

José Antonio Ramos Pascua<sup>1</sup>  
Universidad de Salamanca

La tesis que voy a defender aquí es la siguiente: la necesidad que tiene el positivismo jurídico de asumir la doctrina de los derechos humanos, no ya sólo por tratarse del principal referente valorativo ético-político del mundo moderno, sino sobre todo por haberse concretado en una realidad jurídico-positiva fundamental en los Estados constitucionales de Derecho, es una de las razones que le han obligado a realizar últimamente diversos ajustes teóricos que afectan a su tesis central de la separación entre Derecho y moral del tal modo que prácticamente la tornan irrelevante.

Para llegar a esta conclusión examinaré las críticas positivistas clásicas a la doctrina de los derechos humanos y valoraré después las posibilidades de reconciliación que ofrecen algunas versiones renovadas del positivismo jurídico, tales como el positivismo incluyente de W. Waluchow y J. Coleman, el positivismo crítico de L. Ferrajoli, y el convencionalismo profundo de J. C. Bayón.

## I. ¿EXISTE RELACIÓN ALGUNA?

La relación entre el positivismo jurídico y los derechos humanos es problemática al menos en dos sentidos. En primer lugar, porque, a primera vista, se sitúan en planos distintos. El positivismo jurídico es una filosofía sobre el Derecho que postula una tajante separación entre lo que es y lo que debe ser Derecho, de tal manera que cuando se estudia el Derecho “que es” no debe tenerse en cuenta lo “que debe ser” Derecho, que constituye el objeto de estudios independientes.

Los derechos humanos, por su parte, son exigencias morales o de justicia que el Derecho positivo debe satisfacer. Es decir, pertenecen claramente al ámbito de lo que debe o debería ser Derecho. Precisamente el ámbito cuyo estudio no interesa a la teoría del Derecho positivista.

Si es verdad que la teoría positivista del Derecho y la doctrina de los derechos humanos circulan por vías independientes, o que, dicho de otro modo, una es conceptual y la otra normativa, puede parecer que confrontarlas equivale a relacionar cosas heterogéneas. Hay que observar, sin embargo, que los derechos humanos pretenden tener validez, y en muchos sistemas jurídicos la tienen constitucionalmente consagrada, en el Derecho real, en el Derecho “que es”, y no sólo en el cielo de los ideales jurídicos. En otras palabras, esos derechos pueden formar parte del “ser” del Derecho sin dejar de constituir un “deber ser” que puede resultar mejor o peor cumplido.

Precisando un poco más el concepto de derechos humanos, podemos afirmar que son derechos morales, es decir, derechos derivados de principios morales. Son, si se prefiere

---

<sup>1</sup> Me he beneficiado de las observaciones que amablemente hicieron a una versión anterior de este trabajo J. Delgado Pinto, J. M. Garrán, M. Hocevar, J. M. Pérez Bermejo y M. A. Rodilla, a quienes, por supuesto, no puede hacerse cómplices de los errores que aún permanezcan en él. Agradezco también los atinados comentarios y objeciones que plantearon en el debate posterior a la ponencia J. Ferrer, R. Guastini, L. Hierro, L. Prieto Sanchís, J. Ruiz Manero y J. M. Vilajosana.

esta terminología, exigencias de justicia (y, por tanto, morales) presentadas subjetivamente en forma de derechos, porque se estima que ésta es la mejor manera de proteger ciertos bienes de importancia fundamental para sus titulares, los seres humanos.

Pero, justamente por eso, se trata de derechos que no constituyen simples aspiraciones o ideales morales más o menos utópicos sobre lo que debería ser Derecho (no es lo mismo una aspiración que una demanda justificada), sino que, allí donde se aceptan, forman parte de los elementos fundantes o justificadores del Estado y su Derecho. Por esa razón, los derechos fundamentales, es decir, los derechos humanos reconocidos y tutelados por el orden jurídico, se consideran “triumfos” frente a cualquier decisión política o norma jurídico-positiva que los contradiga.

Delgado Pinto expresa “esta especial posición dentro del Derecho, esta especial fuerza jurídica”<sup>2</sup> de los derechos humanos, incluyendo en su concepto la necesidad de que se plasmen en la constitución. Derechos humanos, afirma, son “aquellas exigencias de justicia formulables como derechos de individuos y grupos que en cada momento histórico se considera que deben quedar reconocidos en la constitución de una comunidad jurídica sustrayéndose al arbitrio del poder ordinario de gobierno”.<sup>3</sup>

En suma, los derechos humanos, aunque estén reconocidos positivamente, no se fundamentan en su aceptación por parte del Derecho positivo sino que pretenden fundamentar el Derecho positivo. Si se admite que el fundamento, justificación o razón de ser de una norma forma parte de esa misma norma, pues le aporta su verdadero sentido, se aceptará igualmente que los derechos humanos, como elementos fundadores del orden jurídico, al menos en los modernos Estados constitucionales, forman parte del orden jurídico mismo; o si se prefiere esta formulación: forman parte de la moral con la que el orden jurídico está relacionado.

Ahora bien, puede ocurrir que la moral política en que se apoye un orden jurídico determinado no sea la moral de los derechos humanos, en cuyo caso obviamente tales derechos no formarán parte de ese orden jurídico. De hecho es fácil encontrar ejemplos de sistemas jurídicos que no reconocen o incluso vulneran los derechos humanos. Serán sistemas jurídicos injustos, desde el punto de vista de la moral que consideramos válida, pero no por ello dejarán de ser auténticos sistemas jurídicos, por muy deficientes que nos parezcan.

En síntesis, la concepción de los derechos humanos que hemos esbozado aquí, como demandas justificadas que se sitúan en la intersección entre el Derecho y nuestras convicciones ético-políticas más profundas, intenta ocupar una posición intermedia entre una concepción estrictamente iusnaturalista que los entendería como derechos naturales válidos en todo orden jurídico auténtico, y una concepción estrictamente positivista que los entendería como simples exigencias que sólo se convierten en verdaderos derechos subjetivos cuando el Derecho positivo los reconoce.

