

CONSTITUCIONALISMO Y POSITIVISMO (1)

ALFONSO GARCIA FIGUEROA

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL PREJUICIO ANTIPOSITIVISTA.—III. ¿QUÉ SE ENTIENDE POR «CONSTITUCIONALISMO»?—IV. ¿QUÉ SE ENTIENDE POR «POSITIVISMO»?—V. EL CONSTITUCIONALISMO CONTRA EL POSITIVISMO.—VI. PARA UNA DISCUSIÓN SIN PREJUICIOS.

I. INTRODUCCIÓN

Con cierto retraso sobre el momento previsto para su publicación, sale por fin a la luz *Constitucionalismo y Positivismo* del Catedrático de Filosofía del Derecho en Toledo, Luis Prieto Sanchís. En otros ámbitos de la reflexión jurídica, este desfase condenaría a la obra en cuestión al destierro desde su sección correspondiente en los catálogos hacia la de Historia del Derecho. Afortunadamente, la filosofía jurídica escapa a los devastadores efectos que puede provocar *una sola palabra del legislador* y nos hallamos ante una obra que analiza problemas centrales en la discusión iusfilosófica más actual. Esto no significa, por cierto, que estos problemas hoy vigentes sean nuevos. En rigor, sólo nos hallamos ante nuevos cauces para la discusión de viejas cuestiones que se plantean de manera recurrente, pero bajo circunstancias inéditas y un cuerpo doctrinal renovado.

En efecto, *Constitucionalismo y Positivismo* analiza un viejo problema, la plausibilidad del positivismo jurídico, en el nuevo marco del Estado de dere-

(1) LUIS PRIETO SANCHÍS: *Constitucionalismo y Positivismo*, Fontamara, México, 1997. En lo que sigue, las páginas que en el texto figuran entre paréntesis se refieren a este libro.

cho constitucional. Durante los últimos años numerosos autores han insistido en que el positivismo jurídico no es capaz de ofrecer un concepto de derecho adecuado para este modelo jurídico-político. Se trata de uno de los flancos del ataque abierto contra un positivismo jurídico que «se bate en retirada» (págs. 8, 93), en lo que supone el fin de una hegemonía positivista de doscientos años (2).

Pero ¿cuál es la aportación del constitucionalismo contra el positivismo jurídico? Los puntos de conexión entre ambos conceptos no parecen, en efecto, evidentes ni mucho menos (pág. 7). Prieto (1) disecciona el significado de cada una de ambas doctrinas, (2) analiza la relevancia de las particularidades del Estado constitucional que quedarían fuera del alcance explicativo del positivismo jurídico y, finalmente, (3) rechaza la pretendida incompatibilidad entre las exigencias del Estado de derecho constitucional y el positivismo jurídico, declarándose partidario de un «constitucionalismo positivista» (pág. 58). Sin embargo, lo que sigue no es propiamente una exposición *seriatim* de los contenidos de este libro. Muchos de sus argumentos son reformulados libremente con una finalidad simplificadora o contextualizadora y en otras ocasiones me separaré de sus contenidos para expresar otros sugeridos por su lectura.

II. EL PREJUICIO ANTIPOSITIVISTA

Muy a menudo, las afirmaciones de los juristas acerca del positivismo jurídico son a un tiempo desfavorables y poco meditadas. Cuando estos dos rasgos se combinan nos hallamos normalmente ante un prejuicio. En este sentido, la cultura jurídica occidental ha promovido un prejuicio contra el positivismo jurídico. Este prejuicio forma ya parte de los presupuestos de la dogmática jurídica y, en consecuencia, la dogmática jurídica intenta fundamentar y consolidar tal prejuicio como una manera de justificar su propio estilo de pensamiento. Por si esto fuera poco, el antipositivismo jurídico proporciona una legitimidad al derecho (que siempre sería justo en alguna medida), de la que también se beneficia la propia ciencia jurídica (que entonces no sólo colabora con una obra del poder, sino también con una empresa justa). Por tanto, es importante resaltar que la ciencia jurídica dogmática es parte interesada en el debate entre positivismo y no positivismo y, por esta razón, el concepto de derecho que ésta pueda sostener merecería al menos cierta desconfianza. De entre los diversos cultores de la dogmática jurídica, quizá los constitucionalistas se

(2) Vide H. L. A. HART: «Law in the Perspective of Philosophy: 1776-1976», en *Essays on Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon, Oxford, 1988 (reimpr.), págs. 145-158.

hallen en la mejor predisposición para encontrar puntos de conexión entre el derecho y la moral. De hecho, el constitucionalismo moderno ha impulsado la incorporación a los textos constitucionales de numerosos ideales morales y políticos. Esto explica que, como bien señala Prieto (3), este antipositivismo suele ser practicado por «filósofos del derecho con vocación de constitucionalistas» como, por ejemplo, Alexy, Dworkin o Nino y por «constitucionalistas con vocación de filósofos del derecho», como Zagrebelsky.

