

CAPÍTULO 4

POSITIVISMO JURÍDICO CONTEMPORÁNEO

José Juan MORESO *

SUMARIO: I. *La tesis de la incorporación: algunos casos reales, uno hipotético y una de romanos.* II. *Argumentos morales y argumentos modales.* III. *Concepciones del derecho: la conexión necesaria.* IV. *Concepciones del derecho: la conexión imposible.* V. *Concepciones del derecho: la conexión contingente.* VI. *Constitucionalismo garantista y positivismo jurídico incluyente.* VII. *La objeción de la pendiente resbaladiza.* VIII. *El convencionalismo y el positivismo jurídico incluyente.* IX. *La tesis de la incorporación y las decisiones finales.* X. *A modo de conclusión.* XI. *Bibliografía.*

I. LA TESIS DE LA INCORPORACIÓN: ALGUNOS CASOS REALES, UNO HIPOTÉTICO Y UNA DE ROMANOS

En una sentencia relativamente reciente que ha sido muy comentada, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha decidido que la presencia de crucifijos en las aulas de las escuelas públicas italianas no vulnera la libertad religiosa de los no cristianos.¹ Al parecer a la mayoría de los miembros del Tribunal les parece que el argumento de los representantes del Estado italiano según el cual “el crucifijo simboliza los principios y valores que fundan la democracia y la civilización occidental, quedando justificada su presencia en las aulas a dicho título” es convincente. No son relevantes ahora los aspectos técnico-jurídicos del caso: los artículos de sendos decretos italianos del tiempo de Mussolini que establecían el deber de la presencia de los crucifijos, los recursos presentados por la señora Lautsi en Italia, ni los fundamentos Gran Sala del Tribunal acoger la posición del recurso de Italia revocando la decisión anteriormente tomada en el año 2009. Lo rele-

* Catedrático de Filosofía del Derecho, Universidad Pompeu Fabra.

¹ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Lautsi y otros v. Italia* (demanda n. 30844/06) de 18 de marzo de 2011.

vante es que parece, más allá de cuál sea la posición que consideremos adecuada, que lo que establece el Convenio Europeo de Derechos Humanos no dirime la cuestión sin embarcarnos en una elucidación de lo que presupone e implica la libertad religiosa que parece abocada al uso de la argumentación político-moral.

Es lo que ocurre con la constitucionalización y la incorporación a los Tratados internacionales de amplias declaraciones de derechos que reconocen en una formulación genérica un catálogo de derechos cuyo contenido sólo puede determinarse, según parece, mediante el recurso a la argumentación moral. Aunque no son las declaraciones de derechos el único síntoma de este mecanismo incorporacionista, dado que hay también el uso de conceptos valorativos como el de tratos inhumanos y degradantes² o el de dignidad humana, tal vez son el ámbito más relevante. Parece que no es posible atribuir contenido a estas declaraciones sin tener en cuenta los presupuestos éticos que las justifican, sin recurrir a la argumentación moral.

Veamos algunos otros ejemplos: el primero hipotético, los tres siguientes de la jurisprudencia constitucional de algunos países contemporáneos y un supuesto del Derecho romano.

Consideremos el siguiente caso hipotético. En la novela de Philip Kerr, *Una investigación filosófica*,³ se describe el Londres de 2013 como una ciudad insegura, con un alto grado de delincuencia. Entre las medidas que se toman para reducirla, se encuentra la imposición de un nuevo tipo de pena: dado que la ciencia médica ha conseguido inducir y revertir el estado de coma en los humanos, se sustituye la pena de prisión por el denominado *coma punitivo*. De este modo, a los condenados a dicha pena se les induce el coma por el tiempo de la condena y son confinados en una especie de hospitales en donde, como es obvio, no hay peligro de fugas ni de motines, sólo hay que conservarlos con alimentación y respiración asistida. Por otro lado,

² Al que me refería, por ejemplo, en Moreso, Jose Juan, “La ciudadela de la moral en la corte de los juristas”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. 28, 2012, pp. 119-140.

³ Kerr, Philip, *A Philosophical Investigation*, London, Chatto & Windus, 1992. traducida al castellano por M. Bach como *Una investigación filosófica*, Barcelona, Anagrama, 1996. Creo que escuché relacionar este ejemplo literario, por primera vez, con la cuestión de la incorporación de la moralidad al derecho a Juan Carlos Bayón en una conferencia en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en el invierno austral de 1996 y lo he usado ya en diversas ocasiones anteriormente “La lectura moral del Derecho” (Recensión de Ronald Dworkin, *La justicia con toga*), *Revista de Libros*, vol. 142, 2008, pp. 11-14; *La Constitución: modelo para armar*, Madrid, Marcial Pons, 2009, p. 33, y, en “La ciudadela de la moral en la corte de los juristas” *op. cit.*, en donde comenzaba con estos cinco casos precisamente.

el artículo 5 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1948 establece que nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Si el coma punitivo se estableciera como castigo para diversos delitos en determinada jurisdicción sujeta al texto internacional, ¿sería, entonces, esta pena una medida conforme con la Declaración universal de los derechos humanos? O, dicho en otros términos: ¿depende la verdad de la proposición según la cual el coma punitivo es (o no es) conforme con la Declaración Universal de la corrección moral de dicha medida?, ¿cómo debe determinarse si el coma punitivo es o no un trato cruel, inhumano o degradante?

A continuación, veamos un caso real. La Constitución española, en el primer enunciado de su artículo 15, establece lo siguiente: “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”. Pues bien, el Tribunal Constitucional Español se refirió a ello,⁴ (en una jurisprudencia que después ha continuado más o menos invariable) para determinar si la sanción de aislamiento en celda prevista en la Ley general penitenciaria (y en el reglamento que la desarrolla), entonces en vigor, constituían tratos inhumanos o degradantes. La respuesta del Tribunal es negativa con el argumento de que, si bien la reclusión en *celdas negras* privando a la persona de cualquier contacto con el exterior sería claramente un trato degradante, las condiciones que la legislación penitenciaria exige (duración, condiciones de alimentación y habitabilidad fundamentalmente) la hacen compatible con la dignidad de los sancionados.

Por otro lado, la enmienda octava de la Constitución de los Estados Unidos (casi idéntica a la formulación del Bill of Rights inglés de 1689) establece: “Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted”. Aunque la Corte Suprema de los Estados Unidos considera que la pena de muerte es “una sanción extrema” no considera que sea “inherentemente cruel”.⁵ Sin embargo, la Corte ha considerado recientemente que la ejecución de delincuentes con determinado grado de retraso mental vulnera la enmienda octava porque es un castigo cruel e inusitado.⁶ Y en el mes de agosto de 2012 la polémica

⁴ En la STC 2/1987, de 21 de enero.

⁵ *Gregg v. Georgia* 428 U.S. 153, 96 S. Ct. 2909, 49 L. Ed. 2d 859 [1976].

⁶ *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304, 122 S. Ct. 2242, 153 L. Ed. 2d 335 (2002). *Atkins* anula la decisión contraria establecida sólo trece años antes en *Penry v. Lynaugh*, 492 U.S. 302, 109 S.Ct. 2934, 106 L. Ed. 2d 256 (1989).

resurgió al autorizar la Corte Suprema la ejecución del ciudadano de Texas Marvin Wilson, que presentaba indicios probados de retraso mental.⁷

El 19 de agosto de 1996 en un municipio de la comunidad indígena colombiana de los paeces fue asesinado su alcalde. Los representantes de los cabildos indígenas decidieron la detención de Francisco Gembuel acusado de haber propiciado el homicidio del alcalde al haberlo señalado como blanco propicio a la guerrilla. Juzgado por la Asamblea de acuerdo con las normas indígenas fue castigado a sesenta fuetazos (el fuede es un castigo consistente en golpear con una especie de bastón la parte inferior de las piernas), expulsión, y pérdida del derecho a elegir y ser elegido para cargos públicos y comunitarios. El artículo 12 de la Constitución colombiana establece también que “nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”, con lo que el condenado recurrió la decisión que llegó a la Corte Constitucional colombiana. En la sentencia del alto tribunal colombiano,⁸ la Corte no concede el amparo al recurrente, con dos argumentos básicamente: por un lado, no considera la sanción excesivamente penosa; por otro, considera que tiene una función simbólica en la comunidad indígena y que, en dicho contexto, no se trata de una sanción ni degradante ni humillante.

Nadie pondrá en duda, sin embargo, que la sanción que el derecho romano —la *Lex Pompeia*— establecía para el parricidio, la *poena cullei*, consistente en encerrar al condenado en un saco junto con un perro, un gallo, una serpiente y un mono y arrojarlo a las aguas del mar o del río más cercano; sea una pena cruel. Es más, precisamente por ser cruel los romanos pensaban que era una pena merecida para un delito tan atroz. Como nos recuerda Max Radin cuando se produjo el crack financiero de 1720, debido a una burbuja especulativa generada por la Compañía Inglesa de los Mares del Sur,

un miembro apasionado del Parlamento británico apeló a la aplicación de la *Lex Pompeia* para los parricidas a aquellos que han estafado a la nación. Del mismo modo que los romanos, argumentaba, enfrentados a un tan monstruoso e inusitado delito, idearon un castigo así de monstruoso e inusitado, del mismo modo invitaba a los británi-

⁷ Véase el reciente y lúcido análisis sobre la enmienda de John Perry, en “Textualism and the Discovery of Rights”, en Marmor, Andrei y Soames, Scott (eds.), *Philosophical Foundations of Language in the Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 105-129.

⁸ Sentencia T-523/97, de 15 de octubre. Estoy agradecido a Oscar Pérez de la Fuente que amablemente me hizo acceder al conocimiento de este interesante caso.

cos a colocar a los directores de la Compañía de los Mares del Sur en sacos con un perro, un gallo, una serpiente y un mono en cada uno y arrojarlos al Támesis.⁹

Olvidemos ahora, por un momento y no del todo, las crisis económicas generadas por burbujas especulativas y atendamos al argumento del parlamentario británico: la pena del saco es una pena cruel y por eso se impone para castigar comportamientos especialmente graves.

Lo que hacen las declaraciones de derechos humanos contemporáneas, no obstante, es comprometerse a no aplicar este tipo de sanciones. Ahora bien, ¿qué es lo que hace la pena del saco cruel, y no –en el caso que los Tribunales a los que me he referido tengan razón– el fuste, el aislamiento en celda o la pena de muerte? Parece que nuestros textos jurídicos, los textos constitucionales, los legales, los precedentes judiciales, usan en ocasiones conceptos y argumentos morales.

Esto permite formular del siguiente modo lo que denominaré *la tesis de la incorporación* (TI):

(TI) Cuando las fuentes del derecho (la Constitución y las leyes, por ejemplo) incluyen conceptos y consideraciones morales, lo que el Derecho establece ha de ser identificado mediante el uso de la argumentación moral.

En este artículo trataré de mostrar la plausibilidad de la tesis de la incorporación y la implausibilidad de las concepciones que la rechazan. Para ello, en la primera parte (secciones II-V), de trazaré un mapa de las posiciones posibles acerca de las relaciones entre la identificación del derecho y el uso de la argumentación moral. En la segunda parte (secciones VI-IX), argüiré a favor de TI y trataré de mostrar que está en buenas condiciones para replicar a las objeciones que se le formulan.

