

*Los calificativos del positivismo jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral*, de Rafael Escudero Alday, Thomson-Civitas, 2004

Por VICTORIA ITURRALDE SESMA  
Universidad del País Vasco

El libro de Rafael Escudero versa sobre la cuestión de si la incorporación de la moral al Derecho supone algún menoscabo para el positivismo jurídico, lo que obligaría poner algún calificativo al positivismo o si, por el contrario, todos los adjetivos que los diferentes autores han propuesto resultan estériles en la medida en que debe seguir defendiéndose la separación conceptual entre Derecho y moral y, por ende, hablarse de positivismo jurídico sin adjetivos.

1. LA IMPOSICIÓN DE CALIFICATIVOS AL POSITIVISMO JURÍDICO

Después de una introducción, el capítulo 2 («El *Postscript* de Hart: la aparición del *Soft Positivism*») lo dedica a exponer la respuesta dada por Hart a Dworkin en el *Postscript*. Hay aspectos de la crítica de Dworkin que Hart admite por estar ya implícitos en su obra y otros que los integra en su teoría dando lugar a lo que Hart denominó *soft-positivism*. Para Hart ello no supone menoscabo alguno para las tres tesis que caracterizan al positivismo jurídico (la separación conceptual entre Derecho y moral, la tesis de las fuentes sociales del derecho y la tesis de la discrecionalidad judicial).

En el capítulo 3 («La imposición de calificativos al positivismo jurídico»), analiza el *soft-positivism*, denominación con la que se expresa la idea de que la necesaria incorporación de la moral al Derecho no implica renunciar a una concepción positivista de este último.

Comienza examinando la propuesta de Coleman, denominada «positivismo incorporacionista», que puede resumirse en estas dos tesis: la tesis negativa, relativa a la separación entre Derecho y moral, de la que se sigue la posibilidad de aceptar que existan criterios de validez basados en la moralidad y, la tesis positiva, según la cual ni la existencia de controversias sobre la existencia de la regla de reconocimiento ni el recurso a la moral para la determinación de las normas jurídicas son incompatibles con la naturaleza convencional del derecho. Coleman admite que tanto la existencia como el contenido de algunas normas lo es en virtud de su contenido, y ello es así porque lo permite la regla de reconocimiento. De otro lado (ante el problema de la certeza del Derecho) es partidario de un objetivismo moral (de una «modesta objetividad»).

El segundo punto de vista analizado es el de Waluchow, quien defiende el «positivismo incluyente», cuyas principales tesis son las siguientes. Respecto de la identificación de las normas jurídicas, sostiene que muchos sistemas jurídicos incluyen criterios materiales de validez y que éstos hacen referencia o están relacionados con conceptos morales. En cuanto al contenido de las normas, estas también incluyen conceptos cuya definición requiere acudir al examen y deliberación moral. Ahora bien, esto es algo contingente puesto que puede haber un sistema jurídico en que esto no ocurra; es decir la inclusión de la moral no se produce con carácter necesario en todos los sistemas jurídicos sino sólo en aquellos en los que así lo hayan establecido. De otro lado, para el positivismo incluyente no hay una conexión necesaria entre el positivismo jurídico y una particular teoría moral (y por tanto no propugna la adopción de un objetivismo moral).

Un tercer punto de vista es el de Peces-Barba, quien denomina a su postura «positivismo corregido». De entre los aspectos que necesitaba «corregir» el positivismo jurídico se destaca el relativo a los criterios de validez: si desde un punto de vista descriptivo es cierto que los principios morales y de justicia presentes en los niveles superiores del ordenamiento determinan la existencia y contenido de las normas inferiores, el positivismo jurídico debe dar cuenta de ello poniendo de relieve que junto al criterio formal de validez hay que tener en cuenta el criterio material. Pero ello no implica el abandono del positivismo puesto que la validez de esos principios morales proviene precisamente de su incorporación al Derecho. El «positivismo corregido» lo entiende Peces-Barba como un positivismo abierto a la moralidad. La separación entre Derecho y moral queda inalterada por dos razones: porque la relación es entre el Derecho y la moral legalizada (y no otro tipo de moral de corte iusnaturalista), y porque los criterios materiales de validez son criterios relativos a la ética pública de la modernidad de carácter procedimental (entendido en el sentido de que su objetivo radica en crear las condiciones para que cada persona pueda alcanzar su plan de vida personal).

