



DOI: <http://dx.doi.org/10.20983/reij.2026.1.4>

FECHA DE ENVÍO: 30 DE SEPTIEMBRE 2025

FECHA DE ACEPTACIÓN: 18 DE ENERO 2026

La importancia de las concepciones del derecho en el quehacer de los juristas. Un ejercicio analítico y comparativo

The importance of legal concepts in the work of lawyers.
An analytical and comparative exercise

RESUMEN

En este artículo se describen y analizan los puntos más sobresalientes de las principales concepciones del derecho, específicamente en relación con los vínculos —aceptados o negados— entre el derecho y la moral. Con ese contexto de fondo, el trabajo sostiene que la respuesta a esta pregunta sobre la influencia de contenidos morales en los sistemas jurídicos comporta profundas implicaciones sobre el alcance del derecho, la teoría de la validez o la conformación de los sistemas jurídicos. Después de este despeje inicial, se expondrán las razones por las cuales el positivismo jurídico se revela como la concepción más potente para explicar el fenómeno jurídico, incluso en el contexto de los sistemas constitucionalizados donde la regla de reconocimiento habría incluido aspectos valorativos entre las condiciones de validez. En esencia, los resultados de la investigación permitirán advertir cómo el positivismo —aun cuando sea en una de sus versiones incluyentes— es una concepción apta para explicar y operar con los cambios que el proceso de constitucionalización reporta sobre el ordenamiento, en especial, en relación con el cariz argumentativo y valorativo que ese derecho resustantivizado confiere a la actividad de los juristas. Para arribar a esa conclusión, se hará uso esencialmente de los métodos analíticos y comparativos.

Palabras clave: derecho como argumentación; iusnaturalismo; positivismo; realismo jurídico.

¹ Doctor en Derecho por la Universidad de Guanajuato. Profesor en las maestrías en Justicia Constitucional, Ciencias Jurídico Penales e Interinstitucional en Derechos Humanos en Universidad de Guanajuato. Miembro del Sistema Nacional de Investigadoras e Investigadores de la Secretaría de Ciencia, Humanidades, Tecnología e Innovación (SNII/SECIHTI). Correo: everardord@hotmail.com; <https://orcid.org/0009-0005-6970-2697>.

LA IMPORTANCIA DE LAS CONCEPCIONES DEL DERECHO EN EL QUEHACER DE LOS JURISTAS. UN EJERCICIO ANALÍTICO Y COMPARATIVO

ABSTRACT

This article describes and analyzes the most salient points of the main conceptions of law, specifically in relation to the links —accepted or denied— between law and morality. Against this background, the paper argues that the answer to this question about the influence of moral content on legal systems has profound implications for the scope of law, the theory of validity, and the formation of legal systems. After this initial clarification, the reasons why legal positivism emerges as the most powerful conception for explaining the legal phenomenon will be presented, even in the context of constitutionalized systems in which the rule of recognition would include evaluative aspects among its conditions of validity. In essence, the results of this research will reveal how positivism —even in one of its inclusive versions— is a suitable conception for explaining and dealing with the changes that the constitutionalization process brings to the legal system, especially in relation to the argumentative and evaluative nature that this resubstantivized law confers on the work of jurists. To arrive at this conclusion, primarily analytical and comparative methods will be used.

Keywords: law as argumentation; legal positivism; legal realism; natural law.

INTRODUCCIÓN

En un artículo fundamental publicado originalmente en 1985, Joseph Raz llamó la atención sobre cómo la teoría del derecho ha estado dominada por la discusión en torno a tres tesis sobre la relación entre el derecho y la moral. Con algunas simplificaciones, Raz denomina a cada una de estas asunciones la tesis social, la tesis de la incorporación y la tesis de la coherencia. Según la primera de ellas, «la totalidad del derecho encuentra su fundamento en las fuentes». La segunda sugiere que el derecho surge de una fuente o una autorización de fuentes jurídicas. Mientras que la tesis de la coherencia sostiene que «el derecho consiste en el derecho que surge

de las fuentes jurídicas, junto con la justificación moralmente más razonable del derecho basado en fuentes jurídicas» (Raz, 2001, p. 228).

Podría suponerse que estas proposiciones incumben a un aspecto tangencial, en la medida en que abordan solamente la influencia que la moral puede o no tener en la configuración del ámbito jurídico. Por eso mismo tendrían poco que ver con el derecho en acción; es decir, con el uso de las normas que diariamente aplican quienes deben ajustar su conducta a lo establecido en ellas. Sin embargo, una lectura más detenida del asunto muestra que sus consecuencias son mucho más arduas. En realidad, cada una de estas tesis ha derivado en modelos comprensivos, a partir de los cuales se pretende responder a los problemas centrales de la práctica jurídica.

Así, la tripartición acuñada por Raz adquiere relevancia, porque se presenta como una verdadera cuestión a partir de la cual se determinan la forma, los presupuestos y las limitaciones en la manera de hacer teoría del derecho. Al grado de que no es exagerado decir que, por debajo de cada una de las concepciones del derecho que han disputado el predominio en el último siglo, subyace una toma de postura respecto del difícil asunto de la relación entre el derecho y la moral (Alexy, 2004, p. 13).

Lo dicho presupone un par de cuestiones que conviene explicitar antes de seguir adelante. Ello se debe a que las con-

sideraciones de los apartados posteriores podrán comprenderse más fácilmente si desde ahora queda claro qué se entenderá por «concepción del derecho» y cuáles son las concepciones más relevantes en torno al fenómeno jurídico (Atienza, 1998, pp. 19-31). Por «concepción del derecho» se debe entender el conjunto articulado de respuestas a las cuestiones fundamentales planteadas en relación con el derecho, tales como «cuáles son sus componentes, cómo se determina el derecho válido, qué relación mantiene con la moral o con la política, y en qué consisten las operaciones de interpretarlo y aplicarlo» (Atienza, 2014, p. 21). Con base en esa precisión inicial, Atienza identifica, al menos, tres concepciones centrales. Estos modelos se corresponden con los paradigmas de la ciencia jurídica sostenidos, respectivamente, por el positivismo, el realismo y las doctrinas del derecho natural, los cuales han ocupado un lugar central en la reflexión de este campo (Atienza, 2014, p. 22).

Conforme al primero de estos paradigmas —el positivismo—, se postula un enfoque estructural del conocimiento jurídico. Esto quiere decir que se considera al derecho como un conjunto de normas creadas o modificadas mediante actos humanos e identificables mediante criterios ajenos a la moral (Atienza, 2014, p. 24). No hay que decir, por lo demás, que esta ha sido la concepción del derecho más difundida en el último siglo, como lo muestra la

influencia de Kelsen y Hart en la manera de hacer teoría del derecho durante ese periodo.

Empero, el positivismo no es la única doctrina que parte de la aceptación de la tesis social, pues también el realismo sostiene que el derecho es identificable a partir de criterios basados en fuentes sociales, aunque con una importante variante. En efecto, según los realistas, el derecho es una práctica que se desarrolla en el contexto de una sociedad en transformación; por ello, las normas jurídicas se presentan como un instrumento mediante el cual se pueden lograr ciertos fines relevantes para la sociedad. En función de ello, el método empleado por los juristas debe poner énfasis en el carácter empírico del conocimiento jurídico (Atienza, 1998, p. 21). Finalmente, según las doctrinas del derecho natural, el derecho representa la plasmación de un orden consistente en principios intrínsecamente valiosos en todos los tiempos y lugares, a los cuales se subordina la validez de las normas positivas (Atienza, 1998, p. 22; Atienza, 2014, p. 25). Para el iusnaturalismo no interesa tanto que el jurista describa cómo es el derecho, sino más bien que indague y proponga como debe ser según el orden natural; y a partir de ahí, proporcione una lectura moralmente coherente de las normas jurídicas.

La introducción anterior es suficiente para delimitar los alcances de esta contribución. En lo que sigue se analizarán con

mayor detalle los presupuestos conceptuales de algunos modelos metodológicos de ciencia jurídica, que aun cuando ya resultan conocidos no por ello dejan de tener interés. Así, se presentarán los alcances de cada una de estas concepciones, de la mano de quienes podrían considerarse autores destacados de cada corriente. Luego, en relación con el positivismo jurídico —que se estima la concepción más potente para acercarse al conocimiento del derecho—, se dará cuenta de cómo este es desafiado por otras concepciones que no pueden ser consideradas sin más que partidarias del derecho natural. Un ejemplo de ello es la teoría pospositivista fundada en el carácter argumentativo de la práctica jurídica propia de los Estados constitucionales, tal como es presentada por Manuel Atienza en diversos trabajos. Este recorrido permitirá sostener, en la parte final, la tesis de que el positivismo jurídico había infravalorado la importancia de los procesos argumentales que preceden o son concomitantes con las operaciones de adjudicación legal, aunque, de algún modo, ciertos aspectos que describen las posiciones argumentativas actuales se contengan *in nuce* dentro de las propias coordenadas de esa concepción.

Por ello, será fácil advertir también cómo esa faceta de la actividad de los juristas se integra como parte del elenco de cuestiones relevantes abordadas en planteos positivistas más exhaustivos que sus antece-

sores. Sobre esa base, se podrá aceptar con mayor facilidad la manera en la cual el positivismo jurídico —aun cuando sea en una de sus versiones incluyentes— representa una concepción apta para explicar y operar con los cambios que el proceso de constitucionalización decanta sobre el ordenamiento, en especial, en relación con el cariz argumentativo y valorativo que ese derecho resustantivizado parece exigir a la actividad de los juristas.