II. ARGUMENTOS MORALES Y ARGUMENTOS MODALES

La TI evoca la perdurable cuestión de las relaciones entre el derecho y la moral. La evoca, como ahora somos más conscientes, desde uno de sus prismas posibles. Nada dice acerca de si, en último término, la justificación

⁹ Radin, Max, “The *Lex Pompeia* and the *Poena Cullei*”, *Journal of Roman Studies*, vol. 10, 1920, pp. 119-130.

de las acciones, por ejemplo de los jueces, debe ser moral o de si la existencia del derecho instancia, de modo necesario, algún valor moral.¹⁰

Establece una relación entre la identificación del derecho y la argumentación moral.¹¹ En realidad, las relaciones desde el punto de vista de la modalidad pueden ser sólo de tres tipos: o bien son necesarias, o bien son imposibles o bien son contingentes. Ello cubre todo el espacio lógico modal. De acuerdo con estas ideas y representando como es usual los operadores modales:¹²

◇: “Posible”,
□: “Necesario”

y tomando los predicados “J” como “jurídico” y M como “identificado mediante la argumentación moral”, podemos representar la tesis de acuerdo con la cual lo jurídico ha de identificarse necesariamente mediante argumentos morales como sigue:

$$\forall x \square (Jx \rightarrow Mx),$$

que es equivalente a¹³

$$\square \forall x (Jx \rightarrow Mx).$$

¹⁰ Muchos autores han insistido convincentemente en que en alguno de estos sentidos la relación entre el derecho y la moral es necesaria. Véase por ejemplo Alexy, Robert, “On Necessary Relations Between Law and Morality”, *Ratio Juris*, vol. 2, 1988, pp. 167-189; Garzón Valdés, Ernesto, “Algo más acerca de la relación entre Derecho y moral”, *Doxa*, vol. 8, 1990, pp. 111-130; Nino, Carlos Santiago, *Derecho, moral y política*, Barcelona, Ariel, 1994; Gardner, John, “Legal Positivism: 5 1/2 Myths”, *American Journal of Jurisprudence*, vol. 46, 2001, pp. 199-226; Raz, Joseph, “Incorporation by Law”, *Legal Theory*, vol. 10, 2004, pp. 1-17.

¹¹ Véase, además, DERECHO Y MORAL.

¹² Se trata de un argumento que presenté en “Legal Defeasibility and the Connection between Law and Morality” (en Ferrer Beltrán, Jordi y Ratti, Giovanni, (eds.), *The Logic of Legal Requirements. Essays on Defeasibility*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 225-237), desarrollando y ampliando una distinción de Coleman entre dos modos de entender la tesis de la separación entre el derecho y la moral, la negación interna y la negación externa de la tesis de la conexión necesaria (Coleman, Jules, “Second Thoughts and Other First Impressions” in Brian Bix (ed.), *Analyzing Law. New Essays in Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1998, p. 265), beneficiándome de tres tesis de la identificación del derecho trazadas por Kramer en su discusión con Dyzenhaus (Vease, Kramer, Mathew, “Dogmas and Distortions: Legal Positivism Defended. A Reply to David Dyzenhaus”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 21, 2001, pp. 673-701 y Dyzenhaus, David, “Positivism’s Stagnant Research Programme”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 20, 2000, pp. 703-722)

¹³ Lo es, en lógica modal, por la denominada “fórmula de Barcan”, véase, Hughes, G.E. y Cresswell, M.J., *A New Introduction to Modal Logic*, London: Routledge, 1996, p. 244.

La interna negación de la anterior fórmula que dice que nunca puede ser el caso que la identificación del derecho dependa de argumentos morales, es decir que dicha relación es *imposible*, puede ser representada así:

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

Ahora bien, la negación externa de la tesis de la conexión necesaria puede ser representada del siguiente modo:

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

una expresión lógicamente equivalente a

$$\Diamond \exists x (Lx \wedge \neg Mx),$$

es decir, es posible que la identificación del derecho no dependa de la moralidad. Por otra parte, la idea de la tesis de la incorporación, la idea de TI, es precisamente que algunas veces aquello que el derecho establece puede depender de los argumentos morales. Es decir:

$$\Diamond \exists x (Lx \wedge Mx),$$

y la conjunción de estas dos últimas expresiones lógicas equivale a la afirmación de que la dependencia de argumentos morales de la identificación del derecho es *contingente* y, por lo tanto, es compatible con sistemas jurídicos cuyas fuentes remitan a la moralidad y con sistemas que no realicen dicha remisión.

III. CONCEPCIONES DEL DERECHO: LA CONEXIÓN NECESARIA

Algunos autores han insistido en los últimos años¹⁴ en que no hay un solo concepto de Derecho sino que el término “Derecho” designa una familia de conceptos y cuál va a resultar el privilegiado en un determinado contexto depende de nuestros intereses teóricos y prácticos. Podemos conceder este extremo y señalar que aquí estamos interesados en aquel concepto de derecho de un país, de un sector determinado de la vida social, del derecho internacional, que se vincula con aquello que es obligatorio, prohibido o facultativo para sus destinatarios frente a determinadas acciones. Aquel

¹⁴ Por ejemplo, Carlos Nino en *Derecho, moral y política, op. cit.*, y, Ronald Dworkin en *Justice in Robes* Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2006.

concepto relacionado con los valores de verdad de nuestras proposiciones jurídicas referidas a aquello qué debemos, no debemos o podemos elegir hacer *jurídicamente*. Nos interesa este concepto porque nos interesa averiguar si entre las condiciones de verdad de nuestras proposiciones jurídicas se halla o no la adecuación a determinadas argumentaciones morales.

Para la concepción que sostiene que necesariamente la IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO depende del recurso a la argumentación moral la respuesta es clara. El valor de verdad de todas nuestras proposiciones jurídicas depende de que no sean inconsistentes con la moralidad. Este parece ser el punto de vista del iusnaturalismo clásico, de Agustín de Hipona y Tomás de Aquino: las leyes injustas (contrarias a la moralidad) son jurídicamente *inválidas*.¹⁵ Es más controvertido si este es el punto de vista de los que se declaran antipositivistas en estos días (si es el punto de vista de Alexy, Dworkin, o Atienza y Ruiz Manero y Atria entre nosotros¹⁶). Tomemos el caso del más persistente crítico del positivismo jurídico: Ronald Dworkin.

Una de las críticas más fundamentales de Dworkin al positivismo jurídico (desde *Law's Empire*¹⁷) reside en que dicha doctrina deja por explicar las discrepancias que se producen entre los juristas: “los juristas discrepan a menudo acerca de lo que el derecho es en alguna materia, aunque están de acuerdo acerca de todos los hechos históricos que los positivistas citan y que, según su punto de vista, agotan las condiciones de verdad de las proposiciones jurídicas (*propositions of law*)”¹⁸. Es más, arguyendo contra la defensa de Jules Coleman del positivismo incluyente (al que después me referiré), Dworkin sostiene que el argumento de Coleman presupone que los jueces en los Estados Unidos están de acuerdo en que la validez de algunas

¹⁵ Agustín de Hipona lo decía así: “*Nam lex mihi esse non videtur, quae iusta non fuerit*” *De libero arbitrio* I, v 11 disponible online en http://www.augustinus.it/latino/libero_arbitrio/index2.htm y Tomás de Aquino: “Si vero in aliquo, a lege naturali discordet, iam non erit lex sed legis corruptio” (*Summa Theologiae* I-II q. 95 a. 2 c, disponible online en: <http://www.corpusthomicum.org/sth1001.html>). Véase, IUSNATURALISMO TRADICIONAL.

¹⁶ Alexy, Robert, *Begriff und Geltung des Rechts*, Freiburg/München, Verlag Alber, 1999; Dworkin, “Justice in Robes”, cit., y *Justice for Hedgehogs*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2011; Atienza, Manuel, y Ruiz Manero, Juan, “Dejemos atrás el positivismo jurídico”, *Isonomía*, vol. 27, 2007, pp. 7-28; Atria, Fernando. *Law and Legal Reasoning*, Oxford: Hart Publishing, 2002, y, “Sobre las lagunas” en Atria, Fernando, *et al*, *Lagunas en el Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2005. Véase, ANTIPOSITIVISMO.

¹⁷ Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1986.

¹⁸ Dworkin, *Justice in Robes*, *op. cit.*, p. 233.

de las leyes depende de su corrección moral, dado que así lo exigen las disposiciones constitucionales, pero añade:

Esto ciertamente no es verdad. Por el contrario, la proposición que la cláusula de la igual protección hace el derecho dependiente de la moralidad es también profundamente controvertida. Muchos juristas, incluidos algunos de los jueces del Tribunal Supremo, insisten en que es verdadera, mientras otros, incluidos otros jueces del Tribunal Supremo, la rechazan duramente. Muchos de ellos insisten en que la cláusula hace que la ley dependa de hechos históricos acerca de lo que los *framers* consideraban injusto, o de lo que los americanos en general juzgan injusto, o algo similar¹⁹.

Me parece, dicho incidentalmente, que se trata de un argumento convincente. Si la existencia del derecho es un fenómeno convencional (como quiere el positivismo hartiano), entonces deberán existir convenciones ampliamente compartidas que permitan la identificación del derecho. Sin embargo, estas convenciones parecen ser desafiadas por las diversas concepciones de lo que el derecho requiere en una sociedad.²⁰

Sin embargo, el positivista incluyente todavía puede replicar con el argumento de que las discrepancias entre los juristas responden, en realidad, a un modo diverso de apelar a un presunto fundamento común. Las diversas concepciones acerca de la incorporación de la moralidad (y también las que niegan dicha incorporación) en el derecho responden, creo, a este factor.

En este sentido el positivismo incluyente y Dworkin transitan la misma vía. Recientemente Dworkin²¹ ha insistido en este punto de vista sosteniendo que, por una parte, el derecho es una parte institucionalizada de la moralidad política,²² y por otra que su concepción del derecho como una

¹⁹ Dworkin, *Justice in Robes*, *op. cit.* p. 194.

²⁰ Un intento de contestar la crítica dworkiniana desde una posición positivista en Derecho y escéptica en moral en Leiter (Explaining Theoretical Disagreement, *University of Chicago Law Review*, vol. 76, 2001, pp. 1215-1250) consistente en afirmar que cuando los jueces y los juristas en general discrepan en los casos difíciles en realidad o bien están todos en un error generalizado (creen que discrepan genuinamente) o bien fingen discrepar. A Shapiro (The “Hart-Dworkin” Debate: A Short Guide for the Perplexed”, en A. Ripstein (ed.), *Ronald Dworkin*, Cambridge: Cambridge University Press, 2007, pp. 22-55) la crítica le parece muy importante, aunque intenta una respuesta desde el positivismo excluyente. Mi propia posición en Moreso, “Legal Positivism and Legal Disagreements”, *Ratio Juris*, vol. 22, 2009, pp. 62-73. Véase, además, TEORÍA INTERPRETATIVISTA DEL DERECHO.

²¹ Dworkin, *Justice for hedgehogs*, pp. 400-416.

