

PRÓLOGO

El libro que el lector tiene en sus manos es el único estudio sistemático existente en la actualidad, tanto en el mundo anglosajón como en el de habla española, acerca del debate sobre la incorporación de la moral, también conocido como debate del positivismo jurídico inclusivo o incluyente. Han sido publicados algunos otros trabajos, entre ellos algunos del autor de este prólogo,¹ pero ninguno alcanza ni de lejos un desarrollo tan completo y sistemático como el trabajo de Juan B. Etcheverry que tengo el honor de presentar.

Se trata de uno de los resultados más relevantes del proyecto de investigación “El positivismo jurídico incluyente y los desafíos del Neo-constitucionalismo”, subvencionado por el Ministerio de Educación y Ciencia de España y los fondos FEDER de la Unión Europea para los años 2003-2006 (código BJU2003-05478), del cual soy investigador principal. En cierto modo, junto con el profundo estudio de L. M. Cruz titulado *La Constitución como orden de valores. Problemas jurídicos y políticos*,² configura los cimientos del mencionado Proyecto. No en vano, una parte importante de los trabajos que son resultados suyos —algunos de los cuales ya han visto la luz, mientras que otros la irán viendo en los próximos meses—, se han apoyado en estos dos estudios o en alguno de sus borradores o versiones primeras.

Lo anterior obedece al diseño mismo del proyecto de investigación, cuyo propósito central es poner en conexión el positivismo incluyente y el neo-constitucionalismo en orden a determinar si los modernos siste-

¹ Cf. Serna, P., “Sobre el «inclusive legal positivism». Una respuesta al prof. Vitorio Villa”, *Persona y Derecho*, 43, 2000-2, pp. 99-146; “El positivismo incluyente en la encrucijada”, Cáceres, E. et al. (coords.), *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, pp. 683-701; y “El «Inclusive Legal Positivism» ante la mirada del observador”, *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2006, pp. 481-495.

² *La Constitución como orden de valores...*, Granada, Comares, 2005.

mas constitucionales pueden ser explicados desde un modelo positivista de teoría jurídica, aunque sea modificado sustancialmente, como es el caso del positivismo incluyente. Obviamente, el aludido propósito exige, por elementales razones de rigor, comenzar por establecer con la adecuada precisión el significado de “positivismo incluyente” y “neo-constitucionalismo”, y a este requisito previo obedecen los dos estudios mencionados, el que ahora se presenta y el del doctor Cruz. No es que faltasen propuestas de caracterización de ambos fenómenos antes de que estos estudios fuesen abordados, al contrario. Lo que sucede es que en ambos supuestos la caracterización exige, como siempre e inevitablemente en las ciencias humanas, una selección previa de los datos y una interpretación de los mismos. Ello origina diferentes comprensiones del neo-constitucionalismo y, con mayor razón, del positivismo incluyente, por cuanto este último es exclusivamente una teoría, mientras que el primero consiste, en su sentido primario y decisivo, en un proceso real de transformación de los sistemas jurídicos.

Así, pues, la caracterización del positivismo incluyente que se contiene en el presente estudio es también fruto de una interpretación; no obstante, se ha elegido deliberadamente una metodología de trabajo que permita obtener resultados poco discutibles, una perspectiva eminentemente descriptiva. Dificultad importante para llevar a cabo la empresa ha sido la enorme profusión de bibliografía sobre el tema, proveniente casi exclusivamente del mundo anglosajón y, en menor medida, español e italiano. Esta bibliografía procede en muchos casos de autores que podrían considerarse “menores” en la teoría jurídica actual. Haber distinguido entre trabajos o autores “mayores” y “menores”, excluyendo la exposición y el análisis de estos últimos, habría simplificado sin duda la tarea, arrojando además un volumen más reducido en cuanto a su extensión; sin embargo, los resultados serían tan discutibles como la selección efectuada. Por ello, se optó por incluir toda la bibliografía sobre el tema, ordenándola según una secuencia cronológica. Así ha resultado posible, a juicio de quien esto escribe, obtener una visión cabal y no sesgada del positivismo incluyente: no en vano se trata de un debate, y un debate de filosofía analítica anglosajona del derecho; ello significa que todos los que escriben acerca del mismo lo hacen para responder a, rebatir o completar, una tesis o afirmación formulada con anterioridad por ellos mismos o por alguien diferente. Ordenar de forma taxonómica todas estas afirmaciones, réplicas y dúplicas pareció la mejor manera de entender lo que cada quien está diciendo, pues permite

situar sus afirmaciones en el contexto de lo debatido por las que las han antecedido y las que las suceden. De hecho, la secuencia cronológica —que resulta ser también lógica en la medida que el debate se mantiene dentro de la lógica— apenas se interrumpe en el libro, y cuando parece interrumpirse es al introducirse la exposición o análisis de trabajos realizados fuera del ámbito anglosajón.

