



Papeles el tiempo de los derechos

“EN DEFENSA DEL POSITIVISMO JURÍDICO (EXCLUYENTE)”

Roberto M. Jiménez Cano

Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Departamento de Derecho Internacional, Eclesiástico y Filosofía del Derecho. Universidad Carlos III de Madrid

Palabras clave: positivismo, referencias morales en las normas jurídicas, constitucionalismo

Número: 10

Año: 2010

EN DEFENSA DEL POSITIVISMO JURÍDICO (EXCLUYENTE)*

Roberto M. Jiménez Cano
Universidad Carlos III de Madrid

La mayoría de la literatura iusfilosófica actual considera al positivismo jurídico como una teoría general y descriptiva del Derecho¹. Su misión es, pues, explicar lo que se suele denominar “la *naturaleza* del Derecho” o identificar lo jurídico y delimitarlo respecto de lo no-jurídico. Si hasta aquí el acuerdo es casi unánime las discrepancias en el seno del positivismo jurídico se centran sobre el papel de la moral en el Derecho y, en concreto, acerca de si la moral puede determinar tanto la existencia como el contenido del Derecho. O, en otras palabras, si la moral puede ser fuente del Derecho. El positivismo incluyente responderá que, en efecto, la moral puede determinar en ocasiones tanto la existencia como el contenido del Derecho. El positivismo excluyente mantiene lo contrario.

1. ¿De qué moral se está hablando?

Cuando se plantea la cuestión de si la moral puede ser fuente del Derecho resulta necesario precisar el tipo de moral a la que se está haciendo referencia. Siendo esquemático, se puede hablar de moral individual referida al conjunto de principios sobre la conducta humana en relación a la idea que cada uno tiene del bien y del mal; de moral social (positiva o convencional) como el conjunto de principios sobre el comportamiento humano en relación a la idea que un determinado grupo tiene del bien y del mal; y, finalmente, de moral objetiva (universal, racional, ideal, crítica o correcta) bien como conjunto de principios verdaderos sobre la conducta humana que son justos en sí mismos, sin que su corrección o mérito (moral) tenga relación alguna con lo que

* *Paper* elaborado para la tercera sesión del Taller de Teoría del Derecho Iª edición (“Concepciones actuales del Derecho”), organizado por el Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” en el marco del programa Consolider “El tiempo de los derechos”.

¹ Véase al respecto JIMÉNEZ CANO, R.M., *Una metateoría del positivismo jurídico*, Madrid, Marcial Pons, 2008, pp. 37-40 y 63-83.

los seres humanos consideren bueno o malo, bien como norma objetivamente racional —producto de una teoría moral— aceptable por un auditorio racional².

Pues bien, cuando los autores incluyentes hablan de “moral” como posible fuente del Derecho sólo se puede estar aludiendo a la moral objetiva, porque en los otros casos todos los tipos de moral pueden ser reconducidos a hechos verificables empíricamente sobre lo que las personas consideran que es bueno o malo; cosa que nunca ha planteado ningún problema³. La moral tratada como hecho y no como valor independiente de las creencias de los individuos no ha planteado jamás un inconveniente para los iuspositivistas que defienden la clásica tesis de las fuentes sociales del Derecho, esto es, la tesis que mantiene que la existencia y el contenido del Derecho queda determinado únicamente por fuentes o hechos sociales⁴. Será precisamente el denominado positivismo excluyente quien defenderá dicha tesis clásica de las fuentes sociales. Aún así, y a raíz de la entrada en escena del denominado positivismo incluyente, actualmente se conoce al positivismo “tradicional” con los calificativos de duro, exclusivo o excluyente.

2. ¿Cómo se interpretan las referencias a la moralidad de las normas jurídicas?

En términos generales, el positivismo jurídico excluyente no niega que las normas jurídicas puedan estar motivadas por valores o principios morales, ni que los jueces, al decidir los casos, se comprometan con argumentos morales. Y, por supuesto, tampoco desconoce algo que por su obviedad iría contra los propios hechos, esto es, que

² POZZOLO, S., *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 2001, p. 153 e «Inclusive Positivism: Alcune critiche», *Diritto & Questioni pubbliche*, nº 1, 2001, pp. 169 y 170; COMANDUCCI, P., «Las conexiones entre el Derecho y la moral», *Derechos y Libertades*, nº 12, 2003, p. 19.

³ De hecho, HIMMA afirma que acudir a la moral objetiva es la opción genérica dentro del positivismo jurídico incluyente («Inclusive Legal Positivism», en Coleman, J. y Shapiro, S. -eds., *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2002, p. 250). KRAMER, por su parte, considera que algunas proposiciones morales son correctas y que su corrección o incorrección es independiente de lo que los individuos crean acerca de tales proposiciones (*Where Law and Morality Meet*, Oxford University Press, New York, 2004, nota 18 p. 73). COLEMAN ha abogado por un objetivismo (moral y jurídico) moderado («Second Thoughts and Other First Impressions», en Bix, B. (ed.), *Analyzing Law: New Essays in Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1998, p. 253). Y, finalmente, J.J. MORESO y J.M. VILAJOSANA abiertamente han declarado que si el objetivismo moral es una doctrina falsa, entonces el positivismo jurídico excluyente es una concepción del Derecho adecuada (*Introducción a la teoría del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 197).

⁴ RAZ, J., *La autoridad del Derecho. Ensayos sobre Derecho y moral* (1979), 2ª ed., trad. R. Tamayo, UNAM, México, 1985, pp. 58-62; BULYGIN, E., *El positivismo jurídico*, Fontamara, México, 2006, p. 110.

las leyes contienen referencias a valores o principios morales⁵. Los diferentes autores excluyentes tienen diversas posiciones al respecto.