El grave inconveniente de la concepción iusnaturalista es que obliga a negar carácter de verdadero Derecho a todos los sistemas jurídicos que no reconozcan los derechos humanos. El inconveniente de la concepción iuspositivista, por su parte, es que reduce los derechos humanos a la categoría de simples derechos subjetivos concedidos graciosamente, como cualesquiera otros derechos subjetivos, por el legislador positivo del Estado. Es evidente, sin embargo, que el legislador positivo no crea los derechos humanos o fundamentales, sino que simplemente los reconoce; cosa que se admite expresamente en muchos de los textos jurídico-positivos que los proclaman.

---

<sup>2</sup> DELGADO PINTO (1989: p 136).

<sup>3</sup> Ibid., p. 137.

Frente a las concepciones anteriores sostendremos que allí donde la atmósfera moral que envuelve al Derecho incluya la idea de los derechos humanos, tales derechos gozarán de algún grado de validez o fuerza gravitacional en el orden jurídico positivo; una validez que se manifestará de manera indiscutible cuando los derechos humanos se proclamen expresamente en forma de derechos fundamentales en la constitución.

En segundo lugar, la relación entre positivismo jurídico y derechos humanos es problemática en el sentido de conflictiva. Si fuera cierto, como sostienen los positivistas, que el ser y el deber ser del Derecho son ámbitos completamente distintos o separables, no tendría por qué haberse producido interferencia alguna entre positivismo y derechos humanos, pues se habrían podido desarrollar de forma independiente como teorías paralelas que no se tocan, pero lo cierto es que los conflictos entre ambas han menudeado.

Antes de examinar la conflictiva relación a que nos estamos refiriendo, conviene aclarar, aunque sea tan brevemente como hicimos antes con el concepto de derechos humanos, qué debe entenderse por positivismo jurídico.

El positivismo jurídico es una corriente histórica de pensamiento sobre el Derecho, escindida en múltiples variantes que, además, han ido evolucionando con el paso del tiempo, a medida que evolucionaba, entre otras cosas, la realidad misma del Derecho. Siendo así, no debe extrañar que las doctrinas o tesis defendidas por el positivismo jurídico hayan sido muy diversas y, algunas, independientes lógicamente entre sí, como revelan las muy conocidas clasificaciones de N. Bobbio y de H. L. A. Hart.<sup>4</sup> Esquematizando drásticamente la de N. Bobbio, distinguiremos tres doctrinas positivistas básicas:

- 1) La del positivismo metodológico, que propugna una descripción del Derecho puramente científica, en el sentido de libre de valoraciones, presuponiendo que existe una diferencia nítida entre lo que es Derecho y lo que debería serlo, es decir, entre Derecho real y Derecho ideal, o si se prefiere, entre Derecho y moral.
- 2) La del positivismo teórico o positivismo legalista, que engloba varias tesis características del formalismo o estatalismo jurídico, tales como la teoría imperativa de la norma jurídica, la de la ley como suprema fuente del Derecho, la del sistema jurídico como un orden coherente y completo de normas, y la de la aplicación judicial del Derecho como una operación puramente lógica y más o menos mecánica.
- 3) La del positivismo ideológico, que postula el deber moral de obedecer al Derecho positivo sólo por serlo (“la ley es la ley”). Esta doctrina, manifestación del legalismo ético, resulta sin embargo difícilmente compatible con otra tesis típicamente positivista apuntada por Hart: el irracionalismo o agnosticismo ético.

Actualmente, tiende a prevalecer entre los autores positivistas la idea de que sólo la primera de las tres doctrinas o racimos de tesis antes enumeradas es aún defendible; al menos en parte, pues algunos reconocen también la inadecuación a su objeto de una teoría y una metodología jurídica estrictamente avalorativas.

Queda en pie, por tanto, como núcleo central e irrenunciable del positivismo jurídico, la tesis de la separación conceptual (o no necesaria conexión) entre Derecho y moral. Son muy conocidas a este respecto las siguientes palabras de Hart: “Aquí entendemos por

---

<sup>4</sup> Cfr. BOBBIO (1992: esp. pp. 39 y ss.); HART (1958: pp. 593 y ss.); (1963: p. 231); (1967: pp 418 y ss.)

positivismo jurídico la afirmación simple de que en ningún sentido es necesariamente verdad que las normas jurídicas reproducen o satisfacen ciertas exigencias de la moral, aunque de hecho suele ocurrir así”.<sup>5</sup>

Cuando se cae en la cuenta de que la tesis de la conexión necesaria entre Derecho y moral puede tener significados diversos, algunos difícilmente rechazables, ciertos autores positivistas intentan precisarla o reformularla como tesis de las fuentes sociales del Derecho, que sería un corolario o subtesis de la anterior (otros piensan que es más bien la anterior un corolario o subtesis de ésta última). Según dicha tesis, el Derecho es un producto humano, convencional, cuya identificación depende exclusivamente de hechos sociales, sin que sea necesario recurrir para ello a valoraciones o argumentaciones morales.

También esta tesis puede descomponerse en diversos ingredientes, unos aceptables y otros no,<sup>6</sup> pero no vamos a profundizar más en este punto, porque no nos interesa tanto hallar aquí la quintaesencia del positivismo jurídico, cuanto ofrecer una caracterización general del mismo para poder confrontar sus principales doctrinas con la doctrina de los derechos humanos.

Lo cierto es que no parece una conjetura basada en análisis conceptuales sino una evidencia históricamente demostrable, como veremos en el siguiente apartado, que la actitud adoptada por los autores positivistas más significativos hacia la idea de los derechos humanos fluctúa entre la reticencia contenida y el aborrecimiento sin paliativos.

Seguramente esa actitud hostil o conflictiva tiene que ver con la dificultad de separar estrictamente los planos descriptivo y valorativo en relación con el Derecho. La estricta separación de ambos planos propugnada por el llamado positivismo metodológico expresa una actitud científica que puede ser adecuada para otros ámbitos de conocimiento, pero inadecuada para la comprensión cabal del fenómeno jurídico, que al fin y al cabo es, o yo así lo creo, una manifestación de lo moral, aunque peculiar e institucionalizada.

## II. POSITIVISMO JURÍDICO VS. DERECHOS HUMANOS

Hemos apuntado antes que en el curso de sus respectivas historias, relativamente breves, el positivismo jurídico y la doctrina de los derechos humanos han colisionado con frecuencia. Entre las numerosas críticas lanzadas desde diversos frentes contra la idea de los derechos humanos, las objeciones positivistas ocupan un lugar destacado. No podemos detenernos a examinarlas detalladamente. Bastará con unas breves alusiones para identificar y clasificar las críticas principales.