²² De acuerdo con esta posición y con el espacio de la dimensión institucional del derecho, véase, Aúenza, Manuel y Ruiz-Manero, Juan, “La dimensión institucional del derecho y la justificación jurídica”, *Doxa*, vol. 24, 2001, pp. 115-130. A los autores, como a Dworkin,

práctica interpretativa es compatible (y “esto es crucial” añade) con “no denegar la distinción de las cuestiones relativas a aquello que es el derecho y a aquello que debe ser”²³ y aceptar que tiene sentido (para los jueces que creían que *The Fugitive Slave Act* era constitucional)²⁴ afirmar que dicha ley, por ejemplo, “era derecho válido aunque demasiado injusto para ser aplicado”.²⁵ En cambio, afirma que no es sostenible en el caso de la monstruosa legislación nazi: “es moralmente más adecuado denegar que estos edictos sean derecho”²⁶. Aunque, añade, tal y como se plantea tradicionalmente el venerable problema del derecho injusto se asemeja tristemente a una disputa verbal.²⁷

IV. CONCEPCIONES DEL DERECHO: LA CONEXIÓN IMPOSIBLE

En la literatura relevante la imposibilidad de la conexión se sostiene de dos modos, al menos, muy diversos entre sí. Uno procede de una posición escéptica en materia ética, con arreglo a la cual cuando el derecho remite a la moralidad, realiza una remisión vacía, una remisión *en blanco*, puesto que el objeto de la remisión es inexistente, dado que el escepticismo ético rechaza que haya razones morales objetivamente válidas, que puedan servir para determinar mediante la argumentación moral el contenido del derecho.²⁸

les parece sin embargo –por razones parcialmente similares– que su posición es mejor caracterizada como antipositivista, Atienza y Ruiz Manero, “Dejemos atrás el positivismo jurídico”, *op. cit.* Pero aquí la cuestión es la de si aceptan las consecuencias de la tesis de la conexión necesaria y parece que la respuesta es negativa.

²³ Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, *op. cit.*, p. 407.

²⁴ Dworkin no piensa así (véase, “The Law of the Slave-Catchers” en *Times Literary Supplement*, December 5, 1975 y *Justice for Hedgehogs*, p. 486 nota 12), sino que considera que la legislación de 1850, que otorgaba el derecho a los propietarios de esclavos a recuperarlos aún si habían huido a otros estados en donde la esclavitud era ilegal, era inconstitucional y el famoso caso *Dred Scott v. Sanford* 60 U.S. 393 (1856), erróneamente decidido por la Corte Suprema.

²⁵ Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, *op. cit.*, p. 411.

²⁶ Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, *op. cit.*, p. 411.

²⁷ Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, *op. cit.*, p. 412.

²⁸ Esta es la posición, por ejemplo, de Eugenio Bulygin (Véase, *El positivismo jurídico*, México, Fontamara, 2006). Tal vez eran también, al menos parcialmente, las dudas acerca de la objetividad de la moral las que condujeron a este tipo de positivismo a Kelsen (*What is Justice? Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science*, Berkeley: California University Press,

Sin embargo, existe otro modo de defender la tesis de la conexión imposible, que comporta la misma lectura estricta de la tesis de las fuentes sociales del derecho atribuible al positivismo jurídico. Se trata del modo en que la ha venido defendiendo desde hace más de treinta años Joseph Raz.²⁹ Raz no es, en absoluto, un escéptico en materia moral; al contrario, considera que hay razones y, también, hechos morales. Considera, a su vez, que es falso que todas las proposiciones morales sean controvertidas³⁰. La tesis es la siguiente:

Una teoría jurídica es aceptable sólo si sus criterios para identificar el contenido del derecho de una determinada sociedad dependen exclusivamente de un conjunto de hechos de la conducta humana descritos en términos valorativamente neutrales y aplicados sin recurrir a la argumentación moral.³¹

El argumento de Raz en defensa de esta tesis, que como puede apreciarse está en contradicción con la tesis de la incorporación, es un argumento conceptual. Dicho ahora muy resumidamente, un rasgo definitorio del derecho es que pretende AUTORIDAD y pretender autoridad comporta la capacidad de suministrar, a los destinatarios de las normas promulgadas por la autoridad, razones que desplacen las razones a favor y en contra que ellos tienen de comportarse de determinado modo. Si el derecho incorporara pautas morales, entonces no podría pretender autoridad puesto que dichas pautas son válidas para sus destinatarios con independencia de lo

1957), Ross (*On Law and Justice*, London, Stevens and Sons, 1958), Bobbio, Norberto, *Giustnaturalismo e Positivismo giuridico*, Milano, Communità, 1965 y el realismo jurídico americano (véase Leiter, Brian, “Legal Realism and Legal Positivism Reconsidered”, *Ethics*, vol. 111, 2001, pp. 278-301). A ello puede sumarse lo que podemos denominar el realismo jurídico italiano y francés. Véase respectivamente: Guastini, Riccardo, “Lo scetticismo interpretativo revisitato”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, vol. 36, 2006, pp. 227-236, y, Troper, Michel, “Une théorie réaliste de l’interprétation”, en Jouanjean, Olivier (ed.), *Dossier Théories réalistes du droit*, Strasbourg: PU de Strasbourg, 2001, pp. 51-78. Entre nosotros Escudero, Rafael, *Los calificativos del positivismo jurídico*, Madrid, Civitas, 2004. (Además, POSITIVISMO JURÍDICO, REALISMO JURÍDICO EUROPEO)

²⁹ Raz, Joseph, *The Authority of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1979, cap. 3, pp. 37-52 y “Incorporation by Law”, *op. cit.* Véase también Shapiro, Scott, “On Hart’s Way Out”, *Legal Theory*, vol. 4, 1998, cap. 9, pp. 469-508, Shapiro, *Legality*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2011, pp. 259-281; Marmor, Andrei, “Exclusive Legal Positivism”, en Coleman, Jules y Shapiro, Scott (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 104-124; Marmor, *Philosophy of Law*, Princeton, Princeton University Press, 2011, cap. 4, pp. 82-108.

³⁰ Raz, Joseph, *Ethics and the public domain*, Oxford, Oxford University Press, p. 214.

³¹ Raz, *The Authority of Law*, *op. cit.*, p. 185.

que la autoridad establezca. Por lo tanto, por razones conceptuales, el derecho no puede incorporar el razonamiento moral.

O sea tenemos dos formas de positivismo jurídico que sostienen la imposibilidad de la relación entre la identificación del derecho y el uso de los argumentos morales: una fundada en el escepticismo ético y otra fundada en una determinada concepción de la autoridad.

¿Qué sucede entonces, según estas concepciones, cuando nos encontramos con estas expresiones valorativas en los textos jurídicos de las fuentes? Pues bien, la respuesta más habitual es que los jueces gozan de DISCRECIÓN para completar o cambiar el derecho de acuerdo con la moralidad. Raz³², por ejemplo, distingue entre el razonamiento para establecer el contenido del derecho, sujeto a la tesis de las fuentes, y el razonamiento con arreglo al derecho, que puede requerir el recurso de los jueces a las razones morales. También los escépticos en ética consideran, es claro, que en este caso los jueces tienen de modo inevitable discreción dado que no hay pautas previas que identificar y aplicar.

Creo que hay razones para dudar de la plausibilidad de esta posición. Veamos el siguiente pasaje de Raz:

Supongamos, por ejemplo, que según el derecho los contratos son válidos solo si no son inmorales. Cualquier contrato puede ser considerado *prima facie* válido si se conforma a las condiciones “neutras valorativamente” establecidas jurídicamente para la validez de los contratos. La proposición “Es jurídicamente concluyente que este contrato es válido” no es ni verdadera ni falsa hasta que un tribunal dotado de autoridad determina su validez. Esta es una consecuencia del hecho según el cual, por la tesis de las fuentes, los tribunales tienen discreción cuando son requeridos a aplicar consideraciones morales³³.

Si la versión raziana de la tesis de las fuentes implica que siempre que el derecho incorpora conceptos o consideraciones morales, los jueces tienen discreción (como el anterior pasaje de Raz sostiene), entonces hay buenas razones para dudar de la plausibilidad de dicha tesis. Si A firma con B un contrato por el cual se obliga a asesinar a C antes de un mes, transcurrido el mes A no ha asesinado a C y B presenta una demanda contra A por incumplimiento contractual, ningún jurista diría que debemos esperar a la

³² Raz, *Ethics and the Public Domain*, *op. cit.*, pp. 310-324

³³ Raz, *The Authority of Law*, *op. cit.*, p. 75. Véase sobre este punto Endicott, Timothy A.O., “Raz on Gaps—The Surprising Part”, en Thomas Pogge, *et al* (eds.), *Rights, Culture, and the Law. Essays After Joseph Raz*, Oxford, Oxford University Press, 2003, pp. 99-117.

decisión del juez para saber si el contrato entre A y B es válido: el contrato entre A y B es nulo porque es inmoral, y los jueces no tienen discreción alguna en este caso. Del mismo modo, si una disposición constitucional prohíbe los castigos crueles y el legislador dicta una norma que establece, como en el Derecho Romano, la pena del saco, la *poena cullei*, podemos preguntarnos, ¿es esta pena cruel? Creo que todos reconoceríamos que se trata de un castigo cruel —también los romanos que, precisamente por ello, consideraban que era la pena merecida para los parricidas— y que, por lo tanto, es inconstitucional. Aunque “cruel” es, sin duda, un término moral, “cruel” se aplica sin controversia ninguna a la *poena cullei*, no hay aquí espacio para la discreción³⁴.

Raz añade otro argumento en defensa de su posición:

Los defensores de tal concepción [de la tesis de la incorporación] del derecho tienen que proporcionarnos un criterio adecuado para separar las referencias legales a la moralidad, que hacen de su aplicación un caso de aplicación de normas jurídicas pre-existentes, de los casos de discreción judicial en las que el juez, al recurrir a consideraciones morales, está cambiando el derecho. No conozco ningún intento serio de proporcionarnos tal criterio.³⁵

Es cierto que dicho argumento deberá ser suministrado con detalle, pero el eje del razonamiento tratará de mostrar que en los casos de uso de conceptos y consideraciones morales los jueces no tienen discreción. Si nosotros creemos que la presencia de crucifijos en las escuelas vulnera la libertad y autonomía de los no cristianos, entonces tenemos buenas razones para argüir que *Lautsi* es una decisión incorrecta desde el punto de vista jurídico. En cambio, cuando los jueces ejercen su discreción (por ejemplo, cuando el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en virtud del *certiorari* decide admitir un recurso o no) su comportamiento no puede nunca ser tildado de *jurídicamente incorrecto*.