En primer lugar, consideran que las referencias morales contenidas en las normas jurídicas son remisiones a sistemas normativos diferentes al Derecho. Así, se han considerado a estos casos como «supuestos de aparente incorporación», ya que, en realidad, no se está incorporando la moral, esto es, no se está haciendo que la moral sea parte del Derecho. Se distingue, así, entre normas que son parte del Derecho de un país y normas que son obligatorias de acuerdo con el Derecho de ese país, pero que no forman parte de su sistema jurídico⁶. En este sentido, las normas que contienen referencias a la moral tendrían un tratamiento similar a, por ejemplo, las situaciones resultantes de los conflictos de leyes propios del Derecho internacional privado y a la técnica del reenvío. En tales casos, se da efecto jurídico a ciertos estándares, pero sin que éstos pasen a formar parte del Derecho interno⁷. Entonces, no se aplica el Derecho propio, sino aquellas normas de otro sistema jurídico o de un sistema normativo distinto, por la sencilla razón de que es el propio Derecho el que reenvía a alguno de esos sistemas para resolver la cuestión⁸.

Esta explicación equiparable al reenvío no es más que una concreción de dos sentidos de validez del que a menudo hacen uso los teóricos del Derecho positivistas. Se trata de la validez como pertenencia y de la validez como aplicabilidad⁹. Una norma es

⁵ Véase, por ejemplo, BULYIGIN, E., *El positivismo jurídico*, cit., p. 109; ESCUDERO, R., «Arguments against Inclusive Legal Positivism», en Moreso, J.J. (ed.), *Legal Theory. Proceedings of the 22nd IVR World Congress, Granada, 2005, vol. I, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beihefte n° 106*, 2007, p. 47.

⁶ RAZ, J., «La incorporación por el Derecho» (2004), trad. R. Ruiz Ruiz y R.M. Jiménez Cano, *Derechos y Libertades*, n° 16, 2007, pp. 30-36. A juicio de este autor, los sistemas jurídicos conceden efecto jurídico a normas tales como los estatutos de una asociación, de una universidad, los contratos entre particulares y a muchas otras normas -por ejemplo, las que hay que aplicar a resultados de las normas de conflicto de leyes del Derecho internacional privado- sin que éstas sean parte del propio Derecho interno.

⁷ De esta opinión son también A. MARMOR y E. BULYIGIN, si bien el primero diferencia entre normas válidas y normas pertenecientes a un sistema jurídico (*Positive Law and Objective Values*, Oxford University Press, Oxford, 2001., pp. 50 y 51) y el segundo distingue, como se verá a continuación, entre normas pertenecientes a un sistema y normas meramente aplicables (*El positivismo jurídico*, cit., p. 103). De manera similar véase ESCUDERO, R., «Arguments against Inclusive Legal Positivism», cit., p. 52.

⁸ En este sentido, RAZ ha afirmado lo siguiente: «Creo que las referencias llamadas “incorporativas” a la moral pertenecen, junto con la doctrina de los conflictos de leyes, a una forma no incorporativa de dar a diferentes estándares normativos efecto jurídico sin integrarlos en el Derecho interno» («La incorporación por el Derecho», cit., p. 33).

⁹ Estos dos conceptos de validez son descriptivos pues declaran que una norma jurídica pertenece a un sistema o que una norma es jurídicamente obligatoria. Esto último es muy diferente al concepto normativo de validez según el cual una norma es moralmente obligatoria. Sobre los conceptos normativos y descriptivos de validez puede verse BULYIGIN, E., *El positivismo jurídico*, cit., pp. 98-103.

válida dentro de un sistema jurídico cuando pertenece a ese sistema¹⁰. Pero también se dice que una norma es válida cuando un operador jurídico está obligado a aplicarla en un determinado caso, entonces dicha norma es aplicable al caso¹¹.

De acuerdo con la diferencia entre pertenencia y aplicabilidad, el estándar moral del sistema extrajurídico sería aplicable por los operadores jurídicos del sistema jurídico en cuestión, pero no pertenecería a dicho sistema jurídico. Así, de acuerdo con el Derecho, los operadores jurídicos estarían jurídicamente obligados a aplicar dicho estándar moral a los casos concretos —con lo cual no se excluye la moral en la aplicación jurídica—, pero dicho estándar no sería Derecho —y con esto se excluye a la moral en la identificación jurídica—. Ahora bien, tienen razón los autores incluyentes al considerar que si bien uno no puede inferir que los principios morales son Derecho en virtud del hecho de que ellos sean obligatorios para los funcionarios judiciales tampoco se puede concluir, de acuerdo con el razonamiento expuesto, que las normas morales no sean normas jurídicas. Por tanto, la distinción entre pertenencia y aplicabilidad no puede resolver la cuestión de si los principios morales son o no parte del Derecho¹²

En segundo lugar, las “palabras morales” contenidas en las normas jurídicas pueden hacer referencia bien a la moral social de un grupo (similar al tratamiento del significado literal referido al uso ordinario de las expresiones en un grupo), bien a la subjetiva de un individuo. Es un hecho lo que la mayoría de un grupo o un único individuo crean que es bueno o malo, lo cual no implica que *per se* sea ni lo uno ni lo otro. Siendo la moral social y la moral subjetiva tipos de hechos sociales se podría seguir afirmando, sin problemas, que la existencia y el contenido del Derecho depende únicamente de hechos sociales.

En tercer y último lugar, tales “palabras morales” incluidas en las normas jurídicas podrían ir referidas no a la moral social o a la subjetiva, sino, por ejemplo, a la moral objetiva. No existe un acuerdo unánime a este respecto ni tampoco se pretende

¹⁰ Como señala BULYGIN, dicha aserción además de ser descriptiva es relativa, puesto que una norma puede pertenecer a un sistema y no a otro y puede pertenecer en un momento y no en otro (*El positivismo jurídico*, cit., p. 101).