III. ¿QUÉ SE ENTIENDE POR «CONSTITUCIONALISMO»?

Por «constitucionalismo» parece que podemos entender al menos:

a) La doctrina superadora del liberalismo decimonónico que ha favorecido un nuevo modelo jurídico-político, proporcionándole una cobertura conceptual y normativa (pág. 15).

b) Por extensión, dado que esta doctrina ha impulsado un cierto antipositivismo, parece que por «constitucionalismo» podemos entender también la doctrina antipositivista cuyos argumentos se apoyan en la constatación de ciertas peculiaridades del nuevo modelo de derecho fuera del poder explicativo del positivismo jurídico. El núcleo del libro de Prieto trata esta acepción de constitucionalismo, que podríamos llamar *antipositivismo constitucionalista*.

Los rasgos del modelo jurídico del Estado de derecho constitucional se condensan en unas propiedades que se explican mejor al contraste con sus opuestas en el Estado de derecho liberal. En este punto Prieto (pág. 16) se adhiere a Alexy (4), en cuya opinión este nuevo modelo supone la irrupción o el predominio de los primeros miembros de los siguientes pares de elementos: *valor/norma; ponderación/subsunción; omnipresencia de la Constitución/independencia del derecho ordinario; omnipotencia del juez/autonomía del legislador*. Estos fenómenos expresan consecuencias del proceso de «rematerialización» (5) o «sustancialización» del derecho (pág. 16) que ha supuesto la incorporación a las modernas constituciones de numerosos principios de la

(3) L. PRIETO SANCHÍS: «La doctrina del Derecho natural», en J. BETEGÓN, M. GASCÓN, J. R. DE PÁRAMO y L. PRIETO: *Lecciones de Teoría del Derecho*, Mac Graw-Hill, Madrid, págs. 31-66, aquí pág. 65.

(4) R. ALEXY: *El concepto y la validez del derecho*, trad. de Jorge M. Seña, Gedisa, Barcelona, 1994, pág. 160. Del mismo autor, vide también «Rechtssystem und praktische Vernunft», en *Rechtstheorie*, vol. 18 (1984), cuaderno 4, págs. 405-419, aquí pág. 406.

(5) La expresión es de M. LA TORRE: «Derecho y conceptos de Derecho. Tendencias evolutivas desde una perspectiva europea», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 16, págs. 70-71.

«ética de la modernidad» (pág. 49). Esto significa que el derecho habría asumido como propia la moral crítica, viniendo a terminar con el postulado positivista de la separación de derecho y moral.

En resumen, el derecho bajo estas circunstancias habría experimentado, a juicio de algunos autores, una verdadera «mutación genética» (6), que incapacitaría al positivismo jurídico para dar cuenta del derecho. Éste es el núcleo del antipositivismo principialista. La referida materialización del derecho ha dado lugar, como constata nuestro autor, a cambios en la estructura de las normas, la teoría de las fuentes, la teoría de la interpretación y la propia ciencia jurídica.

i) *La estructura de las normas.* Frente a las tradicionales reglas, hoy se aplican principios y se invocan valores constitucionales de un elevado grado de vaguedad (págs. 29 ss.), cuyo recurso favorece la actividad argumentativa del juez. Ésta es una cuestión de gran importancia de la que Prieto se ha ocupado con detenimiento anteriormente (7) y representa el núcleo de un no positivismo principialista desarrollado por Dworkin en el ámbito angloamericano y por Alexy en el continental (8).

ii) *La teoría de las fuentes.* La preeminencia de la constitución ha contribuido a la llamada «muerte de la ley» (pág. 34), un fenómeno más amplio, fruto de un verdadero «desbordamiento de las fuentes del derecho» (9), provocado por la irrupción de normas supranacionales, la abundancia y revalorización de los reglamentos o la autonormación por parte de ciertos agentes sociales como los sindicatos y los empresarios. En realidad, estos cambios en la esfera jurídica traducen los que se verifican en la esfera política (fundamentalmente una relativización del concepto de soberanía), los cuales, a su vez, reflejan ciertos cambios en la propia sociedad como el auge del pluralismo, la situación de multiculturalismo, la transnacionalización en todos los órdenes, etc. (10).

iii) *La teoría de la interpretación.* También se ha transformado, porque la aplicación de principios aboca al juez a un razonamiento jurídico presidido por la ponderación de valores contrapuestos, cuya armonización corresponde a la

(6) «Un vero e proprio mutamento genetico», dice G. ZAGREBELSKY: *Il diritto mite*, Einaudi, Turín, 1992, pág. 39. Existe traducción al castellano de MARINA GASCÓN: *El derecho dúctil*, con epílogo de Gregorio Peces-Barba, Trotta, Madrid, 1995.

(7) Vide L. PRIETO SANCHÍS: *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.

(8) Me he ocupado de esta cuestión en *Principios y positivismo jurídico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.

(9) Vide A. E. PÉREZ LUÑO: *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*, Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, Sevilla, 1993.

