

INTRODUCCIÓN

La mayor parte de la filosofía jurídica anglosajona desde la década de los sesenta del siglo XX hasta hoy ha girado en torno al positivismo jurídico de Hart y a su crítica más canónica, que es la de Ronald Dworkin. Si bien este debate tiene sus orígenes en el mundo anglosajón, lógicamente su ámbito de influencia se ha extendido más allá de él.

En sus primeras críticas al positivismo jurídico hartiano, Dworkin sostuvo que éste no es capaz de explicar la presencia de los principios morales en el orden jurídico. Esta crítica ha generado un extenso debate entre Dworkin y Hart, que, en los últimos diez años, ha desembocado en una discusión sobre la viabilidad de una teoría que pretende ser heredera de las tesis de Hart y a la vez responder a las tesis de Dworkin buscando acomodar parte de las mismas en el interior de la teoría del derecho hartiana. Esta versión del positivismo jurídico ha sido denominada *inclusive legal positivism* porque se caracteriza por sugerir que es posible que existan sistemas jurídicos cuyos criterios de validez incluyan normas morales sustantivas.

Este libro pretende exponer el debate en torno al positivismo incluyente, incorporacionismo o positivismo *soft*, diferentes versiones de una misma teoría surgidas como respuesta a las críticas de Dworkin contra el positivismo jurídico hartiano. Son, por lo tanto, una defensa del positivismo que intenta rechazar algunas de las críticas de Dworkin y admitir otras, mostrando que éstas caben perfectamente en el modelo teórico de Hart.

Por otra parte, esta estrategia ha enfrentado a los defensores de esta versión del positivismo jurídico con quienes rechazan de plano los argumentos de Dworkin. En este sentido puede decirse que el *inclusive legal positivism* nace, crece y se desarrolla bajo el fuego cruzado de las críticas del positivismo excluyente —representado paradigmáticamente por Raz— y de las procedentes de la teoría de Dworkin.

Si bien el *inclusive legal positivism* fue esbozado como una posibilidad hace ya más de veinte años, el desarrollo y la crítica a esta teoría ha proliferado mucho durante los últimos años del siglo pasado y los primeros del actual. Este hecho parece estar relacionado, aunque sólo sea en alguna medida, con la afirmación de Hart —realizada en el *Postscript*— en la que se autoproclama un positivista *soft*; y con la publicación del libro de Waluchow —*Inclusive Legal Positivism*—, titulado con el nombre con el que mayoritariamente se conoce esta versión del positivismo jurídico. En aquélla oportunidad, Waluchow buscó “disipar al menos algo del caos en el que parece haber caído la teoría del derecho en estos tiempos”.¹ Hoy parece necesario retomar la iniciativa de este autor e intentar poner orden en las diferentes líneas del debate en torno al *inclusive legal positivism*.

El presente trabajo tiene por objeto exponer de manera completa la teoría propuesta por el *inclusive legal positivism*, de forma tal que pueda comprenderse con mayor facilidad el extenso e intrincado debate en torno a ella. Esta tarea se llevará a cabo de una forma exclusivamente descriptiva; es decir, sin tomar partido o valorar las tesis del positivismo incluyente ni de sus críticos. Esta descripción ha seguido un esquema esencialmente cronológico que se articula en torno a los siguientes momentos: (1) las primeras respuestas incluyentes frente a Dworkin (1971-1978); (2) el afianzamiento del positivismo incluyente (1979-1993); (3) la consolidación del mismo (1994-1996); y (4) el refinamiento de sus argumentos (1997-2005). Esta empresa resulta interesante por diversas razones. Por un lado, permite esclarecer a dónde ha conducido el debate, lo cual constituye una buena base para valorar la evolución del positivismo jurídico anglosajón desde la década de los setenta hasta el presente. Por el otro, pone a prueba de forma más general la fortaleza o debilidad del positivismo jurídico como filosofía del derecho. Como el positivismo jurídico es una tradición, estudiar los últimos años de esta tradición y rastrear hacia donde ha ido caminando, ayuda a vislumbrar hacia dónde se dirige y por qué. No obstante, una valoración completa del positivismo jurídico exigiría tener en cuenta toda la tradición, lo cual excede claramente el propósito de este trabajo. Debido a que en la actualidad no existen trabajos que hayan intentado realizar una ordenación

¹ Waluchow, W., *Inclusive Legal Positivism*, Oxford, Clarendon Press, 1994, p. 3 (en adelante *ILP*).

pormenorizada y completa de los diferentes argumentos que se esbozan tanto en favor como en contra del positivismo jurídico incluyente, la publicación de estas páginas puede ser de utilidad a la comunidad académica de los teóricos del derecho.

