, argumentos dirigidos a tratar de establecer cuál es el balance de razones que subyace a la norma cuyo significado literal se pretende expandir. En segundo lugar, argumentos dirigidos a mostrar la grave omisión que supondría, al a luz del balance de razones subyacentes a la norma, atender sólo al tenor literal de la misma. Y, por último, la conformidad de la nueva regla con el balance de razones subyacentes a la norma preexistente.

3.2.2 En segundo término, la noción de experiencia recalcitrante debida al carácter supraexcluyente de las prescripciones nos va a ayudar a dar cuenta de los casos en los que, debido a consideraciones valorativas, **se excluye la aplicación de una norma identificable como jurídica de acuerdo con los criterios autoritativos que figuran en el sistema de fuentes**. En todos los casos englobados en esta categoría hay un punto en común: Aunque atendiendo al significado de la formulación normativa sería posible subsu- mir los hechos del caso en la norma, la aplicación de la misma resulta inadecuada en atención a su justificación subyacente. Dicho en otros términos, el

significado de la formulación normativa comprende casos a los que no es de aplicación la justificación subyacente a la norma.

En otro lugar he diferenciado dos tipos de supuestos que encajan perfectamente en este género de experiencias recalcitrantes. Se trata de los supuestos que quedan fuera del *alcance* de una regla y de aquellos que constituyen una *excepción* a la misma³². Empecemos por los primeros. Decimos que un caso está fuera del alcance de una regla si las principales razones que respaldan la regla no son aplicables a tal caso. Si volvemos nuevamente al ejemplo de la prohibición de aparatos de radio en la biblioteca, el supuesto del empleado de la limpieza que conecta la radio antes de la hora de apertura al público podría considerarse como un caso fuera del *alcance* de la regla, ya que la acción del empleado no causa molestias a los usuarios de la biblioteca. También el ejemplo que servía para ilustrar la interpretación restrictiva es una clara muestra de un caso situado fuera del alcance de una regla: Como se recordará, el artículo 1.459.2 del Código Civil prohíbe a los mandatarios la compra de los bienes de cuya enajenación o administración estuviesen encargados. La razón subyacente a dicha prohibición sería velar por los intereses del mandante, pues si el encargado de enajenar los comprase para sí podría defraudar aquéllos. Pero, cuando es el propio dueño el que vende al mandatario, la dogmática estima que no rige la prohibición, ya que el peligro que se trata de conjurar desaparece; se trataría, en suma, de acuerdo con lo que acabamos de ver, de un caso situado fuera del alcance de la regla³³.

En cambio, un caso cae bajo una *excepción* a la regla cuando le es aplicable algunas de las principales razones en pro de la regla, pero hay otras razones presentes que no han sido tenidas en cuenta en el balance de razones que la regla contempla y cuyo peso es decisivo para la resolución del caso. Así, en el caso de la bibliotecaria que conecta la radio pendiente de un aviso de protección civil, podríamos entender que estamos en presencia de una excepción a la regla, ya que ciertamente la acción de la bibliotecaria produce molestias a los usuarios de la biblioteca, lo que sucede es que se considera que la información de la que está pendiente la bibliotecaria es vital de cara a abortar el peligro para la vida de las personas que están en la biblioteca y que esta última razón, el valor de la vida humana, prevalece sobre aquellas otras contempladas en el compromiso (o juicio de prevalencia) expresado en la regla. Dicho de otro modo, lo que la regla contempla es simplemente que la tranquilidad de los usuarios de la biblioteca (razón 1) prevalece frente al

³² *Razonamiento judicial y reglas*, Fontamara, México D.F., 2000 e “Indeterminación, derrotableidad y aplicación judicial de normas”, ob. cit. He desarrollado estas categorías a partir de una distinción que Raz realiza en *Razón práctica y normas*, ob. cit., pág. 82.

³³ Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio, *Instituciones de Derecho Civil*, ob.cit., pág. 102.

deseo de algunos usuarios de oír la radio (razón 2), pero no frente al valor de la vida humana (razón 3). En estos mismos términos de excepción a la regla podemos dar cuenta de otros casos de inaplicación de normas pertenecientes al sistema, como las causas de justificación del Derecho penal o la objeción de conciencia.

Como se advierte en los ejemplos anteriores, tanto en los supuestos de excepción a las reglas, como en los casos fuera del alcance de las mismas, se cuestiona la prescripción contenida en la formulación normativa, pero no el balance de razones subyacente a la misma. Esto es así debido a que las cuestiones relativas al alcance y a las excepciones a las reglas pueden resolverse sin reabrir el balance de razones subyacentes. El vigilante que no impide al empleado de la limpieza o a la bibliotecaria oír la radio no necesariamente vuelve a realizar un balance con todas las razones de primer orden aplicables al caso. Puede considerar que el compromiso que refleja la regla que prohíbe los aparatos de radio –la tranquilidad de los usuarios prevalece frente al deseo de oír la radio– es plenamente válido y, por lo tanto, permanece sin derrotar, no obstante lo cual, estos supuestos quedan fuera del alcance de la regla o constituyen una excepción a la misma. Por lo tanto, en estos supuestos lo que se deja de lado es la prescripción contenida en la formulación normativa mediante la que la regla se expresa, pero no del balance de razones subyacentes a la misma.