J. Bentham, por ejemplo, que puede considerarse fundador del positivismo jurídico anglosajón, la escuela de la llamada Jurisprudencia analítica, fue uno de los críticos más radicales de la declaración revolucionaria francesa de los derechos del hombre y del ciudadano.

Algunas de las críticas proceden de su teoría moral utilitarista más que de su teoría positivista del Derecho, y otras atacan sólo la retórica desmedida de aquellas primeras proclamaciones de derechos dieciochescas. Pero sus críticas más incisivas son inequívocamente positivistas.

---

<sup>5</sup> HART (1963: p. 230).

<sup>6</sup> BAYON (2002b: pp. 36, 46, 49 y ss.). En su opinión, incluso las tesis centrales del positivismo jurídico son “amalgamas de ideas lógicamente independientes” (p. 50).

La principal crítica de Bentham es de carácter conceptual. Sostiene que los tan cacareados derechos del hombre no son auténticos derechos sino, todo lo más, aspiraciones, buenos deseos o exigencias de derechos. Afirmar que se trata de genuinos derechos es tanto como confundir los deseos con su cumplimiento, las necesidades con su satisfacción, el hambre con el pan.<sup>7</sup>

Verdaderos derechos son, para Bentham, únicamente aquéllos que conceden las leyes positivas, pues los derechos subjetivos son simples reflejos de los deberes jurídicos, y los deberes jurídicos los imponen las leyes u órdenes respaldadas por sanciones coactivas que dicta el soberano. Hablar de unos derechos, como los supuestamente naturales del hombre, que no emanan de las normas jurídicas positivas, es tan absurdo, en opinión de Bentham, como hablar de unos hijos que nunca tuvieron padres.<sup>8</sup> Más que derechos son gritos en el vacío, pues no siendo creaciones del Derecho positivo no hay criterio alguno para identificarlos y será finalmente el capricho interesado de ciertos sujetos lo que los determine.

Otra crítica recurrente en muchos autores positivistas, crítica en este caso de carácter epistemológico, es la que acusa a la doctrina de los derechos humanos de ser una mera fantasía, una construcción metafísica o arbitraria que no se corresponde con ninguna realidad social.<sup>9</sup> Esta crítica procede de un aspecto del positivismo, el agnosticismo axiológico o irracionalismo ético, que en la actualidad pocos consideran esencial para el positivismo jurídico. Sea como fuere, es indudable que aquellos pensadores positivistas que, como H. Kelsen, conciben las exigencias de la justicia y los juicios morales y políticos en general como expresión de intereses subjetivos, ideologías, emociones o creencias religiosas, difícilmente pueden aceptar la doctrina de los derechos humanos.<sup>10</sup>

---

<sup>7</sup> BENTHAM, (1843-1991: p. 118).

<sup>8</sup> BENTHAM (1987: p. 73). Una idea similar puede hallarse en uno de los primeros y no muy numerosos positivistas españoles de finales del s. XIX y principios del XX, el penalista salmantino D. Pedro Dorado Montero: “Los derechos meramente naturales, esos llamados derechos innatos que (...) se quieren atribuir a todos los hombres por el simple hecho de ser hombres (...) no han sido nunca tales derechos, ni lo son tampoco ahora en tanto no haya fuerza suficiente para hacerlos respetar. Un derecho no derivado de la ley (o de alguna otra fuerza equivalente) no es en realidad tal derecho: sólo es anhelo o aspiración.” Cfr. DORADO MONTERO (1909: pp. 25-7).

<sup>9</sup> Apunta esta crítica otro de los pioneros del positivismo: A. Comte, cuyo pensamiento filosófico general, aplicado al Derecho, inspiró diversas corrientes de positivismo sociológico y realista. Entre los realistas escandinavos presenta una crítica similar ROSS (1963: pp. 258-9), para quien la idea de los derechos naturales del hombre participa de la misma arbitrariedad de la que adolecen los postulados sobre la naturaleza humana de los que parte la doctrina del Derecho natural. Sobre las críticas de Comte a la doctrina de los derechos humanos, vid. BINOCHÉ (1989: pp. 63-73).

<sup>10</sup> En ocasiones, Kelsen identifica expresamente la doctrina de los derechos humanos con la doctrina del Derecho natural, que como se sabe, rechaza abiertamente. Cfr., p. e., KELSEN (1997: p. 100): “Sólo la hipótesis de un Derecho natural establecido por la voluntad de Dios permite afirmar que los derechos subjetivos son innatos al hombre y que tienen un carácter sagrado, con la consecuencia de que el Derecho positivo no podría otorgarlos ni arrebatarlos al hombre, sino solamente protegerlos y garantizarlos”. Otro rasgo del pensamiento kelseniano que dificulta la admisión de la idea de los derechos humanos es su reducción del derecho subjetivo a la norma jurídica, es decir, al Derecho objetivo. Curiosamente ya A. Comte había querido disolver la noción del

Lo que en la obra de Kelsen es una crítica más o menos implícita o apenas insinuada hacia los derechos naturales del hombre, aparece rotundamente afirmado en los escritos de otros positivistas posteriores inspirados en él. Entre nosotros, por ejemplo, G. Robles afirmó que “para quien piensa dentro de los esquemas generados por el positivismo, la teoría de los derechos humanos no es sino una de tantas expresiones ideológicas y, como tal, está al servicio de la lucha política”.<sup>11</sup> Se trata, pues, de una doctrina irracional o ilusoria, “una versión de esa concepción metafísica del Derecho que constituye el iusnaturalismo”.<sup>12</sup>

Hay una tercera crítica, de carácter filosófico-político en este caso, que denuncia la tendencia anarquizante de la doctrina de los derechos humanos, y que también puede considerarse, en alguna medida, una objeción positivista. No sólo porque haya sido formulada reiteradamente por diversos autores positivistas (y por otros que no lo son), sino también porque está inspirada en la defensa del valor político-ideológico positivista por excelencia, la seguridad jurídica, con todo lo que implica en términos de orden, estabilización de expectativas, etc.