¹¹ Con carácter general puede verse BULYGIN, E., «Tiempo y validez» (1982), en C. Alchourrón y E. Bulygin, *Análisis Lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 195-214; MORESO, J.J., *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la constitución*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 151-163; y NAVARRO, P.E., *et al.*, «Applicability of Legal Norms», *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. XVII, nº 2, July 2004, pp. 337-359. La aserción de que una norma es aplicable también es relativa a un sistema jurídico y a un determinado caso (BULYGIN, E., *El positivismo jurídico*, cit., p. 102).

¹² Vid. COLEMAN, J.L., «Beyond Inclusive Legal Positivism», *Ratio Juris*, vol. 22, nº 3, 2009, p. 367.

afirmar que todo autor excluyente ha de ser no-cognoscitivista en materia ética¹³, sin embargo esta posibilidad plantea serias dudas de índole tanto ontológica como epistemológica que se tratarán a continuación.

Sin embargo, existen posiciones minoritarias que consideran que el debate entre el positivismo jurídico incluyente y el positivismo jurídico excluyente acerca de la naturaleza moral de determinados conceptos contenidos en los preceptos constitucionales estaría equivocado en cuanto que ambas posturas parten de una asunción falsa: que cuando las normas jurídicas contienen palabras como «justicia» o «igualdad» u otras *palabras morales* están haciendo referencia a conceptos morales como «justicia», «igualdad», etc., cuando en realidad dichas palabras se refieren a conceptos jurídicos como «justicia» o «igualdad». Las palabras morales contenidas en las normas jurídicas no tienen, por tanto, un significado moral, sino un significado jurídico referido a un concepto jurídico que —si bien guarda una íntima relación con su correlato moral— no coincidiría exactamente con él, sino con la comprensión social que de dicho concepto moral se tiene. Desde que la moral correcta nunca cambia y las comprensiones sociales de las *palabras morales* contenidas en las normas jurídicas sí cambian, se puede presumir que dichas palabras morales tienen un significado diferente a los conceptos morales aun cuando éstos sean objetivos¹⁴. Ahora bien, esta construcción, si bien en la práctica conduce a resultados similares a los de seguir la moral social, resulta artificiosa, pues nada hay en el Derecho que indique que las *palabras morales* no se refieren a conceptos morales sino a conceptos jurídicos al igual que nada hace pensar que el término “centímetros” del art. 581 del Código Civil Español, relativo a la servidumbre de luces y vistas, sea un concepto jurídico y no del sistema métrico decimal. Las palabras morales pueden ser conceptos jurídicos si quedan definidas por el Derecho, pero mientras no sea así ellas remiten a otra esfera de la realidad. En efecto, una vez que el contenido de dichas palabras morales ha sido fijado, por ejemplo, por una norma jurídica, una ley o una sentencia judicial los operadores jurídicos ya tienen ante sí hechos sociales a los cuales acudir para determinar el contenido o la existencia de otras normas jurídicas. La cuestión se plantea cuando no existen tales fuentes o cuando se toman decisiones contrarias a tales normas jurídicas. La cuestión, por tanto, vuelve al punto de partida, es decir, a qué moral hacen referencia

¹³ Al respecto puede verse. CARACCIOLO, R.A., «Realismo moral vs. Positivismo jurídico», *Analisi e diritto*, 2000, pp. 37-44.

¹⁴ Véase esta posición en PRIEL, D., «Farewell to the Exclusive-Inclusive Debate», *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 24, n° 4, 2005, pp. 681-685.

dichas *palabras morales* interpretadas por primera vez o en contra de las disposiciones existentes.

3. La irrelevancia de la moral objetiva en la identificación del Derecho.

Es menester ocuparse ahora de si realmente las normas o los principios de moral objetiva pueden ser fuente del Derecho. Tal y como se ha apuntado, las referencias a la moral objetiva plantean serios problemas de índole ontológico y epistemológico. Respecto a la moral objetiva “verdadera” que depende de la existencia de “hechos morales” no se atenderán los cuestionamientos ónticos para evitar compromisos en teoría moral, sino únicamente a los epistémicos. En cuanto a la moral objetiva racional, fruto de teorías éticas normativas, no cabe duda de que no adolecen de los problemas ónticos, pero padecen de similares obstáculos cognoscitivos. En este último caso, existen varias y divergentes teorías morales que, por otra parte, no suelen ofrecer *códigos morales racionales* y, por ende, el operador jurídico deberá elegir subjetivamente entre una de ellas¹⁵.

Considérese, pues, la posibilidad de un sistema jurídico que defina un principio moral objetivo p como condición necesaria o suficiente de validez jurídica. Se trataría de cualquier sistema constitucional en el que se considere que bien los valores, principios o derechos fundamentales que contiene remiten a un principio p de moral objetiva o bien que dicho sistema incorpora tal principio p . Piénsese en que tal sistema conceda autoridad final —aquella cuyas decisiones no son revisables ni revocadas por ninguna otra autoridad subordinada¹⁶— a un tribunal supremo o constitucional t para dilucidar si una norma n es o no una norma jurídica del sistema.

En este caso, si t tuviera que decidir sobre si n satisface p , entonces su decisión obligaría jurídicamente al resto de operadores jurídicos y autoridades a él subordinadas de ese sistema respecto de si n satisface p y, por tanto, sobre la pertenencia y el contenido de n como norma jurídica del sistema s , aunque dicha decisión fuera equivocada al respecto del contenido de p .