METODOLOGÍA

La cuestión central sobre la que habrá que ocuparse en la presente investigación consiste en explorar la necesidad de introducir ajustes en el entendimiento y los alcances de algunos postulados asociados al positivismo, con el propósito de dar cuenta de la relevancia moral del derecho. No obstante, ello no implica el abandono de tal concepción como explicación integral de la naturaleza del derecho ni tampoco supone que esta doctrina no proporcione algunas claves para comprender la complejidad estructural de la teoría del derecho contemporánea. Al contrario, lo único que esta afirmación sugiere es que una visión positivista del derecho —especialmente en el contexto del constitucionalismo— habrá de estar cimentada fundamentalmente en la tesis de la incorporación, según el cariz de esta que más adelante se propondrá.

Para abordar los distintos aspectos implicados en el planteamiento esbozado en esta introducción, primero se analizarán algunos aspectos relacionados con el carácter ideal del derecho, tal como han sostenido las teorías antipositivistas. Luego, se abordará aquello que puede caracterizarse como la «naturaleza del derecho», según el entendimiento positivista —kelseniano— y el realista de la cuestión. Ese escenario servirá, además, para dar paso al contrapunto representado por los enfoques argumentativos del derecho, que —conforme a un lugar común— se echan en falta en la concepción positivista dominante hasta entonces. Una vez que se haya clarificado el campo donde se debate actualmente la cuestión sobre las relaciones entre el derecho y la moral, se explicará cómo, a partir de un cierto entendimiento de la tesis de la incorporación, el positivismo puede receptar dichos aspectos valorativos y argumentativos de la práctica jurídica sin desmentir conceptualmente la separación entre el derecho y la moralidad ni abjurar, con ello, de la tesis social.

Como no podría ser de otro modo, según el talante de esta breve investigación, para arribar a ese resultado se empleará el método analítico entre las diversas concepciones del derecho consideradas relevantes para ese propósito. Como se sabe, de acuerdo con Villoro, «en el método analítico hay una descomposición mental de un todo, en forma real o lógica, en

sus diversos constitutivos parciales» (1996, pp. 87-91). Lo anterior se debe a que, para describir las tesis asociadas al núcleo del positivismo, será necesario descomponer esta corriente en sus proposiciones típicas, a fin de analizar y determinar cuáles de ellas constituyen su base, sin las cuales no se puede mantener la divisa de dicho positivismo (Bayón, 2002, pp. 33-54).

MARCO TEÓRICO

En los apartados siguientes, se debatirá el estado actual del campo en el que se centra la investigación, tal como se planteó en el introito.

El carácter ideal del derecho

En este sentido, la concepción jurídica a la que se hará referencia en primer término está constituida por el variado elenco de posiciones vinculadas con la tradición del derecho natural. Conviene comenzar por esta tradición, no solo porque cronológicamente es la de mayor antigüedad, sino porque, pese a sus variantes, es posible encontrar un vínculo común entre todos sus exponentes. Dicho punto de toque se determina por la conexión entre el derecho y la moral, lo que justifica considerar al iusnaturalismo como un ejemplo de la tesis coherentista en la teoría del derecho. En efecto, los valedores del derecho natural —ya sea en su vertiente teológica o racionalista— se caracterizan por aceptar

la existencia de principios morales universales provenientes de una instancia ultra-terrena, o bien, que el hombre descubrió a través de la razón, los cuales inspiran un conjunto de normas intrínsecamente valiosas que percolan al derecho positivo y determinan su forma de ser (por todos, Hervada, 2011, pp. 173-189).

Para los iusnaturalistas, un sistema jurídico solo merece tal carácter cuando sus normas participan de los atributos de justicia derivados de aquel derecho natural universal (Nino, 2003, p. 28). Semejante caracterización es suficiente para advertir la forma en que el iusnaturalismo parte de la aceptación de la tesis de la coherencia, en la medida en que el ordenamiento jurídico está conformado por el derecho que surge de las fuentes jurídicas y también por la justificación moralmente más razonable de ese derecho, basada en fuentes autoritativas. Bajo esta premisa, el iusnaturalismo preconiza un modelo de ciencia jurídica emitentemente prescriptivo: el jurista no únicamente debe ocuparse de describir la forma o composición del sistema, sino que su tarea se vincula más bien con la definición de las estrategias, a través de las cuales el derecho positivo puede acercarse de mejor manera a la imagen ideal de un ordenamiento inspirado en el valor de la justicia.

Uno de los ejemplos más influyentes de la teoría jurídica de jaez iusnaturalista, se debe a Luis Recaséns (Núñez, 2001, p.

XVII). Nada menos, Giorgio Del Vecchio escribió que Recaséns fue uno de los más fecundos cultivadores de la filosofía jurídica en España. Según el jurista italiano, la propuesta de Recaséns puede definirse como un exitoso intento de integrar las doctrinas fenomenológicas y el raciovitalismo de Ortega, con el propósito de elevar la filosofía del derecho al rango de la reflexión metafísica más avanzada de su tiempo (Del Vecchio, 1960, p. 227).

Para Recaséns, dentro del conocimiento jurídico deben distinguirse dos niveles de profundidad: el primero, científico-positivo, mientras que el segundo es de carácter filosófico. Al primer nivel pertenecen tanto la historia del derecho, que se ocupa de analizar el derecho positivo no vigente; la sociología jurídica, centrada en el hecho social en el que se originan las normas jurídicas; y, finalmente, la ciencia jurídica dogmática, que se encarga del estudio del derecho positivo vigente. Por su parte, a la filosofía del derecho pertenecen los campos de la teoría fundamental del derecho, la estimativa jurídica y la teoría de la interpretación (Núñez, 2001, p. 142). Si se limita el campo de atención a las partes integrantes del conocimiento filosófico del derecho, se podrá captar mejor la extensión de cada uno de sus tres sectores.

En principio, la teoría fundamental del derecho se caracteriza por investigar la esencia de lo jurídico (Recaséns, 1997, pp. 40-48). Así, este sector trata sobre la bús-

queda y el análisis del concepto esencial del derecho y los conceptos jurídicos fundamentales. En este punto, el afán de Recaséns no es distinto de la pretensión de universalidad que caracteriza al positivismo jurídico como modo de hacer teoría del derecho, pues en ambos casos el concepto de derecho es visto como «una noción universal que abarca todas las manifestaciones de lo jurídico, todos los derechos que en el mundo han sido, todos los que son y todos los que pueden ser» (Núñez, 2001, p. 144). Aunque la pretensión de generalidad de la teoría iguala al iusnaturalismo del autor hispánico al positivismo jurídico de Kelsen y Hart, la definición de la naturaleza del derecho separa ambos enfoques.

En efecto, según Recaséns, el derecho es un producto que los hombres generan en su vida social según sus circunstancias (Ortega y Gasset, 2012, p. 197). En esa virtud, el derecho presenta una doble cualidad que permite verlo como un conjunto de normas garantizadas por la estructura autoritativa del Estado y, al mismo tiempo, como una manifestación de la vida humana objetivada, conectada con la realización de algún valor. Según el jurista español, la vida humana objetivada está constituida por todas aquellas manifestaciones de la actividad humana que dejan una huella de su existencia y de las cuales el derecho es una muestra por antonomasia (Recaséns, 2002, p. 319). En ese contexto, si bien el derecho es norma en virtud de su naturaleza

formal, no es menos cierto que posee una esencia material, en tanto que, mediante esas mismas directivas, se busca alcanzar la realización de algún principio axiológico (Núñez, 2001, pp. 150-151).

En este punto, resulta clara la manera en que el iusnaturalismo del autor español se aparta de la noción de validez definida por criterios formales que más adelante postulará el positivismo jurídico. No obstante, con todo lo relevante que ello pueda ser, resulta todavía más llamativa la manera en que, en la teoría de Recaséns, ya se encuentra uno de los aspectos característicos del llamado no-positivismo en la teoría del derecho. En este sentido, el paralelismo entre Luis Recaséns y Robert Alexy resulta difícil de ocultar. Como se sabe, Alexy sostiene una teoría no positivista del derecho, que se caracteriza por aceptar su doble naturaleza. Según el autor alemán, el derecho posee una dimensión real o fáctica y otra ideal o crítica. La primera se manifiesta en los elementos de la legalidad conforme al ordenamiento y la eficacia social. En tanto que el aspecto ideal o crítico, se da por la pretensión de corrección moral. Según Alexy, cuando el derecho se define únicamente a partir de los elementos fácticos, se sostiene una teoría positivista. Sin embargo, cuando se agrega la corrección moral como tercer elemento, el cuadro cambia hacia un concepto no-positivista del derecho; de modo que «la tesis de la doble naturaleza

implica el no-positivismo» (Alexy, 2017, p. 25). Pues bien, cuando Recaséns reconoce la misma doble naturaleza de la que habla Alexy, es inconscio que el profesor español debe ser considerado como uno de los más claros precursores del no-positivismo; es decir, de una de las formas críticas del positivismo jurídico que reivindican el valor moral del derecho sin vincularse directamente con el modo iusnaturalista de hacer teoría jurídica.