El peligro de anarquía que supuestamente comportan esos derechos sin padre o legislador conocido, que son los derechos humanos, fue denunciado, entre otros, por Bentham, con notable dramatismo. En su opinión, unos derechos que se declaran imprescriptibles e irrenunciables y cuyo reconocimiento se exige incondicionalmente bajo amenaza de insurrección contra el gobierno en caso de que no los respete, abren la puerta a la anarquía. Son falacias anárquicas, una especie de terrorismo jurídico-ideológico.<sup>13</sup>

Si dejamos a un lado críticas concretas e intentamos confrontar de forma algo más sistemática la doctrina de los derechos humanos con las diversas tesis que suelen atribuirse al positivismo jurídico, advertiremos que todas o casi todas resultan difícilmente conciliables con aquélla.

Es una doctrina difícilmente conciliable con el positivismo ideológico, porque si es verdad que el Derecho positivo sólo por serlo es justo, no tiene sentido postular unos derechos, los derechos humanos, que todo orden jurídico debe reconocer para ser justo.

---

derecho individual, porque, en su opinión, el positivismo sólo admite deberes de todos y hacia todos, dado que su punto de vista es siempre social y excluye la noción individualista del derecho subjetivo. Cfr. COMTE (1890: pp. 298-300): “el positivismo no reconoce ningún otro derecho que el de cumplir el propio deber (...) Todo derecho humano es tan absurdo como inmoral”. Cfr. también COMTE (1851: p. 361).

<sup>11</sup> ROBLES (1989: p. 312 y 1982: p. 282).

<sup>12</sup> ROBLES (1989: p. 313). Hay que advertir que este autor ha modificado su punto de vista. En ROBLES (1992: p. 126) afirma lo siguiente: “Lo realmente grave de la crítica positivista de los derechos naturales no es que los califique de ideología. Lo grave es el concepto de ideología que maneja, fruto sin duda de su estrecha concepción de la racionalidad. En los últimos años estamos asistiendo a una rebelión contra el positivismo que, a la larga, sólo ha de traer buenos frutos, tanto para la teoría como para la práctica”.

<sup>13</sup> BENTHAM (1843-1991: p. 116): “Son palabras que dicen puñales, si es que los puñales pueden decirse; dicen puñales y sólo resta utilizarlos”. No es casual, sostiene Bentham, que las declaraciones francesas de derechos del hombre y del ciudadano sean productos revolucionarios, pues su objetivo es la justificación de la insurrección frente a los poderes públicos que no reconozcan tales derechos (Ibid., pp. 110 y 118).

También parece inconciliable con el positivismo metodológico, entendido como forma de aproximación éticamente neutral o no valorativa, y por tanto “científica”, al conocimiento del Derecho; porque el reconocimiento de los derechos humanos (y especialmente su reconocimiento constitucional en forma de derechos fundamentales) se traducirá en muchos casos en la necesidad de realizar valoraciones morales para hallar la solución más conforme a Derecho, y en general frustrará la pretensión de lograr una separación clara y aséptica entre Derecho “que es” y Derecho “que debe ser”.

No menos irreconciliable parece la doctrina que nos ocupa con el positivismo legalista o formalismo jurídico, lo que N. Bobbio denomina “positivismo jurídico como teoría”, porque el modelo de orden jurídico que emerge del reconocimiento de los derechos humanos como integrantes de ese orden, que básicamente es el del Estado constitucional de Derecho, nada tiene que ver con el modelo “veteropositivista” de un sistema jurídico cerrado, coherente y completo de leyes, entendidas como mandatos coactivos procedentes del Estado y aplicadas mecánicamente por los jueces. Un modelo éste último que refleja la realidad histórica del “Derecho unificado por el poder estatal de las monarquías absolutas”<sup>14</sup>, pero que hoy ya casi ningún positivista defiende.

Llegamos a una conclusión similar cuando pasamos de los tres aspectos anteriores del positivismo jurídico a las tres tesis positivistas que, a juicio de Hart, gozan de una importancia central en la obra de todos los integrantes de la tradición positivista anglosajona en la que él mismo se incluye. Serían, pues, las tesis positivistas que Hart considera fundamentales y defendibles.<sup>15</sup>

La tesis de la separación conceptual del Derecho y la moral equivale básicamente al postulado central del positivismo metodológico que vimos antes. Más que afirmar la separación estricta, Hart defiende la idea de la separabilidad entre ambos órdenes normativos, es decir, el carácter sólo contingente de la frecuente coincidencia o solapamiento *de facto* que efectivamente reconoce entre ellos. Dado que la doctrina de los derechos humanos pretende una validez universal y no reducida sólo a los países cuya constitución incorpora expresamente los derechos fundamentales en su articulado, tropieza también con la tesis de la separabilidad entre el Derecho y la moral.

La segunda tesis, muy relacionada con la anterior, es la de las fuentes sociales del Derecho. Esta tesis, que hace descansar siempre en una práctica social los criterios últimos de validez del orden jurídico, choca frontalmente con la idea de unos pretendidos derechos procedentes, no de la legislación del Estado ni de hecho social o convencional alguno, sino de unas convicciones morales que se suponen universalmente válidas. Es más, el respeto o conformidad con esos derechos humanos o fundamentales se constituye expresamente en muchos ordenamientos como supremo criterio material de validez de las normas jurídicas, desmintiendo así (o al menos obligando a matizar) la tesis de las fuentes sociales.

Finalmente, la tesis de la discrecionalidad judicial, que por cierto se aparta de la tradición del positivismo legalista anterior, reacio a reconocer lagunas en el Derecho y mucho más reacio aún a reconocer autoridad a los jueces para colmarlas con arreglo a su leal saber y entender, tampoco parece compatible con la operatividad jurídica de los derechos humanos. Cuando los jueces resuelven casos haciendo uso de valoraciones

---

<sup>14</sup> BOBBIO (1992: p. 44).

<sup>15</sup> HART (1980: pp. 3-18). Se trata del texto de la conferencia pronunciada por Hart en la Univ. Autónoma de Madrid el 29 de octubre de 1979. El contenido del texto, inédito en inglés, puede ponerse en relación con el famoso *Postscript* que se añadió a la segunda edición de *The Concept of Law*. Aparte de la similitud general, hay algunos párrafos literalmente idénticos.

morales basadas en los derechos humanos que forman el trasfondo de los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente, no están aplicando discrecionalmente sus propias convicciones personales o alguna otra pauta extrajurídica que les parezca razonable, y menos aún decidiendo caprichosa o arbitrariamente, sino haciendo valer derechos preexistentes a sus decisiones. Es decir, están aplicando el Derecho existente, aunque para ello tengan que desarrollar complejos razonamientos morales; pero eso no equivale a decidir discrecionalmente.