Es más, a menudo, es el espacio excesivo de discreción de los jueces lo que lleva a algunos autores a comprometerse con el ideal de la certeza del derecho y a rechazar la inclusión de conceptos y consideraciones morales en las fuentes del derecho. A menudo este ideal de la certeza del derecho está asociado con la Ilustración jurídica y, en concreto, con el positivismo jurídico. Sin remontarnos a Beccaria o a Bentham, esta es la razón (por

³⁴ Se trata de un argumento presentado en Moreso, “Legal Defeasibility and the Connection between Law and Morality”, *op. cit.*

³⁵ Raz, *The Authority of Law*, *op. cit.*, p. 47 nota 8 y “Incorporation by Law”, *op. cit.*, p. 17

ejemplo) por la cual Kelsen³⁶ se mostraba contrario a la incorporación de conceptos morales (como *igualdad* o *justicia*) y esta es la razón que anima las defensas recientes³⁷ o no tanto³⁸ del denominado *positivismo jurídico normativo*.³⁹

Reducir el ámbito de la discrepancia y disciplinar la actividad de los jueces es el propósito de todas estas posiciones. Sin embargo, ni los presupuestos ni la estrategia para llevar a cabo estas operaciones son siempre los mismos.

Aparte de la posición normativa de recomendar el uso parsimonioso de conceptos de valor en el derecho, algunos autores positivistas han intentado otras vías para identificar el derecho en estos casos con certeza.

Algunas veces, por ejemplo, se ha argüido que los jueces deben decidir cuál sea el contenido de expresiones como “libertad religiosa” no apelando a sus convicciones morales sino a cómo dichas expresiones son entendidas y usadas en la sociedad de la que ellos forman parte. Así se entiende algunas veces la referencia del artículo 3 de nuestro código civil a la interpretación de las normas de acuerdo con la realidad social del tiempo en el que han de ser aplicadas.⁴⁰ De este modo, se piensa, no caeremos como rehenes de la voluntad de los jueces.

³⁶ Kelsen, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, trad. de R.J. Brie, Madrid, Tecnos, 1931/1985

³⁷ Campbell, Tom D., *The Legal Theory of Ethical Positivism*, Aldershot, Dartmouth, 1996; Waldron, Jeremy, “Normative (or Ethical) Positivism” en Coleman, Jules (ed.), *Hart’s Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2001, pp. 410-432 y Green, Leslie, “Positivism and the Inseparability of Law and Morals,” *New York University Law Review*, vol. 83, 2008, pp. 1035-1058.

³⁸ Scarpelli, Uberto, *Cos’è il positivismo giuridico*, Milano, Edizione di Comunità, 1965.

³⁹ Que presenté y criticué en Moreso, “Legal Defeasibility and the Connection between Law and Morality”, *op. cit.* Algunos ecos de esta posición, aunque asumida con matices, entre nosotros en Hierro, Liborio, “¿Por qué ser positivista?”, *Doxa*, vol. 25, 2002, pp. 263-302. y Laporta, Francisco J., *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid, Trotta, 2007. Recientemente también Waldron la ha matizado “Vagueness and the Guidance of Action”, Marmor, Andrei y Soames, Scott (eds.), *Philosophical Foundations of Language in the Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 58-82.

⁴⁰ Este argumento en Alchourrón, Carlos E., y Bulygin, Eugenio, “Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico”, en Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Análisis lógico y Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 303-328. Valdría la pena considerar la vinculación de este argumento con el llamado *constitucionalismo popular* que han defendido, por ejemplo, Tushnet, Mark, *Taking the Constitution Away from the Courts*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1999, y Kramer, Larry, *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford, Oxford University Press, 2004. Véase también,

El problema de esta concepción es doble: por una parte, en todas las cuestiones controvertidas la opinión pública acostumbra a estar dividida cuando no perpleja; por otra parte, si se quiere construir un punto de vista articulado, como parece exigible a los jueces y tribunales, entonces será imprescindible moldear las actitudes y creencias de la mayoría social para presentarlas en una doctrina razonable y ello, me parece, es ya prácticamente indistinguible del razonamiento moral: comienzas con la moral social, pero si estás dispuesto a aceptar la crítica argumentada, la opacidad de algunas de nuestras convicciones, la posibilidad de refinarlas y moldearlas, terminas en la moral crítica.⁴¹

Una estrategia distinta consiste en sostener que cuando la Constitución usa conceptos valorativos en realidad únicamente incorpora aquello que encerraron en ellos deliberadamente los autores de la Constitución. Determinar el contenido de estas cláusulas consiste en recuperar las intenciones explícitas de los que las dictaron. En la discusión norteamericana se conoce esta posición como *originalismo*.⁴² De este modo, consideran estos autores, la indeterminación se reduce: sólo está amparado por la libertad religiosa (en nuestro ejemplo) los comportamientos considerados incluidos por los redactores del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

No es preciso, por cierto, que esta posición provenga de un punto de vista escéptico acerca de la moralidad (no es el caso de Scalia ni de otros originalistas), puede que sea una estrategia que tiende a reducir la discreción de los jueces porque desconfía de la capacidad de los jueces de acertar en cuestiones morales.

Esta posición ha sido criticada muchas veces con los mismos argumentos que había sido criticada la denominada *interpretación subjetiva*: las conocidas dificultades de establecer plausiblemente cuáles eran las genuinas intenciones de los constituyentes, las intenciones de quiénes son relevantes (de los que votaron a favor, de los redactores...). Es más: aún en casos en donde es claro que no estaba en sus intenciones, como tal vez sea el caso de los crucifijos en las aulas, entonces ha de resultar excluido sin más argumentación. Y esto es muy implausible. Antes de la reforma reciente de nuestra legislación procesal civil, la vieja Ley de Enjuiciamiento (como la nueva) establecía que son inembargables los instrumentos necesarios para el ejerci-

Gargarella, Roberto, "El nacimiento del constitucionalismo popular", *Revista de Libros*, núm. 112 (abril), 2006, pp. 15-18

⁴¹ Moreso, *La constitución: modelo para armar*, op. cit., p. 192.

⁴² Y su más ilustre representante tal vez sea el magistrado de la Corte Suprema Scalia, Antonin, *A Matter of Interpretation*, Princeton, Princeton University Press, 1997.

cio de un oficio, con esta doctrina de la interpretación hay que suponer que hasta el año 2000 los ordenadores podían ser embargados a un abogado, por ejemplo, dado que los legisladores del siglo XIX no podían pensar en ellos. Es más, es razonable creer que el legislador del año 2000 de la vigente *Ley de Enjuiciamiento Civil*, no considerara (porque todavía no habían sido creadas) las I-pad como objetos a los que se refiere el artículo 606.2: “Los libros e instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio a que se dedique el ejecutado, cuando su valor no guarde proporción con la cuantía de la deuda reclamada”. Pero un abogado podría argüir a favor de la inembargabilidad del I-pad de otro abogado demandado en 2012.

V. CONCEPCIONES DEL DERECHO: LA CONEXIÓN CONTINGENTE

Si los argumentos esgrimidos en los dos epígrafes anteriores resultan convincentes, entonces nos queda la tesis de la incorporación, una conexión contingente (en virtud de la remisión de las fuentes del derecho) a la argumentación moral. La conexión del derecho con la moralidad no es ni necesaria, ni imposible, sino que es contingente, como sostiene el denominado positivismo jurídico incluyente.⁴³ Aunque esta cuestión suele vincularse con la de la posibilidad de que la propia regla de reconocimiento incluya razones morales entre los criterios de validez jurídica (como es claro en Hart),⁴⁴ basta que tomemos ahora para nuestra discusión una tesis como la tesis de la incorporación: “las fuentes usuales del derecho –como las leyes y las

⁴³ Los precedentes de tal concepción pueden hallarse en Carrió, Genaro R., *Principios jurídicos y positivismo jurídico*, Buenos Aires: Abeledo- Perrot, 1971; Lyons, David, “Principles, Positivism and Legal Theory,” *Yale Law Journal*, vol. 87, 1977, pp. 415-436; Soper, Philip, “Legal Theory and Obligation of the Judge: The Hart/Dworkin, Dispute”, *Michigan Law Review*, vol. 75, 1977, pp. 511-542, Coleman, Juñes, “Negative and Positive Positivism”, “Negative and Positive Positivism”, *Journal of Legal Studies*, vol. 11, 1982, pp. 139-162, y Hart, H.L.A. *The Concept of Law*, 2n Edition, Oxford, Oxford University Press, 994. Las dos defensas más articuladas en Waluchow, Wilfred J., *Inclusive Legal Positivism*, Oxford, Oxford University Prss, 1994 y Coleman, Jules, *The Practice of Principle*, Oxford, Oxford University Press, 2001. Véase una presentación general en Himma 2002 y Moreso, *La constitución: modelo para armar, op. cit.*, cap. 10, pp. 183-285.

⁴⁴ Hart, *The concept of law, op. cit.*

disposiciones constitucionales— pueden incluir conceptos y consideraciones morales”.⁴⁵

Según dicha concepción, entonces, cuando las normas jurídicas incorporan conceptos o consideraciones morales, el derecho ha de identificarse mediante el uso de dichos conceptos y consideraciones. Y, por lo tanto, los jueces han de aplicar el derecho identificado mediante el recurso a la moralidad en los casos pertinentes. Así ocurre, según creo, en el caso de que los jueces hayan de decidir si determinadas decisiones públicas vulneran o no la libertad religiosa: en dichos supuestos el razonamiento de los jueces deviene un razonamiento genuinamente moral.

Sin embargo, antes de analizar las objeciones que pueden plantearse a esta cuestión, vale la pena ocuparse de si la diferencia entre los positivistas excluyentes y los positivistas incluyentes es sólo una mera cuestión de palabras.⁴⁶

En la teoría del derecho positivista, se distingue algunas veces entre dos sentidos de *validez*: validez como *pertenencia* y validez como *aplicabilidad*.⁴⁷ Una norma es válida, en el sentido de que pertenece a un sistema jurídico S, si y sólo si es identificada como miembro de S por los criterios de la regla de reconocimiento de S. Una norma es válida, en el sentido de que es aplicable a un caso, si y sólo si existe otra norma, que es un miembro de S, que autoriza u obliga a los órganos de aplicación de S a aplicarla a ese caso.⁴⁸ En el contexto de este debate Raz y Coleman, entre otros, sostienen que todas las normas jurídicamente válidas en determinada son de aplicación obligatoria por parte de los jueces, pero hay normas que no son válidas en dicha jurisdicción (las normas de un derecho extranjero por ejemplo) que, en virtud de las normas de conflicto del derecho local, pueden ser de aplicación obligatoria por parte de los jueces.

⁴⁵ Leiter, Brian, “Law and Objectivity” en Coleman, Jules y Shapiro, S. (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 978.

⁴⁶ Se trata de un argumento que se remonta a Moreso, *La constitución: un modelo para armar*, cap. 10, pp. 183-205.

⁴⁷ Véase, además, VALIDEZ y SISTEMA JURÍDICO.

⁴⁸ Puede verse la distinción en estos términos en Bulygin, Eugenio, “Time and Validity”, en A. A. Martino (ed.), *Deontic Logic, Computational Linguistics and Legal Information Systems*, Amsterdam, North Holland, 1982, pp. 65-82; Moreso, José Juan, *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, cap. 3; Moreso, José Juan y Navarro, Pablo E., “Applicability and Effectiveness of Legal Norms”, *Law and Philosophy*, vol. 16, 1997, pp. 201-219; y Vilajosana, Josep M., *El derecho en acción. La dimensión social de las normas jurídicas*, Madrid, Marcial Pons, 2010.