En este sentido, si t sostiene de forma equivocada que n satisface p , entonces los operadores jurídicos tratarían a n como Derecho a pesar del hecho de que, como un

¹⁵ Véase COMANDUCCI, P., «Las conexiones entre el Derecho y la moral», *Derechos y Libertades*, n° 12, 2003, p. 20.

¹⁶ Sobre el concepto de autoridad final puede verse Sobre la definición de autoridad final, puede verse DWORKIN, R., *Los derechos en serio* (1977), 2ª ed., trad M. Gustavino, Ariel, Barcelona, 1989, p. 84 y HIMMA, K.E., «Final Authority to Bind with Moral Mistakes: on the Explanatory Potential of Inclusive Legal Positivism», *Law and Philosophy*, vol. 24, 2005, p. 4.

asunto de moral objetiva, *n* no satisficiera realmente *p*. Desde que, tras la decisión de *t*, *n* sería una norma de *s* a pesar de que no satisficiera realmente *p*, tal satisfacción no sería necesaria para que *n* contara como Derecho y *p* no funcionaría como una condición necesaria de juridicidad en *s*.

Por otro lado, si *t* sostiene de forma equivocada que *n* no satisface *p*, entonces los operadores jurídicos no tratarían a *n* como Derecho a pesar del hecho de que, como un asunto de moral objetiva, *n* satisficiera realmente *p*. Desde que, tras la decisión de *t*, *n* no sería una norma de *s* a pesar de que satisficiera realmente *p*, tal satisfacción no sería suficiente para que *n* contara como Derecho y *p* no funcionaría como una condición suficiente de juridicidad en *s*.

Tras esta breve explicación, cabe afirmar que las comunidades cuyos sistemas jurídicos concedan autoridad final a un tribunal, como es el caso de la mayoría de los sistemas jurídicos constitucionales, y en las que los operadores jurídicos y el resto de la población aceptan *de facto* tales decisiones como vinculantes asumen que si las remisiones que sus preceptos constitucionales hacen a la moral son a la moral objetiva entonces los tribunales finales se pueden equivocar en materia de dicha moral objetiva¹⁷. Si esto es así, y no se encuentra manera de cómo se podría afirmar que los tribunales no se pueden equivocar a la hora de decidir si una norma satisface los principios de la moral objetiva, entonces ésta es irrelevante como criterio de validez jurídica o como fuente del Derecho.

¿Y por qué pueden equivocarse los tribunales a este respecto? Sencillamente porque la verificación de la moral objetiva es ajena a métodos empíricos. Desde luego, y tal y como se ha señalado, al positivismo jurídico no le corresponde afirmar o negar la existencia de hechos morales ni determinar la verdad moral de los enunciados pero sí le atañe compromisos metodológicos con alguna teoría verificacionista de la verdad¹⁸. A mi juicio, la restricción apropiada para el positivismo jurídico no sería otra que la de la prueba de la evidencia sensible, concluyendo así que mientras que los enunciados sobre

¹⁷ Véase esta explicación en HIMMA, K.E., «Final Authority to Bind with Moral Mistakes: on the Explanatory Potential of Inclusive Legal Positivism», cit., pp. 15-16.

¹⁸ El verificacionismo al que aquí se hace referencia se corresponde con un sentido amplio que comprendería cualquier posición filosófica que rechace la teoría de la correspondencia de la verdad a favor de una restricción epistémica. Así, el verificacionismo incluiría cualquier visión que descartara el realismo “indescubrible”, esto es, de verdades sobre el mundo que sean resistentes al descubrimiento o que trasciendan la habilidad o la capacidad para averiguadas, bien porque se defiendan una concepción epistémica de la verdad, bien porque se estime que el contenido de un enunciado depende de la prueba de su verdad. Véase a este respecto OKASHA, S., «Verificationism, Realism and Scepticism», *Erkenntnis*, 55, 2001, 372.

realidades morales objetivas no puedan verificarse empíricamente tanto su existencia como su inexistencia es irrelevante¹⁹. La moral objetiva no condiciona la validez del Derecho porque no es posible demostrar empíricamente que las decisiones de las autoridades jurídicas se conforman con dicha moral objetiva²⁰. A falta de dicha comprobación las decisiones de las autoridades finales devienen jurídicamente obligatorias aunque dichas decisiones fueran equivocadas desde el punto de vista de la moral objetiva. Aún más, si tales decisiones son tomadas por dicha autoridad en el marco de sus normas de competencia, las cuales fijan los criterios formales que rigen sobre qué, cuándo y cómo las autoridades jurídicas finales pueden decidir, entonces tales decisiones son válidas. Tal conclusión confirmaría que la creación, modificación o derogación del Derecho representadas por los actos jurídicos de una autoridad final únicamente se vería afectada por criterios formales de validez jurídica²¹.

Cierto es que el método científico tampoco resuelve todas las discrepancias fácticas, pero no lo es menos que aunque puede haber un procedimiento o una metodología para alcanzar la verdad moral, dicho procedimiento no es un método generalmente aceptado por la comunidad científica y supera las capacidades “sensibles” de su descubrimiento²². Es decir, el positivismo jurídico no rechaza la existencia ni de hechos morales ni de métodos morales para acceder a su conocimiento –y descubrirlo no es tarea del positivismo jurídico-, sino que abraza un método científico de verificación de los hechos y proposiciones relevantes para el Derecho mediante el cual éste queda determinado únicamente por hechos *comprobables* empíricamente a través de procedimientos²³.

¹⁹ A este respecto señala QUINE que los significados de las palabras han de descansar en la evidencia sensible («Naturalización de la epistemología», en *La relatividad ontológica y otros ensayos*, trad. M. Garrido y J. L. Blasco, Madrid, Tecnos, 1974, p. 100).

