

## EL POSITIVISMO INCLUYENTE EN LA ENCRUCIJADA

Pedro SERNA\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La posición del ILP sobre el positivismo, su reformulación y sus variantes*. III. *Algunas inconsistencias en el planteamiento expuesto*.

### I. INTRODUCCIÓN

En los últimos años ha surgido dentro del positivismo jurídico una controversia, que ha hecho correr ríos de tinta sobre la posibilidad de una particular conexión entre derecho y moral. Ésta ha surgido desde el momento en que algunos positivistas han admitido que la atribución de validez jurídica a las normas, la determinación de su contenido y su concreta influencia sobre la decisión judicial de un caso concreto, pueden depender de criterios morales.<sup>1</sup> Desde este punto de vista, que se conoce

\* Universidad de Coruña, España.

<sup>1</sup> Cfr. Waluchow, W., *Inclusive Legal Positivism*, Oxford, Clarendon Press, 1994, pp. 2, 81 y 82, 178; Coleman, J., "Authority, and Reason", en George, R. P. (ed.), *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism*, Oxford, Clarendon Press, 1996, pp. 287 y 288; del mismo autor, "Negative and Positive Positivism", *Journal of Legal Studies* 11, 1982, pp. 139-164; también incluido en Cohen, M. (ed.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, Londres, Duckworth, 1983, pp. 28-48; Lyons, D., "Principles, Positivism and Legal Theory", *Yale Law Journal*, 87, 1977, pp. 415-435; del mismo autor, "Derivability, Defensibility and the Justification of Judicial Decisions", *The Monist*, 68, 1985/3, pp. 325 y ss.; J. Mackie, "The Third Theory of Law", *Philosophy and Public Affairs* 7, 1977/1, pp. 3 y ss., también incluido en Cohen, M. (ed.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, op. cit., supra, pp. 161-170; Soper, E. P., "Legal Theory and the Obligation of a Judge: The Hart-Dworkin Dispute", *Michigan Law Review*, 75, 1977, pp. 473-519, también incluido en Cohen, M. (ed.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, op. cit., supra, pp. 3-27; C. L. Ten, "The Soundest Theory of Law", *Mind* 88, 1979, pp. 532 y ss.; F. Schauer, "Positivism Through Thick and Thin", en Bix, B., *Analysing Law. New Essays in Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1998, p. 69; Postema, G., "Coordination and Conventions at the Foundations of Law", *Journal*

como *Inclusive Legal Positivism*<sup>2</sup> o positivismo jurídico incluyente (en adelante, ILP), los principios y valores morales figuran entre los posibles fundamentos que un sistema jurídico acepta para determinar la existencia y contenido de las normas jurídicas. En este sentido, es característico de esta tendencia la admisión de la posibilidad de que la regla de reconocimiento de un sistema jurídico contenga explícitamente criterios morales de los que dependa la validez normativa. Es obvio que, si es posible que la regla de reconocimiento contenga estos criterios, entonces la validez jurídica de las normas puede venir determinada a veces no sólo por su origen, es decir, por el hecho de su promulgación y por la forma en que ésta ha tenido lugar.<sup>3</sup>

A pesar de la notable tendencia en las filas positivistas a aceptar esta conexión entre derecho y moral que sugiere el ILP, hay autores que la rechazan. Desde su posición, conocida como *Exclusive Legal Positivism*<sup>4</sup> (ELP), se considera que la validez de una norma jurídica depende sólo de su procedencia de una fuente adecuada (legislador, decisión judicial o costumbre); es decir, de una pura cuestión de hecho (el origen o *pedigree*). Además, estos autores consideran que el contenido de las normas jurídicas válidas puede ser determinado a partir de la constatación de ciertos hechos (acciones o intenciones humanas) que pueden ser conocidos sin necesidad de recurrir a consideraciones morales. En definitiva, el ELP se caracteriza por mantenerse fiel a una de las tesis tradicionales del positivismo jurídico: la llamada “tesis social fuerte”.<sup>5</sup>

*of Legal Studies*, XI, 1982, pp. 168 y 169. Todos estos autores se consideran seguidores de Hart, cuyas ideas más relevantes sobre este tema se encuentran en su “Postscript”, *The Concept of Law*, 2a. ed., Oxford, Oxford U. P., 1994, aunque ya hay esbozos de las mismas en la 1a. ed., *Cfr. El concepto de derecho*, trad. de G. R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961, p. 252.

<sup>2</sup> Expresión acuñada por Waluchow, W., *op. cit.*, nota 1, pp. 1-3, 81 y 82. Otros autores hablan de incorporacionismo o de “positivismo blando” (*soft positivism*), expresión esta adoptada por el mismo Hart. *Cfr.* Coleman, J., “Authority and Reason”, *op. cit.*, nota 1, pp. 287 y 288; Hart, H. L. A., *op. cit.*, nota 1, p. 250.

<sup>3</sup> Idea ésta que ya fue admitida por Hart. *Cfr. El concepto de derecho, cit.*, nota 1, p. 252; “Postscript”, *op. cit.*, nota 1, pp. 250-254.

<sup>4</sup> Denominación empleada también por Waluchow, W. (*op. cit.*, nota 1, p. 82) refiriéndose a la versión del positivismo defendida por Raz.

<sup>5</sup> *Cfr.* Raz, J., *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, Clarendon Press, 1979, pp. 37-52; del mismo autor, “Authority, Law and Morality”, *The Monist* 68, 1985, pp. 311-320. Una formulación similar se encuentra en H. Mitrophanous, “Soft Positivism”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 17, 1997, p. 624.

Básicamente, el ILP pretende ser una teoría jurídica capaz de explicar los modernos sistemas constitucionales que dan entrada a criterios sustantivos (incluidos los de índole ética) en la identificación (existencia y contenido) de las normas jurídicas; en esta capacidad suya residiría una de sus principales ventajas frente al ELP.<sup>6</sup> Ello supone, por una parte, mantener la fidelidad a los postulados teóricos del positivismo jurídico y, por otra, tomar distancia del positivismo tradicional, fielmente reflejado en el ELP. A tal efecto, se propone un concepto de positivismo que pueda dar cabida tanto al ELP como al ILP, que en el fondo no es otra cosa que una corrección del anterior destinada a hacer viable la continuidad de la doctrina positivista. Todo ello produce un notable cambio de escenario en la polémica con el iusnaturalismo, sobre todo si se atiende a algunas de sus versiones como la representada por el pensamiento de John Finnis, hasta el punto de que, si bien debe admitirse que perviven importantes diferencias de orden ontológico y epistemológico, ambas posiciones pueden dialogar y cooperar en una tarea científica que tenga como objeto el análisis de los modernos sistemas constitucionales.