Esta monografía ha sido realizada en el marco de un proyecto de investigación más amplio, que estudia los desafíos que el neoconstitucionalismo presenta al positivismo jurídico y la respuesta incluyente a estos desafíos.² Esta investigación es, por tanto, el primer paso para una evaluación crítica tanto del positivismo incluyente como teoría del derecho, como de su capacidad para responder a los desafíos de los modernos sistemas constitucionales o del neoconstitucionalismo. Como podrá observarse con claridad más adelante, las críticas de Dworkin buscan poner de relieve la incapacidad del positivismo jurídico para poder dar cuenta del funcionamiento de los sistemas de *Common Law* y de los modernos sistemas constitucionales. En este sentido, el fenómeno del neoconstitucionalismo, al incorporar en el derecho un amplio catálogo de valores fundamentales que deben ser tenidos en cuenta por los jueces a la hora de decidir los casos jurídicos, parece poner en tela de juicio las tesis centrales del positivismo jurídico.

Este libro se divide en cinco capítulos. Cada uno de estos capítulos busca reflejar alguna etapa del proceso de desarrollo del *inclusive legal positivism*. De esta forma, el primer capítulo busca reflejar cómo en sus orígenes se sitúa el esfuerzo por presentar una versión del positivismo jurídico capaz de superar las críticas de Dworkin. Con esta finalidad, se estudia la polémica Hart-Dworkin —pura y exclusivamente a fin de introducir al lector en el debate que dio origen al positivismo incluyente— y se analizan las primeras propuestas incluyentes y las respuestas de Dworkin contra este positivismo jurídico, caracterizado entonces por él como “menos positivo”. En el segundo capítulo, se describen los argumentos de Raz para rechazar un positivismo incluyente; y el debate de los incluyentes con Dworkin y con el *presumptive positivism* de Schauer. En el tercer capítulo se analizan las tesis más relevantes de las principales versiones de este positivismo; este capítulo, en definitiva, sintetiza las teorías que son debatidas en la actualidad.

² El proyecto de investigación es “El positivismo jurídico incluyente y los desafíos del neoconstitucionalismo”, y ha sido subvencionado por el Ministerio de Ciencia y Tecnología y los fondos FEDER de la Unión Europea (código BJU2003-05478).

Los capítulos cuarto y quinto se ocupan del extenso debate que el positivismo incluyente ha generado desde fines del siglo pasado hasta ahora. Debido a que la mayor cantidad de bibliografía se ha generado en este último periodo, estos capítulos poseen dimensiones un poco mayores que los anteriores. En el cuarto capítulo se estudia cómo el positivismo incluyente refina sus argumentos debatiendo contra los defensores del positivismo excluyente; mientras que en el quinto capítulo se estudia su refinamiento al debatir con los dworkinianos y al surgir polémicas internas dentro de la propia teoría.

Al final de este estudio se ha incluido un epílogo que busca sintetizar las tesis positivas incluyentes a fin de iluminar al lector casi treinta años de extenso debate en los cuales esta versión del positivismo jurídico ha surgido, se ha afianzado, consolidado y, por último, ha refinado con mucho detalle sus argumentos. Tanto el desarrollo de la exposición como la síntesis final permiten comprobar cómo el positivismo incluyente adopta una estrategia de desarrollo mayoritariamente defensiva. Dicho de otra manera, esta versión del positivismo jurídico presenta una pequeña cantidad de tesis positivas y dedica la mayoría de sus esfuerzos a defenderlas, sea contra el positivismo excluyente o frente a Dworkin. Por último, se comprobará también que el debate sobre la viabilidad del *inclusive legal positivism* se enmarca en un debate más amplio sobre el núcleo o la esencia del positivismo jurídico. Como podrá observarse con claridad a lo largo de los diferentes capítulos de este trabajo, el debate sobre el positivismo incluyente remite directamente a las siguientes preguntas: ¿es realmente el *inclusive legal positivism* una versión del positivismo jurídico? Esta pregunta presupone, una anterior: ¿qué es el positivismo jurídico? De alguna manera, esta monografía pretende ayudar a responder ambas cuestiones por medio del análisis pormenorizado del positivismo incluyente.

Resta efectuar una aclaración terminológica. En este trabajo se utilizará la expresión *inclusive legal positivism* para referirse a todas las versiones incluyentes. Sin embargo, debido a que esta denominación ha sido propuesta por Waluchow, en algunas oportunidades, se utilizará esta denominación, previa aclaración, para distinguir la versión incluyente de Waluchow de otras versiones incluyentes. Es cierto que existen otras denominaciones para esta teoría. Las más comunes son *soft positivism*, *incorporationism*, *modest incorporationism*, etcétera. Sin embargo, se ha elegido la más generalizada. Más allá de esta aclaración, en algunas

oportunidades se emplean otras denominaciones —como *soft positivism*—. No obstante, esto se realizará sólo a fin de distinguir una versión específica de las otras.

Por último, quisiera expresar mi agradecimiento a los profesores Pedro Rivas Palá y Pedro Serna Bermúdez por sus consejos y precisiones durante la elaboración de este trabajo, y por la corrección de su versión definitiva.

A Coruña, enero de 2006