Es decir, según esta distinción, es posible que un estándar moral no sea parte del Derecho y, sin embargo, sea obligatorio para los jueces decidir de acuerdo con él. En este sentido, un defensor de positivismo excluyente podría argüir señalando que la lectura restrictiva de la tesis de las fuentes sociales es la adecuada, aunque ello no impide que las pautas morales sean, algunas veces, obligatorias para los jueces. Podría añadir que no hay más razones para contemplar dichas pautas morales como parte del Derecho de las que hay para suponer que cuando una disposición jurídica prohíbe la construcción de edificios de más de diez metros de altura en determinada zona, o limita el peso al que determinados ascensores pueden ser sometidos a cuatrocientos kilogramos, el Derecho incorpora el sistema métrico decimal.⁴⁹ Si bien este argumento puede convertir el debate entre ambos tipos de positivismo en un debate de palabras, esto es, en la adecuación de reconstruir el concepto de validez jurídica de una u otra manera, la tesis de la discreción judicial sigue siendo polémica. Y es así porque aunque no se incorpore al Derecho el sistema métrico decimal, las reglas (tal vez, constitutivas) de dicho sistema han de ser usadas por los jueces cuando deciden los casos a los que aplican normas que contienen expresiones que hacen referencia a tal sistema. Los jueces no tienen discreción en dichos casos. El problema que plantean las pautas morales es el de si son aptas para guiar el comportamiento de los jueces o, más bien, remiten a la discreción. Esta cuestión no puede ser resuelta por la distinción entre validez como pertenencia y validez como aplicabilidad.

VI. CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA Y POSITIVISMO JURÍDICO INCLUYENTE

En una serie de trabajos Luigi Ferrajoli⁵⁰ ha defendido un constitucionalismo, denominado garantista, que mantiene la tesis más robusta de la separación entre el derecho y la moral y, también, el no-cognoscitivismo ético.⁵¹

⁴⁹ Véase, sobre ello Kramer, “Why The Axioms and Theorems of Arithmetic are not Legal Norms”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 2007, vol. 27, pp. 555-562.

⁵⁰ Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris. Teoría del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2007, y, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 34, 2011, pp. 15-53.

⁵¹ Al respecto puede verse por ejemplo Prieto Sanchís, Luis, “‘Principia iuris’: una teoría del derecho no (neo)constitucionalista para el estado constitucional”, *Doxa*, vol. 31, 2008, pp.

Veamos cuál era la posición de Ferrajoli en su perspicua e influyente presentación del garantismo hace ya más de veinte años:

Una alternativa todavía más clara se produce según que el lenguaje usado por el legislador excluya o incluya términos *valorativos*. Como ejemplo de norma penal que designa un hecho y no un valor se puede señalar el art. 575 de nuestro código penal [el autor se refiere, es claro, al código penal italiano] que define el homicidio como el acto de “cualquiera que produce la muerte de un hombre”; en el extremo opuesto, como ejemplo de norma penal que expresa un valor y, por lo tanto, infringe el principio de estricta legalidad [“stretta legalità” es el nombre que Ferrajoli reserva para el principio de taxatividad], podemos recordar el art. 529 del mismo código que define los actos y los objetos obscenos como aquellos que “ofenden el pudor según el sentir común”. La aplicación de la primera norma supone un juicio de hecho, del tipo “Ticio ha producido la muerte de un hombre”; la aplicación de la segunda supone, por el contrario, un juicio de valor del tipo “Ticio, según el sentir común, ha ofendido el pudor”. El primer juicio, al referirse a un hecho empírico objetivo, es (relativamente) verificable y falsable, y es de esta manera un acto de conocimiento y de jurisdicción; el segundo, al referirse a una actitud de desaprobación del sujeto que lo pronuncia, es absolutamente inverificable e infalsable, y es, por lo tanto, un acto de valoración basado en una opinión subjetiva y meramente discrecional.⁵²

Si Ferrajoli tuviera razón, esto es, si todas las proposiciones que presuponen un juicio de valor, no fueran aptas para la verdad y la falsedad (fuesen, como a veces se ha dicho, únicamente expresiones de emociones), entonces habría una razón muy fuerte para eliminar los términos valorativos de la formulación de las normas jurídicas: en presencia de conceptos valorativos nunca podríamos establecer si un caso individual es o no una instancia del concepto valorativo en cuestión. Es importante darse cuenta de que la presencia de conceptos valorativos en las normas jurídicas constituiría un problema mucho más grave que el de la vaguedad de los conceptos, porque al fin y al cabo los conceptos vagos sólo son problemáticos en los casos marginales de aplicación, mientras que los conceptos valorativos, con arreglo a esta concepción, serían problemáticos en *todos* sus casos de aplicación.⁵³

Sin embargo, ¿qué razones tenemos para adoptar esta concepción de los conceptos valorativos? Parece que dicha concepción presupone la admisión de un enfoque escéptico en materia moral, es decir, un enfoque según el cual los juicios morales son sólo expresiones de emociones o bien prescrip-

325-354, Comanducci, Paolo, *Hacia una teoría analítica del derecho. Ensayos escogidos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010, cap. 16.

⁵² Ferrajoli, Luigi, *Diritto e ragione. Teoría del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, 1989, pp. 100-101.

⁵³ Este argumento en Moreso, *La constitución: modelo para armar*, cap. 11, pp. 205-22-

ciones acerca de cómo debemos comportarnos y, por lo tanto, no pretendemos describir el mundo. Este no es el lugar para una defensa del objetivismo en moral. Baste con apreciar que el argumento de Ferrajoli presupone el rechazo del objetivismo.

En los últimos trabajos de Ferrajoli⁵⁴ hay un refinamiento considerable de esta posición. Aunque sigue manteniendo su punto de vista, por razones ontológicas y epistémicas, de acuerdo con el cual no puede predicarse valor de verdad de los juicios morales; y sigue manteniendo también que el objetivismo moral lleva inevitablemente al dogmatismo y al absolutismo moral, explica más claramente su posición metaética. Por ejemplo,

El rechazo del cognitivismo y del objetivismo moral, por otro lado, no debilita, ni aun mínimamente, la firmeza con la que defendemos nuestras tesis morales o políticas en materia de justicia, como las tesis sobre la igualdad o sobre la libertad ... La alternativa al cognitivismo ético, en efecto, no es en absoluto, a mi parecer, el relativismo emotivista, o la idea de que los valores éticos son el fruto de preferencias inmotivadas, ni aún menos, el indiferentismo moral: personalmente tiendo a no usar la expresión “relativismo moral”, a mi parecer altamente equívoca, sino la expresión “anticognitivismo (o anticognitivismo y antiobjetivismo) ético”. La alternativa es simplemente la fundamentación, racionalmente motivada y argumentada, aunque no “verificada”, de nuestras tesis ético-políticas, en cuanto tales normativas, en base a (nuestra concepción de) la justicia, más bien que en base a la verdad⁵⁵.

A esta posición metaética se suma una posición que acepta lo que denomina “la positivización de la “ley de la razón”, es decir, la incorporación de la moralidad en el derecho. Por ejemplo:

De este modo, el antiguo y recurrente contraste entre *razón* y *voluntad*, entre *ley de la razón* y *ley de la voluntad*, entre *derecho natural* y *derecho positivo*, entre Antígona y Creonte, que recorre la filosofía jurídica y política en su totalidad, desde la antigüedad hasta el siglo XX, y que corresponde al antiguo y también recurrente dilema y contraste entre el *gobierno de las leyes* y el *gobierno de los hombres*, ha sido en gran parte resuelto por las actuales constituciones rígidas, a través de la positivización de la “ley de la razón” —aun cuando históricamente determinada y contingente— bajo la forma de los principios y de los derechos fundamentales estipulados en ellas, como límites y vínculos a la “ley de

⁵⁴ Desarrollando las ideas presentes en Ferrajoli, *Principia Juris*, *op. cit.*; “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, *op. cit.*; “El constitucionalismo garantista. Entre paleo-iuspositivismo y neo-iusnaturalismo”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 34, 2011, pp. 311-362; “La scelta come fondamento ultimo della morale”, *Teoria Politica*, vol. 2, 2012, pp. 177-186; y, Ferrajoli, Luigi y Ruiz Manero, Juan, *Dos modelos de constitucionalismo. Una conversación*, Madrid, Trotta, 2012.

⁵⁵ Ferrajoli y Ruiz Manero, *Dos modelos de constitucionalismo*, *op. cit.*, p. 67.

la voluntad”, que en democracia es la ley del número expresada por la voluntad de la mayoría.⁵⁶

Esta posición es perfectamente compatible con la TI y Ferrajoli puede, de acuerdo con ella, ser contado entre las filas de los positivistas incluyentes. Que su modo de defender esta tesis sea cuidadoso en no colapsar la argumentación jurídica con la argumentación moral y en no dar alas al activismo judicial es un modo concreto de ser incorporacionista. Pero, tal y como lo veo, el constitucionalismo garantista de Ferrajoli presupone la tesis de la incorporación.

Sin duda que esta tesis de Ferrajoli está en tensión con sus posiciones metaéticas. En mi opinión la tesis de la incorporación presupone el objetivismo ético, si por tal entendemos algo similar a lo que Rawls atribuye a la ética kantiana: “decir que una convicción moral es objetiva, entonces, es decir que hay razones suficientes para convencer a todas las personas razonables de que es válida o correcta”.⁵⁷

VII. LA OBJECCIÓN DE LA PENDIENTE RESBALADIZA

Aquí no he discutido un argumento que a menudo se expone⁵⁸ contra la tesis de la incorporación. Un argumento que es, en realidad, una instancia del argumento de la pendiente resbaladiza: si el derecho puede remitir algunas veces a la moralidad, entonces puede hacerlo siempre y, de tal modo, el derecho perdería su capacidad de resolver los conflictos mediante reglas claras, públicas y accesibles a todos. Algo de este argumento puede considerarse implícito en el constitucionalismo garantista de Ferrajoli:⁵⁹ la razón que justifica resolver nuestros conflictos mediante normas jurídicas es que dichas normas son públicas, accesibles a todos y capaces de poner fin a

⁵⁶ Ferrajoli, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, *op. cit.*, p. 25.

⁵⁷ Rawls, John, *Lectures on the History of Moral Philosophy*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2000), p. 245.

⁵⁸ Raz, “Incorporation by Law”, *op. cit.*; Shapiro, “Was Inclusive Legal Positivism Founded on a Mistake?”, *Ratio Juris*, vol. 22, 2009, pp. 326-338; Bayón, Juan Carlos, “Derecho, convencionalismo y controversia” en Navarro, Pablo E. y Redondo, María Cristina (eds.): *La relevancia del derecho: Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Barcelona: Gedisa, 2002, pp. 57-92; Marmor, *Philosophy of Law*, *op. cit.*

⁵⁹ Véase Moreso, José Juan, “Antígona como *defeater*. Sobre el constitucionalismo garantista de Ferrajoli”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 34, 2011, pp. 183-199

las discrepancias que podemos tener acerca de cómo debemos comportarnos en determinadas circunstancias. Si las normas jurídicas y, en especial, las normas constitucionales remiten a consideraciones morales, entonces no disponemos ya de normas públicas, accesibles y opacas a las razones subyacentes. Como a veces se dice, las normas jurídicas entonces no realizarían ninguna *diferencia práctica*. La tesis de la diferencia práctica puede formularse del siguiente modo: si las pautas jurídicas aplicables por los jueces remiten a pautas morales, dichas pautas no están en condición de motivar la conducta de los jueces, porque dichas pautas no añaden nada a las razones que los jueces ya tendrían, si fueran racionales, para actuar. En otras palabras, las remisiones del Derecho a la moralidad son superfluas y, por lo tanto, la única concepción plausible del Derecho, como un instrumento capaz de producir diferencia práctica, es el positivismo excluyente.