El objetivo de estas reflexiones es mostrar lo que considero puntos oscuros, contradictorios o débiles en el planteamiento del ILP. Acometeré esta tarea desde la perspectiva del observador de un debate que no se siente identificado con ninguna de las dos posiciones en diálogo, es decir, ni con el positivismo incluyente ni con el tradicional. Para la exposición de las tesis fundamentales del ILP tomaré como referencia principal la presentación recientemente realizada por el profesor Vittorio Villa,<sup>7</sup> que retrata con notoria claridad expositiva a esta corriente positivista.

## II. LA POSICIÓN DEL ILP SOBRE EL POSITIVISMO, SU REFORMULACIÓN Y SUS VARIANTES

Según Villa, es posible construir una definición conceptual de positivismo jurídico que ayude a ver a ambas doctrinas (ILP y ELP) como dos concepciones diferentes de un mismo concepto, y muestre la unidad sustancial de todo el pensamiento positivista, haciendo aparecer las diver-

<sup>6</sup> Cfr. Waluchow, W., *op. cit.*, nota 1, p. 102.

<sup>7</sup> Cfr. Villa, V., "Inclusive Legal Positivism e neo-giusnaturalismo: lineamenti di una analisi comparativa", *Persona y Derecho*, 43, 2000/2, pp. 33-97.

gencias entre ellos como cuestiones de detalle.<sup>8</sup> Esa definición conceptual se compondría de los siguientes elementos:

a) Una tesis ontológica, que vincula al derecho con un fenómeno normativo, positivo, contingente y convencional... (Convencional se opone a natural, aunque según Villa es compatible con el positivismo admitir un enraizamiento natural y unos contenidos necesarios si éstos son muy genéricos).<sup>9</sup>

b) Una tesis epistemológica, que sostiene que una cosa es describir y otra tomar partido. No se identifica con la tesis de la descripción avalorativa, y por ello ahí no puede situarse la diferencia entre positivismo y iusnaturalismo, sino más bien en la índole de las valoraciones. O sea, que el positivismo puede convivir con la índole necesariamente valorativa de la descripción jurídica.<sup>10</sup>

c) Las dos tesis no están conceptualmente conectadas.<sup>11</sup>

d) No es, en cambio, esencial al positivismo la tesis de la separabilidad (no necesidad de que el derecho acoja ciertos contenidos morales). Ésta sería un corolario, y de la tesis ontológica, no de la epistemológica, como piensan algunos. Además, esta tesis alude a separabilidad, compatible con la no-separación de hecho, que es lo que sucede ordinariamente.<sup>12</sup>

Por tanto, dentro del positivismo, ILP y ELP son dos concepciones posibles y discutibles.<sup>13</sup> Su único elemento de diferenciación estable<sup>14</sup> es la diferente interpretación que hacen de la tesis de la separabilidad. Concretamente, el ILP admite que los criterios para identificar las normas (existencia y contenido) pueden ser morales, dentro de los límites permitidos por la norma de reconocimiento. Y pueden ser directos o indirectos.

<sup>8</sup> *Cfr. ibidem*, pp. 39 y 40. En un sentido similar (aunque con cierta variación en cuanto a las tesis que se consideran características del positivismo) *cfr.* Coleman, J. y Leiter, B., "Legal Positivism", en Patterson, D. (ed.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford, Blackwell, 2000, p. 241.

<sup>9</sup> *Cfr.* Villa, V., *op. cit.*, nota 7, pp. 42 y 43; Coleman, J. y Leiter, B., "Legal Positivism", *op. cit.*, nota 8, p. 241.

<sup>10</sup> *Cfr.* Villa, *ibidem*, p. 44.

<sup>11</sup> *Ibidem*, pp. 49 y 50.

<sup>12</sup> *Ibidem*, pp. 48 y 49.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 54; Coleman, J. y Leiter, B., "Legal Positivism", *op. cit.*, nota 8, p. 241.

<sup>14</sup> Ya que la divergencia entre ellos no afecta, según Villa, a un supuesto tratamiento diverso del tema de la discrecionalidad, como opinan algunos autores. *Cfr.* Villa, V., *op. cit.*, nota 7, p. 55.

tos.<sup>15</sup> Por su parte, el ELP sólo admite criterios fácticos para determinar la validez; para él, la alusión a la moral encierra una auténtica creación del derecho por el juez, no una identificación del derecho existente.<sup>16</sup>

A esto se añade que para el ILP es posible una regla de reconocimiento que no admita criterios éticos para determinar la validez, pero si los admite, eso no afecta a la separabilidad<sup>17</sup>. Ello se vincula con el reconocimiento de que la conexión entre los criterios para determinar la existencia de una norma y aquellos para determinar su contenido da lugar una noción más amplia de validez, que se establece de hecho en los modernos estados constitucionales, pero no es necesaria.

Las razones por las que los seguidores del ILP lo consideran preferible al ELP son dos: su mayor potencial explicativo y su mayor atractivo teórico.