En suma, podríamos señalar que los jueces y demás aplicadores del Derecho pueden dejar de lado una regla cuando estimen que el caso en cuestión está fuera del alcance de la regla o constituye una excepción a la misma. Pero los aplicadores del Derecho no son libres de formular cuantas excepciones o exclusiones del alcance de las normas deseen y cuando lo deseen. Dicho en términos muy abstractos, los jueces tendrán que desarrollar una argumentación tendente a establecer, en primer lugar, cuál es el balance de razones que subyace a la formulación normativa cuya aplicación se pretende restringir. Además, el juez deberá proveer argumentos que muestren el grave error que supondría atender sólo al significado de la formulación normativa, bien porque el caso en discusión constituye una excepción a la regla o bien porque está excluido de su alcance. Si el caso está fuera del alcance de la regla, la argumentación tendrá mostrar que no son de aplicación al caso en cuestión aquellas razones subyacentes a la regla cuyo peso es decisivo para inclinar el balance. En cambio, si el caso constituye una excepción a la regla, el juez deberá aportar otra razón adicional –no contemplada en el balance de razones subyacente a la regla– y mostrar los siguientes aspectos: En primer término, que se trata de una razón que cuenta ya con un reconocimiento (expreso o tácito) en el ordenamiento jurídico. Además, que la razón debería ser tenida en consideración en el balance de razones aplicables al ca-

so en cuestión. Y, finalmente, que la nueva razón tiene un peso decisivo que inclina definitivamente el balance de razones aplicables al caso a su favor. Aspecto este último para el que habrá que apelar a casos paradigmáticos que descansen en balances entre razones semejantes a las aplicables al caso en discusión, y en los que la razón excluida tenga un peso decisivo.

Dicho en forma esquemática, cuando los jueces **formulan una excepción o excluyen un caso del alcance de una norma**, tendrían que proveer argumentos que demuestren –de acuerdo con lo que acabamos de ver– los siguientes aspectos:

1) El **balance de razones** que subyace a la formulación normativa cuya aplicación se pretende restringir.

2) El **grave error** que supondría atender sólo al significado de la formulación normativa. Los argumentos en este sentido serán diferentes según se trate de:

2.1) Casos fuera del alcance una la regla:

Se tendrá que mostrar que **no son de aplicación razones subyacentes a la regla cuyo peso es decisivo** para inclinar el balance.

2.2) Casos que constituyen una excepción la regla:

Se deberá aportar **otra razón adicional** –no contemplada en el balance de razones subyacente a la regla– y mostrar los siguientes aspectos de la nueva razón:

2.2.1) que cuenta ya con un reconocimiento (expreso o tácito) en el ordenamiento jurídico;

2.2.2) que debería ser tenida en consideración en el balance de razones aplicables al caso en cuestión;

2.2.3) que tiene un peso decisivo que inclina definitivamente el balance de razones aplicables al caso a su favor.

3.3 Lo dicho hasta aquí se refiere a aquellos supuestos en los que, en atención al balance de razones subyacentes, se excluye la aplicación de una norma **identificable como jurídica de acuerdo con los criterios autoritativos del sistema de fuentes**, pero también podría suceder que, en atención a dicho balance, **la norma resultara invalidada**. Para dar cuenta de estos casos debo volver a la distinción entre prescripciones contenidas en la formulación normativa de las reglas y justificaciones subyacentes a las mismas. Pues bien, tiene sentido hablar de derrotabilidad en ambos niveles. Es posible que lo que se derrote sea –como en los ejemplos anteriores– la prescripción contenida en la formulación normativa –prohibido radios en la biblioteca–, pero también cabe la derrotabilidad de los compromisos (o juicios de prevalencia) entre razones subyacentes a las reglas. De manera que es posible también que, en segundo término, de forma excepcional, los jue-

ces y demás aplicadores del Derecho dejen de lado una regla cuando estimen que el compromiso entre razones que subyace a la formulación normativa está mal construido. Tal cosa sucede cuando, a la luz de otros compromisos o juicios de prevalencia entre razones, que se hallan implícitos o explícitos en otras partes del sistema jurídico y que son aplicables al caso en cuestión, se aprecia un error en el propio compromiso entre razones de primer orden que opera como justificación subyacente de la regla. Lo característico de esta derrotabilidad en el nivel de las justificaciones subyacentes a las reglas, frente a la derrotabilidad en el de las prescripciones contenidas en las formulaciones normativas, es que la regla fracasa, tanto en este caso como en casos sucesivos, como razón protegida. No se trata, como en los ejemplos anteriores, de problemas producidos por el carácter supraincluyente de la *prescripción contenida en la formulación normativa*, que en nada cuestionan el juicio de prevalencia entre razones de primer orden que opera como justificación subyacente de la regla; lo que se refuta por erróneo es *el propio juicio de prevalencia* que opera como razón subyacente de la regla, por lo que se asume que ésta no debe jugar ningún papel en la toma de decisiones futuras³⁴.