²⁰ S. POZZOLO, por su parte, ha considerado que el Derecho identificado según la moral objetiva sería incognoscible, pues la moral objetiva, al no poder reducirse a hechos, no admitiría una verificación empírica. Véase, de esta autora, «*Inclusive Positivism: Alcune critiche*», *Diritto & Questioni pubbliche*, nº 1, 2001, p. 175

²¹ Es ésta la conclusión a la que llega ESCUDERO («Ronald Dworkin y el positivismo incluyente: dos posiciones muy cercanas», en Ramos Pascua, J.A. y Rodilla, M.A. (eds.), *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2006, p. 317).

²² Estas ideas, aunque con algunos añadidos, resumen lo expuesto por J. WALDRON en *Derecho y desacuerdos* (1999), trad. J.L. Martí y A. Quiroga, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 211-212. En un sentido similar, puede verse también COMANDUCCI, «Las conexiones entre el Derecho y la moral», cit., p. 20; y BULYGIN, *El positivismo jurídico*, cit., pp. 112 y 120.

²³ Es tradicional que el positivismo haya usado dos tipos de procedimiento de comprobación de validez de las normas jurídicas, bien el hecho de estar puestas por cierta autoridad (creadora), bien por el hecho de ser efectivamente seguidas por determinadas personas o autoridades (generalmente aplicadoras). A este respecto puede verse BOBBIO, N., *El problema del positivismo jurídico* (1965), trad. E. Garzón Valdés, Fontamara, México, 2004, p. 49. Sin embargo, También es posible que una autoridad a la hora de

La moral objetiva, pues, no condicional la validez del Derecho porque no es posible demostrar empíricamente que las decisiones de las autoridades jurídicas se conforman con dicha moral objetiva. A falta de dicha comprobación las decisiones de las autoridades finales aceptadas devienen jurídicamente obligatorias aunque dichas decisiones fueran erróneas desde el punto de vista de la moral objetiva. Aún más, si tales decisiones son tomadas por dicha autoridad en el marco de sus normas de competencia que fijan los criterios formales que rigen sobre qué, cuándo y cómo las autoridades jurídicas finales pueden decidir, entonces tales decisiones son válidas. Tal conclusión confirmaría que la creación, modificación o derogación del Derecho representadas por los actos jurídicos de una autoridad final únicamente se verían afectadas por criterios formales o fácticos de validez jurídica.

4. La opción más plausible.

Una vez descarta la relevancia de la moral objetiva para la identificación del Derecho queda interrogarse sobre el tipo de moral determinante para esta tarea, la moral social o la subjetiva. La moral racional objetiva conduce, como se ha señalado, a una opción valorativa subjetiva del operador jurídico. La moral objetiva verdadera, por su parte, lleva a resultados semejantes pues el operador no tiene manera generalmente acordada de demostrar que su valoración no es subjetiva.

Optar por la moral social tiene especiales atractivos. Por una parte, parece ser la repuesta tradicional de los juristas y, en este punto, que las remisiones a la moral se encuentren en normas jurídicas con rango constitucional u ordinario tampoco ha planteado mayores problemas. Dichas referencias han estado presentes a lo largo de los siglos y no son una novedad de las constituciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial. Por ello, cuando los tribunales ordinarios o constitucionales se han visto llamados a interpretar el término “moral” generalmente lo han hecho entendiendo que se refiere a la moral social. Basten para ejemplificar esta afirmación dos sentencias, una

producir una norma jurídica vulnerase un criterio formal y que, pese a ello, los operadores jurídicos consideran a dicha norma como parte del sistema. Por ejemplo, podría darse el caso de que el Congreso de los Diputados de España aprobase una Ley Orgánica sobre alguna materia no incluida en el artículo 81.1 de la Constitución Española y que dicha decisión no fuera recurrida o que el Tribunal Constitucional, tras la resolución de un recurso de inconstitucional ante él planteado, considerase que tal Ley es constitucional. Ahora bien, que el problema que se ha visto sobre las decisiones de la última autoridad y la moral objetiva se pueda repetir en la interpretación de criterios formales no es defensa para los incorporacionistas, puesto que, por una parte, no anula las razones antes expuestas y, por otra, vendría a reafirmar que son las decisiones de las autoridades jurídicas, equivocadas o no, contenidas en fuentes sociales y no la moral las que determinan la existencia y el contenido del Derecho.

del Tribunal Supremo y otra del Tribunal Constitucional, ambos de España. En la Sentencia del Tribunal Supremo nº 371/1993 (Sala de lo Civil), de 19 abril de 1993, puede leerse en su fundamento jurídico segundo que «para establecer la ilicitud de la causa ha de atenderse no sólo que sea contraria a la Ley, sino también a la moral social y buena fe necesarias en las relaciones humanas (art. 1255 del Código Civil)». Recuérdese que el artículo 1255 del Código civil propugna que «los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden públicos». La literalidad de dicho artículo habla de “moral” y no de “moral social”. Aún así, el Tribunal da por sentado que la moral a la que hace referencia dicho artículo es la moral social.