El mayor potencial explicativo se refiere a la capacidad para integrar en su panorama teórico, sin renunciar al positivismo, la ampliación de la noción de validez que tiene lugar en los estados constitucionales contemporáneos.<sup>18</sup> Ciertamente que el ELP también puede ofrecer una explicación de esto, pero según el ILP, esta explicación no resulta satisfactoria en relación con un aspecto concreto: la extrema fluidez de las relaciones entre lo jurídico-formal y los contenidos sustantivos que ingresan en el derecho durante el proceso interpretativo-aplicativo, que hace difícil determinar de modo fijo y preciso qué es lo interno y qué lo externo al sistema jurídico.<sup>19</sup> Esta fluidez extrema se explicaría por el carácter abierto de los textos constitucionales, que impide establecer una interpretación correcta y definitiva de los mismos como si existiera un ámbito de objetividad textual preexistente.<sup>20</sup> La tarea que en este marco desarrolla el intérprete (doctrina o jurisprudencia) no es ni pura creación discrecional ni mera descripción de un derecho preexistente, sostiene el ILP siguiendo en este

<sup>15</sup> Cfr. Waluchow, W., *op. cit.*, nota 1, pp. 81 y 82, 102; Coleman, J., "Authority, and Reason", *op. cit.*, nota 1, pp. 287 y 288; del mismo autor, "Negative and Positive Positivism", *op. cit.*, nota 1, p. 31; Soper, E. P., "Legal Theory and the Obligation of a Judge: The Hart/Dworkin Dispute", *op. cit.*, nota 1, pp. 16-23; Schauer, F., "Positivism Through Thick and Thin", *op. cit.*, nota 1, p. 69; Postema, G., "Coordination and Conventions at the Foundations of Law", *op. cit.*, nota 1, pp. 168 y 169.

<sup>16</sup> Cfr. Raz, J., *The Authority of Law*, *op. cit.*, nota 5, pp. 39 y 40, 48-50.

<sup>17</sup> Cfr. Villa, V., *op. cit.*, nota 7, p. 56.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 62. En sentido similar, cfr. Waluchow, W., *op. cit.*, nota 1, pp. 102 y 103. Sobre esta cuestión cfr., Zagrebelski, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 1995, pp. 33 y ss.

<sup>19</sup> Cfr. Villa, V., *op. cit.*, nota 7, pp. 63-68.

<sup>20</sup> *Ibidem*, pp. 65 y 66.

punto a Hart (Postscript).<sup>21</sup> Esta idea vale también para los casos en que se manejan contenidos éticos, derivándose de ello la imposibilidad de determinar disyuntivamente qué es interno y qué es externo en tales contenidos.<sup>22</sup> De todo lo anterior se deriva que no es razonable trazar una distinción neta entre teoría del derecho y teoría de la aplicación, como sugiere el ELP tradicional.<sup>23</sup>

Es importante destacar que, a pesar de sus diferencias, el ILP comparte con el ELP algunas de sus deficiencias más básicas, concretamente la posición objetualista u objetivista. En ambos, la posibilidad de distinguir netamente entre teoría del derecho y teoría de la aplicación se funda en pensar el derecho como una realidad objetiva que existe autónomamente de las prácticas cognoscitivas, aplicativas e interpretativas.<sup>24</sup> Esto se basa a su vez en una confusión semántica y, más radicalmente, en otra epistemológica. La primera consiste en considerar el lenguaje descriptivo como categoría semántica central,<sup>25</sup> y la segunda en pensar que los datos objeto de este lenguaje pertenecen a un ámbito de la realidad independiente del modo de descripción empleado y de la descripción misma.<sup>26</sup> De ahí que se piense en la descripción como un acercamiento neutral a la realidad existente.

Para evitar estos defectos, se ha propuesto una corrección del ILP que pasa por su combinación con una propuesta constructivista. Ésta implicaría, por una parte, abandonar el objetivismo, es decir, la idea de que el lenguaje en que se expresa el conocimiento es reconducible al modelo de la descripción pura como si fuese posible formular afirmaciones que respeten fielmente particulares porciones de realidad. En su lugar, habría de admitir que el lenguaje cognoscitivo tiene siempre una función constitutiva respecto del campo de experiencia con el que trata, en el sentido de que estructura y organiza dicho campo reconstruyéndolo y “recortándolo” según las coordenadas (lingüísticas) dictadas por las categorías y los criterios de clasificación incorporados al esquema conceptual dentro del que se mueve.<sup>27</sup> Por otra parte, el ILP debería desechar como radicalmente incoherente la idea de una *realidad en sí* (tal y como la concibe el

<sup>21</sup> *Ibidem*, pp. 66-68.

<sup>22</sup> *Ibidem*, pp. 67 y 68.

<sup>23</sup> *Ibidem*, pp. 69 y 70.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 71.

<sup>25</sup> *Ibidem*, pp. 71 y 72.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 72.

<sup>27</sup> *Ibidem*, pp. 73 y 74.

*realismo metafísico*) en el sentido de una realidad que se ofrece a nuestros intentos de conocerla como una realidad ya dada, independiente de nuestra intervención cognoscitiva, de su estructuración y etiquetado en objetos, géneros, clases, etc.<sup>28</sup> Desde el punto de vista cognoscitivo, en cambio, la única realidad con la que nos encontramos es una *realidad para nosotros*, en el sentido de una realidad que constituye el resultado, siempre revisable, de nuestros intentos de reconstruirla a partir de los esquemas conceptuales (potencialmente plurales) disponibles dentro de un determinado contexto cultural.<sup>29</sup>

La adscripción a esta posición constructivista tiene consecuencias inmediatas, según sus defensores. En primer lugar, provoca un *cambio en la noción de positividad del derecho*. Al rechazarse radicalmente la aproximación objetivista, la positividad deja de considerarse un dato, para verse como el resultado de un proceso, esto es, como una propiedad que el derecho no adquiere de una vez, mediante un solo comportamiento o una sola decisión, sino como resultado de una práctica compleja, en la que el derecho es colectivamente usado, de modos diversos, por los diversos tipos de participantes en la comunidad jurídica. Ello no implica negar la importancia del momento inicial de creación del derecho, pero éste ya no puede considerarse lo único decisivo. La existencia del derecho positivo es, pues, el fruto colectivo de una práctica social, no sólo de concretas decisiones adoptadas por algunos sujetos.<sup>30</sup>

En segundo lugar, el constructivismo aboca a una *flexibilización de la frontera entre teoría del derecho y teoría de la aplicación*. Desde el momento en que se concibe el derecho como una práctica social, la teoría de la interpretación/aplicación no puede ser separada de la teoría del derecho, por la simple razón de que los procesos interpretativos y aplicativos son elementos constitutivos de la existencia del derecho positivo y, por tanto, entran plenamente en el ámbito de la teoría del derecho.<sup>31</sup> Lo mismo puede afirmarse respecto de la incorporación de contenidos morales, ya sea formando parte de una norma explícita, ya de modo implícito, pues dicha entrada no se realiza tampoco “de una sola vez”, mediante actos o decisiones concretos, sino mediante un flujo continuo de complejas prácticas de carácter productivo, interpretativo y aplicativo que van

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 74.