Llegados a este punto conviene recapitular y apuntar la línea que seguiremos a continuación. Hemos comprobado que la relación entre el positivismo jurídico y la doctrina de los derechos humanos es conflictiva y difícil. Y ello pese a los esfuerzos de algunos autores positivistas por asumir esos derechos. Es el caso, por ejemplo, de N. Bobbio, quien advirtiendo la enorme vitalidad y popularidad actual de los derechos humanos como principal referente valorativo político, y su trascendente papel en las democracias modernas, reconoce que el positivismo jurídico no puede rechazarlos sin sufrir una especie de autorrefutación.

Sin embargo, observa Bobbio, la adhesión valorativa a la doctrina de los derechos humanos plantea serios problemas a los autores positivistas, que no pueden aceptar el trasfondo iusnaturalista o antipositivista implícito en la idea de que ciertos derechos gozan de validez jurídica por sí mismos, al margen de la legislación positiva del Estado. ¿Cómo resolver el dilema? Mediante una “corrección teórica” o “astucia práctica” conforme a la cual los llamados derechos humanos, mientras no hayan sido reconocidos por la legislación positiva del Estado, no son en realidad verdaderos derechos en sentido estricto o técnico-jurídico, sino simples exigencias más o menos justificadas que reciben el nombre de derechos para subrayar su importancia y fortalecer su respeto.<sup>16</sup>

En esta corrección teórica o argucia práctica, a través de la cual consigue Bobbio hacer digerible la doctrina de los derechos humanos para estómagos positivistas, sigue latiendo el rechazo tradicional del positivismo jurídico al trasfondo iusnaturalista de dicha doctrina, puesto que los entiende, no como derechos naturales jurídicamente válidos, según la concepción iusnaturalista de los mismos, sino como simples exigencias morales que sólo gozan de validez jurídica cuando el Derecho positivo las reconoce en forma de derechos fundamentales. Pero, aun así concebidos, los derechos humanos resultan problemáticos para el positivismo jurídico y le obligan a abandonar o matizar algunas de sus tesis. La pregunta es si también le obligan a abandonar, o a restringir hasta extremos que la tornen irrelevante, su tesis principal, la de la separación entre Derecho y moral. De esto nos ocuparemos a continuación.

### III. INTENTOS DE CONCILIACIÓN: POSTPOSITIVISMOS O POSITIVISMOS CORREGIDOS

Dos factores, entre otros de menor importancia, han provocado en los últimos años la aparición de nuevas versiones, más o menos debilitadas o matizadas, del positivismo jurídico.

---

<sup>16</sup> BOBBIO (1991: p. 170). En la misma página explica Bobbio cómo concibe el positivismo jurídico esos pretendidos derechos naturales cuando ya han sido reconocidos por la legislación del Estado. Los concibe como simples “derechos públicos subjetivos, derechos reflejos del poder del Estado, que no constituyen un límite al poder de éste por ser anteriores al nacimiento del mismo Estado, sino que son una consecuencia (...) de la limitación que el Estado se impone a sí mismo”.

El primero tiene que ver precisamente con la vigencia real de los derechos humanos en los sistemas jurídicos de nuestras democracias constitucionales. Es lo que se ha denominado “el desafío de la Carta”.<sup>17</sup> Se trata del desafío que representa para el positivismo jurídico el hecho de que gran parte de los ordenamientos actuales, al menos los de las sociedades más avanzadas, esté presidido por constituciones rígidas, capaces de imponerse sobre cualquier ley ordinaria que las contradiga, y que entronizan una serie de valores morales, principios de justicia y derechos fundamentales que vienen a condensarse en los grandes valores de libertad, igualdad, solidaridad y, en suma, dignidad humana, que forman la raíz de lo que conocemos como derechos humanos.<sup>18</sup>

El segundo factor, relacionado con el anterior, es una brillante teoría del Derecho inspirada en esa realidad actual de los derechos constitucionales como derechos emanados de los principios de justicia o moralidad que explican y justifican el orden jurídico. Me refiero, naturalmente, a la teoría de R. Dworkin, que ha ejercido una influencia notable, bien por reacción o por aceptación parcial de sus tesis, en muchos autores positivistas.

Ya el mismo H. L. A. Hart, cuyo pensamiento se ha convertido en paradigma de la versión más ortodoxa y razonable del positivismo jurídico,<sup>19</sup> imponiéndose incluso al formidable modelo teórico construido por H. Kelsen, reaccionó al impacto de la crítica de Dworkin haciendo significativas concesiones que abrieron un camino recorrido después por muchos otros autores positivistas, los autodenominados incorporacionistas o incluyentes.<sup>20</sup>

---

<sup>17</sup> WALUCHOW (1994: pp. 142 y ss). En opinión de Waluchow, la Carta canadiense de derechos y libertades, al igual que otras Constituciones y declaraciones de derechos fundamentales, que además de constituir Derecho válido contienen criterios materiales de validez, demuestran que a veces la existencia y el contenido del Derecho depende de factores morales.

<sup>18</sup> RÓDENAS (2006: p. 448): “Todo hace sospechar que si el iusnaturalismo fue la víctima propiciatoria del movimiento codificador, el positivismo jurídico puede serlo del paradigma neoconstitucionalista en el que nos encontramos inmersos”.

<sup>19</sup> Cfr., por ejemplo, ATIENZA y RUIZ MANERO (2006: p. 769): “desde los años setenta hay un consenso en considerar que la forma más refinada de positivismo jurídico es la que se encuentra en la obra de Hart”.