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 62/1982, de 15 de octubre de 1982, analiza si la “moral” puede servir como límite al ejercicio del derecho fundamental de libertad de expresión. El Tribunal, en el fundamento jurídico tercero de la sentencia, afirma que «el principio de interpretación de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España (art. 10.2 de la Constitución), nos lleva así a la conclusión de que el concepto de moral puede ser utilizado por el legislador como límite de las libertades y derechos reconocidos en el art. 21 de la Constitución». Y ello porque «tanto en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, como en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, y en el Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, se prevé que el legislador puede establecer límites con el fin de satisfacer las justas exigencias de la moral (art. 29.2 de la Declaración), para la protección de la moral pública [art. 19.3 b) Convenio de Nueva York], para la protección de la moral (art. 10 Convenio de Roma)». Finalmente concluye «la moral pública -como elemento ético común de la vida social- es susceptible de concreciones diferentes según las distintas épocas y países, por lo que no es algo inmutable desde una perspectiva social». En definitiva, el Tribunal Constitucional otorga el mismo tratamiento o lee indistintamente “moral” como “moral pública” y “moral pública” como “moral social”.

La moral social, además, al estar basada en fuentes o hechos sociales —como pueden ser las costumbres, los hábitos, los usos, las creencias y las concepciones comunes de un grupo— difuminaría el fantasma de la arbitrariedad. Finalmente, la comprobación empírica de las creencias morales de los operadores jurídicos o de las

personas de un grupo —como hechos sociales— no representaría ningún problema para el positivismo filosófico o jurídico²⁴.

Ahora bien, aunque la moral social pudiera, en teoría, alejar el arbitrio judicial resulta dudoso afirmar que, en la práctica, se posean los instrumentos necesarios para precisar la moral de un grupo social o de un país. Si los problemas de verificación de la moral social no son demasiado serios restaría superar, como señala Comanducci, otros dos problemas: la falta de homogeneidad moral de la sociedad en muchas materias y la incorporación ya en fuentes jurídicas de las mínimas materias morales compartidas, lo que remitiría a la moral personal en el primer caso y, en el segundo caso, a una moral social que devendría superflua “por estar juridificada”²⁵. Ahora bien, si los problemas de verificación de la moral social fueran graves la solución de los operadores jurídicos a la hora de determinar el contenido de la moral referida en las normas jurídicas podría ser acudir a la moral personal o subjetiva.

Cierto es, no obstante, que si la moral a la que hicieran referencia las normas jurídicas se identificara con la moral individual de cada uno de los operadores jurídicos el resultado sería la total falta de certeza al no haber un único juez, sino multitud de ellos. Ésa parece la razón principal por la cual algunos iuspositivistas no suelen identificar las referencias morales de las normas jurídicas con la idea que de cada una de ellas tenga cada operador jurídico, mas el obstáculo para entender que dichas remisiones lo son a la moral subjetiva es de carácter ideológico y no factual. Sin embargo, que no deba ser así no quiere decir ni mucho menos que no sea así y que, de hecho, sea la opción más plausible y el tipo de moral más relevante para identificar las “palabras morales” contenidas en las normas jurídicas.

²⁴ Para el positivismo filosófico véase AYER, A.J., *Lenguaje, verdad y lógica* (2ª ed., 1946), trad. M. Suárez, Planeta, Barcelona, 1994, pp. 122-123, para quien los conceptos éticos descriptivos sí pueden ser definidos en términos fácticos, pero no aquellos conceptos éticos que, como los normativos, no admiten un juicio de verdad o falsedad. Respecto al positivismo jurídico puede verse RAZ (*La autoridad del Derecho*, cit., nota 7, p. 65), ESCUDERO (*Los calificativos del positivismo jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral*, Civitas, Madrid, 2004, p. 252; y «Ronald Dworkin y el positivismo incluyente: dos posiciones muy cercanas», cit., p. 318); y ANSUÁTEGUI («Positivismo jurídico y sistemas mixtos», en Ramos Pascua, J.A. y Rodilla, M.A. (eds.), *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2006, pp. 609 y 610).

²⁵ COMANDUCCI, P., «Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico», trad. de Miguel Carbonell, *Isonomía*, nº 16, abril 2002, pp. 111-112; y «Las conexiones entre el Derecho y la moral», cit., pp. 21-23. Sin embargo, en el caso de una sociedad pluralista con falta de homogeneidad moral, se ha invocado como “moral social” a la que siempre se remite el Derecho, a la dominante o predominante, medición ésta dejada al arbitrio del juez o a las encuestas públicas. Véase esta propuesta en RODRÍGUEZ MOLINERO, M., «La Moral en el Derecho vigente», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 28, 1998, p. 126.

5. La(s) tesis del positivismo excluyente.

Si lo anterior diferencia al positivismo excluyente del incluyente el primero queda individualizado no en relación a una comparación con el segundo, sino por la sustentación de una o varias tesis sobre la determinación del Derecho. De entre las variadas tesis que se han sostenido, si existe una tesis que caracteriza al positivismo excluyente no es otra que la tesis social o tesis de las fuentes sociales. Incluso los autores excluyentes e incluyentes están de acuerdo en afirmar que, a pesar de interpretaciones diversas, ninguna pretensión es más central para el positivismo jurídico que la tesis de que el origen del Derecho radica en hechos sociales²⁶. De acuerdo con ella, tanto la existencia como el contenido del Derecho están determinados únicamente por hechos sociales, es decir, por los comportamientos, actitudes y creencias de los miembros de una sociedad. La tarea del positivismo jurídico es, por tanto, identificar y explicar, en cualquier tiempo y lugar, los hechos sociales relevantes que determinan el Derecho.

No obstante, la tesis más tradicional del positivismo jurídico es, sin duda, la de la separación entre Derecho y moral. Tal vez, precisamente por ser la tesis de la separación la más tradicional, la misma se ha nutrido de múltiples dimensiones, versiones y, aún más, en muchas ocasiones, la misma tesis se ha utilizado para designar cosas muy diferentes²⁷. Una manera clásica de enunciar esta tesis no es más que afirmar que no existe una conexión necesaria entre Derecho y moral²⁸. Ahora bien, no queda

²⁶ De esta opinión son, entre otros, RAZ (*La autoridad del Derecho*, cit. p. 56), COLEMAN (*The Practice of Principle. In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 2001, p. 75.) y HIMMA («Inclusive Legal Positivism», cit., p. 126).