La cuarta versión del positivismo analizada es el positivismo presuntivo de Schauer, quien insiste en el hecho de que las constituciones introducen normas de naturaleza moral de las que el positivismo jurídico debe dar cuenta. La particularidad reside y explicar (o justificar) por qué los jueces se apartan de las normas o de las soluciones cuyo resultado se considera inmoral. El positivismo presuntivo parte de la importancia central de las normas en la realidad jurídica, normas que gozan de una presunción de aplicación; pero en aquellos casos en que la aplicación de tales normas va en contra al conjunto de valores del sistema se puede sacrificar la aplicación de aquéllas en aras a alcanzar una «mejor respuesta»: aquella acorde con dicho sentir general.

La última teoría de la que se hace eco Rafael Escudero es la del «positivismo sofisticado» defendido por Shiner. Este autor sostiene las tres tesis del positivismo hartiano; radicando la diferencia con Hart en las consecuencias a que dichos postulados conducen: la asunción de postulados antipositivistas. De un lado, para Shiner la explicación de la normatividad del Derecho en base a algo más que órdenes respaldados por amenazas no se basa sólo en una conexión de carácter contingente entre Derecho y moral, sino que requiere la creencia de que el Derecho es moralmente correcto. Por otra parte, el reconocimiento de que en muchas normas existen conceptos morales lleva al descrédito de las otras dos tesis positivistas: la tesis de las fuentes sociales y la tesis de la discrecionalidad judicial.

## 2. DEFENSA DE UN POSITIVISMO JURÍDICO SIN CALIFICATIVOS

En el capítulo 4 («Por un positivismo jurídico sin calificativos») Rafael Escudero realiza una valoración de las tesis anteriores ofreciendo su punto de vista: no acepta las posturas incorporacionistas o incluyentes y mantiene la exclusión de la moral a la hora de identificar el Derecho. Su postura la resume como sigue: «Un positivismo jurídico que excluye a la moral, en cuanto a instancia valorativa, como criterio de identificación del Derecho, que rechaza el criterio material de validez normativa; y que acepta un margen de discrecionalidad en sentido fuerte» (p. 260).

2.1 Tesis de las fuentes sociales del Derecho. Se parte de asumir la tesis hartiana de que determinar la *existencia* de una norma jurídica «depende de la existencia de una fuente social» (es decir de un hecho), lo que a su vez está en función de que «exista la práctica social de considerar como normas jurídicas las que provengan de tal o cual hecho. Y –nótese bien– dependerá de esto último, pero de ninguna otra cuestión» (p. 209). De esta manera –dice–, determinar la existencia de una norma jurídica «requiere la comprobación de su origen, sin que se precise ahondar en sus contenidos o términos. *La forma de*

*producción y no la materia...*, es lo que determina su carácter jurídico» (p. 209, cursivas mías). Estoy básicamente de acuerdo con esta idea, pero matizándola en el sentido de que es el último eslabón de la forma de producción, la publicación en un texto oficial, lo que le da el carácter jurídico a un enunciado.

Mantiene una postura semejante en cuanto al *contenido* de las normas. Indica que no hace falta recurrir a la argumentación moral, porque existen elementos como «la formulación literal del precepto, la interpretación que se le ha dado por los órganos competentes para cada caso, el propósito o la finalidad para el que éste fue creado, e incluso la intención del órgano o sujeto creador del mismo», son elementos que «por un lado, determinan indudablemente su contenido; y por otro, lo hacen sin acudir a instancia valorativa o moral alguna» (p. 210).