<sup>29</sup> *Ibidem*, pp. 74 y 75.

<sup>30</sup> *Ibidem*, pp. 75 y 76.

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 76.

especificando progresivamente tales contenidos.<sup>32</sup> En este sentido, la teoría de la interpretación debe ayudar

a distinguir los casos en que tales contenidos morales se introducen en el derecho como resultado de procesos cognoscitivos, de carácter objetivo (en un sentido *procedimental* de *objetividad*)... mediante los cuales los jueces y estudiosos se esfuerzan por dar cuenta de —y explicitar e integrar— el derecho preexistente bajo el perfil ético, sin por ello producir fracturas en la “cadena del derecho” (parafraseando a Dworkin); y los casos en que, por el contrario, los contenidos morales penetran en el derecho como fruto de estrategias creativas *fuertes* adoptadas por juristas y estudiosos, estrategias que implican la entrada en el derecho positivo de elementos que no son ni coherentes ni congruentes con el derecho preexistente (siempre en su mejor interpretación, obviamente). En esta última serie de casos el positivismo jurídico, también en la versión representada por el ILP revisado en clave constructivista, tiene toda la razón para mantener firme su postulado conceptual relativo a la distinción entre “derecho que es” y “derecho como debería ser”, y por tanto para considerar este último tipo de relaciones entre “derecho” y “moral” como fruto de una —ésta sí perniciosa— confusión entre elementos que deben ser separados.<sup>33</sup>

En tercer lugar, la posición constructivista permitiría también *superar la alternativa entre realismo fuerte y relativismo fuerte*, es decir, la trampa tendida por Dworkin a Hart.<sup>34</sup> Según la presentación del ILP efectuada por Villa, la tesis incorporacionista, según la cual la norma de reconocimiento puede asumir criterios de naturaleza ética, no aboca a un objetivismo moral fuerte, como afirma Dworkin y parece aceptar resignadamente Hart.<sup>35</sup> Y ello porque, a su juicio, cabe una objetividad más débil que nos salva a la vez del relativismo y de los hechos morales, cuya ontología subyacente resulta, cuando menos, misteriosa. La propuesta constructivista cree ofrecer, en este sentido, el punto medio, al pasar de una objetividad metafísica a una objetividad epistémica, que no es ya el resultado positivo de la confrontación entre el discurso y ciertos hechos, sino la consecuencia de haber adoptado técnicas y procedimien-

<sup>32</sup> *Ibidem*, pp. 76 y 77.

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 77.

<sup>34</sup> *Ibidem*, pp. 81-85.

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 85. *Cfr.*, asimismo, Dworkin, R., *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, pp. 349 y ss.; Hart, H. L. A., “Postscript”, *op. cit.*, nota 1, pp. 253 y 254.



tos argumentativos correctos y apropiados.<sup>36</sup> De nuevo desempeña aquí un papel decisivo la teoría de la interpretación jurídica, papel que consiste en aclarar a través de qué modalidades de tipo “objetivo” es posible introducir (mediante las variadas actividades conectadas con la individualización de la validez y la determinación del significado de las normas jurídicas) contenidos morales en un sistema jurídico, sin por ello entrar en una comparación con “un mundo de hechos morales” y sin considerar tampoco que tal actividad comporte una creación *ex novo* de principios ético-jurídicos, fruto de la conciencia moral de los operadores y de quienes elaboran la dogmática.<sup>37</sup> Ahora bien, ha de tratarse de una teoría de la interpretación internamente articulada con la teoría del derecho, no totalmente independiente de ella.<sup>38</sup>

Por último, el constructivismo posibilita también la *superación de la identidad entre lenguaje descriptivo y análisis avalorativo*. La base epistemológica sobre la cual se construye esa especie de identificación entre “discursos descriptivos” y “discursos avalorativos” viene dada por la concepción semántica descriptivista del lenguaje informativo, y por sus presupuestos epistemológicos de tipo realista. Sólo desde tales presupuestos cabe sostener que los discursos informativos implican necesariamente la abstención de cualquier tipo de juicios de valor. Sin embargo, si se abandonan estos presupuestos en favor de una concepción constructivista, “la conexión entre “informativo” y “avalorativo” se revela como lo que verdaderamente es: no como una ligazón conceptual necesaria, sino como una posible concepción del lenguaje informativo —por otro lado, radicalmente inadecuada— a la que se pueden oponer otras, de las cuales algunas —como la constructivista— pueden perfectamente admitir la presencia de compromisos valorativos en el interior de tal tipo de lenguaje”.<sup>39</sup> El ILP, revisado en perspectiva constructivista, “debe abandonar la concepción descriptivista del lenguaje jurídico informativo, y reconocer la presencia, en ciertas condiciones que habrá que especificar, de juicios de valor en el interior de ese tipo de discurso”.<sup>40</sup> En este sentido, un científico del derecho positivista podría mantenerse legítimamente en un punto de vista externo moderado y encontrarse aún en condiciones

<sup>36</sup> Cfr. Villa, V., *op. cit.*, nota 7, pp. 87 y 88.

<sup>37</sup> *Ibidem*, pp. 88 y 89.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 89.

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 94.

<sup>40</sup> *Idem*.

de explicar los juicios de valor. Esto se funda en dos presupuestos, uno epistemológico general, y otro relativo al ámbito particular del lenguaje valorativo. El primero apunta a abandonar el principio de neutralidad valorativa como principio-guía del conocimiento, lo cual remueve la prohibición de introducir juicios de valor en el interior del conocimiento.<sup>41</sup> El segundo es la necesidad inevitable de formular juicios de valor si nos situamos en la perspectiva de los discursos acerca de contenidos valorativos, pues “la exigencia, para el estudioso, de interpretar esos contenidos valorativos, de elaborar una determinada concepción (entre las varias disponibles), de enlazarlos con otros contenidos valorativos presentes en el sistema, de establecer prioridad y jerarquía entre ellos (una vez interpretados), etcétera, exige la intervención de apreciaciones valorativas ulteriores (de segundo orden)”.<sup>42</sup>

### III. ALGUNAS INCONSISTENCIAS EN EL PLANTEAMIENTO EXPUESTO

Hasta aquí la exposición de las principales ideas del ILP, que he efectuado de la mano del profesor Villa. Corresponde ahora formular, en apretada síntesis, algunas referencias a lo que considero tesis inconsistentes en esta doctrina.