²⁷ Según Klaus FÜßER la tesis de la separación se puede conceptualizar como la pretensión de que la definición del concepto de Derecho debe estar libre de consideraciones morales -así lo ha entendido la teoría jurídica alemana- o como aquella que estima que no hay conexión necesaria entre Derecho y moral -como la ha hecho la teoría jurídica angloamericana seguidora de HART-. No obstante, aún se puede encontrar una mayor especificación en la teoría anglo-americana, pues, por una parte, la tesis de la separación se puede entender como aquella demanda según la cual no es de ningún modo una verdad necesaria que las leyes reproducen o satisfacen ciertas exigencias de la moral. Ésta habría sido la opción de HART. A esta tesis la denomina FÜßER como la tesis de la falibilidad. La segunda versión anglo-americana de la tesis de la separación vendría a decir que ninguna referencia a la justicia o a otros valores morales están en la definición de Derecho. Ésta versión será denominada por FÜßER como la tesis de la neutralidad. Véanse las diferencias en su trabajo «Farewell to 'Legal Positivism': The Separation Thesis Unravelling», en George, R.P. [ed.], *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism*, pp. 120 y 121). Por su parte, J.C. BAYÓN entiende que la tesis de la separación puede desglosarse en dos tesis diferentes: por un lado, la de la no conexión identificatoria entre Derecho y moral; y, por otro, la del valor moral contingente del Derecho. Véase esta diferencia en «El contenido mínimo del positivismo jurídico», en Zapatero, V. (ed.), *Horizontes de la Filosofía del Derecho. Homenaje a Luis García San Miguel*, tomo II, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá de Henares, Madrid, 2002, pp. 39 y ss.

²⁸ HART, H.L.A., «El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral» (1958), en *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, trad. G. R. Carrió, Depalma, Buenos Aires, 1962, p. 16, nota 25. La definición de esta tesis se expone también en HART, H.L.A., «El nuevo desafío al

muy claro qué se quiere decir con esto. Si el Derecho y la moral son, de algún modo, parecidos entonces existe una conexión necesaria entre ellos²⁹. Así que podría parecer que lo que realmente se esconde tras el eslogan “la no conexión necesaria entre Derecho y moral” no es más que la negación, por parte del positivismo jurídico, de casi la totalidad de los vínculos importantes entre Derecho y moral que han sido postulados por las teorías del Derecho natural³⁰. Es decir, la tesis de la separación le ha servido al positivismo jurídico como réplica a cada uno de los ámbitos de aplicación de las teorías del Derecho natural, como si el debate entre ambas líneas de pensamiento pudiera resumirse en la afirmación (para el positivismo) o la negación (para el iusnaturalismo) de dicha tesis³¹. Por todo ello, definir la tesis de la separación entraña una mayor dificultad que la de definir cualquier otra tesis iuspositivista.

En un intento de clarificar el significado de la tesis de la separación, Matthew Kramer ha diferenciado tres dimensiones de la misma que representan, a su vez, distintos ámbitos de discusión entre el positivismo jurídico y sus detractores, en especial, los teóricos del Derecho natural: el de la moralidad frente a la de inmoralidad, el de la moralidad frente a la prudencia y el de la moralidad frente a la factualidad³².

El ámbito de confrontación ente moralidad e inmoralidad incumbe a la clásica distinción iuspositivista entre el Derecho como *es* y el Derecho como *debe ser* o, en otras palabras, entre el ser del Derecho y sus méritos morales. Éste parece haber sido el

positivismo jurídico», trad. L. Hierro, F.J. Laporta y J.R. de Páramo, *Sistema*, nº 36, 1980, p. 7. En este sentido, para HART «no puede discutirse seriamente que el desarrollo del derecho, en todo tiempo y lugar, ha estado de hecho profundamente influido tanto por la moral convencional y los ideales de grupos sociales particulares, como por formas de crítica moral esclarecida [...], aunque esta proposición puede, en algún sentido, ser verdadera, no se sigue de ella que los criterios de validez de normas particulares usados en un sistema jurídico tengan que incluir, en forma tácita si no explícita, una referencia a la moral o a la justicia». De esta forma, HART entiende «por “Positivismo Jurídico” la afirmación simple de que en ningún sentido es necesariamente verdad que las normas jurídicas reproducen o satisfacen ciertas exigencias de la moral, aunque de hecho suele ocurrir así» (*El concepto de Derecho* (1961), trad. G.R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, pp. 229 y 230, respectivamente). Sobre los diferentes planos en los que puede hablarse de las conexiones entre Derecho y moral, véase COMANDUCCI, P., «Las conexiones entre el Derecho y la moral», cit., pp. 16-25.

²⁹ En efecto, a juicio de J. GARDNER, el Derecho y la moral son parecidos, luego existe entre ellos una conexión necesaria («Legal Positivism: 5½ Myths», *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 46, 2001, p. 223). Esto parece indudable en cuando que, como señala M. KRAMER, si la moral y el planeta Júpiter guardan innumerables similitudes (pues, por ejemplo, ninguno de ellos son un paraguas, una tarta de crema o un pedazo de papel en blanco), dichas similitudes resultan más evidentes entre la moral y el Derecho (*Where Law and Morality Meet*, p. 224). Que entre Derecho y moral existen algunas conexiones necesarias también ha sido puesto de relieve por RAZ. Al respecto puede verse, entre otros trabajos, «La incorporación por el Derecho», cit., p. 38.

³⁰ Vid. KRAMER, M., *Where Law and Morality Meet*, cit., p. 225.