Frente a la opinión de Rafael Escudero, creo que precisamente la interpretación jurídica es una de las vías a través de las cuales las valoraciones penetran en el Derecho. De manera resumida, esto tiene lugar (al menos) en dos momentos. El primero, a la hora de decidir cómo emplear los diversos criterios interpretativos: si se utilizan de manera sucesiva (es decir uno por uno hasta llegar a «la» interpretación) o conjuntamente (obteniendo del manejo simultáneo de todos ellos «la» interpretación). El segundo, porque cada uno de dichos criterios implica realizar valoraciones en el siguiente sentido. Cuiñéndome a los citados por Rafael Escudero, señalaré lo siguiente. Respecto de la interpretación literal, no hay acuerdo (ni entre los dedicados a la semántica —en sentido amplio o estricto del término— ni entre los iusfilósofos) en qué consiste (o hasta dónde llega) la «interpretación literal». En relación con la finalidad, ¿todo enunciado jurídico tiene una finalidad?, ¿dónde se encuentra: en el enunciado mismo, en la materia regulada, en el sector del ordenamiento?, ¿cuál prevalece si algunas de éstas son contradictorias? La intención del legislador presenta aún mayores problemas: ¿en un Estado de Derecho es legítimo recurrir a un concepto mental como es éste?, ¿qué ocurre cuando «el legislador» está compuesto por un conjunto de personas (caso del Parlamento, las Instituciones Europeas o, incluso el Ejecutivo)? Los trabajos preparatorios donde, suele decirse, está presente dicha voluntad, pueden simplemente no existir, manifestar voluntades contrapuestas. Por último, hay ocasiones en que el texto legal no está en consonancia con el sistema jurídico-político del momento en el que los enunciados jurídicos han de ser interpretados: en estos casos parece obvio que habrá que hacer caso omiso de la referida «voluntad». En definitiva, lo más relevante es que los clásicos criterios interpretativos no son «métodos» de interpretación (si así fuera, no habría discrepancias interpretativas o éstas serían mínimas), sino lugares comunes que se mencionan (más que usan) para justificar un resultado interpretativo.

Cuestión diferente es la que plantea la interpretación dada por los órganos competentes: en este caso la cuestión es determinar si el órga-

no en cuestión, en ese ordenamiento jurídico concreto, es competente para producir derecho: en caso afirmativo su pronunciamiento no será un criterio interpretativo sino una fuente de derecho; en caso negativo, no creo que haya razones *concluyentes* para sostener la obligatoriedad de seguir dicha interpretación.

En estrecha relación con lo anterior, está la referencia que hace Rafael Escudero a las *proposiciones normativas* como «aquellas que se formulan acerca de las normas, como *proposiciones objetivas*. Con esto quiere decirse que su *verdad o falsedad* es una cuestión empíricamente demostrable». «Bastará con comprobar si la proposición de que se trate –...– se corresponde con una norma válida, creada según criterios formales de órgano y procedimiento. En caso afirmativo la proposición es correcta. Se trata, pues, de una cuestión meramente fáctica, en cuya determinación no cabría alegar argumentos de carácter moral o valorativo» (p. 210, cursivas mías). Puede haber –dice– problemas derivados de la falta de concreción del alcance y contenido, pero, «no se trata tanto de determinar el concepto de trato inhumano –cuestión que probablemente sí requeriría un cierto recurso a la moral– cuanto de analizar *el propósito o la intención que tuvo en mente el constituyente* a la hora de prohibir ese tipo de penas, así como la interpretación que de este precepto se hace por el Tribunal Constitucional. Y esta cuestión es, una vez más, una cuestión fáctica» (p. 211)

En primer lugar, en lugar de emplear «norma» y de «proposición normativa», creo que aporta más claridad hablar de «enunciado normativo» (o jurídico) y «proposición normativa» (o jurídica). Y ello, porque esta terminología no es más que una traslación al lenguaje jurídico de la distinción en sede semántica entre enunciado y proposición. Una proposición normativa es cualquier expresión lingüística *acerca de* uno, o varios, enunciados normativos (y puede por tanto versar sobre cuestiones diversas: su adecuación al resto del ordenamiento, su significado, su corrección gramatical, su estilo literario, etc.). Si nos referimos a la interpretación, y por tanto al significado, las proposiciones normativas pueden considerarse verdaderas o falsas únicamente en los casos siguientes: cuando se limitan a reproducir el tenor literal de los enunciados, cuando se refieren a términos cuantificables y, en lo que se denomina «núcleo de certeza» de los términos (aunque este núcleo puede variar). En el resto de los casos las proposiciones normativas relativas al significado pueden considerarse verdaderas o falsas sino mejor o peor justificadas, argumentadas, etc. Pues bien, cuando Rafael Escudero dice que «puede que surjan dudas sobre la verdad de la proposición, derivadas éstas de la falta de concreción del alcance y contenido de la misma», tengo que resaltar dos discrepancias. La primera, ya señalada, es que no creo adecuado hablar en términos de verdad/falsedad. La segunda, es que estoy en desacuerdo en identificar «significado» con la «intención» que tuvieron los redactores del enunciado. En lo que sí estoy de acuerdo es que,