Ante todo, conviene llamar la atención sobre un punto importante, a saber, que en gran medida, la propuesta del ILP está guiada por el propósito de hacer compatible el positivismo jurídico con el constitucionalismo contemporáneo.<sup>43</sup> Y que tal propósito se alcanza redefiniendo primero el positivismo jurídico para dar cabida en él al ILP, lo cual supone en buena medida una concesión a los críticos del positivismo; y volviendo a redefinir después el ILP, para ponerlo a salvo de las objeciones que todavía pueden formularse contra él. El pensamiento jurídico de corte positivista ha sido objeto de múltiples críticas a lo largo del siglo XX, frente a las cuales ha reaccionado generalmente siguiendo una estrategia de repliegue o descarga de lastre, consistente en excluir del catálogo de las

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 95.

<sup>42</sup> *Idem*.

<sup>43</sup> Análogamente, *cf.* Prieto Sanchís, L., *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara, 1997; García Figueroa, A., *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998; y Sastre Ariza, S., *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*, Madrid, McGraw-Hill, 1999.

opiniones teóricas positivistas a aquellas que no resulta posible defender ya —como la tesis de la obediencia o positivismo ideológico, la jurisprudencia mecánica, las tesis clásicas sobre la plenitud y coherencia del ordenamiento jurídico, la tesis legalista (ley como fuente única o primaria de calificación jurídica), la teoría imperativista de la norma jurídica, etcétera—, para reafirmar simultáneamente las que se entendía no quedaban afectadas o invalidadas por la crítica.<sup>44</sup> Ello se ha hecho, a su vez, siguiendo dos caminos diferentes: el primero pasa por apelar a un núcleo duro o esencial del positivismo jurídico, al cual no pertenecerían estas opiniones, sostenidas de hecho por autores positivistas por mera coincidencia; mientras que el segundo evita hablar de esencia del positivismo, sosteniendo que son positivistas aquellos autores que así se consideran o son considerados tales por los restantes autores positivistas.<sup>45</sup> El primero de los caminos comporta una aproximación conceptual al positivismo jurídico. Ahora bien, en mi opinión, definir la esencia del positivismo asignándole unas afirmaciones centrales sin conceder importancia alguna a lo que de hecho han defendido los autores considerados habitualmente positivistas, es decir, adoptar la definición conceptual o esencial excluyendo la perspectiva de la tradición, no deja de ser un ejercicio de arbitrariedad difícilmente justificable, pues el positivismo es una teoría o conjunto de teorías, no un objeto dado de suerte que su definición sea susceptible de corroboración empírica. La única posibilidad de corroboración estaría aquí representada por el recurso a lo sostenido por los autores positivistas, pero eso es lo que precisamente rechaza este modo de aproximarse al problema, para excluir así del positivismo las ideas no susceptibles hoy de ser defendidas. Por otra parte, considerar el positivismo como un conjunto de doctrinas heterogéneas que así se autodesignan o son designadas por otros, renunciando por completo a cualquier definición esencial, que es lo sugerido por Hart, aunque en otros momentos matiza esa postura con la referencia a las constantes históricas,<sup>46</sup> conduce

<sup>44</sup> Cfr. Orrego Sánchez, C., *H. L. A. Hart, abogado del positivismo jurídico*, Pamplona, Eunsa, 1997, pp. 385-403, 424 y 425.

<sup>45</sup> Más detalles sobre esto, en mi trabajo “Sobre las respuestas al positivismo jurídico”, *Persona y Derecho*, 37, 1997, pp. 280 y ss.

<sup>46</sup> En efecto, para este autor son diversas las doctrinas que se atribuyen o han recibido el calificativo de positivistas. Tres de ellas, a saber, la teoría imperativa, la teoría de la separación conceptual entre el derecho y la moral, y la teoría analítica descriptiva (a-valorativa) de la ciencia jurídica, constituyen la “tradición utilitarista en la jurisprudencia”.

al nominalismo y a una importante confusión originada por la equívocidad absoluta del término: serían positivistas todos los que así son considerados; pero... ¿por quién? y... ¿por qué? En definitiva, ser positivista no significaría en sentido estricto nada.

Cabe al menos un tercer enfoque del problema, que resulta de combinar ambas perspectivas. Este tercer enfoque parte de las doctrinas y autores considerados positivistas, buscando la génesis y desarrollo histórico de tales doctrinas, y tratando de delinear la relación entre ellas, de suerte que se pongan de relieve los elementos comunes, los factores que explican la evolución de unas doctrinas a otras (que pueden ser exigencias internas del propio planteamiento positivista, o la necesidad de salir al paso de críticas, corrigiendo en parte la propia posición o explicitando alguno de sus extremos), y se distingan de lo que son particularidades de un autor en concreto, las cuales pueden, en consecuencia, ser descartadas para la elaboración de un concepto de positivismo jurídico. Este tercer enfoque pasaría, pues, de la multiplicidad de las doctrinas a la elaboración de un concepto no arbitrario del positivismo jurídico, el cual se presentaría en esta perspectiva como una *tradicción* (es decir, como una corriente de pensamiento dotada de cierta unidad orgánica en cuanto a su propósito, al punto de vista, o a ciertas opiniones) poseedora a la vez de señas ciertas de identidad y de existencia dinámica y viva, albergando en su seno posiciones diferentes, en ocasiones encontradas, entre sus seguidores. Esta aproximación me parece más correcta y más completa que las otras, en la medida en que permite referirse al positivismo respetando la variedad de las diferentes posiciones que cabe identificar en él, dando cuenta simultáneamente de los factores que condicionan la aparición de tales variantes, sin caer en la pura equívocidad, pero sin apelar a una