Sin embargo, que no se haya distinguido entre trabajos y/o autores mayores y menores no significa que el estudio no esté sustentado por interpretaciones implícitas; concretamente, se apoya en la tesis siguiente: el positivismo incluyente tiene su origen en la crítica de Dworkin al positivismo de Hart, y es el resultado de un intento de responder a dicha crítica, oponiéndose a ella en algunos puntos y mostrando en otros cómo los aciertos de Dworkin caben dentro de una teoría jurídica positivista reformulada pero fiel al modelo trazado por Hart. Frente a este modo de afrontar la crítica, del cual fueron pioneros Soper y Lyons, antes que el propio Hart, están aquellos otros discípulos de éste, encabezados por J. Raz, quienes sostienen que los argumentos de Dworkin han de ser rechazados en bloque, y que el derecho no necesita, ni conviene a su naturaleza y a su función, incorporar criterios morales para su identificación. Con ello, Raz y sus seguidores no sólo se oponen a Dworkin sino también al positivismo incluyente, que se ve de esta forma obligado a desarrollar sus puntos de vista entre el fuego cruzado del anti-positivismo dworkiniano y el positivismo raziano, bautizado como “excluyente” por Waluchow.

Esta interpretación del debate permite asimismo comprender la estructura del trabajo que el lector tiene en sus manos; a efectos puramente expositivos, Etcheverry ha llevado a cabo una división en períodos que distingue las épocas consecutivas del nacimiento, el afianzamiento, la consolidación y el refinamiento del positivismo incluyente, mostrando siempre cómo en cada periodo se sucede el aludido fuego cruzado o doble frente: *versus* Dworkin y *versus* Raz. No es sino hasta la etapa que Etcheverry denomina refinamiento cuando los incluyentes discuten entre sí.

Naturalmente, el presente estudio no aspira a cubrir el objetivo central del proyecto de investigación en que se inscribe, sino más bien a posibilitarlo y facilitarlo. En mi opinión, poner en conexión el neo-constitucionalismo y el positivismo incluyente exige profundizar críticamente en algunos aspectos relacionados con ambos, especialmente con este último. Por una parte, el neo-constitucionalismo, en uno de sus sentidos relevantes, es el proceso de constitucionalización, de transformación de los sis-

temas jurídicos por obra de un cambio operado en el modo de comprender la Constitución por parte de los operadores jurídicos, que pasan a verla como un orden axiológico o valorativo. Dicho orden puede, a su vez, entenderse como un orden-marco o como un orden fundamental; según esta última versión, la más radical, en la Constitución se contendría la totalidad quintaesenciada del orden jurídico y la tarea de los órganos creadores de normas sería, entonces, una tarea de descubrimiento, concreción y despliegue de lo que ya está implícito en ella.³ Cualquiera que sea la concepción que se adopte, la posibilidad de explicar este tipo de sistemas jurídicos desde un modelo teórico positivista obliga en mi opinión a efectuar profundas revisiones en dicho modelo.

Concretamente, uno de los problemas más destacados es el relativo al concepto de validez jurídica y, estrechamente ligado a él, el relacionado con el criterio de individuación de las normas del sistema jurídico. En efecto, el carácter normativo directo de la Constitución y su concepción como orden o sistema de valores (o de principios) implica que la individuación (existencia y contenido) de las normas infra-constitucionales ya no puede seguir determinándose mediante una mera comprobación de hechos, sino que exige someter su contenido a una prueba de conformidad o adecuación a los valores y principios constitucionales, que son de naturaleza eminentemente moral. Ello supone que la pertenencia de una norma a un determinado ordenamiento pasa a depender de su adecuación a parámetros éticos, lo cual lleva consigo un replanteamiento no sólo del concepto de validez, sino también de las relaciones entre derecho y moral, al menos tal y como las concebía el positivismo jurídico tradicional. Todo ello plantea la cuestión de cómo afecta el positivismo incluyente a la teoría del sistema jurídico. Concretamente, se precisa evaluar las propuestas de incorporación de los criterios éticos a la regla de reconocimiento y la consiguiente teoría de la validez y de la individuación de las normas. En conexión con esto, también se requiere revisar críticamente la separación que propone el positivismo excluyente (Raz, con el claro precedente de Kelsen) entre el momento deliberativo y momento ejecutivo y su consideración del derecho “establecido” como perteneciente al momento ejecutivo. Asimismo, también plantea dudas la difuminación que el positivismo incluyente parece admitir, e incluso proponer en

³ Sobre todo esto *cfr.* Cruz, L. M., *La Constitución como orden de valores*, *cit. passim*; y, del mismo autor, *Estudios sobre el neoconstitucionalismo*, México, Porrúa, 2006 (en prensa en el momento en que se escribe este prólogo).

algunos casos, entre descubrimiento y justificación; todo lo cual afecta a la noción de positividad del derecho y a la posibilidad de seguir manteniendo la noción de sistema jurídico momentáneo de Raz.