La importancia del pensamiento de Recaséns también se aprecia en el campo de la estimativa o axiología jurídica (Recaséns, 2002, p. 495). La función principal de la estimativa consiste en proporcionar parámetros, a partir de los cuales se pueda realizar el enjuiciamiento concreto de las normas positivas; y, al mismo tiempo, se obtengan criterios para inspirar el desarrollo del derecho, a partir de un conjunto de ideas o valores con validez necesaria, esto es, con independencia de que el sujeto los piense como correctos o incorrectos (Núñez, 2001, p. 154).

Por tanto, los efectos de la estimativa se pueden apreciar fundamentalmente en dos campos relacionados con el carácter de la ciencia jurídica y la teoría de la validez del derecho. En relación con el primer aspecto, la estimativa enfatiza el carácter valorativo o modelador que la ciencia jurídica ejerce sobre su objeto, a fin de que las normas se correspondan con determinadas exigencias de corrección sustancial.

En tanto que, respecto a la teoría de la validez, Recaséns subraya el hecho de que la normatividad del derecho carecería de sentido si no se encuentra referida a un juicio de valor positivo que inspira el carácter obligatorio de sus preceptos (Núñez, 2001, p. 156). Desde el momento en que Recaséns considera a la estimativa como un aspecto de la reflexión filosófica sobre el derecho, su teoría se separa del paradigma central del positivismo, al menos en la vertiente kelseniana; y, concomitantemente, se alinea como un antípodo de lo que será la teoría jurídica estándar para el constitucionalismo, la cual se encuentra basada sobre todo en el carácter normativo de la ciencia del derecho y la dimensión argumentativa de la práctica jurídica.

Precisamente en el carácter argumentativo de la adjudicación legal, se encuentra el último punto que se abordará sobre la obra de Recaséns. En un estudio dedicado a la interpretación jurídica, publicado en 1959, el profesor español refería la manera en que la aplicación del derecho debe estar presidida por la llamada lógica de lo razonable. Como lo ha enfatizado recientemente Teresita Rendón, la razonabilidad es un principio que trasciende al mero imperativo de seguridad jurídica, en tanto que se vincula con la protección de razones que dotan de contenido y dan sentido a las decisiones de la autoridad, a través de la prohibición de la arbitrariedad (Rendón, 2018, p. 31). En el mismo sentido al que se acaba

de apuntar, Recaséns considera que la interpretación del derecho siempre debe hacerse con vistas a una situación concreta, a fin de que la decisión, que al efecto deba tomarse, proporcione la mejor lectura de los valores que inspiran al derecho. Por ello, el profesor español se aparta del logicismo que ve en el razonamiento silogístico la forma por excelencia mediante la cual operan las normas jurídicas.

Al contrario, reducir el derecho a la aplicación de los cánones de la lógica implica desconocer que el derecho es frecuentemente lagunoso, que su curso no puede aherrojarse a un modelo simple de razonamiento y, lo más importante, que la jurisdicción no participa de una naturaleza mecánica o automática. Es por eso que el razonamiento jurídico se mueve en el plano de la lógica de lo razonable. En este espacio, no es inusual que el operador jurídico haya de vérselas con la aplicación de juicios morales, para garantizar la mejor decisión mediante una lectura integral y coherente del derecho. Con ello, nuevamente en Recaséns, no solo se hallan algunos atisbos de lo que, décadas después, será la moderna teoría de la argumentación jurídica, sino también algunas notas que vinculan de cerca al autor español con la influyente lectura del derecho como una integridad sostenida por Ronald Dworkin.

En mérito de todo ello, la obra de Luis Recaséns es, bajo cualquier perspectiva, una potente muestra de las posibilidades

de una teoría del derecho de cariz iusnaturalista, la cual debe tomarse en serio, sea para apoyarse en ella o para disentir de sus presupuestos. En todo caso, cuando el autor español se refiere, por ejemplo, a la importante consideración sobre el valor moral del derecho o la relevancia que implica la teoría de la argumentación jurídica como modelo integral para justificar las operaciones de adjudicación legal, no parece postular tesis incompatibles con el positivismo jurídico, porque si esta corriente se entiende únicamente como un modo general y descriptivo de hacer teoría del derecho, no resulta contradictorio sostener la existencia de vínculos accidentales entre el derecho y la moral, tal como se verá en el apartado final de esta contribución.

«Cualquier contenido puede ser derecho»

Sin demasiado trabajo puede decirse que Kelsen es acaso el teórico del derecho más destacado de los últimos tiempos. La teoría pura desarrollada, corregida y «defendida» por Kelsen, a lo largo de toda su vida, e incluso —a semejanza del Cid Campeador— hasta después de la muerte, es un intento ambicioso y de largo alcance para mostrar, primero, que el naturalismo característico de la ciencia jurídica de fin de siglo era erróneo. Después para desarrollar los fundamentos de una teoría alternativa, que pudiera asegurar la autono-

mía del derecho y la pureza metódica de la ciencia jurídica. Semejante objetivo solo podía lograrse mediante una serie de operaciones intelectuales para desvincular el conocimiento del derecho del ámbito de otros dominios de la conducta humana, que constituyen verdaderas tierras exóticas para el jurista.

En ese sentido, la teoría pura es una representante de la Allgemeine Rechtslehre; es decir, de la teoría general del derecho que floreció en Alemania a finales del siglo XIX (Esquivel, 2011, p. 11). En tanto teoría general, la propuesta kelseniana pretende ser independiente, tanto de la filosofía del derecho considerada como una ciencia metafísica de los principios absolutos como de los estudios especiales del derecho. Para Kelsen, mientras que el derecho se ocupe de cuestiones metafísicas, no podrá alcanzar un estatuto objetivo ni lo alcanzará si únicamente se aboca al conocimiento de disciplinas jurídicas especiales que siempre requieren un cuerpo de conceptos fundamentales ubicados en un nivel más alto de abstracción. Por ello, la teoría pura pretende sustituir el modo de reflexión jurídica de estro iusnaturalista por una forma de exposición y sistematización del derecho positivo mediante el empleo de una serie de conceptos irreducibles.

Se trata de constituir un sistema de conceptos jurídicos fundamentales como un conjunto lógicamente cerrado con validez

universal, válido para cualquier orden jurídico y bajo la premisa de que el único objeto de la ciencia jurídica está constituido por el derecho puesto; esto es, por aquel que deriva de ciertos actos provenientes de los agentes dotados de autoridad (Esquivel, 2011, p. 17). La teoría pura, como manifestación del positivismo, niega la etiqueta jurídica a las normas ideales que postulan cómo debería ser el ordenamiento, según algún orden valorativo. En esa medida, resulta preciso excluir de la teoría del derecho cualquier operación de aprobación o censura respecto de su objeto de estudio. En consecuencia, la teoría positivista «no tiene que legitimar ni justificar el derecho». La tarea evaluativa es eliminada del campo de la teoría general del derecho y de la ciencia jurídica, para reservarla solo a la filosofía, a la moral, a la política jurídica y, en general, a la ideología» (Esquivel, 2011, p. 19).

¿Cómo logra Kelsen sostener el carácter científico y la pureza metódica de su teoría, pese a que la actividad evaluativa resulta ser una tarea aneja a la labor de los juristas? (Hart, 2008, pp. 96-98). La respuesta a esta interrogante conduce a considerar uno de los aspectos más importantes de la propuesta del jurista vienes. Según Kelsen, la teoría jurídica debe partir de un presupuesto metodológico fundamental representado por la distinción entre el «ser» y el «deber ser». Estas dos categorías marcan la distinción entre el punto de

vista explicativo y el normativo propio de las ciencias. El método del «ser» es causal y explicativo, como se puede apreciar en el campo de las leyes de la naturaleza. Ese dominio del conocimiento está condicionado por la elucubración sobre las causas productoras de los fenómenos; tan es así que una vez conocidas y verificadas estas, la consecuencia prevista se producirá indefectiblemente. Empero, la mecánica de las leyes de la naturaleza no describe el funcionamiento de las reglas del derecho.

Cuando una norma jurídica establece la observancia de una conducta, debe observarse. El imperativo de deber ser no excluye la posibilidad —como si lo hiciera la relación de causalidad en la naturaleza— de que, en algunos casos, la conducta esperada por el derecho no se genere. El fenómeno del incumplimiento no origina la necesidad de reformular o abandonar la regla de derecho insatisfecha, en virtud de que, para el derecho, un cierto grado de inficacia no es ajeno al fenómeno jurídico. Lo que ocurre en estos casos es que, según Kelsen, cuando la conducta prescrita no se realiza, se produce un acto antijurídico que constituye la condición para la imposición de una sanción por parte de las instancias establecidas conforme al propio ordenamiento.

Esta delimitación inicial, sostenida por Kelsen, es un auténtico aspecto capital de la teoría pura. En principio, si las normas jurídicas son imperativos de deber ser, en-

tonces resulta palpable que la ciencia jurídica tiene carácter normativo, no tanto porque sea generadora de normas, sino porque se ocupa de captarlas o comprenderlas. No obstante, en consonancia con su objeto, el carácter normativo al que se hace alusión es exquisitamente formal: Kelsen rehúsa ocuparse de cualquier consideración relacionada con el contenido de las normas jurídicas, al estimar que no se trata de una actividad científica que pueda afrontarse con éxito por los juristas. Por ello, la divisa esencial de la teoría pura afirma que «cualquier contenido puede ser derecho» (Kelsen, 2005, p. 205): se trata de liberar a la ciencia jurídica de cualquier elemento que pueda desnaturalarla o alejarla del conocimiento científico de las normas (Kelsen, 2013, p. 23).

