

La ciudadela de la moral en la corte de los juristas*

Por JOSÉ JUAN MORESO MATEOS
Universitat Pompeu Fabra, Barcelona

As if I had performed a strategic
retreat into an inner citadel.

Isaiah Berlin (1958, 135).

RESUMEN

Este artículo versa sobre la incorporación de la moral en el derecho. En concreto, y a partir de algunos supuestos extraídos de la jurisdicción constitucional, se analiza si la inclusión en nuestros textos constitucionales y legales de conceptos morales comporta la entrada de la argumentación moral en las tareas de identificación y aplicación del derecho. Se estudian y rechazan algunas objeciones a dicha posibilidad y se defiende una versión del llamado positivismo jurídico incluyente que admite, de una manera limitada por la estructura institucional del derecho, la incorporación de la moral en el derecho.

Palabras clave: *interpretación constitucional, incorporacionismo moral, positivismo jurídico excluyente, positivismo jurídico incluyente.*

* Este trabajo fue presentado en las XXIII Jornadas de la Sociedad española de Filosofía Jurídica y Social celebradas en Jaén los días 7 y 8 de abril de 2011. Agradezco a sus organizadores, y en especial al profesor José Antonio López García, la amable invitación y su hospitalidad, y todas las observaciones y comentarios que la ponencia suscitó en el auditorio.

ABSTRACT

This paper deals with the incorporation of morality into the law. Particularly, using certain constitutional cases, the thesis that the inclusion of moral concepts in our constitutional and legal provisions opens the doors to moral argument in the tasks of identification and application of law is assessed. Some objections to this thesis are analyzed and rejected and it is defended a version of the so-called inclusive legal positivism which admits, hedged by the institutional structure of law, the incorporation of morals into the law.

Key-words: *constitutional interpretation, moral incorporationism, exclusive legal positivism, inclusive legal positivism.*

SUMARIO: 1. UN CASO HIPOTÉTICO, TRES CONTEMPORÁNEOS Y UNA DE ROMANOS.—2. LA CERTEZA DEL DERECHO.—3. RECUPERANDO LAS INTENCIONES DEL CONSTITUYENTE—4. LA SOLUCIÓN ESTÁ EN LAS ENCUESTAS.—5. EL POSITIVISMO JURÍDICO EXCLUYENTE (I).—6. EL POSITIVISMO JURÍDICO EXCLUYENTE (II).—7. INTERLUDIO: PERTENENCIA Y APLICABILIDAD.—8. LA INCORPORACIÓN DE LA MORAL EN EL DERECHO.

1. UN CASO HIPOTÉTICO, TRES CONTEMPORÁNEOS Y UNA DE ROMANOS

Es un hecho habitual que algunos textos jurídicos usen términos valorativos, expresiones con cierta carga moral y, de este modo, al menos aparentemente, remitan a la moralidad. Algunas de estas expresiones, conocidas en nuestra literatura jurídica como *conceptos jurídicos indeterminados*, son al menos tan antiguos como nuestro derecho privado: *buena fe*, *diligencia de un buen padre de familia*, etc. Otras llegaron con las declaraciones de derechos incluidas en Constituciones y Tratados internacionales: *dignidad humana*, *igualdad*, *prohibición de tratos inhumanos o degradantes*, etc. Me valdré de esta última expresión, que parece remitir a aquellos tratos que la moral identifica como degradantes, para plantear la cuestión siguiente: ¿al usar en los textos jurídicos este tipo de expresiones el Derecho realmente incorpora las pautas morales o la argumentación moral? Cómo veremos, hay varios modos de ofrecer una respuesta negativa a esta cuestión que serán analizados aquí. Hay también diversas formas de contestar afirmativamente a la cuestión. Una de ellas será vindicada en este trabajo.

En primer lugar, consideremos el siguiente caso hipotético. En la novela de Philip Kerr, *Una investigación filosófica*¹, se describe el Londres de 2013 como una ciudad insegura, con un alto grado de delincuencia. Entre las medidas que se toman para reducirla, se encuentra la imposición de un nuevo tipo de pena: dado que la ciencia médica ha conseguido inducir y revertir el estado de coma en los humanos, se sustituye la pena de prisión por el denominado *coma punitivo*. De este modo, a los condenados a dicha pena se les induce el coma por el tiempo de la condena y son confinados en una especie de hospitales en donde, como es obvio, no hay peligro de fugas ni de motines, sólo hay que conservarlos con alimentación y respiración asistida. Por otro lado, el artículo 5 de la Declaración universal de los derechos humanos de las Naciones Unidas de 1948 establece que nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Si el coma punitivo se estableciera como castigo para diversos delitos en determinada jurisdicción, sujeta al texto internacional, ¿sería, entonces, esta pena una medida conforme con la Declaración universal de los derechos humanos? O, dicho en otros términos: ¿depende la verdad de la proposición según la cual el coma punitivo es (o no es) conforme con la Declaración universal de la corrección moral de dicha medida?, ¿cómo debe determinarse si el coma punitivo es o no un trato cruel, inhumano o degradante?

A continuación, veamos un caso real. La Constitución española, en el primer enunciado de su artículo 15, establece lo siguiente: «Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes». Pues bien, el Tribunal Constitucional español se refirió a ello² (en una jurisprudencia que después ha continuado más o menos invariable) para determinar si la sanción de aislamiento en celda prevista en la Ley general penitenciaria (y en el reglamento que la desarrolla), entonces en vigor, constituían tratos inhumanos o degradantes. La respuesta del Tribunal es negativa con el argumento de que, si bien la reclusión en *celdas negras* privando a la persona de cualquier contacto con el exterior sería claramente un trato degradante, las condiciones que la legislación penitenciaria exige (duración, condiciones de alimentación y habitabilidad fundamentalmente) la hacen compatible con la dignidad de los sancionados.