(10) Vide G. ZAGREBELSKY: *El Derecho dúctil*, op. cit., págs. 17 ss.

razonable actividad del juez, que deja así de ser un aplicador mecánico de las normas, para convertirse, con más razón, en un verdadero «órgano heterónomo de producción jurídica» (11).

iv) *La ciencia jurídica*. Desde una perspectiva metodológica y epistemológica, el constitucionalismo impulsa una ciencia jurídica comprometida.

IV. ¿QUÉ SE ENTIENDE POR «POSITIVISMO»?

Ahora bien, ¿afectan estas transformaciones al positivismo jurídico? y si es así, ¿en qué sentido? En la fundamentación del antipositivismo constitucionalista se hallan algunas imprecisiones conceptuales, que Prieto pone de manifiesto en su obra. Para comenzar, sería bueno preguntarse si es posible atacar al positivismo sin más especificaciones (12). En realidad, el término «positivismo» es ambiguo; expresa significados múltiples y aun contradictorios. Prieto (págs. 11 ss.) se sirve de la célebre división del positivismo jurídico en metodológico, teórico e ideológico, que en los años cincuenta propuso Bobbio (13), inspirado por aquel benéfico «espíritu de Bellagio», como lo llamara Carrió.

En síntesis, el postulado central del positivismo metodológico es la tesis de la separación: no existe una relación conceptual necesaria entre derecho y moral. Prieto (pág. 49) destaca tres tesis que se asientan sobre este principio general. En primer lugar, la tesis de las fuentes sociales: el derecho es resultado de una serie de prácticas sociales; en segundo lugar, la tesis de la neutralidad: quienes estudian el derecho pueden describirlo avalorativamente; y, finalmente, una tesis normativa que se deriva de la falibilidad moral de cualquier sistema jurídico: no existe ninguna obligación moral de obedecer el derecho.

Por su parte, el positivismo teórico parece tomar por real lo que sólo puede plantearse como una ficción: que el derecho ofrece una respuesta a todos los

(11) L. PRIETO SANCHÍS: *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid, 1987, cap. IV.

(12) Éste es el común denominador de las objeciones que han presentado diversos autores a la obra de GUSTAVO ZAGREBELSKY: *El derecho dúctil*, op. cit. Vide F. J. ANSUÁTEGUI: «¿Crisis del positivismo jurídico? Dos respuestas italianas: Zagrebelsky y Scarpelli», en *Derechos y libertades*, núm. 2 (1994), págs. 113-151, aquí págs. 128 ss.; G. PECES-BARBA: «Desacuerdos y acuerdos con una obra importante», epílogo a la primera edición de G. ZAGREBELSKY: *El derecho dúctil*, op. cit., págs. 157-173, aquí págs. 162 ss.; L. PRIETO SANCHÍS: «El constitucionalismo de principios, entre el positivismo y el iusnaturalismo (a propósito de «El derecho dúctil» de Gustavo Zagrebelsky)», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, en prensa.

(13) N. BOBBIO: «Sul positivismo giuridico», en *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Ed. di Comunità, Milán, 1965 (3.ª ed.), págs. 101-126.

casos que se le puedan presentar. El positivismo teórico ha sostenido de diversos modos que el sistema jurídico es pleno, consistente y preciso lingüísticamente. Este planteamiento presenta una consecuencia importante para el razonamiento jurídico: si el derecho ofrece siempre una respuesta jurídica a todos los casos, entonces la discreción judicial es innecesaria y, por tanto, su ejercicio lesiona injustificadamente el principio de la separación de poderes.

Finalmente, el positivismo ideológico ha sostenido que existe algún tipo de obligación moral de obedecer el derecho. En su versión fuerte el positivismo ideológico defiende que siempre debemos obedecer el derecho. En su versión débil se afirma que existe al menos una obligación *prima facie* de obedecer el derecho (14).

El único positivismo que hoy en día se sostiene seriamente es el metodológico. En realidad, no es posible propugnar a un tiempo las tres versiones de positivismo jurídico, porque, sencillamente, resultan incompatibles entre sí en varios aspectos. Veamos sólo dos de ellos tomando como referencia el positivismo metodológico.

El positivismo metodológico parece incompatible con el teórico, porque si el derecho es resultado de hechos sociales, entonces no parece fácil imaginar que sea una entidad perfecta. Desgraciadamente, las obras humanas no suelen ser perfectas en ningún sentido.

Por otra parte, el positivismo metodológico no puede tolerar al ideológico, porque es claro que si de acuerdo con éste existe una obligación moral de obedecer el derecho, entonces debe existir alguna coincidencia conceptualmente necesaria entre los contenidos del derecho y los de la moral crítica, que es precisamente lo que rechaza el positivismo metodológico.