Lo último resulta muy importante para la teoría de la dogmática, pues plantea el interrogante de si cabe efectuar una descripción completa de un sistema jurídico prescindiendo de juicios valorativos, esto es, si resulta posible describir por completo un sistema jurídico sin dar entrada a este tipo de razonamientos que desarrollan el alcance de valores y principios y que son, por su propia naturaleza, razonamientos de carácter valorativo. Y es que la determinación de su contenido no puede limitarse a lo que surge explícitamente, o *prima facie*, sino que exige también razonar dando entrada a tales valores o principios, ya sea porque la norma misma que se haya de describir o aplicar sea un principio, ya por la exigencia de interpretarla desde el ordenamiento constitucional, que se sigue de la normatividad directa y del principio de supremacía constitucional.

En el plano epistemológico, ello significa que el razonamiento jurídico no puede ser ya visto como completamente diferente del razonamiento ético. El razonamiento que parte de principios y valores es, por lo que a sus caracteres estructurales se refiere, un razonamiento práctico que guarda mayores semejanzas con el razonamiento moral que con la subsunción típica del legalismo y de la jurisprudencia conceptual, lo cual ha conducido a reabrir, sobre todo en el ámbito anglosajón, el debate sobre la objetividad en el razonamiento ético-jurídico, es decir, sobre si cabe una vía intermedia entre la imposible única respuesta correcta y la discrecionalidad en sentido fuerte, que convierte al órgano de aplicación en auténtico creador del derecho. En el ámbito alemán y, en parte, en España, este debate se ha centrado menos en la cuestión de la objetividad que en el análisis de las técnicas empleadas en la aplicación de principios constitucionales, singularmente la ponderación y la aplicación del juicio de proporcionalidad o razonabilidad.

Pero lo cierto es que la incorporación de la moral pone sobre la mesa el problema de su carácter objetivo, y proyecta sombras sobre la denominada objetividad del derecho. No extraña, pues, que existan intersecciones entre el debate sobre la objetividad de la moral y el debate sobre el positivismo incluyente, como se muestra en varios lugares de este libro. Más aún, si la moral careciese por completo de objetividad, las tesis incluyentes no podrían diferenciarse de la discrecionalidad fuerte defendida por quienes pueden considerarse excluyentes, desde Kelsen hasta

Raz. Ello hace que algunos defensores de la objetividad del derecho, en orden a preservarla, reclamen la exclusión de los criterios morales y se alineen con los excluyentes.

A la luz de lo dicho, parece claro que, al menos *prima facie*, una teoría positivista incluyente, para ser completa, necesita apoyarse en una teoría del razonamiento práctico, e incluso adoptar una metaética cognitivista, pues si no se ofrece una respuesta a la cuestión del razonamiento con principios y valores no se habría superado el positivismo tradicional, que oscila entre la primitiva jurisprudencia mecanicista, el irracionalismo kelseniano, y la ambigua respuesta del último Hart.⁴

Algunos de los participantes en el debate del positivismo incluyente han abordado el problema del carácter cognoscitivo de la aplicación del derecho, es decir, la cuestión de hasta dónde el órgano judicial aplica y a partir de dónde ejerce una discrecionalidad en sentido fuerte, proponiendo una objetividad jurídica de base constructivista o un relativismo moderado que aporte una justificación débil a las decisiones jurídicas.⁵ Ahora bien, la consistencia de estas propuestas está lejos de ser pacífica. Otra forma de abordar el debate epistemológico entre el positivismo tradicional y el positivismo incluyente es analizar la viabilidad de configurar racionalmente las técnicas de interpretación y aplicación del derecho impuestas por el constitucionalismo de principios, concretamente la denominada ponderación o *balancing test* y el juicio de proporcionalidad.