Abundando en esta idea, podríamos añadir que, mientras lo que se cuestiona en el primer tipo de supuestos es sólo la aplicabilidad de la prescripción al caso concreto, en el segundo es su validez. De manera que, mientras en el primer caso decimos que la norma queda desplazada, en el segundo nos referimos a su nulidad. Por cierto, en sistemas jurídicos como el nuestro, de control de constitucionalidad concentrado, no está previsto que los jueces ordinarios declaren la nulidad de una regla (de rango legal), sino que suspendan la aplicación de la regla y planteen una cuestión de inconstitucionalidad. En los sistemas de control de constitucionalidad difuso, por el contrario, es el propio órgano de aplicación el que debe desarrollar una argumentación que demuestre que el sistema jurídico contiene otro juicio de prevalencia de las razones aplicables al caso que es opuesto al que opera como razón subyacente a la regla y que es aquél el que debe prevalecer.

Ahora bien, admitir la derrotabilidad de la justificación subyacente a las reglas, no supone sin más negar que el Derecho determine positivamente la conducta de los jueces. Tampoco podemos hablar de discrecionalidad por parte del juez cuando éste aprecia la derrotabilidad de las justificaciones

³⁴ En *Razonamiento judicial y reglas* hablaba de *errores de primer grado* y *errores de segundo grado* para referirme a dos tipos de errores -correlativos a las dos formas de derrotabilidad de las reglas a las que acabo de referirme- que cometerían los jueces que aplicaran estas reglas [cfr. ob. cit., págs. 77 y sig.]. Los errores de primer grado están vinculados a la derrotabilidad en el nivel de las formulaciones normativas, mientras que los errores de segundo grado están vinculados a la derrotabilidad en el nivel de las justificaciones subyacentes a las reglas.

subyacentes a las reglas³⁵. Para empezar, un juez no puede rechazar por erróneo el compromiso entre razones contenido en una norma jurídica aplicable basándose en razones hasta el momento no reconocidas por el ordenamiento jurídico. Por ejemplo, no puede apelar simplemente a la consecución de los intereses de ciertos grupos sociales, a la realización de programas políticos, a la potenciación de nuevos objetivos sociales o a la promoción de nuevos valores no incorporados hasta el momento al orden jurídico. Razones como éstas sólo pueden ser alegadas por el legislador para justificar la aprobación de una regla que incorpore un nuevo compromiso entre razones de primer orden, o la derogación de un regla que contenga un compromiso que se estime inadecuado, pero nunca pueden ser esgrimidas por los órganos de aplicación.

Además, los jueces tampoco pueden componer a su arbitrio un nuevo compromiso entre las razones de primer orden contenidas en las reglas. Sería un error suponer que el operador jurídico que decide dejar de lado una regla tiene plena discrecionalidad para componer el balance de razones que estime oportuno, con tal de que lo haga basándose en razones ya reconocidas por el ordenamiento jurídico: Los jueces sólo pueden dejar de lado las reglas oponiendo la prevalencia de otros compromisos entre las razones de primer orden aplicables al caso en cuestión que ya figuran expresa o tácitamente en el sistema, lo que hará imprescindible que desarrollen una argumentación tendente a mostrar casos paradigmáticos en los que los resultados de las ponderaciones apuntan en un sentido diferente.

En suma, tanto en el caso de la derrotabilidad de las prescripciones contenidas en las formulaciones normativas, como en el de las justificación subyacentes a las reglas, para poder dejar de lado una regla en principio aplicable el juez tiene que basarse en un sistema de valores que le viene ya dado y del que él no es artífice; de manera que la solución que prevea para el caso pueda superar el test de la coherencia normativa o congruencia.

El siguiente esquema resume la propuesta de reconstrucción que acabo de exponer:

1. Aplicación de normas no identificables autoritativamente:

1.1 Enunciados que muestran directamente las razones subyacentes:

vg. los conceptos jurídicos indeterminados.

1.2 Experiencias recalcitrantes causadas por el carácter infraincluyente de las formulaciones normativas:

vg. la interpretación extensiva

³⁵ Sigo de cerca las consideraciones expresadas por J. Aguiló en “Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica”, *Isonomía*, México, núm. 6, pág. 75.

2. Inaplicación de normas autoritativamente identificables:

2.1 Experiencias recalcitrantes causadas por el carácter supraincluyente de las formulaciones normativas (respecto de su propia justificación subyacente):

En estos casos la norma inaplicada sigue perteneciendo al sistema.

2.1.1 Casos situados fuera del alcance de la regla:

vg. la interpretación restrictiva

2.1.2 Excepciones a la regla:

vg. la legítima defensa

2.2. “Experiencias recalcitrantes” causadas por la incompatibilidad del balance de razones subyacente a la norma con otros balances del sistema:

En estos casos la norma inaplicada deja de pertenecer al sistema.

vg. declaración de inconstitucionalidad.

4.- El recurso a las convenciones y a la coherencia en la identificación del Derecho