Ahora bien, a su juicio se trata de tesis distintas y también independientes lógicamente entre sí, y mucho más con respecto a otras de las tesis que pasan por ser positivistas, como el no-cognitivismo ético y la teoría de la aplicación lógico-mecánica de las normas, vinculada a la teoría de la plenitud lógica del ordenamiento jurídico. Ello impide hablar de una "esencia" del positivismo jurídico; lo que hay es una tradición, en la cual el elemento central es la separación conceptual entre el derecho que es y el derecho que debería ser, el análisis conceptual no valorativo y la doctrina de las fuentes sociales. *Cf.* Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, trad. de G. Carrió, México, Editora Nacional, 1961, p. 321; del mismo autor, "Legal Positivism", en Edwards, P. (ed.), *The Encyclopedia of Philosophy*, vol. 4, Nueva York-Londres, MacMillan, 1967, pp. 419 y ss; y del mismo autor, "El nuevo desafío al positivismo jurídico", *Sistema*, 36, 1980, pp. 4 y ss.

esencia conceptual del positivismo que no tiene sustentación alguna. El análisis de Bobbio sobre el positivismo se acerca a esta posición;<sup>47</sup> cuestión distinta es que lo haga de forma enteramente satisfactoria.<sup>48</sup>

La definición propuesta por el ILP es portadora, a mi juicio, de elementos analíticos que no conciben con su pretensión de eliminar la rigidez en el tratamiento de los conceptos básicos de la teoría jurídica positivista, como el de positividad. En efecto, su estrategia consiste en fijar desde el comienzo el terreno de juego, acotando con absoluta claridad los perfiles de lo que “debe” entenderse por positivismo jurídico, lo cual no puede ser más contrario a la recepción de la perspectiva hermenéutica que trata de aceptar —no lográndolo a mi juicio de manera completa— que es precisamente la que postula la superación del objetivismo, de la visión estrecha de la positividad, de las fronteras rígidas entre teoría jurídica y teoría de la aplicación, y de las dicotomías insalvables entre descubrimiento y justificación, descripción y valoración, validez o existencia jurídica y contenido material del derecho. Por razones análogas, cuando no idénticas, a las que conducen a admitir que el lenguaje informativo contiene valoraciones, o que la positividad del derecho no es un dato, sino el resultado de un proceso, parece que debe admitirse el carácter dinámico, circunstanciado e histórico del pensamiento y, con él, la insalvable dificultad de ofrecer una definición conceptual de una teoría al margen de lo sostenido por quienes han sido sus principales exponentes. En este sentido, tanto una perspectiva hermenéutica de corte germánico, por ejemplo gadameriano, como el giro hermenéutico apreciable en el análisis filosófico a partir del llamado segundo Wittgenstein, que identifica significado y uso, suponen una introducción del elemento histórico-pragmático en el conocimiento que, cuando menos, choca con la pretensión de establecer una definición “conceptual” de una teoría sobre el derecho en los términos en que se hace desde el ILP, cuyo intento de definir el positivismo jurídico incurre, a mi juicio, en un error idéntico al cometido por el positivismo cuando propone su definición de “derecho”: partir de una definición en lugar de intentar llegar a ella. Por tal motivo,

<sup>47</sup> Cfr. Bobbio, N., *Il positivismo giuridico*, Turín, Giappichelli, 1979, trad. de R. de Asís y A. Greppi, *El positivismo jurídico. Lecciones de filosofía del derecho reunidas por el doctor Nello Morra*, Madrid, Debate, 1993.

<sup>48</sup> Mi posición sobre esto en Serna, P., “Sobre las respuestas...”, *op. cit.*, nota 45, pp. 291-306.

ambas definiciones exhiben una fuerte carga de artificiosidad y, correlativamente, de arbitrariedad.<sup>49</sup>

Desde la perspectiva aportada por la evolución histórica del positivismo jurídico aparece inexacto, o insuficiente, afirmar que ILP y ELP son meramente dos concepciones diferentes de un mismo concepto, porque soslaya que una de tales concepciones (el ILP) se construye en diálogo con la otra, como un intento de salvar el positivismo eludiendo los elementos que motivan la crítica dirigida contra el ELP. Ello no puede destacarse con suficiente claridad si no es adoptando el punto de vista del análisis histórico y pragmático del conocimiento, es decir, la perspectiva de la historia interna y externa del positivismo, y no el punto de vista conceptual, que presenta una imagen plana, sin relieve. Además, ese modo de construir el concepto produce un efecto falsificador del diálogo científico y filosófico, buscado o no, pues sustrae del análisis algunos elementos relevantes para la evaluación global de una doctrina y de sus “redefiniciones”, como sería el caso de lo ya apuntado: el ILP no es una propuesta nacida de la propia evolución del pensamiento positivista, ni en el debate interno entre diferentes posiciones positivistas, sino que más bien es consecuencia de la necesidad de adaptar las teorías positivistas a las contundentes críticas dirigidas desde fuera que pretenden mediante ellas estar impugnando no el “positivismo excluyente”, sino el positivismo en cuanto tal. En el caso que nos ocupa, esto resulta sumamente relevante porque permite captar el auténtico valor epistemológico de la definición “conceptual” aportada. En mi opinión, ésta no sería otra cosa que una construcción elaborada con el exclusivo fin de intentar una compatibilidad sumamente problemática entre el positivismo jurídico y algunos elementos del derecho constitucional contemporáneo, contemplado tanto desde las normas en sí mismas como desde la perspectiva dinámica, desde la perspectiva de la aplicación.<sup>50</sup>

Si tal objetivo compatibilizador se alcanza, será a fuerza de acabar llamando positivismo a algo diferente de lo que era considerado tal antes de la redefinición. Pareciera, entonces, que lo decisivo no es tanto adherirse a una teoría que se estima verdadera, sino preservar una tradición y un nombre, un apelativo que se valora por otras razones.<sup>51</sup> Ello constituye

<sup>49</sup> Para un desarrollo mayor sobre este punto, *cfr. ibidem*, pp. 296 y 297.

<sup>50</sup> Sobre la relación entre el moderno constitucionalismo y la crisis del positivismo jurídico, *cfr.*, por ejemplo, Zagrebelski, G., *El derecho dúctil*, *cit.*, nota 18, pp. 116-119.

<sup>51</sup> *Cfr.* Orrego, C., *op. cit.*, nota 44.

un punto de reflexión significativo, pero no el más relevante. En mi opinión lo decisivo es que, precisamente porque esa redefinición del positivismo es artificiosa, no logra su objetivo.