Resumiendo, si se admite la propuesta incluyente la separación nítida entre descripción y valoración, entre creación y aplicación, entre descu-

⁴ Cfr. *The Concept of Law*, 2a. ed., Oxford, Oxford University Press, 1994, “Postscript”, pp. 272 y 273. En este escrito póstumo, el profesor de Oxford sostiene que la discrecionalidad judicial consiste en una actividad que es a la vez aplicativa y creadora de derecho. El alcance de esta propuesta, en qué sentido habría aquí aplicación, está lejos de resultar claro, como lo demuestran algunos comentarios posteriores. Cfr., al respecto, Shapiro, S. J., “On Hart’s Way Out”, en Coleman, J. (ed.), *Hart’s Postscript. Essays on the Postscript to The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2001, pp. 163 y 164.

⁵ Cfr., entre los incluyentes, Villa, V., *Costruttivismo e teorie del diritto*, Turín, Giappichelli, 1999; Waluchow, W., *Inclusive Legal Positivism*, Oxford, Clarendon Press, 1994, pp. 227-229; y Moreso, J. J., “En defensa del positivismo jurídico inclusivo”, en Navarro, P. E. y Redondo, M. C. (comps.), *La relevancia del derecho*, Barcelona, Gedisa, 2002, pp. 99-101. Entre los no-incluyentes pueden mencionarse K. Greenawalt, *Law and Objectivity*, Nuevaw York, Oxford University Press, 1992; Stavropoulos, N., *Objectivity in Law*, Oxford, Clarendon Press, 1996; Patterson, D., *Law and Truth*, Nueva York-Oxford, Oxford University Press, 1996; Marmor, A., *Positive Law and Objective Values*, Oxford, Clarendon Press, 2001; y Leiter, B. (ed.), *Objectivity in Law and Morals*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001.

brimiento y justificación y entre teoría del derecho y teoría de la aplicación parecen difuminarse; el concepto de orden o sistema jurídico deja de identificarse con un conjunto más o menos complejo de materiales dados al intérprete o al científico del derecho, y su descripción completa supone incorporar razonamientos prácticos (ético-jurídicos), que postulan una cierta objetividad; y la misma positividad del derecho ya no está en el punto de partida sino que viene a ser más bien un resultado. De lo que se lleva dicho no es difícil colegir que la apuesta del ILP origina también un notable cambio de escenario en la polémica entre el positivismo jurídico y el iusnaturalismo, sobre todo de algunas de sus versiones actuales, como la *New Natural Law Theory*, más concretamente en la ofrecida por J. Finnis. Al respecto se ha señalado que, si bien perviven importantes diferencias de orden ontológico y epistemológico, ambas posiciones pueden dialogar y cooperar en una tarea científica que tenga como objeto el análisis de los modernos sistemas constitucionales.⁶

Yendo más lejos, es preciso plantearse hasta qué punto es positivismo el positivismo incluyente. Dicho de otro modo, la suma de los anteriores interrogantes conduce a poner sobre el tapete si positivismo incluyente y excluyente caben dentro de un mismo esquema teórico general o, por decirlo con palabras de Villa, si son realmente dos concepciones de un mismo concepto. Para ello, es preciso situar las propuestas del positivismo incluyente en el marco de la tradición positivista, y verificar si dicha tradición puede reconocerse en tales formulaciones. El positivismo incluyente se presenta a sí mismo como una concepción del positivismo jurídico diferente del positivismo tradicional, y su tesis central consiste en admitir, como ya se ha mencionado, la posibilidad de incorporar elementos morales a la regla de reconocimiento hartiana; con otras palabras, en admitir que un sistema jurídico puede incluir valores o principios morales entre los criterios que determinan la validez jurídica de las normas, su pertenencia al sistema e incluso su contenido preciso y su concreta influencia sobre la decisión judicial de los casos concretos.⁷ Por su parte, los excluyentes consideran que la validez de las normas jurídicas depen-

⁶ Cfr. Villa, V., *op. cit.*, nota 5.

⁷ Cfr. Waluchow, W., *Inclusive Legal Positivism*, *cit.*, nota 5, pp. 2, 81 y 82, 178; Coleman, J., “Authority, and Reason”, en George, R. P. (ed.), *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism*, Oxford, Clarendon Press, 1996, pp. 287 y 288; y Schauer, F., “Positivism Through Thick and Thin”, en Bix, B., *Analysing Law. New Essays in Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1998, p. 69.

de sólo de su procedencia de una fuente dotada de autoridad (legislador, decisión judicial o costumbre); es decir, se trata de una pura cuestión de hecho. Estos autores consideran que el contenido de las normas jurídicas válidas puede ser determinado a partir de la constatación de ciertos hechos (acciones o intenciones humanas) que pueden ser conocidos sin necesidad de recurrir a consideraciones morales. En definitiva, el positivismo excluyente se caracteriza por mantenerse fiel a una de las tesis tradicionales del positivismo jurídico: la llamada “tesis social fuerte”, en expresión de Raz,⁸ y contra el incluyente esgrime los argumentos de la controversia, de la autoridad y de la diferencia práctica.⁹