Kelsen pretende lograr una ciencia jurídica pura. Para ello, la ciencia del derecho debe construir su propio objeto, a partir de un imperativo de neutralidad. No se trata de saber cómo debería ser un sistema jurídico, sino en describir cómo es el derecho (García Maynez, 1978, p. 30). La pretensión de pureza imbívita en la teoría del autor austriaco no quiere decir que los juristas dejen de preocuparse por los problemas de la justicia o que el derecho deba ser obedecido desde el momento en que es puesto por la autoridad; Kelsen tan solo se limita a afirmar que esta clase de actividades no son propias de la teoría general del derecho. Para algunos de sus críticos, el

intento de la teoría pura para construir su objeto de conocimiento con total prescindencia axiológica, implica en sí mismo la asunción de un cierto compromiso ideológico que tornaría inviable la apuesta epistemológica del jurista vienes, pues la objetividad a la que aspira la teoría pura implica en sí misma un compromiso con ciertos valores.

Bajo esta consideración, a Kelsen le ocurriría como a aquellos que buscan llegar a la iluminación mediante la supresión de cualquier deseo, sin darse cuenta de que la aspiración a ese estado pleno donde no se desea nada es también la expresión de «un deseo de no desear». En todo caso, lo que Kelsen quiere subrayar cuando habla sobre la pureza metódica, es que al hacer ciencia jurídica es preciso partir de una clara distinción entre el derecho y la naturaleza. Por tanto, el conocimiento jurídico solo tiene por objeto a las normas, de acuerdo con las cuales determinados hechos o actos pueden ser jurídicamente calificados. Para decirlo con las palabras de García Maynez: «atribuir carácter jurídico a hechos naturales es afirmar la validez de ciertos preceptos cuyo contenido coincide hasta cierto punto con los fenómenos físicos» y solo a aquellas normas debe limitarse la atención del teórico (1978, p. 35).

Pero, con todo, la teoría pura es una de las muestras cimeras del positivismo jurídico y no está exenta de contradicciones internas. Uno de esos puntos disputados

tiene que ver con las relaciones entre la validez y la eficacia como propiedades predecibles de las normas jurídicas. En este punto, se advierten algunas variaciones al contrastar las obras iniciales de Kelsen con las de su periodo de madurez. Así, en la teoría general del derecho y del Estado, Kelsen sostiene que «la afirmación de que una norma es válida y la de que es eficaz son, en realidad, diferentes. Pero si bien, aquellos conceptos son enteramente distintos, entre ellos hay una relación muy importante» (Kelsen, 2010, p. 49). Y es que nada menos la relación entre validez y eficacia, se explica por el hecho de que, en ese momento, Kelsen considera que una norma es válida solo bajo la condición de que pertenezca a un sistema jurídico, que tomado en su totalidad sea eficaz. Ello no quiere decir, por otra parte, que el sistema solo exista a condición de que todas sus normas sean eficaces.

Kelsen se cuida bien en aclarar que en un sistema jurídico pueden existir algunas normas singularmente consideradas, que sean, asimismo, ineficaces y, si tal condición se prolonga por el tiempo necesario, entonces el autor no tiene reparos para aceptar que dichas normas hayan sido privadas de su validez a causa de la desuetud. Es difícil no apreciar la forma en la que esta última afirmación resulta problemática para la congruencia interna de la teoría pura del derecho. En efecto, si el derecho se genera por actos expresos de

agentes dotados de autoridad, y —como lo diría Hobbes— la ley no se da únicamente para aquellos que tienen deseos de ella ni tampoco se puede rehusar su cumplimiento a contentillo de sus destinatarios (Hobbes, 2010, p. 218), entonces no se alcanza a comprender cómo el desuso de una norma puede privarla de su validez. Conceder este curioso fenómeno, conllevaría a que un juez obligado a la aplicación del orden jurídico tuviera que «inaplicar» una norma, que, pese a vincular su razonamiento, no debe disciplinar el fallo al ser ineficaz por un tiempo prolongado.

Tal vez por eso, en la edición definitiva de la teoría pura del derecho, Kelsen introdujo algunas modificaciones en el tratamiento del tema abordado en esta parte. A partir de entonces, el autor austriaco define la validez como la existencia específica de una norma. Según esta premisa, aunque no debe confundirse la validez con la eficacia tampoco es correcto que se pierdan de vista las relaciones que existen entre ambos términos, pues una norma jurídica solo será considerada objetivamente válida cuando el comportamiento humano que ella regula, se adecua a lo establecido en ella (Kelsen, 2005, p. 23). Ahora la validez aparece vinculada a un fenómeno de obediencia, de fuerza obligatoria, en virtud del cual el individuo a quien se dirige la norma, «se encuentra jurídicamente obligado a determinada conducta», ya que, en caso contrario, se despachará

un acto coactivo en su contra. Cuando Kelsen sostiene este aserto, parece estar de acuerdo con la existencia de cierta fuerza moral del derecho (2005, pp. 23 y 133). Aquí se encuentra otro punto abierto de la teoría pura.

En las obras de Kelsen, el concepto de validez aparentemente se relaciona con dos nociones diferentes: en unos casos se emplea para referirse a la pertenencia de una norma a un sistema jurídico específico, mientras que en otros contextos denota una especie de obligatoriedad de las normas (Esquivel, 2011, pp. 72-73). Tal dualidad conceptual ha llevado a autores de la talla de Alf Ross a acusar a Kelsen de ser nada menos que un cuasipositivista. Según Ross (2014), cuando Kelsen afirma que la existencia de una norma es su validez y que la misma posee validez porque los individuos deben comportarse como ella lo estipula, su afirmación lleva implícita la vinculación entre la validez y la existencia de un deber de obediencia al derecho —esto es, un deber de cumplir con las obligaciones jurídicas—. Esta vinculación solo tiene sentido si se acepta que el deber aludido es un verdadero deber moral, que corresponde a la fuerza obligatoria inherente al derecho. Ross sostiene que, «a pesar de que esta interpretación no armoniza con el confesado programa empírista de la teoría pura del derecho, ella es inevitable y debemos tomarla como una supervivencia de la filosofía del derecho

natural de tipo cuasipositivista», de la cual Kelsen no puede separarse (2014, p. 24). Según el autor danés, resulta un error que la teoría pura asocie la validez con la fuerza obligatoria, porque al hacerlo olvida que la validez en sentido normativo no cumple ninguna función en la descripción y explicación de la realidad. De acuerdo con Ross, lo único que Kelsen consigue, al afirmar que existe un deber de obedecer las normas, es «reforzar el orden jurídico al proclamar que las obligaciones jurídicas de ese orden no son meras obligaciones jurídicas, respaldadas por sanciones, sino también deberes morales» (2014, pp. 24-26).

Para desactivar un riesgo semejante, tendría que encontrarse una forma de reconstruir el concepto de validez de la teoría pura en términos puramente descriptivos; es decir, sin hacer referencia a ningún criterio de evaluación moral. Esa es la apuesta de Eugenio Bulygin, quien ha propuesto redefinir la validez en términos de aplicabilidad (2005, p. 99). Para el profesor argentino, decir que una norma específica es aplicable significa postular que esta debe ser utilizada por un juez al momento de resolver un caso determinado, según lo establecido por otras normas jurídicas positivas denominadas de aplicación. Este concepto de validez como aplicación es normativo, pero no se superpone a los deberes establecidos en las normas jurídicas, pues se trata del deber del juez de

aplicar una determinada norma y este deber no tiene ninguna connotación moral, en virtud de que está establecido por las normas jurídicas positivas (Bulygin, 2005, pp. 99-101). De esta forma, el derecho puede identificarse mediante el recurso a un conjunto de hechos observables empíricamente, mientras que el deber judicial de aplicar ciertas normas se encuentra dado únicamente por otras directivas integrantes del orden jurídico, sin que ello implique la existencia de algún deber moral de obediencia al derecho. Este solo aspecto bastaría para demostrar cómo la teoría kelseniana puede quedar a salvo del colapso del cuasipositivismo denunciado por Ross.

Otra de las cuestiones que ha llamado la atención de los estudiosos de la obra kelseniana, es el recurso a partir del cual el profesor vienes postula la unidad del ordenamiento. Este aspecto es particularmente relevante, porque demuestra que la naturaleza del derecho no puede percibirse a partir de las normas aisladas, sino que debe basarse en las cualidades que dan identidad a un sistema jurídico. Como bien dice Kelsen, el orden jurídico es un sistema de normas; sin embargo, tan pronto como se acepta esa premisa una serie de cuestiones salen al paso del jurista: ¿cuándo una norma pertenece a un determinado sistema normativo?, ¿qué convierte a una multitud de reglas de conducta en un sistema de derecho?, en-

tre otras tantas interrogantes por el estilo. Pues bien, la respuesta de Kelsen a esta clase de preguntas, se encuentra en la inclusión de la norma hipotética fundamental como criterio para cimentar la unidad del ordenamiento.