Por otro lado, la enmienda octava de la Constitución de los Estados Unidos (casi idéntica a la formulación del *Bill of Rights* inglés de 1689) establece: «Excessive bail shall not be required, nor excessive

¹ KERR 1992. Creo que escuché relacionar este ejemplo literario, por primera vez, con la cuestión de la incorporación de la moralidad al derecho a Juan Carlos Bayón en una conferencia en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en el invierno austral de 1996 y lo he usado ya en diversas ocasiones anteriormente MORESO 2008, 11; 2009a, 33 y 2010a, 15-16.

² En la STC 2/1987, de 21 de enero.

fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted». Aunque la Corte Suprema de los Estados Unidos considera que la pena de muerte es «una sanción extrema» no considera que sea «inherentemente cruel»³. Sin embargo, la Corte ha considerado recientemente que la ejecución de delincuentes con determinado grado de retraso mental vulnera la enmienda octava porque es un castigo cruel e inusitado⁴.

El 19 de agosto de 1996 en un municipio de la comunidad indígena colombiana de los paeces fue asesinado su alcalde. Los representantes de los cabildos indígenas decidieron la detención de Francisco Gem-buel acusado de haber propiciado el homicidio del alcalde al haberlo señalado como blanco propicio a la guerrilla. Juzgado por la Asamblea de acuerdo con las normas indígenas fue castigado a sesenta fue-tazos (el fueite es un castigo consistente en golpear con una especie de bastón la parte inferior de las piernas), expulsión, y pérdida del derecho a elegir y ser elegido para cargos públicos y comunitarios. El artículo 12 de la Constitución colombiana establece también que «nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes», con lo que el condenado recurrió la decisión que llegó a la Corte constitucional colombiana. En la sentencia del alto tribunal colombiano⁵, la Corte no concede el amparo al recurrente, con dos argumentos básicamente: por un lado, no considera la sanción excesivamente penosa; por otro, considera que tiene una función simbólica en la comunidad indígena y que, en dicho contexto, no se trata de una sanción ni degradante ni humillante.

Nadie pondrá en duda, sin embargo, que la sanción que el derecho romano –la *Lex Pompeia*– establecía para el parricidio, la *poena cullei*, consistente en encerrar al condenado en un saco junto con un perro, un gallo, una serpiente y un mono y arrojarlo a las aguas del mar o del río más cercano; sea una pena cruel. Es más, precisamente por ser cruel los romanos pensaban que era una pena merecida para un delito tan atroz. Como nos recuerda Max Radin (1920, 119) cuando se produjo el *crack* financiero de 1720, debido a una burbuja especulativa generado por la Compañía inglesa de los Mares del Sur, «un miembro apasionado del Parlamento británico apeló a la aplicación de la *Lex Pompeia* para los parricidas a aquellos que han estafado a la nación. Del mismo modo que los romanos, argumentaba, enfrentados a un tan monstruoso e inusitado delito, idearon un castigo así de monstruoso e inusitado, del mismo modo invitaba a los británicos a colocar a los directores de la compañía de los mares del sur en sacos con un perro,

³ *Gregg v. Georgia* 428 U.S. 153, 96 S. Ct. 2909, 49 L. Ed. 2d 859 [1976].

⁴ *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304, 122 S. Ct. 2242, 153 L. Ed. 2d 335 (2002). *Atkins* anula la decisión contraria establecida solo trece años antes en *Penry v. Lynaugh*, 492 U.S. 302, 109 S.Ct. 2934, 106 L. Ed. 2d 256 (1989).

⁵ SCC No. T-523/97, de 15 de octubre. Estoy agradecido a Oscar Pérez de la Fuente que amablemente me hizo acceder al conocimiento de este interesante caso.

un gallo, una serpiente y un mono en cada uno y arrojarlos al Támesis». Olvidemos ahora las crisis económicas generadas por burbujas especulativas y atendamos al argumento del parlamentario británico: la pena del saco es una pena cruel y por eso se impone para castigar comportamientos especialmente graves.

Lo que hacen las declaraciones de derechos humanos contemporáneas, no obstante, es comprometerse a no aplicar este tipo de sanciones. Ahora bien, ¿qué es lo que hace la pena del saco cruel, y no –en el caso que los Tribunales a los que me he referido tengan razón– el fuste, el aislamiento en celda o la pena de muerte? ¿No son argumentos morales los que conducen a una u otra conclusión? Veremos primero algunos modos de sostener que para establecer si determinada sanción es cruel o degradante no hay que recurrir al razonamiento moral y las razones por las cuales no me parecen plausibles. Finalizaré con una vindicación de la incorporación de la moralidad en el derecho en estos supuestos.

2. LA CERTEZA DEL DERECHO

En muchos casos, los autores más contrarios a la incorporación de la moralidad en el derecho están guiados por la idea según la cual si el derecho usa conceptos valorativos los comportamientos prohibidos vendrán inciertos, indeterminados. A menudo este ideal de la certeza del derecho está asociado con la Ilustración jurídica y, en concreto, con el positivismo jurídico. Sin remontarnos a Beccaria o a Bentham, esta es la razón (por ejemplo) por la cual Kelsen (1931) se mostraba contrario a la incorporación de conceptos morales (como *igualdad* o *justicia*) y esta es la razón que anima las defensas recientes (Campbell 1996, Waldron 2001) o no tanto (Scarpelli 1965) del denominado *positivismo jurídico normativo*⁶.

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

3. RECUPERANDO LAS INTENCIONES DEL CONSTITUYENTE

Una estrategia consiste en sostener que cuando la Constitución usa conceptos valorativos en realidad únicamente incorpora aquello que encerraron en ellos deliberadamente los autores de la Constitución.

⁶ Que presenté y critiqué en MORESO 2004. Algunos ecos de esta posición entre nosotros en HIERRO 2002 y LAPORTA 2007.

Determinar el contenido de estas cláusulas consiste en recuperar las intenciones explícitas de los que las dictaron. En la discusión norteamericana se conoce esta posición como *originalismo*⁷. De este modo, consideran estos autores, la indeterminación se reduce: sólo son crueles (en nuestro ejemplo) los comportamientos considerados crueles por los constituyentes.