El positivismo incluyente pretende ser una teoría jurídica capaz de explicar los modernos sistemas constitucionales, que dan entrada a criterios sustantivos (incluidos los de índole ética) en la identificación (existencia y contenido) de las normas jurídicas; en esta capacidad suya residiría una de sus principales ventajas frente a los excluyentes, aunque no todos sus defensores invocan esta ventaja.¹⁰ Ahora bien, su pretensión es mantener a la vez la fidelidad a los postulados teóricos del positivismo jurídico y tomar distancia del positivismo tradicional, fielmente reflejado en el punto de vista excluyente. Hasta dónde implica ello redefinir la tradición del positivismo para adoptar un concepto del mismo que pueda dar cabida a ambas posturas¹¹ es cuestión que merece ser también analizada.

En definitiva, son muchos los problemas e interrogantes implicados de un modo u otro en el debate sobre el positivismo incluyente, y sobre ellos han escrito quienes han tomado parte en él. Pero su análisis crítico

⁸ Cfr., por ejemplo, Mitrophanous, H., “Soft Positivism”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 17, 1997, p. 624.

⁹ Una breve exposición en Moreso, J. J., “En defensa del positivismo jurídico inclusivo”, en Navarro, P. E. y Redondo, M. C. (comps.), *La relevancia del derecho*, cit., nota 5, pp. 97-100 y 103-109.

¹⁰ Cfr. Waluchow, W., *op. cit.*, nota 5, p. 102. Coleman, sin embargo, se muestra contrario a que esto sea un valor añadido del positivismo incluyente. Coleman, J., *The Practice of Principle. In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2001, pp. 109 y 110.

¹¹ Tal es la posición de Villa, V., “*Inclusive Legal Positivism* e neo-giusnaturalismo: lineamenti di una analisi comparativa”, *Persona y Derecho*, 43, 2000/2, pp. 33-97. La duda que persiste en relación con ello es si tal redefinición no es otra cosa que una corrección destinada a hacer viable la continuidad de la tradición positivista. Sobre los orígenes de dicha tradición, cfr. dos trabajos de los últimos años: Cruz, L. M., *Derecho y expectativa. Una interpretación de la teoría jurídica de J. Bentham*, prólogo de P. Serna, Pamplona, Eunsa, 2000; y Conklin, W. E., *The Invisible Origins of Legal Positivism. A Re-Reading of a Tradition*, Dordrecht, Kluwer, 2001.

excede el propósito de este trabajo: el lector tiene ante sí un estudio de *status quaestionis*, esencial o casi exclusivamente descriptivo, si bien el autor deja entrever sus propios puntos de vista en el epílogo. El desarrollo de estos análisis críticos queda para un volumen ulterior, preparado por otros miembros del equipo de investigación del proyecto, que verá la luz próximamente. Por el momento, damos a la imprenta el presente trabajo, que a buen seguro servirá para allanar el camino de todos aquellos investigadores que se interesen por el tema del positivismo jurídico incluyente, como ha servido ya a los restantes miembros del equipo investigador del proyecto en que se inscribe.

La bibliografía empleada en la redacción del presente trabajo está actualizada a diciembre de 2005. Se trata, pues, de un estudio sumamente completo y exhaustivo, que releva al investigador de la búsqueda y exposición pormenorizada de los textos hasta esa fecha. En esto consiste una parte importante de su valor. Por ello, no puedo concluir esta presentación sin agradecer a las autoridades del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, en especial al doctor José María Serna de la Garza y al doctor Diego Valadés, director del Instituto, la amable acogida que brindaron a la idea de publicar este trabajo en su prestigiosa colección de monografías, así como haber comprendido que la pronta publicación del trabajo era parte esencial del éxito.

Como todos los libros publicados en el Instituto, también éste fue objeto de dictamen por un especialista anónimo. A él también se dirige mi agradecimiento, pues sus atinadas sugerencias han permitido mejorar el texto original. Finalmente, debo dirigir mi agradecimiento a los buenos oficios de mi querido amigo el profesor doctor Javier Saldaña, investigador del Instituto y miembro del equipo del proyecto de investigación en que este trabajo se inscribe, y al licenciado Raúl Márquez, responsable de publicaciones del Instituto.

Pedro SERNA*
Murcia-Nueva York, verano de 2006

* Catedrático de filosofía del derecho Universidad de A Coruña (España).