Veamos el argumento en la versión de Scott Shapiro.⁶⁰ Shapiro ha elaborado un argumento tratando de mostrar que la distinción entre aplicar y crear el derecho no es exhaustiva. Este es su argumento:

[Los positivistas jurídicos incluyentes] imaginan que si los jueces encuentran el derecho en los casos difíciles, no pueden crearlo. La verdad, sin embargo, es que los jueces pueden hacer ambas cosas. Pueden aplicar el derecho actuando como la moralidad les requiere y aplicando derechos preexistentes decidiendo a favor de la parte con el mejor título moral. Aún así, pueden crear nuevo derecho y nuevos derechos al reconocer que una de las dos partes en litigio debe vencer. Bajo una descripción, “decidir por la parte con el mejor derecho desde el punto de vista moral”, la decisión es jurídicamente requerida; bajo la otra, “decidir por el destinatario de la promesa”, es jurídicamente no regulada.

Este parece un argumento inconcluyente. Vayamos a nuestro ejemplo de las penas crueles: según Shapiro, los castigos crueles desde el punto de vista moral están prohibidos por el derecho y, bajo esta descripción, los jueces no tienen discreción; sin embargo, los jueces tienen discreción para aplicar, bajo esta descripción, la pena del saco. Si es verdad que la constitución prohíbe las penas crueles y es verdad que la *poena cullei* es cruel, entonces la pena cruel está prohibida por la constitución y los jueces no tienen discreción alguna. Sin embargo, para que esta respuesta a Shapiro fuese plenamente convincente debería mostrarse que el derecho requiere todo aquello que está implícitamente implicado por sus requerimientos. No su-

⁶⁰ Shapiro, *Legality*, *op. cit.*, pp. 279-28, también, “Was Inclusive Legal Positivism Founded on a Mistake?”, *op. cit.*

ponerlo así sería, sin embargo, adoptar una versión algo ingenua del derecho; como si fuese el resultado deliberado de las órdenes de una sola persona. Sólo en este sentido, podría sostenerse que algo que es querido bajo una descripción, no lo es bajo otra. De un modo, tal vez, semejante a como alguien puede decir que quiere comerse este plato de langosta, bajo la descripción de tomar algo sabroso con este *sauignon* delicioso, y no lo quiere, bajo la descripción de tomar algo que aumenta el ácido úrico en el cuerpo.

Creo que esta crítica cede si son plausibles los dos siguientes argumentos: en primer lugar, que las remisiones a la moralidad son limitadas y no conducen a que siempre en la aplicación del derecho interviene activamente la argumentación moral⁶¹ y, en segundo lugar, que la diferencia práctica del derecho va de la mano de su estructura institucional.⁶²

Muchos supuestos de aplicación del derecho son opacos a las razones morales subyacentes. Cuando un juez rechaza una demanda por hallarse fuera de plazo, lo hace sin acudir a la razón subyacente que justifica, por razones de seguridad, estabilidad de las expectativas y adecuado funcionamiento de la administración de justicia, el hecho de poner límites temporales a la interposición de nuestras reclamaciones jurídicas. Sencillamente la rechaza por estar fuera de plazo. El recurso a las razones morales ha de estar reconocido, de un modo u otro, por las razones jurídicas. Cuando, por ejemplo, la constitución española prohíbe, en su artículo 15, los tratos inhumanos o degradantes, habilita al Tribunal Constitucional (el único competente para apreciar la constitucionalidad de las leyes en España) a razonar moralmente cuando se le plantea, por ejemplo, si es constitucional la norma penitenciaria que niega a algunos presos las denominadas comunicaciones íntimas.

Este último ejemplo puede servir también para comprender cómo la estructura institucional del derecho es la que permite a las normas con consideraciones morales realizar una diferencia práctica, conservar la fuerza normativa. Me explico: si la denegación de las comunicaciones íntimas a determinados presos es una norma de rango reglamentario, entonces un funcionario de prisiones no puede acudir al razonamiento moral para apli-

⁶¹ Una posición según la cual si se acepta el incorporacionismo entonces no hay modo plausible de detener la invasión del derecho por parte de la moralidad en Orunesu, Claudina; Perot, Pablo y Rodríguez, Jorge L., “Derecho, moral y positivismo”, en Orunesu, Claudina, *et al.*, *Estudios sobre la interpretación y la dinámica de los sistemas constitucionales*, México, Fontamara, 2005, pp. 59-90.

⁶² Para este segundo punto véase el sugerente estudio de Atienza y Ruiz Manero, “La dimensión institucional del derecho y la justificación jurídica”, *op. cit.*

carla, para él la norma es totalmente opaca a las razones subyacentes. En cambio, un juez de vigilancia penitenciaria puede considerarla inconstitucional, y como tal nula e inaplicable. Si, en cambio, se trata de una norma con rango de ley, entonces el juez sólo puede plantear una cuestión de inconstitucionalidad y es el Tribunal Constitucional el único competente para anularla. Es decir, en virtud de la estructura institucional dichas normas adquieren diverso peso normativo, tienen un grado de opacidad diferente para los diversos aplicadores del derecho. La incorporación de la moralidad en el derecho puede ser vista como el proceso de levantar progresivamente el velo de la opacidad de las reglas.

En resumen, la tesis de la incorporación es compatible con la tesis de la separación conceptual entre el derecho y la moral, puesto que el derecho incorpora pautas morales de manera contingente y dependiendo de cuál sea su contenido. Es también más apta para dar cuenta del indiscutible hecho de que nuestras fuentes jurídicas constitucionales y legales, y también las decisiones de nuestros Tribunales, recurren a menudo al lenguaje de la moralidad. La tesis de la incorporación explica las razones, el alcance y los límites del espacio que la moralidad ocupa en la práctica institucional de creación y aplicación del derecho.

VIII. EL CONVENCIONALISMO Y EL POSITIVISMO JURÍDICO INCLUYENTE

Como es sabido, una de las más habituales defensas de la tesis iuspostivista de las fuentes sociales del derecho es su interpretación *convencionalista*. A menudo, la regla de reconocimiento hartiana ha sido interpretada, de uno u otro modo, como una convención.⁶³ Al margen de la adecuación de este enfoque, algunos autores han tratado de poner de manifiesto que dicho enfoque es incompatible con la tesis de la incorporación defendida por el positivismo jurídico incluyente.

⁶³ Vd., por ejemplo, los libros colectivos de Coleman, Jules (ed.) *Hart's Postscript*, Oxford, Oxford University Press, 2001; y Redondo, M. Cristina (ed.) *Il Postscript di H.L.A.Hart*, en *Ragion Pratica*, Il Mulino, Bologna, 2003. Puede verse también Lagerspetz, Eerik, *The Opposite Mirrors. An essay on the Conventionalist Theory of Institutions*, Dordrecht, Kluwer, 1995; Vilajosana, *El derecho en acción*, op. cit.; Sánchez Brígido, Rodrigo E., *Groups, Rules and Legal Practice*, Dordrecht, Springer, 2010.

Andrei Marmor, un defensor en diversos trabajos⁶⁴ de este enfoque, argumenta así cuando se refiere a la posibilidad del error en la comunidad jurídica: “Si se suscribe el criterio positivista conforme al cual la juridicidad es, al final, una cuestión de reglas sociales, entonces la idea de que una comunidad entera pueda equivocarse acerca de las leyes que la regulan es, como mínimo, misteriosa”.⁶⁵

Sabemos como decía que, en la literatura iuspositivista, a menudo se ha adoptado un enfoque convencionalista acerca de los criterios últimos de identificación del derecho. Entonces, arguye Marmor, no es razonable que estemos equivocados acerca de hechos que son convencionales y, en cambio, si es razonable que estemos (incluso todos) equivocados acerca de la moralidad de determinados comportamientos. Hay que reconocer que es verdad que el derecho no sería comprensible como práctica social si cupiera el error generalizado sobre todos los aspectos. Sin embargo, esto es compatible con un error generalizado sobre algunos aspectos, precisamente aquellos en los que se remite a la moralidad. Cuando la Corte Suprema de Estados Unidos decidió que la segregación racial en las escuelas era contraria a la constitución americana asumió que hasta ese momento había habido un error ampliamente generalizado acerca de lo que la Constitución requería.⁶⁶

Juan Carlos Bayón usa un argumento ligeramente diferente.⁶⁷ Bayón sostiene, convincentemente, que el incorporacionismo supone la posibilidad de que exista una convención para guiarse por criterios no convencionales y, de este modo, puede suponer que la existencia del derecho depende, en último término, de criterios convencionales aunque su contenido pueda ser identificado mediante criterios no convencionales. Y entonces arguye:

Pero la réplica -que me parece correcta- del partidario de la versión fuerte de la tesis social es que esa vía media es ficticia, porque la idea misma de una convención de seguir criterios no convencionales resulta incoherente. Para que exista una regla convencional es necesaria una práctica social convergente y, por tanto, algún grado de acuerdo. Pero si hay acuerdo acerca del contenido de los criterios a los que esa pre-

⁶⁴ Véase, Marmor, Andrei, *Social Conventions*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

⁶⁵ Marmor, *Philosophy of Law, op. cit.*, 2011, p. 97.

⁶⁶ Véase, *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954).¹

⁶⁷ Bayón, Juan Carlos, “El contenido mínimo del positivismo jurídico”, en Zapatero, Virgilio (comp.), *Horizontes de la Filosofía del Derecho: Homenaje a Luis García San Miguel*, Alcalá de Henares, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá, vol. 2, 2002, pp. 33-54; también Derecho, convencionalismo y controversia”, *op. cit.*

sunta convención compleja se remite -y se entiende que la extensión de ese acuerdo define la extensión de la convención-, entonces no es cierto que dichos criterios sean no convencionales; y si dicho acuerdo no existe, entonces no hay práctica social convergente alguna y por tanto no hay en realidad regla convencional. En suma, una presunta convención de seguir criterios no convencionales o bien es una convención sólo aparente, o bien su contenido no es en realidad seguir criterios no convencionales. Así que el incorporacionismo queda expuesto al siguiente dilema: o bien abandona el convencionalismo, o bien acaba siendo indistinguible del positivismo excluyente.⁶⁸

Creo, no obstante, que el argumento de Bayón sería correcto si la convención pudiera, por así decirlo, autoanularse siempre. Pero si es posible mostrar que hay algunos elementos del derecho que no pueden recurrir a la moralidad, entonces es posible sostener un modo de escapar al dilema. Trataré de mostrar cómo en el siguiente apartado.