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

Esta posición ha sido criticada muchas veces con los mismos argumentos que había sido criticada la denominada *interpretación subjetiva*: las conocidas dificultades de establecer plausiblemente cuáles eran las genuinas intenciones de los constituyentes, las intenciones de quiénes son relevantes (de los que votaron a favor, de los redactores...). Es más: aun en casos en donde es claro que no estaba en sus intenciones, como el coma punitivo, entonces ha de resultar excluido sin más argumentación. Y esto es muy implausible. Antes de la reforma reciente de nuestra legislación procesal civil, la vieja Ley de Enjuiciamiento (como la nueva) establecía que son inembargables los instrumentos necesarios para el ejercicio de un oficio, con esta doctrina de la interpretación hay que suponer que hasta el año 2000 los ordenadores podían ser embargados a un abogado, por ejemplo, dado que los legisladores del siglo XIX no podían pensar en ellos.

4. LA SOLUCIÓN ESTÁ EN LAS ENCUESTAS

Algunas veces se ha argüido que los jueces deben decidir cuál sea el contenido de expresiones como «tratos degradantes» no apelando a sus convicciones morales sino a cómo dichas expresiones son entendidas y usadas en la sociedad de la que ellos forman parte. Así se entiende algunas veces la referencia del artículo 3 de nuestro Código Civil a la interpretación de las normas de acuerdo con la realidad social del tiempo en el que han de ser aplicadas⁸. De este modo, se piensa, no caeremos como rehenes de la voluntad de los jueces.

El problema de esta concepción es doble: por una parte, en todas las cuestiones controvertidas la opinión pública acostumbra a estar

⁷ Y su más ilustre representante tal vez sea el magistrado de la Corte Suprema SCALIA 1997.

⁸ Este argumento en ALCHOURRÓN y BULYGIN 1991. Valdría la pena considerar la vinculación de este argumento con el llamado *constitucionalismo popular* que han defendido, por ejemplo, TUSHNET 1999 y KRAMER 2004. Véase también GARGARELLA 2006.

dividida cuando no perpleja; por otra parte, si se quiere construir un punto de vista articulado, como parece exigible a los jueces y tribunales, entonces será imprescindible moldear las actitudes y creencias de la mayoría social para presentarlas en una doctrina razonable y ello, me parece, es ya indistinguible del razonamiento moral (Moreso 2009a, 192).

5. EL POSITIVISMO JURÍDICO EXCLUYENTE (I)

Tomemos como tesis definitoria del positivismo jurídico excluyente la siguiente formulación de Raz (1979, 185) de la tesis de las fuentes sociales del derecho⁹:

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

Esta tesis puede ser aceptada por dos razones verdaderamente diferentes entre sí. Puede ser aceptada, en primer lugar, como consecuencia de una posición escéptica acerca de la moralidad conforme a la cual, dado que no hay pautas morales objetivas, el derecho no puede incorporar la moralidad porque no hay nada que pueda ser incorporado. Es una razón ontológica: la inexistencia de la moral objetiva es la razón de la no incorporación¹⁰. Y, obviamente, cuando se usan estos términos en los textos legales se remite a la discrecionalidad, no controlable racionalmente, de los jueces; de hecho, a la arbitrariedad. Para este tipo de positivismo jurídico, el originalismo o la deferencia a las actitudes de la mayoría son intentos, algo desesperados, de evitar la discreción judicial y restaurar algún grado de certeza.

La refutación de esta posición debería argüir a favor del objetivismo en moral. Esta es una cuestión más allá del alcance de este trabajo, sin embargo tal vez merezca la pena destacar aquí que no conozco a nadie razonable que sostenga que es correcto torturar a los niños para divertirse o que no es cruel la pena del saco¹¹.

⁹ La misma idea en SHAPIRO 2011, cap. 9 y en MARMOR 2011, cap. 4.

¹⁰ Esta es la posición, por ejemplo, de BULYGIN 2006. Tal vez eran también, al menos parcialmente, las dudas acerca de la objetividad de la moral las que condujeron a este tipo de positivismo a KELSEN (1957), ROSS (1958), BOBBIO (1965) y el realismo jurídico americano (véase LEITER 2001). A ello puede sumarse lo que podemos denominar el realismo jurídico italiano y francés. Véanse respectivamente: GUASTINI 2006 y TROPER 2001.

¹¹ En MORESO 2009a, ensayo 2, he defendido un modo ecuménico de objetivismo moral, compatible con diversos enfoques metaéticos.

6. EL POSITIVISMO JURÍDICO EXCLUYENTE (II)

Ahora bien, el modo escéptico no es el modo más habitual de defender la versión fuerte de la tesis de las fuentes sociales del derecho. El modo más habitual es el que ha venido defendiendo desde hace más de treinta años Joseph Raz (1979, cap. 3; 1994, cap. 9; 2004)¹². Raz no es, en absoluto, un escéptico en materia moral; al contrario, considera que hay razones y, también, hechos morales. Considera, a su vez, que es falso que todas las proposiciones morales sean controvertidas (Raz 1994, 218).

El argumento de Raz es un argumento conceptual. Dicho ahora muy resumidamente, un rasgo definitorio del derecho es que pretende autoridad y pretender autoridad comporta la capacidad de suministrar, a los destinatarios de las normas promulgadas por la autoridad, razones que desplacen las razones a favor y en contra que ellos tienen de comportarse de determinado modo. Si el derecho incorporara pautas morales, entonces no podría pretender autoridad puesto que dichas pautas son válidas para sus destinatarios con independencia de lo que la autoridad establezca. Por lo tanto, por razones conceptuales, el derecho no puede incorporar el razonamiento moral.

¿Qué sucede entonces, según Raz, cuando nos encontramos con estas expresiones valorativas en los textos jurídicos? Pues bien, sucede que los jueces gozan de *discreción* para completar o cambiar el derecho de acuerdo con la moralidad. Raz (1994, 310-324) distingue entre el razonamiento para establecer el contenido del derecho, sujeto a la tesis de las fuentes, y el razonamiento con arreglo al derecho, que puede requerir el recurso de los jueces a las razones morales.