en nuestro país, que hay que interpretar los enunciados normativos en función de la interpretación dada por el Tribunal Constitucional: pero ello es así no por el criterio de la voluntad del legislador, ni por un argumento de autoridad, sino por el efecto vinculante que nuestro ordenamiento jurídico otorga a las sentencias de este órgano, actuando en este caso como legislador (en base a preceptos tanto de la Constitución, de la LOTC y de la LOPJ).

Sobre la cuestión del *criterio material de validez*, Rafael Escudero dice que se debe rechazar el mismo porque ello supone un menoscabo para la tesis de las fuentes sociales del Derecho. Ha de rechazarse «la posibilidad de que sea el contenido de la norma, y no su origen o *pedigree*, lo que determine su validez jurídica» (p. 212). Y más adelante indica que son dos las razones que desaconsejan la utilización de un criterio material de validez. El primero se refiere a la idea según la cual forman parte del Derecho también los contenidos que se derivan lógicamente de las normas expresas. Estoy de acuerdo con las razones que da Rafael Escudero para ello, entre las que merece destacarse la de que las normas derivadas no son expresamente formuladas por autoridad alguna. El segundo argumento es el de la «incapacidad [de dicho criterio] para ofrecer una explicación adecuada del funcionamiento de los sistemas jurídicos»; «lo que otorga a una norma su carácter jurídico es precisamente el haber sido creada por la autoridad competente en cuestión» (p. 236). «De la misma manera que lo que la convierte en inválida..., es que el sujeto o autoridad competente así lo declaren. Y no que se halle en supuesta contradicción con ciertos contenidos morales, por mucho que otras normas llamen o se refieran a dichos contenidos» (pp. 236-237).

En buena medida estoy de acuerdo con estas afirmaciones. Ahora bien, creo que debería tenerse en cuenta lo siguiente. El criterio material de validez pone de manifiesto uno de los aspectos del funcionamiento del derecho como es el de la contradicción que se da entre el hecho de que el poder legislativo, en el ejercicio de su función, *debe* someterse a los diferentes requisitos de validez, y que suele ser otro poder diferente (en España el Tribunal Constitucional, el Poder Judicial y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea) quien, en el supuesto que se plantee una duda sobre el cumplimiento de dichos requisitos, decide la cuestión. Es éste, el que al pronunciarse sobre esta cuestión (y puesto que los enunciados jurídicos no *son* válidos o inválidos, sino que *son interpretados como* tales) decide que un enunciado existente «es» válido o no. Dicho órgano no declara una validez o invalidez preexistente, sino que al pronunciarse sobre la misma determina (constituye) la existencia o inexistencia de dicho enunciado jurídico (o de dicho enunciado como enunciado «jurídico» o «no jurídico»), y por tanto como perteneciente al ordenamiento. (Es en este sentido en el que considero útil la distinción entre existencia, presunción de validez y validez de un enunciado jurídico; conceptos todos ellos que no pueden cobijarse bajo el de norma *jurídica* –a diferencia

de Rafael Escudero para quien la distinción entre dichos conceptos lleva a confundir más que a ayudar –pp. 238-239–). En mi opinión, la existencia de los enunciados jurídicos sí viene determinadas por su *pedigree* y más concretamente su publicación en un texto oficial (texto que puede ser tanto el «BOE» como una sentencia). Un enunciado jurídico existente goza de una presunción de validez. La validez conlleva, además de la existencia, un segundo filtro: la superación de la prueba de validez, en otras palabras, el respeto de los requisitos formales y materiales impuestos por el propio ordenamiento; lo que sólo puede afirmarse si el órgano competente se ha pronunciado sobre dicha cuestión.