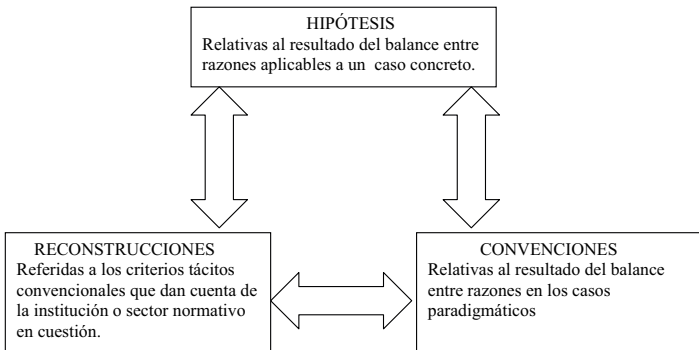
Estas reflexiones tratan de mostrar cómo desde la teoría del Derecho es posible desarrollar un marco conceptual desde el que dar cuenta de los concretos mecanismos que, como hemos visto en las páginas precedentes, tanto el legislador como la dogmática jurídica han ido desarrollando para poder aplicar normas que no son autoritativamente identificables, o para dejar de lado normas autoritativamente identificables. Todos los mecanismos que hemos estudiado obedecen a una misma necesidad: dotar de coherencia (de coherencia valorativa o justificativa) al sistema jurídico. Se trata de que se produzca un ajuste entre la dimensión directiva y la justificativa del Derecho; entre aquello que se nos ordena y las razones por las que se nos ordena. En ese sentido, estas o parecidas categorías son comunes a todos los ordenamientos jurídicos evolucionados, puesto que resultan necesarios para evitar el formalismo extremo en la aplicación del Derecho, que conduciría a la incoherencia valorativa de las decisiones jurídicas³⁶.

Por lo tanto, ni en los casos en los que resultan aplicables normas no identificables autoritativamente, ni en los que resultan inaplicables normas identificables autoritativamente, el Derecho renuncia a guiar la respuesta a cuál es la solución correcta a los casos. Ahora bien, es indiscutible que aquí el grado de certidumbre es mucho menor que el que teníamos cuando una regla perteneciente al sistema es sin más aplicable a un caso, ya que la empresa de reconstrucción de las razones en juego exige un proceso de

³⁶ Atienza y Ruiz Manero realizan estas mismas consideraciones en relación con los ilícitos atípicos en *Ilícitos atípicos*, ob.cit., pág. 126.

deliberación por parte del intérprete fundado en convenciones que van más allá de la simple regla del significado literal³⁷.

En todo caso, la incertidumbre no proviene tanto de la necesidad de recurrir a convenciones interpretativas más complejas que las puramente semánticas, sino de que el alcance de nuestras convenciones interpretativas no siempre está perfectamente determinado para todos los casos; en ocasiones nuestras convenciones interpretativas no nos ofrecen soluciones claras. Aquí son de aplicación consideraciones semejantes a las que veíamos en relación con los conceptos jurídicos indeterminados: A un convencionalismo superficial –que limita el alcance de nuestras convenciones a aquellas cuestiones en las que se produce un acuerdo explícito– se le opone un convencionalismo profundo, según el cuál son los criterios tácitos de corrección los que fundamentan la objetividad de la convención y no los acuerdos explícitos realmente existentes. Es desde este convencionalismo profundo desde donde tiene pleno sentido afrontar los casos polémicos con una metodología coherentista, de acuerdo con la cual las hipótesis que se formulan sobre el peso de las razones en conflicto implicadas en la resolución de los casos concretos deben apoyarse en reconstrucciones de los criterios tácitos convencionales que dan cuenta de la institución o sector normativo en cuestión y tales reconstrucciones, a su vez, deberán confrontarse con nuestras convenciones interpretativas más arraigadas que se ponen de relieve en los casos paradigmáticos. De manera que, si de resultados de tales comparaciones, se produjesen desajustes, estos se salvarán mediante un ir y venir entre hipótesis, reconstrucciones y convenciones que nos lleven ora a descartar algunas de nuestras convenciones, ora a ofrecer otra reconstrucción, o, en fin, a reformular las hipótesis, hasta lograr un ajuste mutuo entre los tres elementos.



³⁷ Juan Carlos Bayón habla a este respecto de *convenciones de segundo nivel*, “ respecto a las convenciones semánticas en virtud de las cuales tienen significado ordinario los enunciados formulados en lenguaje natural” [Cfr. “Derecho, convenciones y controversia”, ob.cit., págs. 62 a 63 y 80 a 81]

Naturalmente, este esbozo de metodología coherentista suscita muchas cuestiones. Seguidamente voy a abordar algunas de las que me parecen más relevantes. En primer lugar está la cuestión de si esta propuesta requiere el desarrollo de un *genuino razonamiento moral* para la identificación del Derecho y de si, por tanto, presupone la asunción de alguna forma de objetivismo moral: Puesto que este ir y venir entre hipótesis, reconstrucciones y convenciones, está orientado por consideraciones basadas en juicios de valor, el Derecho parece requerir alguna suerte de razonamiento moral para la determinación de su contenido. Ahora bien, ello no obstante, para abordar debidamente esta cuestión, se hace imprescindible diferenciar, en primer término, entre el nivel de la teoría del Derecho y el de la práctica. No parece que un teórico del Derecho que quiera desarrollar un discurso puramente descriptivo necesite comprometerse con el objetivismo ético³⁸. El teórico del Derecho puede limitarse a constatar que el hecho de que, en determinadas situaciones, los órganos jurisdiccionales se ven forzados a resolver las disputas tomando como base de la resolución juicios de valor fundados en las prácticas interpretativas de la comunidad en cuestión. Naturalmente, uno no se involucra en prácticas evaluativas cuando las describe. ¿Pero sucede otro tanto con los jueces y demás aplicadores del Derecho? Los órganos jurisdiccionales se ven obligados a descartar convenciones, ofrecer reconstrucciones o a reformular hipótesis operando sobre la base de un *trasfondo moral*, lo que parece resolver la cuestión del lado del objetivismo³⁹. Ahora bien, ello no obstante, el trasfondo moral sobre el que opera el intérprete no es un discurso que se libre al margen de nuestras convenciones; por el contrario, es un discurso condicionado por nuestras convenciones. Esta última consideración ha llevado a Juan Carlos Bayón a defender la conclusión opuesta: la hipótesis del objetivismo moral debe descartarse, ya que el discurso que precisa desarrollar el intérprete, al estar constreñido por nuestras convenciones, no es un genuino discurso moral⁴⁰. Pero esta conclusión me parece un tanto precipitada: Que nuestras convenciones operen como un límite en el contenido del discurso identificativo del Derecho no es razón suficiente para descartar que estemos en presencia de una forma genuina de discurso