El recurso a la norma fundamental le sirve a Kelsen para resolver los dos problemas que toda teoría del derecho que pretenda ser exitosa debe afrontar: en primer lugar, la cuestión relativa a la unidad del ordenamiento y, después, la forma en la cual el sistema se constituye como un entramado jerárquico de normas. En efecto, según este autor, la búsqueda del fundamento de validez de una norma no conduce a una realidad, sino a otra norma de la cual la primera procede; por tanto, para Kelsen una norma es válida, es decir, tiene sentido objetivo de deber siempre que su validez pueda referirse a otra norma positiva. No obstante, en algún momento se tendrá que llegar a una norma cuya validez no puede ser referida a ninguna otra, por lo que, para evitar el regreso al infinito, Kelsen tiene que presuponer una norma: la norma básica, válida sin haber sido dictada. Se trata de una norma de carácter fundamental, en tanto que constituye el último escalón para determinar la pertenencia común de todas las demás a un sistema determinado (García Mázquez, 1978, p. 130).

Es en este punto donde surge el recurso a la norma fundamental. No se trata de

la primera constitución histórica, sino de una regla que prescribe que las personas deben conducirse de la forma establecida por el individuo o los individuos que ditaron la primera constitución. Así, todas las normas pertenecen a uno y el mismo orden, en cuanto su validez, puede ser referido a la primera constitución, la cual —en virtud de la norma fundamental— se presupone obligatoria. Con base en estas consideraciones queda claro cuál es la verdadera naturaleza de la norma fundamental, pues no se trata de una norma positiva, sino de una presupuesta por la ciencia jurídica, para conferir poder creador al acto legislativo de la primera autoridad. Como señala Letizia Gianformaggio, la norma fundamental de Kelsen es una válida pero no positiva; es solo una norma pensada pero no querida; no es, sin embargo, producida por el pensamiento, porque ningún pensamiento, ninguna operación puede producir nada. Solo puede mostrar, señalar, descubrir algo que existe por necesidad: si no existiera otra cosa que realmente existiera, no podría existir.

Esta otra cosa es la norma positiva, cuya existencia, como norma, es la premisa para el argumento trascendental con el cual la teoría pura, mientras fundamenta su validez y presupone el fundamento, permanece como mero conocimiento y, sin embargo, construye su propio objeto. (Gianformaggio, 2002, pp. 55-56)

El parecer de Gianformaggio muestra el variado elenco de peligros que asechan la consistencia de la norma fundamental. Ella se asume solo como una hipótesis de trabajo, una norma pensada únicamente, la cual tiene —sin embargo— el efecto de transformar la realidad del derecho al convertir un fenómeno de fuerza en el supuesto constitutivo de la unidad del sistema. Ciertamente, Kelsen fue consciente de los riesgos correlativos a la asunción de la norma fundamental como centro de gravedad de su construcción teórica. Pese a ello, su obra no contribuye de manera definitiva a despejar las dudas sobre este punto. Tan es así que la propia formulación de la norma fundamental fue objeto de una variada conceptualización a través de la evolución del pensamiento kelseniano; al grado de que en los escritos póstumos —específicamente en la teoría general de las normas—, Kelsen llegó a aceptar que esa norma era una especie de ficción —un *como si*— que tenía que presuponer el jurista para desarrollar su actividad científica sobre el derecho. Precisamente en vista de semejantes ambigüedades, para García Máynez la tesis de la norma fundamental es solamente la fachada del pensamiento iusnaturalista de Kelsen (1978, p. 180).

Pero quizás el aspecto más endeble de la teoría pura, se refiera al problema que plantean las normas inconstitucionales. Esta clase, pese a ser creadas en contra-

vención de las normas superiores que deberían regir su forma de producción —y, en algunos casos, también su contenido—, pertenecen al sistema y deben ser aplicadas mientras su irregularidad no sea declarada por los jueces. Para explicar este curioso fenómeno, Kelsen apeló al problemático recurso de la «cláusula alternativa tácita», según la cual la constitución posee una cláusula alternativa que contiene todas las normas que regulan la producción de las normas inferiores; y de ello se sigue que las autoridades tienen poder normativo para promulgar, por ejemplo, normas generales ajustadas a los contenidos constitucionalmente previstos o cualquier otra, y los jueces tienen el poder normativo de aplicar normas válidas para justificar sus decisiones o cualquier otra.

A pesar de lo que ordinariamente reconocen los juristas, bajo el argumento de Kelsen, no existirían normas inconstitucionales ni sentencias *contra legem*, ya que esos actos serían válidos a la luz de la cláusula alternativa tácita, con independencia de sus contenidos, e incluso de la forma de producción prevista expresamente en la Constitución (Navarro, 2016, p. 73). Si se aceptara la salida kelseniana al problema de las normas inconstitucionales, se echaría por tierra no solo el principio en el cual se ha hecho descansar la unidad del ordenamiento, sino que también se abandonaría la posibilidad de cualquier conocimiento objetivo del dere-

cho, pues resultaría que los actos generados en clara violación de la Constitución también serían acordes a ella. Para evadir esta delicada cuestión, nuevamente la alternativa puede ser optar por un concepto de validez en términos de mera aplicabilidad, que contribuya a explicar la manera en que ciertas normas inconstitucionales son aplicadas en el razonamiento judicial mientras su irregularidad no es declarada, sin comprometer por ello el Principio de Supremacía Constitucional (Bulygin, 2005, pp. 99-101).

Tal como se acaba de ver en este apartado, la teoría pura constituye una sólida propuesta para construir un modelo de ciencia jurídica general y descriptivo, afincado en la separación entre el derecho y la moral. Por eso, una de las asunciones irreductibles del positivismo kelseniano se relaciona con la manera en que el derecho se crea e identifica, a partir del recurso a las fuentes de autoridad. Es cierto que aún existen aspectos en los que la teoría pura del derecho tendrá que ser analizada con detenimiento, para verificar cómo puede engastarse dentro del paradigma constitucional, pero lo que resulta ya incuestionable es la impronta imborrable que Kelsen ha dejado en la ciencia jurídica. Con razón Juan Ruiz Manero afirma que se puede coincidir o diferir de las tesis sostenidas por Kelsen a lo largo de toda su obra, pero lo que no puede dejar de reconocerse es que, si la teoría del derecho ha avanzado

tanto en el último medio siglo, es gracias a que precisamente está parada sobre los hombros de Hans Kelsen (Ruiz Manero, 2014, p. 30).

La exposición detallada hasta ahora —en cuanto a los aspectos relativos a la idealidad del derecho abordados en el apartado anterior y sobre la presentación «pura» del positivismo jurídico— es relevante por un par de motivos. En primer lugar, dichos aspectos permiten marcar las posiciones antagónicas de dos concepciones que se ubican en las antípodas del pensamiento jurídico, en cuanto que la primera sostendría alguna forma de corrección sustancial como elemento definitorio del derecho, lo cual es negado por la segunda. Si a ello se suma el escepticismo valorativo del positivismo kelseniano, se verá más claro el contrapunto que se desea destacar ahora. Este último aspecto es relevante, porque, si se inserta en el paradigma de la ciencia jurídica realista que se estudia en el apartado siguiente, se obtendrá, para lo que interesa más adelante, un cierto modelo de jurisdicción, que abjura de la posibilidad de justificar las decisiones judiciales más allá del voluntarismo o de la subjetividad de sus operadores. Para demostrarlo, se avanzará en la exposición de ese modelo realista de la ciencia jurídica al que acaba de aludirse.

El derecho en clave realista

A diferencia del modelo de la ciencia jurídica kelseniano, Alf Ross se propone construir una teoría del derecho que no sea puramente cognoscitiva, sino que también tenga un marcado componente empírico (Esquivel, 2011, p. 30). La teoría del derecho de Ross parte de la necesidad de definir el derecho en términos de hechos sociales, por lo que excluye de su campo de interés la reflexión sobre propiedades metafísicas, como la validez o la justicia. En este sentido, el realismo es también una especie del positivismo jurídico, en tanto que se construye sobre la base de la tesis de las fuentes sociales y de la separación entre el derecho y la moral (Atienza, 1998, p. 21). Consecuentemente, Ross propone un concepto de derecho compuesto a partir de directivas, que sirven como esquemas para la interpretación de determinados hechos sociales, cuya validez se define sin recurrir a ninguna noción que vincule las normas con alguna dimensión de valor.

Según Ross, la teoría del derecho debe dar respuesta a tres problemas fundamentales: el del concepto y la naturaleza del derecho, el del fin o idea de este, y el de la interferencia entre el derecho y la sociedad. Para responder a la primera interrogante, la teoría general debe hacerse cargo de una serie de conceptos o nociones jurídicas fundamentales en torno a la universalidad de lo jurídico, como los

conceptos de norma, derecho subjetivo o deber jurídico (García Mázquez, 2013, pp. 65-66). Por eso puede apreciarse aquí un punto de contacto entre Kelsen y Ross —y, ciertamente, también con Recaséns— cuando ambos autores afirman el carácter general de la teoría del derecho como una verdadera pretensión explicativa universal respecto de los sistemas jurídicos. Sin embargo, las diferencias de enfoque en el entendimiento de la tesis social entre la teoría pura y el realismo jurídico de Ross, vendrán determinadas porque la propuesta de Ross es un intento por construir una jurisprudencia naturalizada que no está presente en la teoría pura (Esquivel, 2011, pp. 28-29).