<sup>20</sup> Como contrapunto de ese positivismo incluyente se presenta el modelo del positivismo jurídico excluyente, inspirado sobre todo por J. Raz, que en el fondo parece una simple reafirmación, aunque con argumentos nuevos, del modelo ortodoxo de positivismo propuesto por Hart. El positivismo jurídico excluyente, empeñado en ser más hartiano que el propio Hart, no acepta las concesiones de éste a las teorías rivales. Allí donde Hart reconocía conexiones, aunque sólo contingentes, entre Derecho y moral, admitiendo que el ordenamiento puede incorporar valores o principios morales e incluso criterios materiales o morales de validez dotándolos de *status* jurídico, el positivismo excluyente sólo ve adherencias ocasionales de elementos normativos exógenos, que no forman parte del Derecho. En general, todo lo que no encaja en el concepto de Derecho previamente estipulado por el positivismo excluyente se descalifica como extrajurídico, aunque tenga un papel decisivo en la práctica jurídica, y en último término se explica mediante el elástico recurso a la inevitable discrecionalidad judicial.

Junto al positivismo jurídico incluyente hay otras muchas propuestas de “positivismo corregido”.<sup>21</sup> Tienen en común, entre otras cosas, lo escasamente positivistas que son. No podemos examinarlas todas. Me centraré únicamente, limitando el examen a una rápida confrontación con la idea de los derechos humanos para tantear su compatibilidad o incompatibilidad, en tres modelos o propuestas que me parecen suficientemente representativos: además del ya mencionado positivismo jurídico incluyente de J. Coleman y W. Waluchow, el positivismo crítico de L. Ferrajoli y el convencionalismo profundo de J. C. Bayón. Como veremos, contienen tres argumentos diferentes que permiten dar cuenta de la operatividad jurídica de los derechos humanos sin renunciar a la tesis de la separación entre Derecho y moral. El primero podría denominarse argumento de la contingencia, el segundo, argumento de la internalidad, y el tercero, argumento de la convención.

El positivismo jurídico incluyente, desarrollando una idea apuntada por Hart, sostiene que la regla de reconocimiento, la norma básica que contiene los criterios de validez de las restantes normas pertenecientes a cada sistema jurídico, puede incluir criterios materiales o morales. Criterios que, por ejemplo, supediten o condicionen la validez de las normas a su conformidad con las exigencias básicas de justicia expresadas por los derechos humanos, de tal manera que cualquier norma vulneradora de alguno de estos derechos se consideraría nula, es decir, carente de validez jurídica. Esta posibilidad, obviamente, no es un supuesto alambicado de laboratorio teórico-jurídico, sino la realidad cotidiana de los sistemas jurídicos actuales en los países con un Estado constitucional democrático.

Hecha la concesión anterior ¿es compatible el positivismo jurídico incluyente con la doctrina de los derechos humanos? En principio sí; porque si se admite que ciertas exigencias morales pueden desempeñar un papel importante en la determinación del Derecho, se está admitiendo la posibilidad de que los derechos humanos, que forman parte sustancial de nuestra moral política, gocen de esa misma relevancia en el orden jurídico. En otras palabras, se está admitiendo la posibilidad de que los textos constitucionales que reconozcan derechos fundamentales se interpreten a la luz de esa moral política que inevitablemente remite a la doctrina de los derechos humanos; derechos éstos que ven así reconocido un cierto grado de validez o algún peso en el orden jurídico.<sup>22</sup>

---

<sup>21</sup> Ha difundido entre nosotros esta denominación PECES-BARBA (1999: p. 111 y ss.). También la utiliza N. BOBBIO en su Prólogo, fechado en 1989, al libro de FERRAJOLI (2000: p. 19). Otras denominaciones, además de las ya mencionadas en el texto, son las de positivismo blando (Hart), positivismo institucionalista (Weinberger y Maccormick), positivismo presuntivo (Schauer), positivismo sofisticado (Shiner). Sobre el tema vid. ESCUDERO (2004), quien, después de examinar la mayor parte de estas variantes, acaba proponiendo el regreso a un positivismo jurídico sin más calificativos, que básicamente parece ser el de Hart. Pero volver al positivismo de Hart es volver a tropezar con los problemas que motivaron la aparición de los positivismos corregidos.

<sup>22</sup> En opinión de WALUCHOW (1994: pp. 6, 72), el positivismo jurídico incluyente, al reconocer que la moral política interviene en la determinación del sentido de los textos constitucionales que reconocen derechos y libertades y en la determinación del impacto de las diversas disposiciones de esos mismos textos sobre la validez de las restantes normas jurídicas, ofrece una descripción satisfactoria de la práctica jurídica real.

¿Pero es también compatible dicha concesión con el positivismo jurídico? A primera vista no, porque parece contradecir su tesis central, la que niega la existencia de una conexión conceptual entre el Derecho y la moral.

Para no excomulgarse del positivismo jurídico, que según afirma alguno de sus críticos, tiende a concebir el Derecho como un dato amoral, los incorporacionistas alegan que la admitida posibilidad de que la moral política determine la existencia y el contenido de las normas jurídicas es sólo contingente, pero no necesaria. Es decir, se trata de un fenómeno que puede producirse, y que de hecho se produce en muchos ordenamientos actuales, pero que en otros puede no producirse y no por ello dejarán de constituir auténticos sistemas jurídicos, aunque sean profundamente inicuos.<sup>23</sup>

Con esta matización, ya no está tan claro que el positivismo jurídico incluyente sea compatible con la doctrina de los derechos humanos, pues de ningún modo considera esta doctrina que la fuerza o pretensión de validez de los derechos humanos sea algo meramente contingente que sólo puede sostenerse en ciertos sistemas jurídicos o en ciertos ámbitos geopolíticos pero no en otros.