La definición de positivismo jurídico propuesta por el ILP merece, además de la observación general que se acaba de exponer, las siguientes críticas. En primer lugar, pretende ser conceptual, pero no se hace referencia a cómo se forma dicho concepto, que queda en consecuencia desprovisto de justificación. Se trata, pues, de una definición meramente estipulativa, que no es el resultado o punto de llegada de análisis o investigación alguna, sino de una decisión puramente discrecional y, al ser tal, se puede situar en el inicio del discurso. En segundo lugar, pretende ser conceptual integrando dos elementos, las denominadas tesis ontológica y epistemológica, cuya relación se afirma que no es de índole conceptual. En ese caso, ¿por qué integran ambos una misma definición conceptual? ¿Qué es lo que une en un concepto único dos posiciones que no guardan entre sí relación conceptual alguna? La única respuesta posible es la que mira a los hechos, a las coordenadas constantes de la tradición positivista, pero entonces habría que aceptar dos conclusiones. Primera, habríamos abandonado ya el plano de la definición conceptual. Segunda, quedaría fuertemente cuestionada la rectificación que la versión del ILP antes expuesta introduce sobre algunas tesis, en particular sobre la tesis epistemológica. En efecto, acerca de la tesis epistemológica del positivismo realiza tal versión dos afirmaciones. En primer lugar, que dicha tesis sostiene que describir y valorar un orden jurídico son dos operaciones diferentes. En segundo lugar, puntualiza que dicha tesis no debe ser identificada con la doctrina de la descripción avalorativa, sostenida por algunos autores positivistas. Pero ello no puede afirmarse desde las coordenadas de la tradición positivista, que en este punto es sencillamente unánime desde Bentham. Más aún, desde el pensamiento de este último autor el sentido que tiene distinguir entre descripción y valoración es precisamente asignar a la ciencia del derecho una tarea de descripción. Si la descripción puede legítimamente contener valoraciones, como acaba sosteniendo la versión del ILP analizada, ¿cuál podría ser el sentido de la distinción? En Bentham la tesis metodológica consiste precisamente en la distinción entre un derecho que es y un derecho que debería ser, para propugnar como tarea de la ciencia jurídica la descripción del derecho que es, reservando las valoraciones para la cien-

cia de la legislación.<sup>52</sup> Omitir este dato aportado por la perspectiva histórica conduce al sinsentido de afirmar que una cosa es describir y otra valorar, pero que las descripciones pueden contener valoraciones y, por tanto, el análisis a-valorativo debe separarse cuidadosamente de la primera afirmación, que sería la verdaderamente integrante del positivismo jurídico. La posición del positivismo jurídico clásico, llamado ELP en este contexto, que distingue netamente entre descripción y valoración, y propugna una ciencia jurídica a-valorativa, puede o no ser compartida, pero tiene sentido; más difícil me parece encontrar sentido en la afirmación de la diferencia entre describir y valorar, para acabar admitiendo un discurso informativo sobre el derecho que contenga y sea fruto de valoraciones. Y para deshacer el sinsentido pienso que no basta el recurso a juegos de palabras, como el consistente en sustituir “descripción” o “lenguaje descriptivo” por “información” o “discurso informativo”, como hace Villa. En último extremo, si el positivismo afirma que una cosa es describir y otra valorar o tomar partido, y ésta es una de las opiniones que integran su definición conceptual, ¿cómo puede reconocerse como positivista una doctrina como el ILP reformulado en clave constructivista, que acaba propugnando “abandonar la concepción descriptivista del lenguaje jurídico informativo, y reconocer la presencia, en ciertas condiciones que habrá que especificar, de juicios de valor en el interior de ese tipo de discurso”? En este planteamiento, quien acepta el ILP afirma, en tanto que positivista, que describir y valorar son cosas distintas, y en tanto que seguidor del ILP, que debe abandonarse la concepción descriptivista y avalorativa del lenguaje. ¿Qué alcance real posee en tal discurso la primera de las afirmaciones? A mi juicio, casi ninguno, porque se reduce a distinguir la descripción del rechazo, aprobación o crítica del ordenamiento, pero admitiendo a la vez la posibilidad de en el interior del discurso acerca de un orden jurídico se emitan juicios valorativos. Limitarse a decir que describir un orden jurídico es tarea diferente a tomar parti-

<sup>52</sup> Cfr. Bentham, J., “A Fragment on Government”, *A Comment on the Commentaries and A Fragment on Government*, Hart, H. L. A y Burns, J. (eds.), Londres, Athlone Press, 1977., 397-416; *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Hart, H. L. A; Burns, J. y Rosen, F. (eds.), Oxford, Oxford University Press, 1996, pp. 293-300. Cuestión distinta es que esa separación está a su vez guiada por un propósito práctico, lejos de ser una propuesta consistente en la descripción por la descripción. Cfr. Cruz, L. M., *Derecho y expectativa. Una interpretación de la teoría jurídica de J. Bentham*, Pamplona, Eunsa, 2000, capítulo 6.



do respecto de él, pero que la ciencia jurídica puede ser valorativa, es efectuar una afirmación tan leve que no sirve para identificar ninguna posición teórica, ya que puede ser sostenido por cualquiera, excepto, paradójicamente, por el positivismo más ortodoxo o, si se prefiere, más coherente. Quien se adhiere a la segunda de las tesis sólo puede seguir siendo positivista en sentido metodológico si esto no tiene ninguna consecuencia metodológica, pues la propuesta metodológica del ILP es precisamente rechazar la concepción descriptivista del lenguaje. La redefinición del positivismo no alcanza, pues, el objetivo pretendido porque sigue siendo incompatible con el ILP, es decir, con lo que el ILP se ve forzado a aceptar.