Según Ross, el derecho se asemeja en cierta medida a las reglas de los juegos. Si se presenciara una partida de ajedrez o de dominó sin conocer las reglas que rigen estas prácticas, difícilmente se podría captar toda su significación. Por el contrario, si se conocen esas reglas y, además, se sabe que el sentido del juego es dar «jaque mate» al rey del oponente o terminar con las fichas propias antes que los demás contendientes, entonces no solamente se podrá comprender la actividad lúdica, sino que también se podrá adelantar las jugadas de los participantes, e incluso «predecir» al ganador de la contienda. En el derecho ocurre algo parecido: con frecuencia, ante el jurista, aparece un sinfín de acciones humanas que resultan ininteligibles si no

se cuenta con algún parámetro de interpretación proporcionado por las normas jurídicas. Con base en esa consideración, el derecho vigente está integrado por el conjunto de ideas normativas que funcionan como sistema de interpretación de los fenómenos jurídicos concretos, siempre que las normas relativas a estos sean efectivamente observadas y quienes las observan se sientan vinculados por ellas.

Esta definición de la vigencia claramente evade cualquier consideración metafísica sobre las propiedades inmanentes del derecho, al reducir el fenómeno a una mera cuestión de carácter empírico vinculada con una condición de efectividad expresada a través del deber judicial, para aplicar una sanción al responsable cuando las exigencias descritas en la norma han quedado satisfechas, y desde luego también excluye cualquier consideración moral sobre la obligatoriedad del derecho en términos morales semejante a aquella que Ross criticó a la teoría pura del derecho (Esquivel, 2011, p. 34; García Mázquez, 2013, p. 78). En realidad —dice el profesor danés— todos los sistemas jurídicos están basados en hechos que deben ser descritos en términos independientes de la aprobación o censura moral de dichos hechos. Si ello es de este modo, entonces nada impide que la ciencia jurídica se construya con base en una neutralidad valorativa desvinculada de la consideración moral del sistema; por ello, se puede calificar como jurídicos a los ór-

denes fundados en esos hechos y, al mismo tiempo, creer que el deber moral más alto de sus participantes es luchar contra ellos (García Márquez, 2013, p. 76).

Conforme a lo señalado por Ross, dentro del sistema jurídico se pueden distinguir las normas de conducta de las de competencia. La primera clase está compuesta por las directivas dirigidas a los particulares, mientras que la segunda se refiere a las normas que crean un poder o autoridad para determinar en qué casos otras directivas, formuladas con arreglo a determinados procedimientos, deberán ser vistas como normas de conducta; de modo que las reglas de competencia son normas de conducta indirectamente formuladas. Sin embargo, independientemente de qué clase de normas se trate, en realidad, el destinatario final de cualquier directiva siempre será el Poder Judicial del Estado, ya que el sistema jurídico no es más que el conjunto de reglas relativas a la organización y el funcionamiento del aparato coactivo público.

A partir de ello, Ross concluye que la esencia del derecho se encuentra vinculada a dos características específicas: primero, con la idea de que el derecho es un conjunto de directivas concernientes al empleo de la fuerza; y, en segundo término, que se trata de un conjunto de reglas constitutivas de instancias autorizadas para ejercer la fuerza, en la medida que ellas cuentan con la capacidad para «legis-

lar, juzgar y ejecutar». En esta capacidad del ordenamiento estatal para constituirse como una instancia objetiva y externa a sus súbditos, se encuentra la diferencia específica del derecho frente a otros órdenes de la conducta y otras realidades inferiores a la organización política —como una asociación o un club—, los cuales pese a contar con una estructura fundada en normas, carecen de fuerza para ejecutar por sí mismos las sanciones que eventualmente llegaran a imponer (Ross, 1963).

En otro orden, el realismo jurídico también propone una concepción particular del estatuto de la ciencia jurídica. Según esta concepción, las tareas de la ciencia jurídica consisten en el análisis del contenido abstracto de las directivas jurídicas y en el estudio del derecho vigente en un ámbito determinado. En consecuencia, la ciencia jurídica es normativa no porque postule normas, sino porque se ocupa de ellas. En general, las aserciones de la ciencia jurídica son predicciones sobre las decisiones futuras de los jueces: predicen que la norma en cuestión será aplicada en una decisión judicial posterior. Por ello, en la medida en que la ciencia jurídica se ocupa de evaluar las probabilidades de que los jueces se comporten de una determinada manera, la elaboración de los juristas no puede agotarse simplemente en la descripción de su objeto, sino que su campo predominante será la formulación de directivas de sentencia *ferenda* sobre el

derecho, algo que de nueva cuenta separa al realismo de la teoría pura kelseniana (Esquivel, 2011, pp. 140-141).

Ciertamente, el modelo de ciencia jurídica de Ross presenta notables puntos de acierto, aunque en otros aspectos las cosas no necesariamente son como las presenta el autor de *Sobre el derecho y la justicia*. Así, por ejemplo, a diferencia de lo expuesto por este autor, el modelo de razonamiento judicial no exigiría que los jueces evalúan cada norma, a fin de determinar si deben comportarse como exige tal directiva, porque más bien la judicatura se caracteriza por aceptar un conjunto de normas primitivas que prescriben la aplicación de las restantes normas que los jueces reconocen.

Esto quiere decir que el jurista dogmático identifica las normas del sistema observando determinadas prácticas judiciales por las que son aceptadas ciertas normas primitivas, y a partir de ello el observador podrá «predecir» que las restantes normas, cuya sanción está ordenada por las normas primitivas aceptadas, también serán reconocidas por los jueces. Además, es difícil no darse cuenta de que, en alguna medida importante, el modelo jurisdiccional de Ross está afectado por un vicio de circularidad cuando supone que los jueces del sistema jurídico, que a la sazón resultan un aspecto fundamental para calificar su existencia en términos de eficacia, también tendrían que ser identificados por las mismas normas de las que se predica su

validez una vez que son aceptadas por la misma magistratura.

Tanto la teoría pura del derecho como el realismo de Ross son concepciones del derecho que parten de un fuerte escepticismo ético, que los lleva a postular una separación tajante entre el derecho y la moral. La tesis sobre la imposibilidad de justificar racionalmente los juicios prácticos no constituye una asunción conceptual del positivismo jurídico. Dicho en otras palabras, se puede ser positivista y aceptar la posibilidad de un objetivismo moral mínimo, precisamente en la forma en que Bentham o Hart aceptan el positivismo jurídico como método y, al mismo tiempo, sostienen alguna variante de vinculación no necesaria entre el derecho y su valor sustantivo. Quizá en este enfoque más blando de la tesis de las fuentes, se encuentre el camino que el positivismo debe andar para responder al proceso de constitucionalización.

El derecho como argumentación

Hasta ahora únicamente se ha hecho referencia a dos tipos de concepciones jurídicas vinculadas con la corriente del derecho natural y el positivismo jurídico —tanto en sentido estricto como en la vertiente del realismo jurídico—. Sin embargo, en la actualidad también han cobrado éxito ciertas teorías del derecho fundadas en el carácter argumentativo de la prácti-

ca jurídica. Aludir a «esos otros enfoques» es pertinente, porque, en conjunto, enfatizan el aspecto argumentativo del derecho que se echaría en falta dentro del positivismo jurídico, y que —por cierto— ni el realismo ni las corrientes del derecho natural podrían desarrollar; el primero, por su compromiso con el escepticismo valorativo, y las segundas, por su impronta deductiva entre los contenidos de la ley natural con el derecho positivo y las normas resultantes de la adjudicación.

Las concepciones a las que se hace referencia en este apartado que, en general, podrían ser llamadas pospositivistas, se caracterizan por proporcionar una lectura coherentista de los componentes del sistema jurídico, lo cual comporta un distanciamiento con el proyecto positivista de teoría del derecho, pero sin que su rechazo a esa tradición las asocie con un nuevo desarrollo del derecho natural. Uno de los ejemplos más interesantes en este sentido, es la teoría sobre la naturaleza argumentativa del derecho desarrollada por Manuel Atienza (Atienza, 2012, p. X).

La primera parte de la propuesta del profesor español constituye una aguda crítica al positivismo jurídico. Según Atienza, esta corriente ha agotado ya su ciclo y nada tiene que decir actualmente en torno a la complejidad de los sistemas constitucionalizados. Tan es así que las tesis del positivismo no constituyen ahora una posición distintiva para sus valedores,

porque son tan manifiestamente verdaderas y constituyen una especie de acuerdo indisputado por todos aquellos que hacen teoría del derecho de forma no extravagante, que afirmarlas no hace ninguna diferencia. Es por ello que el positivismo se ha tornado caduco e irrelevante, porque si se le añaden rasgos, que aun no siendo quizás definitorios sí han estado presentes en las principales manifestaciones del positivismo del siglo XX, entonces esa concepción resulta ser un escollo que impide el desarrollo de una teoría y una dogmática del derecho adecuadas para las condiciones actuales.

En efecto, si las asunciones capitales de la teoría se limitan a señalar que el derecho es producto de actos humanos que imprimen un contenido históricamente variable a los sistemas jurídicos, entonces esta tesis es trivialmente verdadera y no constituye una cualidad distintiva, ya que, en realidad, todas las teorías del derecho de algún modo aceptan ese presupuesto. Por otro lado, la tesis de la separación entre el derecho y la moral puede entenderse de maneras tan diversas, que si se limita a aquello que comparten todos los que se denominan positivistas, es una tesis tan mínima que tampoco constituye, desde luego, una posición distintiva en la teoría del derecho, de modo que la mayor parte de quienes critican al positivismo estarían de acuerdo con aceptar que el derecho y la

moral son dos ámbitos claramente separados (Atienza, 2012, pp. 239-248).