V. EL CONSTITUCIONALISMO CONTRA EL POSITIVISMO

En consecuencia, toda crítica al positivismo jurídico que pretenda ser eficaz debe especificar la versión de positivismo que ataca. De lo contrario, corre el riesgo de «errar el blanco» (15). En todo caso, dado que el antipositivismo constitucionalista no siempre identifica el tipo de positivismo hacia el que dirige sus críticas, entonces es conveniente analizar la eficacia de sus argumentos

(14) En este sentido, vide A. PECZENIK: *On Law and Reason*, Kluwer, Dordrecht, 1989, págs. 242 ss., y del mismo autor, «Dimensiones morales del derecho», trad. de Juan A. Pérez Lledó, en *Doxa*, núm. 8 (1990), págs. 89-109, aquí pág. 99.

(15) Ésta es una crítica que Nino formula a la teoría de Dworkin (C. S. NINO: *La validez del Derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1985, pág. 145).

contra cada una de las modalidades de positivismo enunciadas, como Prieto propone. En este sentido, sería posible determinar tres formas básicas de anti-positivismo constitucionalista (en lo sucesivo AC):

- 1) AC [contra el positivismo] ideológico (en lo sucesivo ACI).
- 2) AC [contra el positivismo] teórico (en lo sucesivo ACT).
- 3) AC [contra el positivismo] metodológico (en lo sucesivo ACM).

1) ACI. Las relaciones entre positivismo ideológico y constitucionalismo parecen ambiguas (págs. 25 ss.). En principio, el constitucionalismo ha supuesto históricamente un freno para el poder y cabe hablar de un ACI. Las constituciones han puesto de manifiesto que no todo el derecho del legislador debe ser obedecido. En este sentido, la constitución se ha erigido, por así decir, en una instancia crítica intrasistémica. Sin embargo, precisamente por esa intrasistematicidad, existe el riesgo de un positivismo ético. Ciertos «beatos del Derecho constitucional» (pág. 25) podrían ver en el sistema jurídico derivado del propio texto fundamental ese derecho justo que debe ser siempre obedecido. En realidad, ACI critica al positivismo ideológico, pero con frecuencia «está en el fondo abrazando una suerte de positivismo ético y, por tanto, de anti-positivismo metodológico» (pág. 28). Cabría decir, pues, que cuando ACI se desvirtúa tiende a convertirse en ACM.

2) ACT. El positivismo teórico sostiene que el derecho disfruta de propiedades, cuya contingencia ha sido particularmente puesta de relieve por AC. Las alteraciones antes mencionadas que ha experimentado el actual derecho constitucional en lo que se refiere a la estructura de las normas (i), la teoría de las fuentes (ii) y la teoría de la interpretación (iii) ponen de manifiesto que los argumentos de AC son especialmente eficaces contra el positivismo teórico, el positivismo legalista decimonónico. En síntesis, ya no sólo se aplican leyes expresadas a través de reglas, sino también principios constitucionales que no son aplicados según la tesis de la subsunción, sino de acuerdo con cierta ponderación, que reclama una cierta actividad argumentativa (págs. 29 ss.). ACT presenta una eficacia doble (pág. 48) en cuanto teoría del razonamiento jurídico: de un lado rechaza la tesis de la subsunción del paleopositivismo (positivismo teórico), según la cual la aplicación del derecho representa un «silogismo perfecto»; de otro, no refuta sino que matiza la tesis de la discreción judicial (que ha sostenido el actual positivismo metodológico), en el sentido de que la constitución proporciona una guía del razonamiento jurídico en los casos difíciles que no permite la pura arbitrariedad, sino que sirve para articular una teoría de la argumentación jurídica. Por todo ello, ACT es el más plausible de los modelos posibles de AC.

3) ACM. Como se ha señalado, el constitucionalismo ha propiciado el

desarrollo de una ciencia jurídica comprometida (iv). Esto no es algo nuevo, porque la dogmática ha sostenido tradicionalmente este planteamiento a causa del carácter interno de su perspectiva de estudio. Su carácter marcadamente «nacional» (16) es una propiedad bien significativa. No es posible hablar de un estudio de química nacional, ni de física nacional, etc. Sí es posible, en cambio, encontrar disciplinas en las ciencias sociales profundamente nacionales o culturales y esto las puede inclinar a un carácter normativo y no sólo descriptivo (por ejemplo, sostener que el valenciano es una lengua diversa del catalán puede comportar consecuencias políticas; afirmar que lo acaecido en América el año 1492 fue un descubrimiento o un «encuentro» también). Esta circunstancia presenta consecuencias metodológicas importantes.

En las últimas décadas se ha sostenido que el modelo de ciencia jurídica comprometida no es sólo uno de los posibles modos de aproximarse al derecho, sino que es el único que nos proporcionaría un conocimiento del derecho adecuado a diferencia del positivismo que siempre ha optado por una perspectiva externa. ACM es uno de los posibles medios de los que se ha servido el antipositivismo en los últimos años.