Creo que hay razones para dudar de la plausibilidad de esta posición. Veamos el siguiente pasaje de Raz (1979, 75)¹³:

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

Si la versión raziana de la tesis de las fuentes implica que siempre que el derecho incorpora conceptos o consideraciones morales, entonces los jueces tienen discreción (como el anterior pasaje de Raz sostiene

¹² Véase también SHAPIRO 1998 y MARMOR 2002.

¹³ Véase sobre este punto Endicott 2003.

ne), entonces hay buenas razones para dudar de la plausibilidad de dicha tesis. Si A firma con B un contrato por el cual se obliga a asesinar a C antes de un mes, transcurrido el mes A no ha asesinado a C y B presenta una demanda contra A por incumplimiento contractual, ningún jurista diría que debemos esperar a la decisión del juez para saber si el contrato entre A y B es válido: el contrato entre A y B es nulo porque es inmoral, y los jueces no tienen discreción alguna en este caso. Del mismo modo, si una disposición constitucional prohíbe los castigos crueles y el legislador dicta una norma que establece, como en el Derecho Romano, la pena del saco. Podemos preguntarnos, ¿es esta pena cruel? Creo que todos reconoceríamos que se trata de un castigo cruel –también los romanos que, precisamente por ello, consideraban que era la pena merecida para los parricidas– y que, por lo tanto, es inconstitucional. Aunque «cruel» es, sin duda, un término moral, «cruel» se aplica sin controversia ninguna a la *poena cullei*, no hay aquí espacio para la discreción¹⁴.

7. INTERLUDIO: PERTENENCIA Y APLICABILIDAD

Antes de presentar el modo, en mi opinión, en el cual el derecho incorpora la moralidad, voy a tratar de mostrar en qué sentido el debate entre el positivismo jurídico excluyente y el positivismo jurídico incluyente no es una mera cuestión de palabras¹⁵.

En la teoría del derecho positivista, se distingue algunas veces entre dos sentidos de *validez*: validez como *pertenencia* y validez como *aplicabilidad*. Una norma es válida, en el sentido de que pertenece a un sistema jurídico S, si y sólo si es identificada como miembro de S por los criterios de la regla de reconocimiento de S. Una norma es válida, en el sentido de que es aplicable a un caso, si y solo si existe otra norma, que es un miembro de S, que autoriza u obliga a los órganos de aplicación de S a aplicarla a ese caso¹⁶. En el contexto de discusión entre el positivismo excluyente y el incluyente J. L. Coleman (1998: 404-405) plantea así la cuestión¹⁷:

«Una estrategia mejor descansa en la distinción que Joseph Raz destaca entre validez jurídica y obligatoriedad para los encargados de aplicar el derecho. Todas las normas jurídicamente válidas son obligatorias para los aplicadores del derecho, pero no todas las pau-

¹⁴ Se trata de un argumento presentado en MORESO 2004.

¹⁵ Se trata de un argumento que se remonta a MORESO 2009a, cap. 10.

¹⁶ Puede verse la distinción en estos términos en BULYGIN 1982, MORESO 1997, cap. 3, MORESO-NAVARRO 1997 y VILAJOSANA 1998.

¹⁷ COLEMAN 1998. El origen de la distinción en estos términos en RAZ 1979, 101-102, 119-120. Véase también WALUCHOW 1994, 157, SHAPIRO 2008, 506 y KRAMER 2000, 103-107.

tas que son obligatorias para los jueces son jurídicamente válidas, en el sentido de ser parte del derecho de la comunidad. Las leyes extranjeras, las normas de los clubes sociales como otros sistemas normativos generalmente pueden ser obligatorios para los aplicadores en ciertos contextos jurisdiccionales, aunque no forman parte del derecho de la comunidad “huésped”. Los jueces pueden estar autorizados, incluso obligados, por normas válidas a aplicar tales principios. No necesitan ser parte del derecho de la comunidad a la que los jueces pertenecen para ser requeridos a apelar a ellas en el contexto de un proceso particular. De este modo, no se sigue del hecho de que los jueces puedan algunas veces ser obligados por ciertos principios morales que dichos principios sean ellos mismos parte del derecho o jurídicamente válidos.»

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

8. LA INCORPORACIÓN DE LA MORAL EN EL DERECHO

Según el positivismo jurídico incluyente es posible que la identificación del derecho dependa de argumentos morales, aunque también es posible que no sea así. La conexión del derecho con la moralidad

no es ni necesaria, ni imposible, sino que es contingente¹⁸. Aunque esta cuestión suele vincularse con la de la posibilidad de que la propia regla de reconocimiento incluya razones morales entre los criterios de validez jurídica (como es claro en Hart 2004), basta que tomemos ahora para nuestra discusión una tesis incorporacionista más débil (Leiter 2002, 978): «las fuentes usuales del derecho –como las leyes y las disposiciones constitucionales– pueden incluir conceptos y consideraciones morales».

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

Contra esta posibilidad se han presentado, en los últimos años, diversos argumentos. Me propongo, para concluir, analizar algunos de ellos con la esperanza de hacer, de este modo, más aceptable la tesis incorporacionista.

a) *Joseph Raz*

Veamos, en primer lugar, la siguiente objeción formulada por Joseph Raz (1979, 47 nota 8 y 2004, 17):

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

Creo que en esta crítica es preciso aclarar el significado de «discreción». Si por «discreción» se entiende la posición en la que se halla alguien que debe tomar una decisión en un caso de penumbra de la aplicación de un predicado, entonces los predicados morales están en la misma situación que otros predicados. El predicado *cruel* tiene casos claros de aplicación y casos marginales, como también lo tiene un predicado como *edificio en ruina*. El hecho que en los casos marginales la aplicación de las pautas morales lleve a la discreción judicial

¹⁸ Los precedentes de tal concepción pueden hallarse en CARRIÓ 1971, LYONS 1977, SOPER 1977, COLEMAN 1982 y HART 1994. Las dos defensas más articuladas en WALUCHOW 1994 y COLEMAN 2001. Véase una presentación general en HIMMA 2002 y MORESO 2009a, cap. 10.

no ha de representar una situación más grave que lo que sucede con la aplicación a los casos marginales de predicados empíricos.