³⁸ Esta cuestión debe diferenciarse, naturalmente, de la de hasta qué punto es fructífero o interesante desarrollar un discurso teórico puramente descriptivo

³⁹ En relación con los conceptos jurídicos indeterminados ésta parece ser la conclusión a la que llega Jose Juan Moreso: “[E]l intérprete o el aplicador del Derecho precisan *moldear* el concepto, ponerlo en relación con otros conceptos e, inevitablemente, para moldear conceptos morales es preciso disponer de un trasfondo moral sobre el cual trabajar. Esto es, es necesaria una red conceptual donde los conceptos morales ocupan algunos de los nodos y esa red conceptual debe controlarse, en una especie de *equilibrio reflexivo*, con nuestras intuiciones, para ello es preciso embarcarse en una reflexión moral” cfr. ob.cit. pág. 100.

⁴⁰Cfr. “Derecho, convenciones y controversia”, ob.cit., págs. 77 y 81.

moral. Aquellas concepciones que asumen que (bajo ciertas condiciones) las practicas sociales existentes están dotadas de un cierto valor moral que debe ser tomado en consideración en el razonamiento jurídico justificativo no hacen sino conciliar convencionalismo y objetivismo.

Un buen ejemplo de aquello a lo que me refiero lo constituye el modelo de racionalidad que Nino postula para nuestras prácticas constitucionales⁴¹. Dicho modelo responde a un tipo de racionalidad “de lo segundo mejor”, ya que muchas veces lleva a un alejamiento progresivo del modelo óptimo en atención a sus efectos sobre la práctica social. Esta analogía trata de enmarcar la acción de los operadores jurídicos “como partícipes de una obra colectiva que es el Derecho vigente como parte de un fenómeno todavía más amplio que es el complejo de prácticas, instituciones, costumbres, actitudes culturales y creencias básicas que definen a una sociedad”. Así pues, aunque los casos individuales estarían mucho mejor resueltos si pudiéramos justificar nuestras acciones y decisiones sobre la base de principios valorativos últimos, se asume que tales casos no pueden ser resueltos fuera de una práctica constitucional. De ahí que, para preservar dicha práctica, debamos conformarnos con justificar nuestras acciones y decisiones de modo compatible con la práctica que tenemos, siempre que, por hipótesis, postular una práctica alternativa –o la extinción de la práctica– lleve a peores soluciones.

De forma más pormenorizada, Nino defiende la adopción de un tipo de razonamiento *escalonado en dos niveles*: a) En un nivel primero, y más básico, se deben articular las razones que legitiman o no la práctica social, para lo que se tendrán en cuenta razones de tipo sustantivo y procedimental. Además, en este primer nivel del razonamiento práctico también se debe tener en cuenta cuáles son las alternativas realistas a la preservación de la práctica en cuestión. b) Si el resultado del razonamiento en el primer nivel es favorable a la legitimidad, aún imperfecta, de la práctica constitucional, es posible pasar al segundo nivel, en el que se trata de aplicar esa constitución para justificar acciones o decisiones. El que se desarrolla en este segundo nivel es un razonamiento constreñido, ya que debe respetar el resultado del razonamiento del primer nivel. Esto quiere decir que quedan excluidas las razones justificativas que son incompatibles con la preservación de la práctica, si es que el razonamiento de primer nivel ha arrojado el resultado de que la práctica en cuestión es más legítima que cualquier alternativa realista.

Ahora bien, esto no significa que los principios morales no tengan relevancia en el discurso jurídico, ni que éste tenga autonomía respecto del discurso moral. Nino descarta tal conclusión ya que, en primer lugar, tales principios

⁴¹ Nino, Carlos S. *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, edit. Astrea, Buenos Aires, 1992, págs. 66 a 77.

gobiernan el primer nivel del razonamiento justificatorio, y, dada la prelación de este nivel sobre el segundo, tal jerarquía determina los resultados del razonamiento en su conjunto. Además, en segundo lugar, los principios morales tienen relevancia en el segundo nivel del razonamiento justificativo en la medida en la que no sean incompatibles con las conclusiones alcanzadas en el primer nivel (de lo contrario Nino advierte de que serían autofrustrantes, puesto que neutralizarían las conclusiones alcanzadas mediante su propio empleo). En suma, no parece que para aquellas teorías que, como la de Nino, asumen que las convenciones pueden tener un valor moral, la aceptación de la existencia de límites convencionales en la determinación del contenido del Derecho le suponga ningún problema de compatibilidad con cierta forma de objetivismo; aunque operen los límites de las convenciones sí estaríamos en presencia de una forma genuina de razonamiento moral.