A mi juicio, el razonamiento de ACM podría reconstruirse muy brevemente del siguiente modo (uno de los muchos posibles), tomando como referencia central a Dworkin («el campeón del punto de vista interno» —pág. 52), aunque AC no suele ser explícito a este respecto y probablemente esta reconstrucción incurra en alguna simplificación:

1) La difuminación de los límites del derecho y la tensión de los valores en conflicto que propugna la constitución dan lugar a un «orden abierto» (17) más indefinido, un «derecho dúctil» (18), más incierto (19), con frecuencia referido a estándares morales, que refuerza el papel del intérprete científico en la descripción del derecho (premisa constitucionalista).

2) Dado que el conjunto de enunciados lingüísticos, de disposiciones, pierde importancia porque nos hallamos ante cláusulas más vagas y generales, sólo de su interpretación cabe extraer algún significado nunca del todo firme (premisa realista). Como bien señala Pintore (20), la teoría de Dworkin sostiene

(16) Vide M. ATIENZA: *Introducción al derecho*, Barcanova, Barcelona, 1985, pág. 186.

(17) Vide F. J. DÍAZ REVORIO: *La Constitución como orden abierto*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.

(18) Vide G. Zagrebelsky: *El derecho dúctil*, op. cit.

(19) Vide R. GUASTINI: «Diritto mite, diritto incerto», en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, núm. 2 (diciembre 1996), págs. 513-525.

(20) A. Pintore: *La teoria analitica dei concetti giuridici*, Jovene, Nápoles, 1990, págs. 156-157.

ne una tesis semiótica según la cual «las palabras de la ley son escasamente relevantes».

3) Se sostiene entonces una visión hermenéutica o interpretativa del derecho (21), que reclama siempre la intervención activa de quien lo describe. El conocimiento del derecho debe ser más una «comprensión», que una «explicación» (premisa hermenéutica) (22).

4) De esto se sigue que, para conocer el derecho, deberíamos aceptar moralmente sus dictados, pues sólo esta aceptación garantizaría la autenticidad de la interpretación, de la comprensión del derecho. No sería posible sólo fingir que se acepta el derecho (23). Esto significa que debemos adoptar un punto de vista interno, el punto de vista del participante en el sistema, de quien acepta moralmente el derecho, si queremos dar un concepto de derecho adecuado (24).

5) Si admitimos este razonamiento, entonces debemos concluir que no es posible describir adecuadamente el derecho, sino desde la perspectiva del aceptante, es decir, de aquél cuyas convicciones morales coinciden básicamente con los dictados del ordenamiento jurídico. Pero entonces, dado que el participante cree (salvo que incurra en una grave contradicción) que su propia moral es la moral correcta y no sólo una moral social más, todo ello conduce a la vinculación de moral crítica (o moral correcta o moral esclarecida...) y derecho (tesis de la vinculación de derecho y moral).

6) Adicionalmente, este planteamiento afecta a la concepción del razonamiento jurídico, pues si el derecho está vinculado a la moral crítica, entonces

(21) Vide R. DWORKIN: *Law's Empire*, Fontana, Londres, 1991. Existe trad. al castellano de Claudia Ferrari, Gedisa, Barcelona, 1992, cap. II.

(22) DWORKIN (*Law's Empire*, op. cit., pág. 420, nota 2) se adhiere a planteamientos como los de GADAMER (*Verdad y método*, trad. de Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito, Sígueme, Salamanca, 1984) o DILTHEY («Der Aufbau der geschichtlichen Welt in den Geisteswissenschaften», en *Gesammelte Schriften* (1958), Teubner, Stuttgart, 1965, págs. 77-188). Este autor defendió la supremacía de la «comprensión» (*Verstehen*), propia de las ciencias sociales o del espíritu (*Geisteswissenschaften*), sobre la «explicación» (*Erklären*) que proporcionan las ciencias de la naturaleza (*Naturwissenschaften*) (sobre las acepciones de «comprender», vide G. PATZIG: «Explicar y comprender», en *Hechos, normas proposiciones*, trad. de Jorge M. Seña, Alfa, Barcelona/Caracas, 1986, págs. 45-72). Vide sobre la oposición de estos planteamientos hermenéuticos frente a la tradición analítica: G. H. VON WRIGHT: *Explicación v comprensión*, trad. de Luis Vega Reñón, Alianza, Madrid, 1987 (reimpr.), cap. I.

(23) Esto es, no sería posible un punto de vista interno meramente cognitivo, como el que propone MACCORMICK (*Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon, Oxford, 1978, págs. 275 ss.).

(24) Vide sobre la incidencia del punto de vista en la configuración de una teoría del derecho: S. SASTRE ARIZA: *La ciencia del Derecho entre positivismo y neoconstitucionalismo*, tesis doctoral, Toledo, 1998.

razonar jurídicamente es desarrollar un razonamiento moral limitado por la ley, la dogmática y las normas procesales (tesis del caso especial) (25) e incluso debería sostenerse que no es posible que existan dos respuestas contradictorias igualmente correctas (la pluralidad de sistemas de justificación es excluida por la propia naturaleza de la moral crítica que es *ex definitione* la mejor y no sólo una de las posibles) y esto significa que siempre debe existir una única respuesta correcta a las cuestiones jurídicas (la tesis de la única respuesta correcta de Ronald Dworkin) (26).