³¹ Así parece configurar HART la tesis de la separación, al considerar que una de las cuestiones acerca de las relaciones entre Derecho y moral puede presentarse en la forma del conflicto entre el Derecho natural y el positivismo jurídico a la hora de afirmar o negar la conexión necesaria entre uno y otra (*El concepto de Derecho*, cit., pp. 229 y 230).

³² Véase ahora KRAMER, M., *Where Law and Morality Meet*, cit., pp. 232-236.

primer ámbito, cronológicamente hablando, de discusión entre el iusnaturalismo y el positivismo jurídico. No se trata sólo de las palabras de Austin dentro de la jurisprudencia analítica inglesa, sino que esta idea de diferenciar entre lo moral y lo jurídico aparece ya algún tiempo antes en la Europa continental de la Codificación, a caballo entre el iusnaturalismo racionalista y el iuspositivismo, en la que Jean-Étienne-Marie Portalis escribía que «lo que no es contrario a las leyes, es lícito. Pero lo que les es conforme, no siempre resulta honesto; pues las leyes se ocupan más del bien político de la sociedad que de la perfección moral del hombre»³³.

La dicotomía ente moralidad y prudencia afecta la esfera de la normatividad del Derecho, es decir, a su fuerza obligatoria y a la obediencia de éste. En este punto, el debate se ha centrado en si la normatividad del Derecho procede de razones (para la acción) morales o prudenciales³⁴.

Por último, el ámbito entre la moralidad y la factualidad se centra en dos áreas de discusión. En primer lugar, en la disputa acerca de si los esfuerzos de los operadores jurídicos a la hora de identificar la existencia y el contenido del Derecho se guían por consideraciones morales o exclusivamente referidas a hechos sociales. En segundo lugar, el debate se desarrolla en la esfera metodológica, trascendiendo el sentido de la separación entre moral y Derecho y ateniéndose a la cuestión de la separación entre la teoría moral y la teoría del Derecho o el no compromiso de ésta con aquélla.

De estos tres ámbitos en los que se desarrolla la tesis de la separación, ni el segundo ni el tercero tienen una autonomía propia para caracterizar al positivismo jurídico como teoría del Derecho. En efecto, las relaciones entre moralidad y prudencia se centran en los temas de la normatividad y la obediencia del Derecho, los cuales escapan del ámbito de la teoría del Derecho en sentido restringido, puesto que se configura el iuspositivismo como una teoría descriptiva en el ámbito de la identificación (y, en su caso, de la aplicación) del Derecho; ámbito que quedaría excedido tanto por las cuestiones de su normatividad como las razones que llevan a obedecerlo. Por su parte, las relaciones entre moralidad y factualidad o bien conducen a la tesis de los hechos sociales o a un debate metodológico.

³³ PORTALIS, J.E.M., *Discurso preliminar al Código civil francés* (1801), trad. I. Cremades y L. Gutiérrez-Masson, Civitas, Madrid, 1997, p. 49.

³⁴ Como sostiene BULYGIN, el tema de la normatividad del Derecho, su obligatoriedad, su fuerza vinculante y la pregunta de si el Derecho proporciona razones para la acción son lo mismo (*El positivismo jurídico*, cit., p. 96).

En definitiva, el único ámbito de actuación que puede considerarse como propio de la tesis de la separación no es otro que el de moralidad e inmoralidad, es decir, la tesis moral del positivismo jurídico vendría a sostener que una cosa es la existencia del Derecho y otra muy diferente su evaluación. El Derecho puede existir con independencia de que sea justo o injusto y, por ende, el valor moral del Derecho es contingente³⁵. Así considerada la tesis de la separación, ésta no puede ser más que un corolario de la tesis social³⁶: lo que el Derecho es no puede depender de su adecuación a la moral (objetiva, ideal o correcta)³⁷.

Par finalizar, se han considerado otras tesis como propias del positivismo excluyente, tales como la tesis de la discrecionalidad judicial, de acuerdo con la cual cuando el Derecho está indeterminado en un caso concreto el juez debe acudir a su discrecionalidad creando Derecho *ex post facto* para el caso concreto³⁸. Ahora bien, dicha tesis no tiene carácter general o universal, pues dependerá de que el sistema jurídico en cuestión obligue, a través de la prohibición del *non liquet*, al juez a resolver el caso o no le obligue.

³⁵ De esta forma, la tesis moral del positivismo jurídico recuerda a lo que RAZ denomina con ese mismo nombre -y no con el de tesis de la separación-, la cual hace hincapié en el valor moral contingente del Derecho (*La autoridad del Derecho*, cit. p. 56).

³⁶ De esta opinión es VILAJOSANA en «El positivismo jurídico convencionalista», en RAMOS Pascua, J.A. y Rodilla, M.A. (eds.), *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2006, p. 521. Parece claro sostener esa tesis, pues decir que el Derecho es una cosa y su mérito otra supone asumir que en alguna medida ya se conoce qué es y qué no es Derecho (BIX, B., «Descripción y razonamiento jurídico», trad. R. Sánchez Brigido, en *íd.*, *Teoría del Derecho: ambición y límites*, Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 99). Por su parte, BAYÓN considera que sí existe una identificación entre la tesis de las fuentes y la de la separación o, más bien, que la primera sería el núcleo más sólido de la segunda («El contenido mínimo del positivismo jurídico», cit., pp. 37, 39 y 45).

³⁷ Así la definen MORESO y VILAJOSANA en su *Introducción a la teoría del Derecho*, cit., p. 197.

³⁸ Véase esta tesis en HART, H.L.A., «El nuevo desafío al positivismo jurídico», cit., pp. 5 y 6.