Si, en cambio, por «discreción» se entiende la competencia del juez para, en determinadas circunstancias, cambiar el derecho en atención a razones morales; entonces hay que decir que la distinción puede mantenerse. Una cosa es decir, por ejemplo, que determinado comportamiento está castigado con la pena de muerte, pero que un Tribunal puede no usar esta sanción si la considera excesiva. Otra cosa muy distinta es decir que se prohíben las penas crueles, porque entonces si la pena de muerte es cruel estará jurídicamente prohibida. En el primer caso el Tribunal tiene discreción para aplicar la pena de muerte, en el segundo no tiene discreción para ello: si es cruel, no debe aplicarla y, si lo hace, no sólo se aparta sino que incumple el derecho.

b) *Luigi Ferrajoli*

Aunque Ferrajoli no objeta directamente el positivismo jurídico incluyente, su argumento vale claramente contra él. Veamos el porqué (Ferrajoli 1989, 100-101):

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

Si Ferrajoli tuviera razón, esto es, si todas las proposiciones que presuponen un juicio de valor, no fueran aptas para la verdad y la falsedad (fuesen, como a veces se ha dicho, únicamente expresiones de emociones), entonces habría una razón muy fuerte para eliminar los términos valorativos de la formulación de las normas jurídicas: en presencia de conceptos valorativos nunca podríamos establecer si un caso individual es o no una instancia del concepto valorativo en cuestión.

Es importante darse cuenta de que la presencia de conceptos valorativos en las normas jurídicas constituiría un problema mucho más grave que el de la vaguedad de los conceptos, porque al fin y al cabo los conceptos vagos sólo son problemáticos en los casos marginales de aplicación, mientras que los conceptos valorativos, con arreglo a esta concepción, serían problemáticos en *todos* sus casos de aplicación (este argumento en Moreso 2009a, cap. 11).

Sin embargo, ¿qué razones tenemos para adoptar esta concepción de los conceptos valorativos? Parece que dicha concepción presupone la admisión de un enfoque escéptico en materia moral, es decir, un enfoque según el cual los juicios morales son sólo expresiones de emociones o bien prescripciones acerca de cómo debemos comportarnos y, por lo tanto, no pretenden describir el mundo. Aquí, como ya he dicho previamente, no es el lugar para una defensa del objetivismo en moral. Baste con apreciar que el argumento de Ferrajoli presupone el rechazo del objetivismo.

c) *Scott J. Shapiro*

Shapiro (2011: 279-28, también 2009) ha elaborado un argumento tratando de mostrar que la distinción entre aplicar y crear el derecho no es exhaustiva. Este es su argumento:

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

Este parece un extraño argumento. Vayamos a nuestro ejemplo: según Shapiro, los castigos crueles desde el punto de vista moral están prohibidos por el derecho y, bajo esta descripción, los jueces no tienen discreción; sin embargo, los jueces tienen discreción para aplicar, bajo esta descripción, la pena del saco. Si es verdad que la constitución prohíbe las penas crueles y es verdad que la *poena cullei* es cruel, entonces la pena cruel está prohibida por la constitución y los jueces no tienen discreción alguna. Sin embargo, para que esta respuesta a Shapiro fuese plenamente convincente debería mostrarse que el derecho requiere todo aquello que está implícitamente implicado por sus requerimientos. No suponerlo así sería, sin embargo, adoptar una versión algo ingenua del derecho; como si fuese el resultado deliberado de las órdenes de una sola persona. Sólo en este sentido, podría sostenerse que algo que es querido bajo una descripción, no lo es bajo otra.

De un modo, tal vez, semejante a como alguien pude decir que quiere comerse este plato de langosta, bajo la descripción de tomar algo sabroso con este *sauvignon* delicioso, y no lo quiere, bajo la descripción de tomar algo que aumenta el ácido úrico en el cuerpo.

d) *Andrei Marmor*

Marmor (2011, 97) desarrolla un argumento distinto, relativo a la posibilidad del error en la comunidad jurídica:

«Si se suscribe el criterio positivista conforme al cual la juridicidad es, al final, una cuestión de reglas sociales, entonces la idea de que una comunidad entera pueda equivocarse acerca de las leyes que la regulan es, como mínimo, misterioso.»

Sabemos que, en la literatura iuspositivista, a menudo se ha adoptado un enfoque convencionalista acerca de los criterios últimos de identificación del derecho. Entonces, arguye Marmor, no es razonable que estemos equivocados acerca de hechos que son convencionales y, en cambio, si es razonable que estemos (incluso todos) equivocados acerca de la moralidad de determinados comportamientos. Hay que reconocer, como veremos un poco más adelante, que es verdad que el derecho no sería comprensible como práctica social si cupiera el error generalizado sobre todos los aspectos. Sin embargo, esto es compatible con un error generalizado sobre algunos aspectos, precisamente aquellos en los que se remite a la moralidad. Cuando la Corte Suprema de Estados Unidos decidió que la segregación racial en las escuelas era contraria a la constitución americana asumió que hasta ese momento había habido un error ampliamente generalizado acerca de lo que la Constitución requería.¹⁹

e) *Juan Carlos Bayón*

Bayón (2002a, 48; también 2002b) sostiene, convincentemente, que el incorporacionismo supone la posibilidad de que exista una convención para guiarse por criterios no convencionales y, de este modo, puede suponer que la existencia del derecho depende, en último término, de criterios convencionales aunque su contenido pueda ser identificado mediante criterios no convencionales. Y entonces arguye:

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

¹⁹ Véase *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954).