Llegados a este punto, un lector suspicaz de este trabajo podría recelar de si la aceptación de una metodología coherentista como la aquí propuesta nos obliga a suscribir la tesis de que el Derecho es siempre determinado y de que, por tanto, hay una *única respuesta correcta* para todos los casos. Pero una inferencia como ésta debe rechazarse de plano tan pronto como reparamos en que también para el convencionalismo profundo los límites del Derecho están en los límites de nuestras convenciones⁴²: Aunque lo que determine la verdad o falsedad de nuestras convenciones sean los criterios tácitos compartidos por la comunidad y no el carácter expreso de la misma, todavía el Derecho permanece indeterminado en todos aquellos supuestos que presentan una litigiosidad tal que es imposible fijar unos criterios tácitos compartidos. Así, es en los límites de nuestras convenciones donde se sitúan los confines del Derecho. Verdaderamente es una frontera situada a muchos miles de kilómetros de donde la fijaba la tesis fuerte de las fuentes del Derecho, pero es una frontera al fin y al cabo.

Estas consideraciones nos proporcionan un óptimo punto de partida desde el que abordar la última de las cuestiones de las que me propongo ocuparme aquí: El problema de los límites entre *la actividad interpretativa del Derecho y la discrecionalidad*⁴³. A mi juicio, la naturaleza de la tarea que llevan a cabo los jueces y tribunales cuando argumentan a favor de la aplicación de una norma no identificable autoritativamente o en contra de aplicar una norma autoritativamente identificable es interpretativa, entendida la interpretación como una operación que no consiste simplemente en aclarar el significado de una expresión dudosa, sino en conformar el Derecho al

⁴² Cfr. J.C. Bayón, "Derecho, convenciones y controversia", ob.cit., pág. 79.

⁴³ De esta cuestión me he ocupado más a fondo en "En la penumbra: indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de normas",

conjunto de razones subyacentes a las mismas, de manera que éste pueda presentarse como un todo coherente⁴⁴. Así pues, podemos afirmar que la actividad interpretativa está encaminada a la resolución de la indeterminación del Derecho asociada tanto a problemas de tipo lingüístico, como a problemas de coherencia o congruencia normativa. ⁴⁵Para la resolución de los problemas de indeterminación lingüísticos y de coherencia normativa se hace necesario recurrir a las convenciones establecidas. Dichas convenciones incluirían no sólo pautas o reglas de tipo semántico, sino también pautas o reglas interpretativas (como puedan ser, en nuestro contexto jurídico, el llamado “instrumento teleológico”, el “histórico-evolutivo”, etc). Ahora bien, la mayor o menor extensión que se de a estas reglas o pautas interpretativas depende, en buena medida de la concepción del Derecho de la que se parta.

La discrecionalidad en la aplicación de normas, por su parte, entraría en juego en los casos de indeterminación del Derecho que tienen su origen en lo que en otro lugar he llamado *derrotabilidad radical* de las normas jurídicas⁴⁶. Si en el caso de la interpretación, las convenciones lingüísticas e interpretativas jugaban –como acabamos de ver– un papel decisivo para la resolución de los problemas de indeterminación, cuando de derrotabilidad radical se trata, dichas convenciones no se aplican. En estos casos podemos entender, siguiendo a Bayón, que concurren razones para apartarse del criterio que el Derecho establece (es decir, convencionalmente determinado) a la luz de criterios que no establece (o sea, no convencionales) y que, por lo tanto sería *externos* al Derecho. Para dar cuenta de una situación como ésta Bayón propone hablar de *convenciones que se autoanulan*⁴⁷. Es decir, en ausencia de una regla de clausura respecto de la relevancia, o de normas que preestablecen relaciones de preferencia de acuerdo con las convenciones relevantes, la calificación normativa de una conducta se hace depender de criterios que la totalidad de las convenciones relevantes deja sin seleccionar.

⁴⁴ Cfr. M. Atienza y J. Ruiz Manero, *Ilícitos atípicos*, ob.cit., pág. 128.

⁴⁵ No obstante lo dicho, conviene tener presente que, en sentido lato, también se entiende interpretar como “sistematizar” el Derecho, lo que abarcaría una serie de operaciones distintas como la integración del Derecho (en presencia de lagunas normativas) y la resolución de antinomias. Ahora bien, como advierte Guastini, aunque la doctrina tradicionalmente engloba estos supuestos como problemas de interpretación, en sentido estricto no lo serían, ya que “las lagunas [las lagunas normativas] y las antinomias son características del sistema jurídico entendido como sistema de normas” y no de las disposiciones jurídicas. Es decir, tanto las lagunas como las antinomias, se presentan -si es que se presentan- cuando ya ha tenido lugar la interpretación [Guastini, Riccardo, *Le fonti del Diritto e l'interpretazione*, ob. cit., págs. 330 y 356].

⁴⁶ De esta cuestión me he ocupado más a fondo en “En la penumbra: indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de normas”, ob.cit.

⁴⁷ Cfr. J.C. Bayón, “Derrotabilidad, Indeterminación del Derecho y positivismo jurídico”, *Isonomía*, núm. 13, México, 2000, págs. 112 y 114.