IX. LA TESIS DE LA INCORPORACIÓN Y LAS DECISIONES FINALES

Kenneth E. Himma, que había mostrado simpatía hacia el positivismo jurídico incluyente,⁶⁹ ha cambiado su posición convencido de no haber tenido en cuenta anteriormente la importancia de las decisiones de las autoridades finales, es decir, el hecho de que lo que las sentencias que devienen firmes establecen, constituye la última palabra en el derecho.⁷⁰

Dicho muy resumidamente el argumento de Himma es el siguiente: si el positivismo incluyente llevase la razón y dado que -esto no lo pone en duda el autor- la Constitución de Estados Unidos incorpora pautas morales, entonces el último criterio de validez jurídica en el sistema jurídico de este país sería el siguiente:

⁶⁸ Bayón, "El contenido mínimo del positivismo jurídico", p. 48.

⁶⁹ Himma, Kenneth E., "Incorporationism and the Objectivity of Moral Norms", *Legal Theory*, vol. 5, 1999, pp. 415-434

⁷⁰ Himma, Kenneth E., "Making Sense of Constitutional Disagreement: Legal Positivism, the Bill of Rights, and the Conventional Rule of Recognition in the United States", *Journal of Law and Society*, vol. 42, 2003, pp. 149-218; "Final Authority To Bind With Moral Mistakes: On The Explanatory Potential of Inclusive Legal Positivism", *Law and Philosophy*, vol. 24, 2005, pp. 1-45; y, "Understanding the Relationship Between The US Constitution and the Conventional Rule of Recognition", en Adler, M.D. y Himma, K. E. (eds.), *The Rule of Recognition and the U.S. Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 95-121.

Formulación de la mejor interpretación objetiva: Una norma promulgada debidamente es jurídicamente válida si y sólo si se conforma con aquello que, como cuestión objetiva, es la mejor interpretación desde el punto de vista moral de las normas sustantivas de la Constitución.⁷¹

Según Himma, este no puede ser el último criterio de validez jurídica en los Estados Unidos, porque las decisiones finales de la Corte Suprema, aún si no toman en cuenta la mejor interpretación desde el punto de vista moral, son las que tienen fuerza de obligar a todos los operadores jurídicos, al resto de Tribunales y a los miembros de la administración, y esta es una obviedad que conocen todos los familiarizados con el sistema jurídico de los Estados Unidos. Lo mismo sucede con los sistemas jurídicos europeos. Las decisiones finales de nuestros Tribunales Constitucionales tienen fuerza vinculante para todos los jueces y Tribunales y para todos los órganos de la Administración. Y las decisiones finales de nuestros Tribunales Supremos también, aunque de un modo diferente –como es obvio– al del sistema del *binding precedent* anglosajón.

Por esta razón, Himma sostiene que la anterior formulación (y otras muchos que ensaya en sus trabajos) deben ser abandonadas y sustituidas por la siguiente formulación del criterio último de validez:

Formulación de la mejor interpretación del Tribunal: Una norma promulgada debidamente es jurídicamente válida excepto si es declarada inconstitucional con arreglo a lo que la mayoría de los magistrados deciden que es, como una materia objetiva, la interpretación mejor desde el punto de vista moral de las normas sustantivas de la Constitución.⁷²

El problema de esta posición es, simplemente, que se convierte en otra versión del punto de vista según el cual el derecho es lo que los jueces dicen que es. Y esto no reconstruye razonablemente nuestra práctica que incluye la conciencia de que los jueces se equivocan. No reconstruye la práctica de que, dicho con Hart,⁷³ una cosa es que las decisiones de determinados Tribunales sean finales, y otra muy distinta es que sean infalibles. En otros lugares he denominado a esta doctrina la doctrina *Julia Roberts*⁷⁴ puesto que

⁷¹ Himma, “Understanding the Relationship Between The US Constitution and the Conventional Rule of Recognition”, *op. cit.*, p. 119

⁷² Himma, “Understanding the Relationship Between The US Constitution and the Conventional Rule of Recognition”, *op. cit.*, p. 120.

⁷³ Hart, *The Concept of Law*, *op. cit.*, pp. 141-147

⁷⁴ Moreso, *La constitución: un modelo para armar*, cap. 9, pp. 175-182 y “La doctrina Julia Roberts y los desacuerdos irrecusables” en Moreso, José Juan, Prieto Sanchís, Luis, y, Ferrer

en un caso relativamente reciente, *Lawrence v. Texas*,⁷⁵ el Tribunal Supremo de los Estados Unidos decidió anular *Bowers v. Hardwick*,⁷⁶ y revocar la sentencia de la Corte del Tribunal de Apelación del Distrito de Texas, al considerar que las imputaciones penales por relaciones sexuales entre adultos en el domicilio vulneran intereses fundamentales como la libertad y la intimidad protegidas por la cláusula del debido proceso de la enmienda catorce de la Constitución americana. El Tribunal afirma: “*Bowers* was not correct when it was decided, and it is not correct today. It ought not to remain binding precedent. *Bowers v. Hardwick* should be and now is overruled”. Si se me permite una frivolidad, podríamos decir que *Julia Roberts tenía razón*, porque al comienzo de la película *El informe pelicano*, el personaje interpretado por la actriz Julia Roberts, una estudiante de Derecho, discute con su profesor de Derecho Constitucional acerca de *Bowers*, y arguye que la ley de Georgia que califica la sodomía como un delito penal era inconstitucional. El profesor replica: “Well, the Supreme Court disagree with you, miss Shaw. They found that the state did not violate the right of privacy. Now, why is that?”, y la estudiante contesta: “Because, they are wrong”.

No me parece razonable, sin embargo, considerar que todo lo que el derecho requiere es controvertido y depende de consideraciones valorativas, como a veces se sugiere. Algunos aspectos de la práctica han de estar protegidos de esta controversia si la práctica debe tener la cualidad procesal de poner un final institucional a las controversias. En mi opinión -y expuesto de modo muy tentativo- al menos el contenido de las reglas jurídicas de las siguientes clases ha de poder identificarse sin controversia ni recurso a valoraciones:⁷⁷

a. Las reglas que confieren poderes y las reglas de adjudicación en aquello que se refiere a la determinación de los órganos jurídicos y de los procedimientos.

b. Las resoluciones judiciales y administrativas que establecen las decisiones individuales.

Beltrán, Jordi, *Los desacuerdos en el Derecho*, Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo), 2010, pp. 49-86.

⁷⁵ 539 U.S. 558 (2003).

⁷⁶ 478 U.S. 186 (1986).

⁷⁷ Obviamente que así se concede una parte de la razón a los positivistas exclusivos que sostienen que la existencia y el contenido del derecho se determina sin recurrir a la moralidad. Es un argumento que ya presenté en Moreso, “La doctrina Julia Roberts y los desacuerdos irrecusables,” *op. cit.*

c. Las reglas que establecen qué decisiones judiciales son definitivas y los procedimientos para hacerlas cumplir por el resto de órganos judiciales y administrativos.

Los tres puntos merecen algún comentario. En relación con el primero, es obvio que las reglas que confieren poderes son controvertidas también por lo que refiere al contenido, a la competencia material, que suele estar limitada por disposiciones superiores ampliamente controvertidas: así el Parlamento limitado por las disposiciones constitucionales. Sin embargo, la determinación de quién sea el Parlamento o el Tribunal Constitucional puede determinarse sin recurrir a juicios de valor.

Las decisiones individuales que ponen fin a las controversias han de atribuir derechos y deberes de un modo claro. Una sentencia penal debe condenar a X por haber cometido el delito D, no puede condenar a X bajo la condición de que no estuviera amparado por una causa de justificación (lo que seguiría siendo controvertible).

Respecto del último punto es importante notar que, por ejemplo, la Corte Suprema de los Estados Unidos decidió en *Bush v. Gore*⁷⁸ que la decisión del Tribunal Supremo de Florida que establecía la necesidad de recomtar los resultados de la elección presidencial en el Estado de Florida era inconstitucional y, de este modo, permitió que George Bush fuera proclamado Presidente. Fue una decisión muy controvertida y destacados juristas piensan que es equivocada,⁷⁹ pero nadie ha defendido, hasta donde yo sé, que Bush fue proclamado Presidente de los Estados Unidos de modo ilegal.

X. A MODO DE CONCLUSIÓN

Cualquier teoría jurídica debe hacer compatible dos dimensiones del derecho que se hallan en tensión. Por un lado, el derecho tiene una dimensión sustantiva, regula el comportamiento, establece deberes y derechos de los ciudadanos, que pueden obviamente ser vulnerados. Al ejercer esta función el derecho algunas veces remite a la argumentación moral y, de este modo, hace que la corrección y validez jurídica dependa del acuerdo con la moralidad de determinadas acciones. Por otro lado, el derecho tiene una dimen-

⁷⁸ 531 US 98 (2000).

⁷⁹ Vd., por ejemplo, Dworkin, Ronald, (ed.) *A Badly Flawed Election. Debating Bush v. Gore, the Supreme Court, and American Democracy*, New York: The New Press, 2002.

sión procedimental, establece mediante qué procedimientos cuáles son las autoridades jurídicas que ponen fin a las controversias. Esta dimensión no puede estar abierta a la moralidad, porque entonces sería virtualmente imposible poner fin a las controversias. La dimensión procesal del derecho le confiere de la necesaria estabilidad en la que descansan las múltiples controversias y desacuerdos sobre las cuestiones sustantivas.

XI. BIBLIOGRAFÍA

- AGUSTÍN DE HIPONA, *De libero arbitrio*, disponible online en: http://www.augustinus.it/latino/libero_arbitrio/index.htm
- ALCHOURRÓN, Carlos E., y, BULYGIN, Eugenio, “Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico”, en Carlos Alchourrón, y Eugenio Bulygin, *Análisis lógico y Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- ALEXY, Robert, *Begriff und Geltung des Rechts*, Freiburg/München, Verlag Alber, 1999.
- _____, “On Necessary Relations Between Law and Morality”, *Ratio Juris*, vol. 2, 1988.
- ATIENZA, Manuel, y, RUIZ MANERO, Juan, “Dejemos atrás el positivismo jurídico”, *Isonomía*, vol. 27, 2007.
- _____, “La dimensión institucional del derecho y la justificación jurídica”, *Doxa*, vol. 24, 2001.
- ATRIA, Fernando, *Law and Legal Reasoning*, Oxford: Hart Publishing, 2002.
- _____, “Sobre las lagunas” en Atria, Fernando, *et al*, *Lagunas en el Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- BAYÓN, Juan Carlos, “Derecho, convencionalismo y controversia” en Pablo Navarro María Cristina Redondo (eds.), *La relevancia del derecho: Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Barcelona: Gedisa, 2002.
- _____, “El contenido mínimo del positivismo jurídico”, en Zapatero, Virgilio (comp.), *Horizontes de la Filosofía del Derecho: Homenaje a Luis García San Miguel*, Alcalá de Henares, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá, vol. 2, 2002.
- BOBBIO, Norberto, *Giusnaturalismo e Positivismo giuridico*, Milano, Communità, 1965
- BULYGIN, Eugenio, *El positivismo jurídico*, México, Fontamara, 2006.