Puede aceptarse, sin embargo, que el reconocimiento efectivo de los derechos humanos por parte del Derecho positivo es un fenómeno contingente, en el sentido de que no se produce en todos los sistemas jurídicos, pero que sea contingente no significa que sea irrelevante para una teoría del Derecho que quiera reflejar la realidad jurídica contemporánea. Todo lo contrario. Se trata de un fenómeno cuya consideración es necesaria para comprender y dar cuenta adecuadamente del Derecho actual en nuestras sociedades occidentales. Y no parece descabellado pensar que es precisamente la comprensión de ese Derecho la que más nos interesa.<sup>24</sup>

El positivismo jurídico incluyente podría alegar en su defensa que, a diferencia de la versión básica del positivismo, él sí intenta reflejar la realidad actual de nuestro Derecho, pues profundiza precisamente en la posibilidad de una profunda relación entre Derecho y moral. Puede replicarse que es incongruente centrar toda la atención de la

---

<sup>23</sup> WALUCHOW (1994: pp. 113, 140, 141, 179, 180, 188, etc.). La moral sólo aporta criterios de validez en aquellos sistemas jurídicos que admitan esta posibilidad. Posibilidad que es, por tanto, un hecho contingente. En el mismo sentido, COLEMAN (1996: pp. 287-8), quien aclara que si los principios morales pueden tener status jurídico es porque la regla de reconocimiento del sistema jurídico en cuestión así lo determina. “Que algunas comunidades políticas, incluida quizá la nuestra, incorporen principios morales en el Derecho no viola la tesis de la separabilidad. La tesis de la separabilidad no consiste en la afirmación de que Derecho y moral están separados necesariamente, sino en la afirmación de que no están necesariamente conectados” (p. 291). La conexión es “a contingent matter”.

<sup>24</sup> Como apunta GREENAWALT (1996: p. 14), es más bien la tesis contraria, según la cual no existe relación necesaria alguna entre Derecho y moral, tesis cuya corrección quedaría demostrada con sólo encontrar un sistema jurídico en el que esa relación no se produjera, la que no parece muy relevante para entender los sistemas jurídicos en los que vivimos. El hecho de que la relación entre Derecho y moral, o el reconocimiento de los derechos humanos por parte del Derecho positivo, sea sólo contingente es irrelevante si esa relación o reconocimiento contingente es casi universal, o al menos habitual en nuestros sistemas jurídicos actuales. Algo parecido afirma CELANO (2005: p 165) cuando advierte que la hipótesis de un orden jurídico que no incorpore principios y valores éticos (de modo que la existencia y el contenido del Derecho sean siempre determinables independientemente de condiciones morales) es una hipótesis remota, que roza con la pura ficción.

teoría en destacar una relación que por otro lado se devalúa como mera contingencia. La impresión que inevitablemente se extrae de todo lo anterior es que lo que queda de positivismo en el llamado positivismo jurídico incluyente, la advertencia de que pueden existir sistemas jurídicos sin conexión con la moral, es bastante marginal. Si a eso se reduce actualmente el positivismo jurídico, bien podría asignársele un nuevo calificativo: positivismo minimalista.<sup>25</sup>

El calificativo anterior también podría aplicarse al “positivismo crítico” de L. Ferrajoli, tan parcamente positivista como el incluyente.<sup>26</sup> Así como el positivismo jurídico incluyente intenta compatibilizar el reconocimiento constitucional de los derechos humanos, característico del Derecho actual, con la fidelidad al positivismo, mediante la insistencia en el carácter meramente contingente de esa profunda conexión jurídico-moral (argumento de la contingencia), el llamado por Ferrajoli positivismo crítico persigue el mismo objetivo mediante lo que antes llamamos el argumento de la internalidad. Es decir, afirmando el carácter meramente jurídico o interno al propio ordenamiento de las valoraciones morales que necesariamente deben realizar jueces y científicos del Derecho para determinar la validez de las normas jurídicas (entendida la validez por Ferrajoli como la necesaria conformidad de esas normas con las exigencias sustantivas impuestas por la constitución).

Lo explicaré un poco más detalladamente. Ferrajoli es consciente de las profundas transformaciones experimentadas por el Derecho actual. Advierte la quiebra del Derecho legislado, que se refleja, por un lado, en el fenómeno de la anomia derivada de la hipertrofia de las funciones tutelares asumidas por el Estado social, con frecuencia insuficientemente reguladas; y por otro, en un fenómeno contrario al anterior pero que acaba produciendo los mismos efectos: la enorme proliferación legislativa, que por la

---

<sup>25</sup> COLEMAN (1996: p. 316) reconoce que la tesis de la separabilidad es una afirmación muy débil (una afirmación sobre lo que no es necesariamente verdad en relación con el Derecho), y coincide con Dworkin en que reducido a esa tesis negativa, el positivismo jurídico es poco interesante. Insiste, sin embargo, en destacar el interés de otra tesis positivista, la de la regla de reconocimiento. Frente al optimismo de Coleman, M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO (2006: p. 775) destacan la irrelevancia de ambas tesis cuando se ajustan y matizan debidamente. En una línea similar se manifiesta GREENAWALT (1996: p. 1), para quien la distancia que separa actualmente a un positivismo jurídico plausible de otros puntos de vista razonables que compiten con él se ha reducido tanto que apenas tiene importancia.

<sup>26</sup> La denominación de “positivismo crítico” y en general las ideas que se exponen a continuación se basan en FERRAJOLI (2000). En otros escritos suyos, como por ejemplo, “Derechos fundamentales” (1999: pp. 37-72), Ferrajoli mantiene tesis muy similares a las de *Derecho y razón* (vid. por ejemplo la síntesis de las pp. 65-68). Tesis que han sido objeto de un interesante debate en Italia. La polémica, sostenida en la revista *Teoria politica* entre 1998 y 2000, se recoge en FERRAJOLI (2001). Vid. también CARBONELL y SALAZAR (2005), donde el pensamiento jurídico de Ferrajoli es analizado desde diversos ángulos. Entre los muchos trabajos de interés recogidos en el libro, destacan dos títulos especialmente significativos: “El positivismo en el Estado constitucional” (M. Iglesias Vila) y “Las tensiones de una teoría cuando se declara positivista, quiere ser crítica, pero parece neoconstitucionalista” (A. G<sup>a</sup>. Figueroa).

confusión que genera se traduce en una creciente inseguridad jurídica, el antivalor positivista por excelencia.<sup>27</sup>

Seguramente como reacción defensiva frente a esa quiebra, se ha producido una creciente revalorización de la constitución y de su esquema relativamente simple de principios de justicia y derechos fundamentales, que se erigen en los más altos criterios materiales de validez de todas las normas jurídicas.

Ferrajoli reconoce la necesidad de que los jueces y científicos del Derecho valoren, y si es necesario critiquen, el Derecho legislado comprobando su conformidad o divergencia con los valores y derechos fundamentales plasmados en la constitución. Reconoce también que lo anterior contradice algunos dogmas centrales del positivismo jurídico, como el de la estricta sujeción del juez a la ley o el más central todavía de la neutralidad valorativa del jurista en su aproximación al estudio del Derecho, aparte de otros dogmas periféricos que el autor italiano también rechaza, como el postulado de la coherencia y plenitud del orden jurídico.