Desde una perspectiva positivista, este razonamiento está plagado de oscuridades. De entre todas ellas, quizá destaque especialmente la necesidad de aceptar moralmente el derecho para poder describirlo (4). Esta afirmación resulta especialmente discutible. No se entiende por qué un ateo no pueda interpretar el derecho canónico (pág. 52) o que «el mejor constitucionalista deba convertirse en un mojigato del sistema jurídico» (pág. 63).

En los planteamientos de ACM existe una honda preocupación por distinguir el derecho de las órdenes de una banda de ladrones. Instrumentos conceptuales como la pretensión de corrección de Alexy (27), el argumento de la creencia moral de Soper (28) o la pretensión de legitimidad de Garzón (29)

(25) Sobre la llamada «*Sonderfallthese*», vide, por ejemplo, A. AARNIO, R. ALEXY y A. PECZENIK: «The Foundation of Legal Reasoning» (I, II, III), en *Rechtstheorie*, núm. 12 (1981), respectivamente págs. 133-158; 257-279; 123-148. Esta tesis es compartida, entre otros, por NIÑO, quien habla de la «no insularidad del discurso jurídico» (*Derecho, moral y política*, Ariel, Barcelona, 1994, págs. 71, 79).

(26) Vide especialmente R. DWORKIN: «¿Realmente no hay respuesta correcta en los casos difíciles?», trad. de Maribel Narváez en P. CASANOVAS y J. J. MORESO: *El ámbito de lo jurídico*, Crítica, Barcelona, 1994, págs. 475-512.

(27) Alexy incorpora en su definición de derecho una pretensión de corrección. El derecho se distingue de las órdenes de una banda de ladrones porque aquél presenta una pretensión de fundamentabilidad moral de sus mandatos (R. ALEXY: *El concepto y la validez del derecho*, op. cit., pág. 123).

(28) Así lo ha denominado R. Caracciolo («L'argomento della credenza morale», trad. de Paolo Comanducci, en P. COMANDUCCI y R. GUASTINI (comps.): *Analisi e diritto 1994*, Giappichelli, Turín, 1994, págs. 97-110). El argumento es presentado por Soper en su obra *Una teoría del Derecho*, trad. de Ricardo Caracciolo y Silvia Vera, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, págs. 181 ss. Según este argumento, el derecho se distingue de las órdenes de una banda de ladrones porque el derecho incorpora una «pretensión de aceptabilidad» enraizada en el lenguaje. De este modo, para que un sistema sea jurídico, se exige que el legislador sinceramente crea que sus órdenes presentan una aceptabilidad moral. Vide el comentario en tono crítico de Prieto Sanchís a la obra de Soper en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 18 (mayo-agosto 1994), págs. 233-242.

(29) Vide E. GARZÓN VALDÉS: «Algo más acerca de la relación entre derecho y moral», en *Derecho, ética y Política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, págs. 317-335, aquí pág. 328.

pretenden ser ese elemento cualitativamente diferenciador presente en el derecho. Estos conceptos vienen a insistir en que el derecho debe contar con algún tipo de fundamentabilidad moral mínima que permita una aceptación moral por parte de los destinatarios del derecho. Al parecer, según los autores de ACM, sólo quienes cuentan con esa aceptación podrían identificar el derecho. Sin embargo, en efecto, «que dicha aceptación pueda ser una condición de la existencia o validez de la norma, no significa que lo sea también de su conocimiento: el observador externo puede informar que un sistema jurídico existe porque, además de eficaz es aceptado por ciertos funcionarios, e incluso puede entender las razones de tal actitud, pero en modo alguno necesita para ello compartir él mismo esa aceptación» (pág. 60). El punto 4) del razonamiento generalmente presenta notables problemas de fundamentación.

Por otro lado, la vinculación conceptual del derecho a una mínima fundamentabilidad moral sólo puede tener lugar vaciando de contenido la propia moral a la que se vincula el derecho. Sólo de este modo cabe esperar que cualquier derecho pueda satisfacerla. Así la «moral fundamentable» que Alexy vincula conceptualmente al derecho, en efecto, «no es vacía, pero la verdad es que se aproxima bastante a la vacuidad» (pág. 78) y entonces «no deja de ser sorprendente que desde tan débiles premisas se pueda criticar la falta de horizontes morales del positivismo» (ibidem).

VI. PARA UNA DISCUSIÓN SIN PREJUICIOS

Al principio de este trabajo señalaba que existe un prejuicio contra el positivismo jurídico por parte de la dogmática. Todo prejuicio se caracteriza por la ausencia de una deliberación racional acerca de lo que se opina. Cuando juzgamos algo o a alguien emitimos una opinión guiada por lugares comunes aceptados irreflexivamente o por emotivismos que nada tienen que ver con el conocimiento. Bajo estas circunstancias sólo se gestan, como nos enseñó Reichenbach (30), «seudoexplicaciones».