5.— ¿Qué queda del positivismo jurídico?:

El desarrollo de los temas aquí tratados nos aboca a la pregunta inicial que sirve de título a este trabajo: ¿qué queda del positivismo jurídico? La respuesta a esta cuestión puede diseccionarse en paralelo al desglose en tres tesis desde las que podemos abordar la concepción positivista del Derecho: La tesis conceptual, la tesis empírica y la tesis normativa sobre las relaciones entre el Derecho la moral⁴⁸. Veamos detenidamente cada una de ellas.

5.1 Desde un **punto de vista puramente conceptual**, el positivismo se ha caracterizado por mantener que no hay una relación *necesaria* entre el Derecho y la moral, o entre el Derecho que es y el que debe ser⁴⁹. Dicho en otros términos, el Derecho y la moral pueden ser independientemente identificados y analizados en sus propios términos, sin dependencias recíprocas. Naturalmente, esta *tesis de la separabilidad* puede interpretarse de diferente forma, y según el grado de rigidez con que se haga nos encontraremos ante dos versiones diferentes del positivismo jurídico: el llamado “positivismo excluyente” o “duro” y el “positivismo incluyente” o “blando”. Para el positivismo excluyente la regla de reconocimiento de un sistema *no puede* incluir estándares morales, so pena de incurrir en una inconsistencia. En cambio, para el positivismo incluyente la regla de reconocimiento *sí puede* incluir estándares morales.

Precisamente, uno de los objetos centrales de mi trabajo ha sido tratar de mostrar las principales tensiones internas a lo que podemos denominar los “Derechos modernos”, que ponen en entredicho la viabilidad del positivismo excluyente. Tales tensiones tendrían su origen en el carácter dual de las razones que el Derecho incorpora: razones autoritativas (razones basadas en fuentes, independientes del contenido) y valores jurídicos (razones dependientes del contenido). También he tratado de mostrar cómo desde la teoría del Derecho es posible desarrollar un marco conceptual desde el que dar cuenta de los diversos mecanismos de los que el Derecho se vale para dotar de coherencia (de coherencia normativa o justificativa) al sistema jurídico. Se trata de que se produzca un ajuste entre la dimensión directiva y justificativa del Derecho; entre aquello que se nos ordena y las razones por las que se nos ha ordenado.

Por lo tanto, el análisis aquí desarrollado puede resultar compatible con la asunción central del positivismo incluyente de que la regla de reconocimiento de un sistema puede incluir estándares morales. Ahora bien esta

⁴⁸ En el análisis que voy a desarrollar sigo muy de cerca las consideraciones hechas por Tom Campbell en “El sentido del positivismo jurídico”, ob. cit., aunque, como se verá, me aparto de las conclusiones a las que llega.

⁴⁹ Cfr. H. L. A. Hart “Positivism and the Separation of Law and Morals”, *Harvard Law Review*, núm. 71, 1958, págs. 593 y sig.

tesis, así enunciada, es lo suficientemente vaga como para poder albergar diferentes versiones del positivismo jurídico incluyente: Así, por ejemplo, puede entenderse que los estándares morales incluidos en la regla de reconocimiento juegan sólo un papel de condición necesaria de cara a la identificación del Derecho; lo que supone que los estándares identificados de acuerdo con pautas independientes del contenido serán Derecho siempre y cuando no contradigan determinadas pautas valorativas. Pero también puede concebirse que dichos estándares juegan un papel de condición suficiente en la identificación del Derecho; lo que a mi juicio resulta bastante más problemático pues, de aceptarse sin matices, se le negaría al Derecho cualquier relevancia práctica⁵⁰. La tesis que yo he mantenido a lo largo de estas páginas –y, por lo tanto, el tipo de positivismo incluyente que yo suscribiría– es la de que, en determinados sistemas jurídicos, ciertos estándares valorativos son condición necesaria para la identificación del Derecho y pueden serlo también suficiente, siempre y cuando operen de forma subsidiaria (en ausencia de estándares jurídicos identificables autónomamente).

Otra de las encrucijadas ante la cual el positivismo incluyente tiene inevitablemente que decantarse es la relativa a la naturaleza de los estándares morales de acuerdo con los cuales se produce la identificación del Derecho: ¿Se trata de estándares convencionalmente aceptados, o de principios morales autónomos?. La tesis que aquí he defendido ha sido, como se recordará, la de que la reconstrucción más plausible del tipo de razonamiento que demandan nuestras prácticas jurídicas tendría un carácter mixto: Por un lado, se integrarían elementos convencionales –o, si se prefiere, las convenciones expresas ejemplificadas en los casos paradigmáticos– pero, por otro lado, al requerir por parte del intérprete un proceso deliberativo encaminado al esclarecimiento de los criterios convencionales implícitos, tendrían cabida determinados principios morales autónomos.

Dicho entimemáticamente, las tesis sostenidas a lo largo de este trabajo son incompatibles con el positivismo excluyente y estarían próximas a cierto tipo de positivismo incluyente: Aquél que asume que los principios morales en el razonamiento judicial son condición necesaria de la validez jurídica y sólo subsidiariamente suficiente y, además, se asienta en el convencionalismo profundo.