Algo semejante podría decirse respecto de algunos de los elementos de la tesis ontológica, que afirma la positividad como rasgo identificador del derecho. Frente a la visión del positivismo clásico, el ILP acepta (en rigor, debe decirse así, mejor que “propone”) que el derecho no puede pensarse actualmente como algo dado de una vez a partir del acto creador de la norma, y que tampoco tiene mucho sentido trazar una frontera completamente nítida entre creación y aplicación-interpretación, pues el derecho acaba siendo el resultado de un proceso interpretativo múltiple, en el cual se razona tomando en cuenta criterios éticos y valorativos de diversa índole, sin que resulte posible hablar aquí ni de deducción pura ni de discrecionalidad pura, es decir, sin que se pueda considerar esa tarea como una actividad puramente lógico-deductiva, pero sin dejar simultáneamente de reconocerle un estatuto cognoscitivo, no irracional. A partir de ahí se propone la necesidad de comprender de forma distinta la positividad y de superar el objetivismo sin tener que adoptar necesariamente una posición relativista. Pero, ¿qué puede significar exactamente la positividad si se la deforma hasta hacerla compatible con los elementos que se acaban de mencionar? Nuevamente, la referencia histórica ayuda a poner un poco de orden. En Hobbes, como en Kelsen, la referencia a la justicia es expulsada de la definición del derecho no porque estos autores desconozcan el dato de que los ordenamientos jurídicos universalmente se presentan como justos, y exhiben una pretensión de corrección,<sup>53</sup> sino porque al no ser la justicia objeto de un conocimiento seguro

<sup>53</sup> La expresión es de Alexy, R., “Zur Kritik des Rechtspositivismus”, *ARSP Beiheft*, 37 1990, pp. 9-26.

(Hobbes),<sup>54</sup> o de un verdadero conocimiento (Kelsen),<sup>55</sup> resulta imposible identificar el derecho (en orden a obedecerlo, en el planteamiento de Hobbes; en orden a desarrollar una disciplina científica sobre él, en el de Kelsen) si no se prescinde del elemento moral. Por ello proponen ambos autores una definición del derecho que permita identificarlo con base en elementos fácticos. Ésa y no otra es la razón de la identificación del derecho como derecho positivo: la necesidad de excluir la referencia a la justicia, al elemento moral, ya sea con el objetivo de alcanzar un grado de obediencia suficiente para garantizar la paz social, ya para construir una ciencia jurídica pura y rigurosa. En el caso de Hobbes, la positividad del derecho se presenta como el rasgo identificador de un concepto de derecho que se propone como corolario de una filosofía política, no como un elemento tomado a partir de la observación del derecho real. En Kelsen es diferente, hay una referencia al derecho tal y como aparece en los órdenes jurídicos históricamente existentes, aunque tal referencia muestra algunos elementos, como la pretensión de justicia o de corrección, que Kelsen excluye conscientemente de su análisis por considerarlos inmanejables en términos racionales.<sup>56</sup> La positividad aparece, pues, como indisolublemente ligada a los problemas de orden epistemológico que plantea la referencia a instancias éticas. A diferencia de esta tradición, se afirma por el ILP que el derecho contemporáneo no puede ser identificado completamente con base en esos elementos de orden fáctico, sino que la tarea de identificación (examen de validez) es en algunos casos inseparable de la tarea de determinación del contenido, y que ésta última se lleva a cabo razonando desde el interior de valores morales, y que dicho razonamiento posee un valor cognoscitivo, y puede considerarse un conocimiento objetivo, si bien reformulando de nuevo la noción de objetividad. Adviértase, además, que pensar desde los valores o principios no es una tarea principalmente de deducción lógica, sino más bien un proceso de comprensión, en el sentido de la hermenéutica contemporánea, el cual no puede pensarse acabadamente desde el esquema suje-

<sup>54</sup> Cfr. Hobbes, T., “A Dialogue between a Philosopher and a Student of the Common Laws of England”, *The English Works of Thomas Hobbes*, vol. VI, Aalen, Scientia, 1966, pp. 4 y 25.

<sup>55</sup> Cfr. Kelsen, H., *Teoría pura del derecho*, 2a. ed., trad. de alemana de R. J. Verengo, México, Porrúa, 1993, § 6, c), pp. 61-63.

<sup>56</sup> Más indicaciones sobre la posición de ambos autores, en mi estudio “Sobre las respuestas...”, *op. cit.*, nota 45, pp. 299-303.

to-objeto de la teoría del conocimiento clásica.<sup>57</sup> La pregunta, entonces, en lo que respecta a nuestro tema, es ¿qué puede significar entonces esa nueva positividad? Más aún, ¿qué sentido tiene mantenerla como rasgo identificador del derecho, si los valores y criterios éticos ya no parecen ser obstáculo ni para la objetividad del conocimiento ni para la identificación de un derecho a obedecer? La admisión de que el derecho no es algo dado de una sola vez, sino el resultado de un proceso complejo de determinaciones, más que a redefinir la positividad, invita a descartarla como nota o rasgo identificador suyo, sustituyéndola por otros elementos, como la cualidad de ser un fenómeno institucional y dinámico en cuyo interior lo ético desempeña un papel.

De lo anterior se desprenden dos conclusiones: en primer lugar, que también en lo que respecta a la tesis ontológica, la redefinición propuesta por el ILP resulta difícilmente compatible en el fondo con la definición reformulada de positivismo, que sigue considerando la positividad como la cualidad central del derecho; y, en segundo lugar, que la redefinición del positivismo propuesta desdibuja la conexión entre el elemento epistemológico y la tesis ontológica, aunque esa conexión está presente en la tradición positivista.

<sup>57</sup> Cfr. Kaufmann, A., *Filosofía del derecho*, 2a. ed., trad. de L. Villar Borda y A. M. Montoya, Bogotá, Universidad del Externado, 1999, pp. 469 y 470; “Gedanken zu einer ontologischen Grundlegung der juristischen Hermeneutik”, en varios autores, *Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart. Festschrift für Helmut Coing zum. 70. Geburtstag*, vol. I, Munich, Beck, 1982, p. 542; “Sobre la argumentación circular en la determinación del derecho”, trad. de R. Rabbi-Baldi y M. E. González Dorta, *Persona y Derecho*, 29 1993/2, p. 28; “Concepción hermenéutica del método jurídico”, trad. de J. Zafrá, *Persona y Derecho*, 35, 1996/2, p. 14; y A. Ollero, *¿Tiene razón el derecho? Entre método científico y voluntad política*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1996, pp. 239-252. Más referencias a este punto, en mi estudio “Hermenéutica jurídica y relativismo. Una aproximación desde el pensamiento de Arthur Kaufmann”, *Estudios en homenaje al profesor Luis García San Miguel*, Madrid, Universidad de Alcalá de Henares, 2001.