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

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

f) *Kenneth E. Himma*

K. E. Himma, que había mostrado simpatía hacia el positivismo jurídico incluyente (Himma 1999), ha cambiado su posición convencido de no haber tenido en cuenta anteriormente la importancia de las decisiones de las autoridades finales, es decir, el hecho de que lo que las sentencias que devienen firmes establecen, constituye la última palabra en el derecho (Himma 2003, 2005, 2009).

Dicho muy resumidamente el argumento de Himma es el siguiente: si el positivismo incluyente llevase la razón y dado que —esto no lo pone en duda el autor— la Constitución americana incorpora pautas morales, entonces el último criterio de validez jurídica en los Estados Unidos sería el siguiente (Himma 2009, 119):

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

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

aunque de un modo diferente –como es obvio– al del sistema del *binding precedent* anglosajón.

Por esta razón, Himma sostiene que la anterior formulación (y otras muchos que ensaya en sus trabajos) deben ser abandonadas y sustituidas por la siguiente formulación del criterio último de validez (Himma 2009, 120):

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

El problema de esta posición es, simplemente, que se convierte en otra versión del punto de vista según el cual el derecho es lo que los jueces dicen que es. Y esto no reconstruye razonablemente nuestra práctica que incluye la conciencia de que los jueces se equivocan. No reconstruye la práctica de que, dicho con Hart (2004, 141-147), una cosa es que las decisiones de determinados Tribunales sean finales, y otra muy distinta es que sean infalibles. En otros lugares he denominado a esta doctrina la doctrina *Julia Roberts* (MORESO 2009a, cap. 9 y 2010b) puesto que en un caso relativamente reciente, *Lawrence v. Texas*²⁰, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos decidió anular *Bowers v. Hardwick*²¹, y revocar la sentencia de la Corte del Tribunal de Apelación del Distrito de Texas, al considerar que las imputaciones penales por relaciones sexuales entre adultos en el domicilio vulneran intereses fundamentales como la libertad y la intimidad protegidas por la cláusula del debido proceso de la enmienda catorce de la Constitución americana. El Tribunal afirma: «*Bowers* was not correct when it was decided, and it is not correct today. It ought not to remain binding precedent. *Bowers v. Hardwick* should be and now is overruled». Si se me permite una frivolidad, podríamos decir que *Julia Roberts tenía razón*, porque al comienzo de la película *El informe pelícano*, el personaje interpretado por la actriz Julia Roberts, una estudiante de Derecho, discute con su profesor de Derecho Constitucional acerca de *Bowers*, y arguye que la ley de Georgia que califica la sodomía como un delito penal era inconstitucional. El profesor replica: «Well, the Supreme Court disagree with you, miss Shaw. They found that the state did not violate the right of privacy. Now, why is that?», y la estudiante contesta: «Because, they are wrong».

g) *Ronald Dworkin*

Una de las críticas más fundamentales de Dworkin al positivismo jurídico (desde Dworkin 1986) reside en que dicha doctrina deja por

²⁰ 539 U.S. 558 (2003).

²¹ 478 U.S. 186 (1986).

explicar las discrepancias que se producen entre los juristas (Dworkin 2006, 233): «los juristas discrepan a menudo acerca de lo que el derecho es en alguna materia, aunque están de acuerdo acerca de todos los hechos históricos que los positivistas citan y que, según su punto de vista, agotan las condiciones de verdad de las proposiciones jurídicas (*propositions of law*)». Es más, arguyendo contra la defensa de Jules Coleman del positivismo inclusivo, Dworkin sostiene que el argumento de Coleman presupone que los jueces en los Estados Unidos están de acuerdo en que la validez de algunas de las leyes depende de su corrección moral, dado que así lo exigen las disposiciones constitucionales, pero añade (Dworkin 2006, 194):

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

Me parece que se trata de un argumento convincente. Si la existencia del derecho es un fenómeno convencional (como quiere el positivismo hartiano), entonces deberán existir convenciones ampliamente compartidas que permitan la identificación del derecho. Sin embargo, estas convenciones parecen ser desafiadas por las diversas concepciones de lo que el derecho requiere en una sociedad²².

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

En este sentido el positivismo incluyente y Dworkin transitan la misma vía. Recientemente Dworkin (2011, cap. 19) ha insistido en este punto de vista sosteniendo que, por una parte, el derecho es una parte institucionalizada de la moralidad política²³, y por otra que su

²² Un intento de contestar la crítica dworkiniana desde una posición positivista en Derecho y escéptica en moral en LEITER 2009, consistente en afirmar que cuando los jueces y los juristas en general discrepan en los casos difíciles en realidad o bien están todos en un error generalizado (creen que discrepan genuinamente) o bien fingen discrepar. A SHAPIRO (2007) la crítica le parece muy importante, aunque intenta una respuesta desde el positivismo excluyente. Mi propia posición en MORESO 2009b.

²³ De acuerdo con esta posición y con el espacio de la dimensión institucional del derecho, ATIENZA-RUIZ MANERO 2001. A los autores, como a Dworkin, les parece – por razones parcialmente similares – que su posición es mejor caracterizada como antipositivista, ATIENZA-RUIZ MANERO 2007.

concepción del derecho como una práctica interpretativa es compatible (y «esto es crucial» añade) con «no denegar la distinción de las cuestiones relativas a aquello que es el derecho y a aquello que debe ser» (Dworkin 2011, 407) y aceptar que tiene sentido (para los jueces que creían que *The Fugitive Slave Act* era constitucional)²⁴ afirmar que dicha ley, por ejemplo, «era derecho válido aunque demasiado injusto para ser aplicado» (Dworkin 2011, 411). En cambio, afirma (Dworkin 2011, 411) que no es sostenible en el caso de la monstruosa legislación nazi: «es moralmente más adecuado denegar que estos edictos sean derecho». Aunque, añade, tal y como se plantea tradicionalmente el venerable problema del derecho injusto se asemeja tristemente a una disputa verbal (Dworkin 2011, 412).