5.2 En segundo lugar, el positivismo no se ha caracterizado –en términos generales– por negar la existencia, desde un **punto de vista empírico**, de una relación intensa entre el Derecho y la moral. La moral y el Derecho son fenómenos que, aunque puedan ser independientemente descritos y analizados,

⁵⁰ Cfr. José Juan Moreso, “En defensa del positivismo jurídico inclusivo”, *ob.cit.*, pág. 107.

en la práctica se hayan profundamente interrelacionados. Como señala Tom Campbell al respecto, “la tesis conceptual de la separabilidad no es una “tesis de la separación” como podemos llamar al punto de vista de que moral y Derecho son fenómenos empíricos distintos. De hecho ningún positivista niega que la moral y el Derecho interactúen, y que hay una superposición contingente entre el contenido y las funciones de la moral en una sociedad y su Derecho”⁵¹.

Nada de lo aquí señalado es incompatible con lo que he defendido a lo largo de las páginas precedentes. Por el contrario, he dedicado una sección a tratar de mostrar los concretos mecanismos previstos bien por el legislador, bien en nuestras prácticas interpretativas, para, en atención a consideraciones valorativas, incorporar estándares no identificables autoritativamente, o excluir –o incluso invalidar– normas identificables autoritativamente como jurídicas.

5.3 Finalmente, se habla también de un **positivismo normativo**, que no trata primariamente de ofrecer instrumentos analíticos y descriptivos, sino que directamente nos proporciona una caracterización de cómo deben ser los Derechos y los sistemas jurídicos⁵². Así, por ejemplo, Tom Campbell, defiende explícitamente “un positivismo ético como una teoría que va más allá de la tesis de la separabilidad para mantener la pretensión de que no sólo puede, sino que debe haber una clara separación entre el Derecho y la moral en la práctica del Derecho”⁵³. La pretensión no es la de que no debe haber superposición entre el contenido del Derecho y el de la moral en la práctica del Derecho, una cuestión en la que la teoría, dado su alcance restringido, es básicamente neutral, sino más bien que la regla de reconocimiento no debe contener términos que inviten al juicio moral. Esta es la tesis de la separación prescriptiva o, más específicamente, el *positivismo prescriptivo duro*⁵⁴.

A mi juicio, el positivismo normativo excluyente preconizado por Tom Campbell tropieza con un serio obstáculo: Como señalaba al comienzo de este trabajo y he tratado de mostrar a lo largo de sus páginas, un sistema

⁵¹ Cfr. “El sentido del positivismo jurídico”, ob. cit., págs 309 a 310.

⁵² Naturalmente, no todos los autores considerados como positivistas han suscrito este tipo de tesis normativa. En realidad, una tesis como ésta es difícilmente compatible con los postulados relativistas que subyacen en muchas de las concepciones positivistas. Ahora bien, creo que, en ocasiones, sí existe una asunción tácita de la misma, aunque, debido –sospecho– al afán de no incurrir en contradicción con los postulados propios del relativismo –o sea, de no prescribir asumiendo al mismo tiempo que no hay criterios últimos de racionalidad en los que fundar tal prescripción– dicha adscripción no se pone explícitamente de manifiesto.

⁵³ También Liborio Hierro ha formulado recientemente una propuesta en este sentido en “Por qué ser positivista”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 25, Alicante, 2002, págs. 263 a 302.

⁵⁴ Cfr. Tom Campbell, “El sentido del positivismo jurídico”, ob.cit., pág. 311 (la cursiva es mía).

jurídico desarrollado que operara siempre atrincherando reglas con perfecta autonomía semántica respecto de sus razones subyacentes adolecería de ciertas insuficiencias y estaría abocado a cometer determinados excesos. Ahora bien, lo dicho no debe interpretarse como una renuncia a *tomarse las reglas en serio*. Por el contrario, creo que las reglas deben de gozar de una fuerza presuntiva o *prima facie* en la argumentación judicial, pero que también resulta necesario, por razones de racionalidad práctica, la inclusión en los sistemas jurídicos de mecanismos por medio de los cuales ciertos estándares valorativos jueguen algún papel en la identificación del Derecho .

Traducida en términos de reglas procesales de la argumentación, mi propuesta se articularía de la siguiente forma:

1) Salvo prueba en contrario, las reglas (de mandato) operarán en el razonamiento de los aplicadores del Derecho como razones perentorias e independientes del contenido⁵⁵.

2) Corresponde a quien lo alega mostrar que una regla no identificable autoritativamente debe ser aplicada a un caso, o que una regla así identificada no debe ser aplicada (bien porque el caso en cuestión constituye una excepción a una regla, está fuera de su alcance, o porque la regla resulta invalidada).

3) Quien pretenda la aplicación de una regla no identificable autoritativamente, o la inaplicación de una así identificada, deberá realizar un razonamiento tendente a demostrar que, de acuerdo con las convenciones interpretativas vigentes (expresas o tácitas), hay razones suficientes, para incorporar una nueva regla al sistema o para apartarse de lo que ellas establecen.

⁵⁵ Ahora bien, de acuerdo con lo que he defendido en las páginas precedentes, el carácter excluyente de las reglas de mandato no se predicaría del enunciado con autonomía semántica, sino del compromiso entre razones de primer orden que la regla incorpora. De esta cuestión me he ocupado también en “Entre la transparencia y la opacidad. Análisis del papel de las reglas en el razonamiento judicial”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 21-I, 1998, así como en *Razonamiento judicial y reglas*, Fontamara, México D.F, 2000.