En suma, a decir de Atienza, la forma actual de hacer teoría del derecho requiere ocuparse de cuestiones que los positivistas están lejos de percibir en toda su complejidad; por ejemplo, los casos trágicos en donde dos principios constitucionales pueden colisionar de cara a un supuesto, de hecho, concreto, por lo que es preciso desarrollar juicios morales novedosos que permitan a los jueces desplegar un ejercicio de adjudicación fundado en la razonabilidad, que hasta cierto punto es desconocido para el positivismo (Atienza, 2012, pp. 23-32). Mientras que para los positivistas la frecuencia de casos difíciles era excepcional, el pospositivismo de Atienza centra su atención precisamente en ellos, al señalar que cualquier supuesto de hecho tiene un potencial de complejidad, que hace necesario el despliegue de ejercicios argumentales propios de una teoría de la adjudicación mucho más robusta que aquella desarrollada por los positivistas, en virtud de que el derecho no es una construcción hermética, sino que, por el contrario, presenta amplias zonas de indeterminación.

De lo que se trata, en fin, es de que la teoría del derecho se vuelva más sensible a los problemas de la práctica jurídica mediante el diseño de construcciones teóricas con menor grado de abstracción, a través de las cuales se transite desde la teoría general del derecho hacia concepciones del

derecho más cercanas al derecho positivo, más locales, menos generales y con más incidencia en comprender y usar mejor el derecho. Se busca, en suma, que la teoría jurídica ofrezca instrumentos para pensar e imaginar soluciones a los problemas que la práctica jurídica aún no tiene resueltos (Atienza, 2012, pp. 56-60).

No obstante, en este punto, bien podría preguntarse cuál es la teoría del derecho que Atienza presenta como adecuada para describir la complejidad de los sistemas jurídicos actuales. Por fortuna, la respuesta del jurista alicantino no demora en llegar. Según Atienza, la teoría del derecho propia para el estadio actual de los sistemas jurídicos tendría que presentar las siguientes características: ser constitucionalista, no positivista, basada en la unidad de la razón práctica, lo que supone negar que pueda trazarse una separación tajante (en el plano conceptual) entre el derecho y la moral, que además sostenga un objetivismo moral mínimo, y reconozca la importancia de los principios y de la ponderación, así como el papel activo de la jurisdicción, y finalmente subraye el carácter argumentativo del derecho.

El pospositivismo de Atienza es constitucionalista, no porque asuma que las normas constitucionales son supremas únicamente en virtud de sus atributos formales derivados de la jerarquía normativa o la rigidez constitucional, sino porque contempla a esas normas como pautas, que

en la mayoría de las ocasiones le permiten al jurista llegar a soluciones justas, a partir de la interpretación moral de la Constitución y sin tener que salir del derecho (Atienza, 2012, pp. 119-130). En mérito de esta cualidad, la teoría del derecho constitucionalista es una reacción contra el positivismo jurídico; es decir, un levantamiento contra una visión del derecho que pone el foco en las reglas, en la positividad y en las formas, y por ello se olvida de la justicia. Ello presenta al derecho como un fenómeno dual que no se agota solo en un sistema o un conjunto de normas, sino que implica sobre todo una práctica social, donde se trata de armonizar ciertos fines o valores, pero permaneciendo dentro del ordenamiento. Desde luego, el carácter dual del derecho solo puede apreciarse cuando se acepta la tesis de la unidad de la razón práctica, lo que conlleva al rechazo de la separación entre el derecho y la moral, tanpreciado para el positivismo (Atienza, 2012, pp. 56-60).

La tesis de la unidad del razonamiento práctico implica que las razones últimas mediante las cuales se justifican las acciones tienen una naturaleza moral. Esto no quiere decir que el razonamiento moral termine avasallando al mundo de la juridicidad, sino que, si se acepta que el derecho es una práctica compleja, entonces también se puede conceder la tesis de la unidad y, al mismo tiempo, salvar la singularidad del razonamiento que realizan

diariamente los jueces y abogados, en virtud de que este adquiere una sustantividad propia que deriva del carácter institucionalizado del derecho. En este contexto, la justificación judicial descansa finalmente en un juicio de carácter axiológico que presupone un mínimo de objetivismo moral, según el cual es posible desarrollar una discusión racional acerca de los valores últimos; o, en otros términos, donde se considera que los juicios contenidos en los fallos constitucionales son susceptibles de ser fundamentados objetivamente (Atienza, 2012, p. IX).

La posibilidad de llegar a acuerdos racionales sobre cuestiones morales controversiadas, es indispensable sobre todo para una teoría que —como la de Atienza— acepta las características centrales del modelo de los principios en el derecho. Las normas principales, por lo general, están concebidas en términos demasiado amplios y suelen entrar en colisión con otros principios que se mueven en sentido contrario, por lo que con frecuencia deben ser ponderadas para encontrar la norma que disciplina el caso concreto. En esa virtud, también se explica la importancia que el pospositivismo confiere a la existencia de un modelo judicial robusto, que a partir de ejercicios argumentativos novedosos decida racionalmente las complejas cuestiones que subyacen a los frecuentes conflictos de derechos. En suma, cuando Atienza insiste en la necesidad de dejar atrás el positi-

vismo jurídico también pretende establecer las bases de una concepción jurídica distinta y alejada de esa tradición. En ese tenor, la propuesta del profesor español se funda en una lectura integral de los materiales conformadores del sistema jurídico, a partir de la tesis de la vinculación entre el derecho y la moral, así como de la unidad del razonamiento práctico. Para Atienza, las cualidades del descriptivismo, el normativismo y la concepción del derecho como sistema, que son centrales para la teoría del derecho positivista, representan ahora un obstáculo que dificulta la adecuada comprensión de la práctica jurídica (Atienza, 2012, pp. 4-11).

Pero ¿qué tanto son las cosas como las presenta Atienza? En principio, este autor incurre en el error de suponer que el positivismo limita cualquier posibilidad para que el jurista realice evaluaciones sobre su objeto de estudio, cuando en realidad lo único que el positivismo implica es que esa es una actividad distinta; esto es, que no se trata de una tarea cognoscitiva, sino práctica y valorativa, que por otro lado no es extraña a la actividad del teórico, por lo cual no debe considerarse como ocupación inapropiada para los juristas. Lo que enfatiza el positivismo es que no debe incurrirse en la confusión entre las labores de descripción y evaluación del derecho; esto es, que se ha de evitar, en particular, que operaciones de política del derecho

sean presentadas como operaciones científicas.

En el mismo sentido, es incuestionable que la ciencia jurídica debe posicionar al estudio de la ponderación, la argumentación y la razonabilidad de las decisiones jurídicas como espacios de notable interés. Sin embargo, ello no debe llevar al abandono del positivismo como modo de hacer teoría del derecho. Con arreglo a esta forma de entender el asunto, si bien es cierto que las teorías de Kelsen, Ross, Bobbio, Hart, Alchourrón y Bulygin no proporcionan una teoría del razonamiento jurídico en los Estados constitucionales, ello no implica que no tengan algo que decir sobre el derecho contemporáneo. Al contrario, en ellas se contienen ideas valiosas acerca de la interpretación y el razonamiento jurídico en general; y, por lo tanto, resultan útiles para comprender cómo es y cómo funciona el derecho, tanto en los Estados legislativos de derecho como en los constitucionales.

Si lo dicho ahora resulta fundado, entonces la teoría del derecho, como argumentación sugerida por Atienza, falla en su pretensión general de constituirse como una vía superadora del positivismo jurídico. No obstante, pese al error en su pretensión mayor, paradójicamente, la lectura coherentista del derecho que subyace en la obra del profesor alicantino puede tomarse como un punto de arranque para perfeccionar algunos aspectos de la forma

positivista de hacer teoría jurídica. En ese sentido, el positivismo habrá de reposicionar la importancia del carácter argumentativo del derecho mediante una teoría de la adjudicación centrada en los criterios de razonabilidad para resolver los casos difíciles, lo cual no implica —certainamente— que el aparato conceptual y las pretensiones descriptivas del positivismo lo hayan tornado una concepción jurídica caduca.

RESULTADOS

Ahora es el momento de regresar a una afirmación que se dejó pendiente desde el primer apartado. En ese lugar se afirmó que una visión positivista del derecho, especialmente comprometida con el constitucionalismo, tendría que cimentarse en la tesis de la incorporación. La reflexión sobre este punto no solo permitirá dimensionar oportunamente los alcances y las restricciones de cada una de las concepciones jurídicas precedentes. Específicamente en relación con este último aspecto conviene recordar que, al principio, afirmé que el positivismo jurídico es un enfoque metodológico adecuado para explicar el derecho característico de los estados constitucionales, en la medida en que tal aproximación está en mejores condiciones que las posiciones pospositivistas, para explicar los rasgos de un sistema jurídico constitucionalizado.

Desde luego, la acreditación de esta hipótesis requiere, en primer lugar, la realización de una operación de deslinde para delimitar el contenido focal del positivismo jurídico únicamente respecto de aquellas asunciones que le son esenciales e irreductibles como concepción del derecho; y, en segundo término, es preciso que el positivismo supla algunos aspectos que la tradición anterior no ha considerado adecuadamente, pero que la realidad del Estado constitucional ha puesto de manifiesto con notoria claridad. Es aquí donde cobra importancia la fuerza conceptual de la tesis de incorporación.