Dworkin también critica al positivismo haber sostenido una concepción de acuerdo con la cual el derecho y la moralidad son dos sistemas diferenciados y sostiene la visión unificada. Y añade (Dworkin 2011, 413):

«Sería difícil defender al positivismo, incluso conforme a dicha concepción [la de los dos sistemas diferenciados], si los jueces discreparan acerca de importantes cuestiones de procedimiento constitucional. Pero una vez rechazamos el modelo de los dos sistemas, e identificamos el derecho como una parte distintiva de la moralidad política, debemos tratar los principios estructurales particulares que separan el derecho del resto de la moralidad como propiamente principios políticos que necesitan una lectura moral.»

No me parece razonable, sin embargo, considerar que todo lo que el derecho requiere es controvertido y depende de consideraciones valorativas, como en este texto parece sugerir Dworkin. Algunos aspectos de la práctica han de estar protegidos de esta controversia si la práctica debe tener la cualidad procesal de poner un final institucional a las controversias. En mi opinión –y expuesto de modo muy tentativo– al menos el contenido de las reglas jurídicas de las siguientes clases ha de poder identificarse sin controversia ni recurso a valoraciones²⁵:

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

²⁴ Dworkin no piensa así (DWORKIN 1975 y 2011, 486 nota 12), sino que considera que la legislación de 1850, que otorgaba el derecho a los propietarios de esclavos a recuperarlos aun si habían huido a otros estados en donde la esclavitud era ilegal, era inconstitucional y el famoso caso *Dred Scott v. Sanford* 60 U.S. 393 (1856), erróneamente decidido por la Corte Suprema.

²⁵ Obviamente que así se concede una parte de la razón a los positivistas exclusivos que sostienen que la existencia y el contenido del derecho se determina sin recurrir a la moralidad. Es un argumento que ya presenté en MORESO 2010b.

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

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

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

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

Respecto del último punto es importante notar que, por ejemplo, la Corte Suprema de los Estados Unidos decidió en *Bush v. Gore*²⁶ que la decisión del Tribunal Supremo de Florida que establecía la necesidad de recomtar los resultados de la elección presidencial en el Estado de Florida era inconstitucional y, de este modo, permitió que George Bush fuera proclamado Presidente. Fue una decisión muy controvertida y destacados juristas piensan que es equivocada²⁷, pero nadie ha defendido, hasta donde yo sé, que Bush fue proclamado Presidente de los Estados Unidos de modo ilegal.

REFERENCIAS

- ALCHOURRÓN, Carlos E., BULYGIN, Eugenio (1991), «Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico», en C.E. ALCHOURRÓN, E. BULYGIN, *Análisis lógico y Derecho*, (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales), 303-328.
- ATIENZA, Manuel, RUIZ MANERO, Juan (2001), «La dimensión institucional del derecho y la justificación jurídica», *Doxa* 24: 115-130.
- (2007): «Dejemos atrás el positivismo jurídico», *Isonomía*, 27: 7-28.
- BAYÓN, Juan Carlos (2002a), «El contenido mínimo del positivismo jurídico», en V. ZAPATERO (comp.), *Horizontes de la Filosofía del Derecho: Homenaje a Luis García San Miguel*, (Alcalá de Henares: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá), vol. 2, 33-54.

²⁶ 531 US 98 (2000).

²⁷ Véase por ejemplo, DWORKIN 2002.

- (2002b), «Derecho, convencionalismo y controversia» en P. E. NAVARRO, M. C. REDONDO (eds.), *La relevancia del derecho: Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, (Barcelona: Gedisa), 57-92.
- BERLIN, Isaiah (1958), «Two Concepts of Liberty», en I. BERLIN, *Four Essays on Liberty* (Oxford: Oxford University Press, 1969), 118-172.
- BULYGIN, Eugenio (1982), «Time and Validity», en A. A. MARTINO (ed.), *Deontic Logic, Computational Linguistics and Legal Information Systems*, (Amsterdam: North Holland), 65-82.
- (2006), *El positivismo jurídico* (México: Fontamara, 2006).
- CAMPBELL, Tom D. (1996), *The Legal Theory of Ethical Positivism* (Aldershot: Dartmouth).
- CARRÍO, Genaro R. (1971), *Principios jurídicos y positivismo jurídico* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot).
- COLEMAN, Jules L. (1982), «Negative and Positive Positivism», *Journal of Legal Studies*, 11: 139-162,
- (1998), «Incorporationism, Conventionalism, and the Practical Difference Thesis», *Legal Theory*, 4: 381-426.
- (2001), *The Practice of Principle: In Defense of a Pragmatist Approach to Legal Theory* (Oxford: Oxford University Press).
- DWORKIN, Ronald (1975), «The Law of the Slave-Catchers» en *Times Literary Supplement*, December, 5.
- (1986), *Law's Empire*, (Cambridge, Mass.: Harvard University Press).
- (ed.) (2002), *A Badly Flawed Election. Debating Bush v. Gore, the Supreme Court, and American Democracy* (New York: The New Press).
- (2006), *Justice in Robes*, (Cambridge, Mass.: Harvard University Press).
- (2011), *Justice for Hedgehogs* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press)
- ENDICOTT, Timothy A. O. (2003), «Raz on Gaps-The Surprising Part», en Thomas POGGE, Lukas MEYER, & Stanley PAULSON (eds), *Rights, Culture, and the Law-Essays After Joseph Raz* (Oxford: Oxford University Press), 99-117.
- FERRAJOLI, Luigi (1989), *Diritto e ragione. Teoría del garantismo penale* (Roma-Bari: Laterza).
- GARGARELLA, Roberto (2006), «El nacimiento del constitucionalismo popular», *Revista de Libros*, 112 (abril), 15-18.
- GUASTINI, Riccardo (2006), «Lo scetticismo interpretativo revisitado», *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 36: 227-236.
- HART, H. L. A. (1994), *The Concept of Law*, 2 ed. P. Bulloch y Joseph Raz (eds.), (Oxford: Oxford University Press).
- HIERRO, Liborio (2002), «¿Por qué ser positivista?», *Doxa* 25: 263-302.
- HIMMA, Kenneth E. (1999), «Incorporationism and the Objectivity of Moral Norms», *Legal Theory*, 5: 415-434.
- (2002), «Inclusive Legal Positivism» en J.L. COLEMAN, S.J. SHAPIRO (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, (Oxford: Oxford University Press), 125-165.
- (2003), «Making Sense of Constitutional Disagreement: Legal Positivism, the Bill of Rights, and the Conventional Rule of Recognition in the United States», *Journal of Law and Society*, 42: 149-218.
- (2005), «Final Authority To Bind With Moral Mistakes: On The Explanatory Potential of Inclusive Legal Positivism», *Law and Philosophy*, 24: 1-45.