2.2 Tesis de la certeza del derecho. En relación con el tema de la certeza del derecho (íntimamente relacionada con la tesis de la discrecionalidad judicial) Rafael Escudero señala que hay que distinguir según la cuestión se plantee respecto de la regla de reconocimiento o del contenido de las normas jurídicas. Respecto a la regla de reconocimiento señala que «esta regla se manifiesta en la práctica común convergente de jueces y operadores jurídicos de considerar como válido y, por tanto, de aplicar lo dispuesto en la Constitución». Así entendida, no puede haber incertidumbre en cuanto a la regla de reconocimiento puesto que la función de ésta es «proporcionar certeza a la hora de identificar el material normativo y su concreta estructuración. Y si esta certeza no existe,..., entonces lo que sí se pone en duda es la propia existencia de una regla de reconocimiento» (p. 246).

La segunda cuestión es la certeza respecto del contenido de las normas. En este caso, cuando se apela a conceptos o valores morales, sí se pueden plantear problemas de incertidumbre. Rafael Escudero sostiene a este respecto lo siguiente. En primer lugar, que los incorporacionistas han intentado aminorar los problemas de incertidumbre señalando que ésta no es inherente a todos los conceptos morales sino que también existe un núcleo de certeza. Con esto no se puede sino estar de acuerdo, siempre que se comparta una cierta «forma de vida» y no nos enfrentemos, por ejemplo, a los denominados «conceptos esencialmente contestados». En segundo lugar, dice que puede llegarse a un importante consenso sobre esta cuestión y que desde el incorporacionismo no se indica cuál es la moral a que hay que acudir. Las alternativas que respecto de este punto ofrece son tres: la moral individual, la moral crítica y la moral social. Rafael Escudero se pronuncia a favor de esta última opción que se plasma en «acciones, prácticas y costumbres sociales» (p. 252) y también en normas jurídicas: la moral institucionalizada. De aquí –escribe– el contenido de estas normas con una carga valorativa se determina sin necesidad de recurrir a evaluación moral alguna. «Bastará para ello con analizar las prácticas sociales en las que están involucrados estos conceptos morales, o bien con acudir a las normas jurídicas que hayan desarrollado tales conceptos» (p. 253); «el contenido [de las normas jurídicas] se ha de determinar atendiendo exclusivamente a hechos sociales, entre los que se

encuentra, por supuesto, la llamada moral convencional» (p. 255). «El órgano judicial que tenga que enfrentarse a un precepto normativo de este tipo [que incluye términos morales] determinará su contenido a través de circunstancias fácticas, tales como su origen, formulación literal del precepto, interpretación que se haya dado por la autoridad competente, comprobación del propósito o finalidad del mismo e, incluso, análisis del consenso social en torno a su significado moral. Así el significado, alcance y contenido de la norma se determina a través de los hechos adecuados» (p. 256).

De un lado (como he señalado antes), considero que ni la formulación literal ni la finalidad de las normas constituyen cuestiones fácticas cuya verdad o falsedad pueda determinarse empíricamente. Por otra parte, en mi opinión es la moral crítica la que debe dar contenido a enunciados jurídicos de carácter valorativo (lo que no supone acabar con la discrepancia). Por otra parte, la moral social (el consenso social) no creo que lleve a la desaparición de los problemas de incertidumbre, puesto que no es una tarea tan objetiva determinar cuál es dicha moral respecto de todos y cada uno de los problemas jurídicos que se plantean, más si se tiene en cuenta que dichas cuestiones no se plantean sólo en los casos genéricos sino también en los casos individuales. ¿Qué ocurre si en la sociedad no hay consenso?; puesto que resultará difícil que el consenso sea total, ¿qué mayoría se considera necesaria para que haya consenso?; ¿qué ocurre si la mayoría social está en contra de un principio moral institucionalizado?

Sería injusto finalizar estas páginas sin destacar el valor del libro de Rafael Escudero. Independientemente de las discrepancias puestas de manifiesto, considero que el libro tiene una doble mérito: de un lado, ofrecer un tratamiento riguroso de la cuestión y, de otro, haberse enfrentado (como lo hiciera ya antes desde otra perspectiva diferente en *Positivismo y moral interna del Derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000) a uno (si no *el*) de los temas medulares de la Filosofía del Derecho, como es la relación Moral-Derecho.