- _____, “Time and Validity”, en A. A. Martino (ed.), *Deontic Logic, Computational Linguistics and Legal Information Systems*, Amsterdam, North Holland, 1982.
- CAMPBELL, Tom D., *The Legal Theory of Ethical Positivism*, Aldershot, Dartmouth, 1996.
- CARRIÓ, Genaro R., *Principios jurídicos y positivismo jurídico*, Buenos Aires: Abeledo- Perrot, 1971.
- COLEMAN, Jules (ed.), *Hart’s postscript: Essays on the Postscript to The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2001.
- _____, “Incorporationism, Conventionalism, and the Practical Difference Thesis”, *Legal Theory*, vol. 4, 1988.
- _____, “Negative and Positive Positivism”, *Journal of Legal Studies*, vol. 11, 1982, pp. 139-162.
- _____, “Second Thoughts and Other First Impressions” in Brian Bix (ed.), *Analyzing Law. New Essays in Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1998.
- _____, *The Practice of Principle: In Defense of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2001.
- COMANDUCCI, Paolo, *Hacia una teoría analítica del derecho. Ensayos escogidos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010.
- DWORKIN, Ronald, (ed.) *A Badly Flawed Election. Debating Bush v. Gore, the Supreme Court, and American Democracy*, New York: The New Press, 2002.
- _____, *Justice for Hedgehogs*, Cambridge, Mass., Harvard University Press), 2011.
- _____, *Justice in Robes* Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2006.
- _____, *Law’s Empire*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1986.
- _____, “The Law of the Slave-Catchers” en *Times Literary Supplement*, December 5, 1975.
- DYZENHAUS, David, “Positivism’s Stagnant Research Programme”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 20, 2000.
- ENDICOTT, Timothy A.O., “Raz on Gaps—The Surprising Part”, en Thomas Pogge, Lukas Meyer, and Stanley Paulson (eds.), *Rights, Culture, and the Law. Essays After Joseph Raz*, Oxford, Oxford University Press, 2003.
- ESCUADERO ALDAY, Rafael, *Los calificativos del positivismo jurídico*, Madrid, Civitas, 2004.
- FERRAJOLI, Luigi, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 34, 2011.
- _____, *Diritto e ragione. Teoría del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, 1989.

- _____, *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2007.
- _____, “El constitucionalismo garantista. Entre paleo-iuspositivismo y neoiusnaturalismo”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 34, 2011.
- _____, “La scelta come fondamento ultimo della morale”, *Teoria Politica*, vol. 2, 2012.
- FERRAJOLI, Luigi y RUIZ MANERO, Juan, *Dos modelos de constitucionalismo. Una conversación*, Madrid, Trotta, 2012.
- GARDNER, John, “Legal Positivism: 5 ½ Myths”, *American Journal of Jurisprudence*, vol. 46, 2001.
- GARGARELLA, Roberto, “El nacimiento del constitucionalismo popular”, *Revista de Libros*, núm. 112 (abril), 2006.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto, “Algo más acerca de la relación entre Derecho y moral”, *Doxa*, vol. 8, 1990.
- GREEN, Leslie, “Positivism and the Inseparability of Law and Morals,” *New York University Law Review*, vol. 83, 2008.
- GUASTINI, Riccardo, “Lo scetticismo interpretativo revisitato”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, vol. 36, 2006.
- HART, H.L.A., *The Concept of Law*, 2 ed. P. Bulloch y Joseph Raz (eds.) Oxford, Oxford University Press, 1994.
- HIERRO, Liborio, “¿Por qué ser positivista?”, *Doxa*, vol. 25, 2002.
- HIMMA, Kenneth E., “Final Authority To Bind With Moral Mistakes: On The Explanatory Potential of Inclusive Legal Positivism”, *Law and Philosophy*, vol. 24, 2005.
- _____, “Incorporationism and the Objectivity of Moral Norms”, *Legal Theory*, vol. 5, 1999.
- _____, “Inclusive Legal Positivism” en Coleman, Jules y Shapiro, Scott, (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2002.
- _____, “Making Sense of Constitutional Disagreement: Legal Positivism, the Bill of Rights, and the Conventional Rule of Recognition in the United States”, *Journal of Law and Society*, vol. 42, 2003.
- _____, “Understanding the Relationship Between The US Constitution and the Conventional Rule of Recognition”, en Adler, M.D. y Himma, K. E. (eds.), *The Rule of Recognition and the U.S. Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- HUGHES, G.E. y CRESSWELL, M.J., *A New Introduction to Modal Logic*, London: Routledge, 1996.

- KELSEN, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, trad. de R.J. Bric., Madrid, Tecnos, 1931/1985.
- _____, *What is Justice? Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science*, Berkeley: California University Press, 1957.
- KERR, Philip, *A Philosophical Investigation*, London, Chatto & Windus, 1992. [traducida al castellano por M. Bach como *Una investigación filosófica*, Barcelona, Anagrama, 1996]
- KRAMER, Larry, *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford, Oxford University Press, 2004.
- KRAMER, Matthew, “Dogmas and Distortions: Legal Positivism Defended. A Reply to David Dyzenhaus”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 21, 2001.
- _____, “How Moral Principles Can Enter into the Law” en *Legal Theory*, vol. 6, 2000.
- _____, “Why The Axioms and Theorems of Arithmetic are not Legal Norms”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 2007, vol. 27.
- LAGERSPETZ, Erik, *The Opposite Mirrors. An essay on the Conventionalist Theory of Institutions*, Dordrecht, Kluwer, 1995.
- LAPORTA, Francisco J., *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid, Trotta, 2007.
- LEITER, Brian, “Explaining Theoretical Disagreement”, *University of Chicago Law Review*, vol. 76, 2009.
- _____, “Law and Objectivity” en Coleman, Jules y Shapiro, S. (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2002.
- _____, “Legal Realism and Legal Positivism Reconsidered”, *Ethics*, vol. 111, 2001.
- LYONS, David, “Principles, Positivism and Legal Theory,” *Yale Law Journal*, vol. 87, 1977.
- MARMOR, Andrei, “Exclusive Legal Positivism”, en Coleman, Jules y Shapiro, Scott (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2002.
- _____, *Philosophy of Law*, Princeton, Princeton University Press, 2011.
- _____, *Social Conventions*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- MORESO, Jose Juan, “Antígona como *defeater*. Sobre el constitucionalismo garantista de Ferrajoli”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 34, 2011.
- _____, *La Constitución: modelo para armar*, Madrid, Marcial Pons, 2009.
- _____, “La ciudadela de la moral en la corte de los juristas”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. 28, 2012, pp. 119-140.

- _____, *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- _____, “La lectura moral del Derecho” (Recensión de Ronald Dworkin, *La justicia con toga*), *Revista de Libros*, vol. 142, 2008.
- _____, “Legal Defeasibility and the Connection between Law and Morality” en Ferrer Beltrán, Jordi y Ratti, Giovanni, (eds.), *The Logic of Legal Requirements. Essays on Defeasibility*, Oxford, Oxford University Press.
- _____, “La doctrina Julia Roberts y los desacuerdos irrecusables” en Moreso, José Juan, Prieto Sanchís, Luis, y, Ferrer Beltrán, Jordi, *Los desacuerdos en el Derecho*, Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo), 2010.
- _____, “Legal Defeasibility and the Connection between Law and Morality” en Ferrer Beltrán, Jordi y Ratti, Giovanni, (eds.), *The Logic of Legal Requirements. Essays on Defeasibility*, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- _____, “Legal Positivism and Legal Disagreements”, *Ratio Juris*, vol. 22, 2009.
- MORESO, José Juan y NAVARRO, Pablo E., “Applicability and Effectiveness of Legal Norms”, *Law and Philosophy*, vol. 16, 1997.
- NINO, Carlos Santiago, *Derecho, moral y política*, Barcelona, Ariel, 1994.
- ORUNESU, Claudina; PEROT, Pablo y RODRÍGUEZ, Jorge L., “Derecho, moral y positivismo”, en Orunesu, Claudina, et al., *Estudios sobre la interpretación y la dinámica de los sistemas constitucionales*, México, Fontamara, 2005.
- PERRY, John, “Textualism and the Discovery of Rights”, en Marmor, Andrei y Soames, Scott (eds.), *Philosophical Foundations of Language in the Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, “‘Principia iuris’: una teoría del derecho no (neo)constitucionalista para el estado constitucional”, *Doxa*, vol. 31, 2008.
- RADIN, Max, “The *Lex Pompeia* and the *Poena Cullei*”, *Journal of Roman Studies*, vol. 10, 1920.
- RAWLS, John, *Lectures on the History of Moral Philosophy*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2000.
- RAZ, Joseph, *Ethics in the Public Domain*, Oxford, Oxford University Press, 1994.
- _____, “Incorporation by Law”, *Legal Theory*, vol. 10, 2001.
- _____, *The Authority of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1979.

- REDONDO, M. Cristina (ed.) *Il Postscript di H.L.A.Hart*, en *Ragion Pratica*, Il Mulino, Bologna, 2003.
- ROSS, Alf, *On Law and Justice*, London, Stevens and Sons, 1958.
- SÁNCHEZ BRÍGIDO, Rodrigo E., *Groups, Rules and Legal Practice*, Dordrecht, Springer, 2010.
- SCALIA, Antonin, *A Matter of Interpretation*, Princeton, Princeton University Press, 1997.
- SCARPELLI, Uberto, *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano, Edizione di Comunità, 1965.
- SHAPIRO, Scott, *Legality*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2011.
- _____, "On Hart's Way Out", *Legal Theory*, vol. 4, 1998.
- _____, "The "Hart-Dworkin" Debate: A Short Guide for the Perplexed", en A. Ripstein (ed.), *Ronald Dworkin*, Cambridge: Cambridge University Press, 2007.
- _____, "Was Inclusive Legal Positivism Founded on a Mistake?", *Ratio Juris*, vol. 22, 2009, pp. 326-338., aju_428 326.338
- SOPER, Philip, "Legal Theory and Obligation of the Judge: The Hart/Dworkin, Dispute", *Michigan Law Review*, vol. 75, 1977.
- TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae*, <http://www.corpusthomisticum.org/sth1001.html>.
- TROPER, Michel, "Une théorie réaliste de l'interprétation", en Jouanjan, Olivier (ed.), *Dossier Théories réalistes du droit*, Strasbourg: PU de Strasbourg, 2001.
- TUSHNET, Mark, *Taking the Constitution Away from the Courts*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1999.
- VILAJOSANA, Josep M., *El derecho en acción. La dimensión social de las normas jurídicas*, Madrid, Marcial Pons, 2010.
- _____, "Sobre recepción de normas", *Isonomia*, vol. 8, 1998.
- WALUCHOW, Wilfred J., *Inclusive Legal Positivism*, Oxford, Oxford University Press, 1994.
- WALDRON, Jeremy, "Normative (or Ethical) Positivism" en Coleman, Jules (ed.), *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2001.
- _____, "Vagueness and the Guidance of Action", Marmor, Andrei y Soames, Scott (eds.), *Philosophical Foundations of Language in the Law*, Oxford, Oxford University Press), 2011.