- (2009), «Understanding the Relationship Between The US Constitution and the Conventional Rule of Recognition», en M.D. ADLER, K. E. HIMMA (eds.), *The Rule of Recognition and the U.S. Constitution*, (Oxford: Oxford University Press), 95-121.
- KELSEN, Hans (1931), *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, trad. de R.J. Brie, (Madrid: Tecnos, 1985).
- (1957), *What is Justice? Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science* (Berkeley: California University Press, 1957).
- KERR, Philip (1992), *A Philosophical Investigation* (London: Chatto & Windus), traducida al castellano por M. BACH como *Una investigación filosófica* (Barcelona: Anagrama, 1996).
- KRAMER, Larry (2004), *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, (Oxford: Oxford University Press).
- KRAMER, Matthew (2000), «How Moral Principles Can Enter into the Law» en *Legal Theory*, 6: 103-107.
- LAPORTA, Francisco J. (2007), *El imperio de la ley. Una visión actual*, (Madrid: Trotta).
- LEITER, Brian (2001), «Legal Realism and Legal Positivism Reconsidered», *Ethics*, 111: 278-301.
- (2002), «Law and Objectivity» en J. COLEMAN, S. SHAPIRO (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, (Oxford: Oxford University Press), 969-989.
- (2009), «Explaining Theoretical Disagreement», *University of Chicago Law Review* 76: 1215-1250.
- LYONS, David (1977), «Principles, Positivism and Legal Theory» (*Yale Law Journal*, 87: 415-436).
- MARMOR, Andrei (2002), «Exclusive Legal Positivism», en J.L. COLEMAN, S.J. SHAPIRO (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, (Oxford: Oxford University Press), 104-124.
- (2011), *Philosophy of Law*, (Princeton: Princeton University Press).
- MORESO, José Juan (1997), *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*, (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).
- (2004), «Positismo jurídico y aplicación del derecho», *Doxa* 27: 45-62.
- (2008), «La lectura moral del derecho», *Revista de libros* 142 (octubre), 11-13.
- (2009a), *La Constitución: modelo para armar* (Madrid: Marcial Pons).
- (2009b), «Legal Positivism and Legal Disagreements», *Ratio Juris*, 22: 62-73.
- (2010a), «Tomates, hongos y significado jurídico», en J.J. MORESO, L. PRIETO SANCHÍS, J. FERRER BELTRÁN, *Los desacuerdos en el Derecho*, (Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo), 15-48.
- (2010b), «La doctrina Julia Roberts y los desacuerdos irrecusables» en J.J. MORESO, L. PRIETO SANCHÍS, J. FERRER BELTRÁN, *Los desacuerdos en el Derecho*, (Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo), 49-86.
- MORESO, José Juan; NAVARRO, Pablo E. (1997), «Applicability and Effectiveness of Legal Norms», *Law and Philosophy*, 16: 201-219.
- RADIN, Max (1920), «The Lex Pompeia and the Poena Cullei», *The Journal of Roman Studies*, 10: 119-130.
- Raz, Joseph (1979), *The Authority of Law*, (Oxford: Oxford University Press).
- (1994), *Ethics in the Public Domain*, (Oxford: Oxford University Press).
- (2004), «Incorporation by Law», *Legal Theory*, 10: 1-17.

- ROSS, Alf (1958), *On Law and Justice* (London: Stevens and Sons).
- SCALIA, Antonin (1997), *A Matter of Interpretation* (Princeton: Princeton University Press).
- SCARPELLI, Uberto (1965), *Cos'è il positivismo giuridico* (Milano: Edizione di Comunità).
- SHAPIRO, Scott J. (1998), «On Hart's Way Out», *Legal Theory*, 4: 469-508.
- (2007), «The "Hart-Dworkin" Debate: A Short Guide for the Perplexed», en. A. RIPSTEIN (ed.), *Ronald Dworkin* (Cambridge: Cambridge University Press), 22-55.
- (2009), «Was Inclusive Legal Positivism Founded on a Mistake?», *Ratio Juris*, 22: 326-338., aju_428_326..338
- (2011), *Legality* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press).
- SOPER, Philip: «Legal Theory and Obligation of the Judge: The Hart/Dworkin Dispute», *Michigan Law Review*, 75: 511-542.
- TROPER, Michel (2001), «Une théorie réaliste de l'interprétation», en Olivier JOUANJEAN (ed.), *Dossier Théories réalistes du droit*, (Strasbourg: PU de Strasbourg, 2001), 51-78.
- TUSHNET, Mark (1999), *Taking the Constitution Away from the Courts*, (Cambridge., Mass.: Harvard University Press).
- VILAJOSANA, Josep M. (1998), «Sobre recepción de normas», *Isonomia*, 8: 181-191.
- WALUCHOW W. J. (1994), *Inclusive Legal Positivism*, (Oxford: Oxford University Press).
- WALDRON, Jeremy (2001), «Normative (or Ethical) Positivism» en J. COLEMAN (ed.), *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law* (Oxford: Oxford University Press, 2001), cap. 12.

Fecha de recepción: 30/06/2011. Fecha de aceptación: 8/11/2011.