Una discusión que pretenda ser fructífera debe, en consecuencia, librarse de prejuicios. Para ello conviene, a partir del análisis conceptual de las cuestiones, comprender las distorsiones que las connotaciones emotivas de sintagmas como «positivismo jurídico» experimentan en el lenguaje de los juristas. Muchos de ellos en realidad manejan un concepto plenamente positivista de dere-

(30) Vide H. REICHENBACH: *La filosofía científica*, trad. de Horacio Flores Sánchez, Fondo de Cultura Económica, México, 1953, pág. 33.

cho y manifiestan un afán antipositivista meramente «estético y retórico» (31). La obra de Prieto contribuye eficazmente a poner de manifiesto estas circunstancias tomando como referente cualificado el derecho constitucional. De todo lo dicho, cabe extraer algunas conclusiones.

En primer lugar, no es cierto que ser positivista implique ser totalitario ni fascista ni nazi ni amoral ni ciego ante las injusticias ni partidario de estatolatrías ni nada parecido a lo tradicionalmente asociado al positivismo jurídico (32). Cuando esto no se comprende, se confunde positivismo metodológico y positivismo ideológico.

En segundo lugar, no es cierto que ser positivista implique considerar que el derecho es un conjunto de reglas estructuradas *more geometrico* o concebir al juez como una «boca muda» que pronuncia (o debe pronunciar) las palabras de la ley, como un autómatas sin corazón y sin capacidad alguna de ejercer cierta discreción. Cuando esto no se comprende, entonces se confunde positivismo metodológico y positivismo teórico.

En tercer lugar, el positivismo jurídico vigente es básicamente una opción metodológica, consistente en concebir el estudio del derecho como una actividad descriptiva, que no tiene por qué incorporar valoraciones sobre su estudio, ni exige la adhesión moral de quien la desarrolle, pues se constata que una cosa es el derecho que es y otra muy distinta el derecho que debería ser. Una vez depurada la cuestión tal como es con frecuencia presentada en ciertos ámbitos de la ciencia jurídica, es posible iniciar una discusión fructífera acerca de la plausibilidad de un concepto positivista de derecho.

Esta discusión puede comenzar por cuestionar el propio sentido del debate: ¿qué significa exactamente dar un concepto de derecho? Cuando definimos un concepto, no estamos expresando una *esencia* platónica, sino que estamos atribuyendo un significado a un término. Esto quiere decir que solamente estamos exponiendo una convención lingüística por parte de una comunidad (definición lexical) o bien estamos creándola (definición estipulativa). Conforme con este planteamiento, Nino ha afirmado que la discusión entre positivismo e iusnaturalismo carece de sentido porque adolece de un esencialismo que desvirtúa la polémica (33).

(31) Así califica PECES-BARBA («Desacuerdos y acuerdos con una obra importante», *op. cit.*, pág. 167) el antipositivismo de Zagrebelsky, cuyo planteamiento, pese a su antipositivismo nominal, no es incompatible con los dictados del positivismo metodológico.

(32) En este aspecto es particularmente ilustrativa la obra de E. GARZÓN VALDÉS: *Derecho y «naturaleza de las cosas»* (dos tomos), Universidad Nacional de Córdoba (Argentina), 1971.

(33) Vide C. S. NINO: *Derecho moral y política*, *op. cit.*, págs. 28, 110, 128, 160; vide del mismo autor: *Introducción al análisis del derecho*, Ariel, Barcelona, 1991, págs. 11 ss.

Este planteamiento representa una saludable relativización de la discusión. Sería posible elaborar diversos conceptos de derecho: un concepto positivista de derecho en el que no figurara la propiedad de la justicia y un concepto no positivista de derecho que incorporara algún grado de justicia como una propiedad necesaria. La cuestión ya no consistiría en determinar cuál es *el* concepto de derecho, sino cuál es *el mejor*, cuál ofrece más ventajas o, si se quiere, cuál presenta menos inconvenientes. Como dijo Waismann (34) en un contexto bien distinto: «nuestra perspectiva es sólo la más correcta cuando otras nos engañan».

El positivismo presenta un concepto de derecho más sencillo y *menos engañoso* y evita dos problemas fundamentales: *a*) prescinde de la determinación de un problema metaético serio y *b*) admitido que podemos estipular cualquier significado de «derecho», el positivista se muestra más armónico con la extensión del concepto lexical de «derecho» que se da en la comunidad.

a) El positivismo no entra en la cuestión metaética consistente en la elucidación de lo que significa justicia y de la determinación de lo justo y de lo injusto. Además, da la impresión de que la justicia de un derecho puede verse sometida a cierta gradualidad. Es posible que algunas normas de un ordenamiento sean justas y otras no y también es posible que las normas justas lo sean en menor medida que otras. Esta gradualidad plantea problemas porque no existe gradualidad posible respecto del concepto de derecho. Un sistema normativo es jurídico o no. Una norma es jurídica o no. No es posible afirmar de una norma que es más o menos jurídica, según sea más o menos justa. No parece fácil repercutir la gradualidad de la justicia sobre el derecho. Éste es un problema que se puede observar con especial claridad en la llamada fórmula de Radbruch (35), base del argumento antipositivista de la injusticia, que pretende establecer un umbral de injusticia («Unrechtsschwelle») que, una vez traspasado, determina la pérdida de juridicidad de una norma: ¿dónde y cómo se establecen los límites de lo extremadamente injusto?