En el contexto del constitucionalismo es palpable que las cartas fundamentales representan la plasmación positiva de densos contenidos de valor, condicionantes no solo de la forma que debe asumir el derecho, sino principalmente del contenido que impregna a las normas jurídicas. En ese sentido, el contenido del ordenamiento resulta enriquecido y, por ello mismo, requiere una ciencia jurídica mucho más robusta, en tanto que la actividad del jurista adquiere un rol evaluativo difícil de ocultar. En ese punto, la cuestión sobre la relación entre el derecho y la moral es un asunto difícil de explicar desde el positivismo jurídico, en la medida en que la tesis de las fuentes sociales aparece demasiado estrecha, para que, dentro de su cauce, encuentre cabida la complejidad del derecho propio del constitucionalismo.

mo. Con todo, desde el positivismo es posible plantear, al menos, dos respuestas en torno a la tesis sobre la vinculación entre el derecho y la moral. La primera alternativa proviene del positivismo duro, mientras que la segunda muestra cómo la tesis de la incorporación puede ser una alternativa para construir un modelo teórico adecuado para el constitucionalismo, el cual también constituye una solución de continuidad con la tradición positivista previa.

Según el positivismo duro —que sostiene en sus términos la tesis social— es posible mantener en pie la afirmación de que el derecho es un fenómeno identificable, a partir de un conjunto de hechos sociales determinados convencionalmente, los cuales no guardan ninguna clase de vinculación con el dominio de la moral; y aunque, en algunos casos, las normas jurídicas hacen referencia a contenidos morales, no por ello esos contenidos pasan a formar parte del sistema. Por el contrario, para el positivismo incluyente o incorporacionista no existe inconveniente en aceptar que ciertos principios morales pueden ser jurídicamente válidos en virtud de su carga axiológica y con independencia de que exista una fuente social que los reconozca. Pese a esta aceptación, la corriente incorporacionista se mantiene como una variante del positivismo jurídico, en virtud de que no llega al extremo de postular una conexión conceptual —sino meramente fáctica— entre el derecho y la moral. Ade-

más, para que la incorporación pueda tener lugar es necesario que la regla maestra del sistema incluya expresamente entre los criterios de validez a esas exigencias morales, lo cual ciertamente puede darse o no. En ese contexto, resulta claro que el positivismo incorporacionista no presenta inconveniente para aceptar que la regla de reconocimiento pueda incluir como criterio de validez jurídica a la conformidad de las normas producidas con principios morales o valores sustantivos.

CONCLUSIONES

Frente a las posiciones morales del derecho que reivindican la relevancia axiológica de la práctica jurídica, hay que reconocer que a la tesis incorporacionista no resultan ajenas las exigencias para que el derecho responda a una pretensión de corrección, y ni siquiera tendría reparos en aceptar la afirmación sobre la doble naturaleza de las normas jurídicas, como tampoco es extraño que los positivistas incluyentes sostengan, como de hecho acontece, robustas teorías de la argumentación jurídica que han marcado verdaderos paradigmas en la materia —como es el caso de N. MacCormick—. La tesis de la incorporación puede conceder todos esos puntos, con tal de que no se llegue al extremo de suponer que el solo valor moral de las normas las convierta en criterios jurídicos; aunque la presencia de valores en el sistema implique la corrección sus-

tancial como una condición necesaria —pero no suficiente— de la juridicidad. Ello, desde luego, no entraña una imposibilidad conceptual ni tampoco compromete la congruencia del incorporacionismo como concepción positivista del derecho, en tanto que aun en ese escenario sigue sosteniéndose en pie la tesis social y la separabilidad entre el derecho y la moral, pues decir que la regla de reconocimiento puede incluir entre los criterios de validez a elementos sustantivos, no quiere decir que ella siempre los contenga, por lo que sigue siendo verdadera la afirmación de que es teóricamente posible la existencia de un sistema que no remita a cuestiones morales. En un reciente —y por demás estimulante— libro, Kenneth Einar Himma sostiene un parecer semejante cuando expone que si la jurisprudencia conceptual se encarga de explicar el concepto del derecho tal como lo determinan nuestras prácticas lingüísticas ordinarias, mientras nuestras prácticas lingüísticas ordinarias permitan la posibilidad de un sistema jurídico con criterios morales de validez, entonces la tesis de la incorporación será verdadera (2025, p. 241). Para citar literalmente al autor norteamericano: «si no hay otras razones de peso para pensar que es conceptualmente imposible que un sistema jurídico incorpore criterios morales de validez, la tesis de la incorporación parece ser verdadera en lo que respecta a nues-

tro concepto de derecho» (Himma, 2025, p. 242).

Decir que en algunas ocasiones el derecho y la moral coinciden no significa abjurar de la manera positivista de hacer teoría del derecho, pues mientras esta afirmación no adquiera un carácter necesario, ello no supone la claudicación de una concepción compartida entre los valedores de dicha posición. Los contactos morales que se aprecian como característicos en la teoría del derecho derivada del proceso de constitucionalización, se deben a que las tesis asociadas con el positivismo metodológico son susceptibles de alojar las principales transformaciones ocurridas en los sistemas jurídicos, en tanto no se altere un núcleo básico del positivismo como *approach*. Por eso, se puede conceder que la ciencia jurídica desempeñe funciones normativas, e incluso que, de hecho, existan conexiones entre el derecho y la moral, con tal de que esos vínculos no sean la única condición de la juridicidad y que el derecho siga siendo una cuestión identificable, a partir de determinados hechos sociales determinados autoritativamente en la regla de reconocimiento. Es por esa causa que la posición incorporacionista propia del positivismo incluyente no deviene autocontradicatoria ni niega su filiación con la tradición focal del positivismo jurídico. Justo en esa medida resulta una postura plausible; y, además, constituye una verdadera alternativa para explicar de forma

solviente la situación actual de los sistemas jurídicos constitucionalizados.

REFERENCIAS

- Alexy, R. (2004). *El concepto y la validez del derecho* (2.^a ed.). Barcelona, Gedisa.
- Alexy, R. (2017). «Los principales elementos de mi filosofía del derecho». *La doble naturaleza del derecho*. Madrid, Trotta.
- Atienza, M. (1998). *Derecho y argumentación*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- Atienza, M. (2012). *Tras la justicia. Una introducción al derecho y al razonamiento jurídico*. Barcelona, Ariel.
- Atienza, M. (2014). *Curso de argumentación jurídica*. Madrid, Trotta.
- Bayón, J. C. (2002). «El contenido mínimo del positivismo jurídico». En V. Zapatero (Coord.), *Horizontes de la filosofía del derecho. Homenaje a Luis García San Miguel*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá de Henares.
- Bulygin, E. (2005). «El problema de la validez en Kelsen». En H. Kelsen *et al.*, *Validez y eficacia del derecho*. Buenos Aires, Astrea.
- Del Vecchio, G. (1960). *Historia de la filosofía del derecho*. Barcelona, Bosch.
- Esquivel, J. (2011). *Kelsen y Ross. Formalismo y realismo en la teoría del derecho*. México, Coyoacán.
- García Mayne, E. (1978). *Algunos aspectos de la doctrina kelseniana. Exposición y crítica*. México, Porrúa.
- García Mayne, E. (2013). *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo* (9.^a ed.). México, Fontamara.
- Gianformaggio, L. (2002). *Estudios sobre Kelsen*. México, Fontamara.
- Hart, H. L. A. (2008). «Postscriptum a El concepto de derecho». En *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*. Bogotá, Siglo del Hombre.
- Hervada, J. (2011). *Introducción crítica al derecho natural* (11.^a ed.). Navarra, Eunsa. <https://daddun.unav.edu/server/api/core/bitstreams/40d70f23-42af-4df6-bac3-992942f0ec8f/content>
- Himma, K. E. (2025). *Moralidad y naturaleza del derecho*. Puno, Zela.
- Hobbes, T. (2010). *De cive. Elementos filosóficos sobre el ciudadano*. Madrid, Alianza Editorial.
- Kelsen, H. (2005). *Teoría pura del derecho* (14.^a ed.). México, Porrúa.
- Kelsen, H. (2010). *Teoría general del derecho y del Estado* (3.^a ed.). México, UNAM.
- Kelsen, H. (2013). *La teoría pura del derecho. El método y los conceptos fundamentales*. México, Colofón.
- Navarro, P. (2016). *Kelsen y la eficacia del derecho*. México, Fontamara-ITAM-ELD-SCJN.
- Nino, C. (2003). *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aires, Astrea.
- Nino, C. (2013). *Algunos modelos metodológicos de «ciencia» jurídica*. México, Fontamara.
- Núñez, E. (2001). *El pensamiento español en la filosofía del derecho de Luis Recaséns Siches*. México, Porrúa.

- Ortega y Gasset, J. (2012). *Unas lecciones de metafísica* (12.^a ed.). México, Porrúa.
- Raz, J. (2001). *La ética en el ámbito público*. Barcelona, Gedisa.
- Recaséns, L. (1997). *Introducción al estudio del derecho* (12.^a ed.). México, Porrúa.
- Recaséns, L. (2002). *Tratado general de filosofía del derecho* (16.^a ed.). México, Porrúa.
- Rendón, T. (2018). *El canon constitucional de razonesabilidad*. México, Porrúa.
- Ross, A. (1963). *Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Aires, Eudeba.
- Ross, A. (2014). *El concepto de validez y otros ensayos* (6.^a ed.). México, Fontamara.
- Ruiz Manero, J. (2014). *El legado del positivismo jurídico*. Lima, Palestra-Temis.
- Villoro, M. (1996). *Teoría general del derecho*. México, Porrúa.