Que se eviten problemas éticos no significa, por otra parte, que el positivista no tenga convicciones morales. El positivista sólo constata que lo que se ha entendido históricamente como derecho no siempre ha sido justo y, por tanto, la elaboración de un concepto de derecho no requiere desarrollar una teoría ética.

(34) F. WAISMANN: *Los principios de la filosofía lingüística*, trad. de José Antonio Robles, UNAM, México, 1970. pág. 53.

(35) Sobre la fórmula de Radbruch, vide R. ALEXY: *El concepto y la validez del derecho*, op. cit., pág. 31. Vide también R. Radbruch: «Filosofía del Derecho», trad. de J. Medina, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1933.

Nuevamente, el empleo de ciertas palabras quizá provoque confusiones. Por ejemplo, probablemente sería mejor no referirse al postulado central del positivismo jurídico como «tesis de la separación» y denominarla a cambio «tesis de la no vinculación» (36). El positivismo no sostiene que derecho y moral se hallen necesariamente separados; solamente defiende que no están necesariamente unidos. Es posible decir que derecho y moral no se hallan necesariamente unidos, sin afirmar que están necesariamente separados. Planteada la cuestión en estos términos, la falta de virtualidad de ACM se torna más evidente. El positivismo jurídico no afirma que el derecho esté siempre separado de la moral crítica, sino que no siempre está vinculado a ella. Las tesis positivistas son plenamente compatibles con el hecho de que el derecho de los modernos Estados de derecho constitucionales hayan incorporado la moral crítica (pág. 96). Un ordenamiento que afirmara en su texto constitucional «El Estado X se regirá por los dictados de la moral crítica» sería plenamente compatible con el positivismo jurídico.

b) La defensa de un concepto positivista se basa en la constatación del riesgo real de que un concepto no positivista de derecho pueda conducir a la legitimación acrítica de todo sistema jurídico. El no positivismo reconocería un grado de justicia, aunque fuera mínimo, a todo sistema normativo que recibiera el nombre de «derecho» y lo cierto es que históricamente se ha denominado «derecho» a órdenes no sólo inicuos, sino resueltamente inhumanos. Quizá la cuestión real se plantea en torno al concepto lexical de derecho.

El problema puede expresarse del siguiente modo: en todo concepto cabe hablar de una intensión y de una extensión. La intensión de un concepto es el conjunto de propiedades que lo definen. La extensión de un concepto es el conjunto de elementos a los que se refiere. Por ejemplo, de la intensión del concepto de derecho forma parte: su carácter normativo, su coactividad, su eficacia... En la extensión del concepto de derecho podemos hallar: el derecho español, el derecho italiano, el derecho inglés. ... Si la justicia forma parte de la intensión de derecho, entonces se reduce la extensión del concepto de derecho, porque quedaría excluido el ordenamiento de la Alemania nacional-socialista, por ejemplo. Pues bien, la distorsión fundamental del no positivismo nace del punto de vista interno que adopta para conocer el derecho, que incorpora cierto grado de justicia en la intensión del concepto de derecho sin que ello suponga reducir su extensión o circunscribirla a una muy concreta serie de sistemas

(36) Alexy, por ejemplo, afirma que la tesis central del positivismo jurídico es la llamada tesis de la separación («*Trennungsthese*»), mientras que la idea básica del no positivismo jurídico es la tesis de la vinculación («*Verbindungsthese*»), R. ALEXY: *El concepto y la validez del derecho*, trad. de Jorge M. Seña, Gedisa, Barcelona, 1994, págs. 13 ss.

jurídicos. Es decir, desde el punto de vista interno se adopta una intensión no positivista del concepto de derecho y una extensión positivista. El resultado no puede ser sino la legitimación acrítica de cualquier sistema llamado «jurídico».

En suma, no es determinante adoptar un concepto positivista o no de derecho, siempre que se sea consciente de las implicaciones conceptuales de cada punto de vista. En cualquier caso, parece ser que mientras este tipo de consideraciones no sean tomadas en cuenta, el positivismo goza de una superioridad que se deriva de su mayor claridad y del menor riesgo de incurrir en confusiones conceptuales orientadas normativamente hacia la legitimación irreflexiva del derecho. El libro del profesor Prieto constituye en este aspecto una aportación de razonabilidad que suministra un marco conceptual óptimo para que el constitucionalismo se replantee su supuesta virtualidad antipositivista.