Pese a todo, encariñado con las connotaciones ilustradas, laicas y progresistas que parece atribuir al positivismo jurídico en general, se resiste a desprenderse de él. No sólo no lo considera incompatible con el reconocimiento de los “derechos vitales” de los ciudadanos, cuya tutela se realiza históricamente mediante su positivación en el Estado de Derecho, sino que considera el reconocimiento y tutela de tales derechos “inconcebible fuera del horizonte teórico del positivismo jurídico”.<sup>28</sup>

Ferrajoli no cree que la elevación de los derechos humanos a la categoría de criterio supremo de validez jurídica, que obliga a los juristas científicos y prácticos a realizar valoraciones, sea incompatible con las tesis positivistas, que él mismo califica como “sacrosantas”, de la separación entre Derecho y moral, o entre juicios de validez y juicios de justicia.<sup>29</sup>

En su opinión, cuando un juez decide sobre la validez de una norma jurídica valorando su conformidad con las exigencias sustantivas plasmadas en la constitución, está haciendo un juicio de valor pero no un juicio de justicia o moralidad, porque no aplica valores externos al Derecho sino valores internos, positivados por el propio Derecho. No está importando convicciones ético-políticas ajenas al Derecho, cosa que desmentiría el dogma de la separación de éste respecto a la moral, sino aplicando elementos incorporados al Derecho, tan jurídicos como cualesquiera otros.

¿Quiere decirse que los valores morales, principios de justicia y derechos humanos que proclama la constitución, dejan de ser, por efecto mágico de su positivación jurídica, auténticos valores morales, principios de justicia y derechos humanos?

El propio Ferrajoli parece ponerlo en duda cuando propugna una interpretación extensiva de los valores constitucionales o una reformulación normativa de los mismos “en términos más ricos y vinculantes”.<sup>30</sup> ¿Cómo interpretar extensivamente o en términos más ricos un valor moral reconocido positivamente por el Derecho sino recurriendo a su sentido moral intrínseco? En otro lugar admite que los derechos fundamentales proclamados por la constitución introducen en el orden jurídico valores que, con su fuerte carga de utopía, “son universales e imperecederos”.<sup>31</sup>

Parece reconocerse aquí la inevitable vinculación de los valores reconocidos positivamente por el Derecho con su sentido intrínseco como elementos ético-políticos

---

<sup>27</sup> FERRAJOLI (2000: p. 10).

<sup>28</sup> Ibid. p. 868.

<sup>29</sup> Ibid., p. 873.

<sup>30</sup> Ibid., p. 867.

<sup>31</sup> Ibid., p. 866.

cuya autoridad trasciende las fronteras del orden jurídico positivo. Por mucho que el Derecho haya positivado esos valores, será inevitable, por ejemplo para interpretarlos y aplicarlos correctamente, internarse en el razonamiento moral. Concretando el ejemplo: para interpretar correctamente los derechos fundamentales de la constitución, será útil ponerlos en relación con elementos tales como la Declaración universal de los derechos del hombre de la ONU o, si se quiere ahondar aún más en su auténtico sentido, será inevitable acudir a sus fuentes en la idea misma de los derechos humanos, buscando su razón de ser en los bienes o intereses humanos básicos que intentan proteger.

Ocurre que los derechos fundamentales no tienen ese carácter fundamental porque el Derecho positivo se lo haya asignado, sino porque fundamentan o justifican la existencia misma del Derecho y del Estado.<sup>32</sup> Por eso su sentido último no se puede hallar en la voluntad del legislador constituyente sino en su propia justificación moral. El legislador no los crea, sólo los reconoce. Parece, en consecuencia, que la internalidad jurídica que Ferrajoli atribuye a los valores morales y derechos humanos consagrados por la constitución sólo puede ser parcial, porque la comprensión plena de esos valores y derechos no es posible sin tener en cuenta el trasfondo de convicciones ético-políticas que les da su verdadero sentido.

En definitiva, la tesis de la desconexión entre Derecho y moral, supremo dogma positivista que Ferrajoli cree todavía sostenible, no parece fácilmente conciliable con el garantismo de los “derechos vitales de los ciudadanos”.<sup>33</sup>

---

<sup>32</sup> El sistema constitucional angloamericano, por ejemplo, descansa expresamente en la idea de que los hombres tienen derechos morales frente al Estado. Esta evidencia, destacada por Dworkin, difícilmente puede encajar en la tesis positivista que no reconoce a los individuos más derechos que los previstos por el conjunto de las normas jurídicas válidas. SQUELLA (1995: pp. 85 y ss.) llega, sin embargo, a la conclusión de que los derechos humanos, sólo son tales cuando el Derecho positivo los reconoce y, por tanto, los produce como tales “derechos” (p. 89). Pero también admite que las exigencias éticas que son, a su juicio, los derechos humanos previamente a su reconocimiento jurídico positivo, “pueden determinar y moldear la gestión y el contenido de estos derechos en lo que hemos llamado el Derecho positivo de los derechos humanos”, y esto es tanto como admitir la existencia de una ineliminable conexión entre el Derecho y esas exigencias éticas.

<sup>33</sup> Paradójicamente, cuando Ferrajoli pasa del plano de la teoría del Derecho al plano de la filosofía político-moral, utiliza un argumento que parece contrario al anterior: el argumento que podríamos denominar “de la externalidad”. En efecto, en su intento de defender la doctrina de los derechos humanos manteniéndose fiel a la tesis positivista de la separación entre Derecho y moral, Ferrajoli los integra en una filosofía política u opción moral que los concibe como elementos extrajurídicos que sin embargo constituyen la justificación o razón de ser del Derecho y del Estado (desde el punto de vista de esa opción moral que nada tiene que ver con el Derecho “que es”). Ahora bien, si realmente esos “derechos vitales” externos al Derecho y al Estado “son fundamentales o fundantes de su razón de ser” (Ibid., p. 882) y constituyen parámetros de su “organización, delimitación y disciplina funcional” ¿pueden razonablemente considerarse elementos externos al Derecho? En mi opinión sería más lógico pensar que aquello que sirve de fundamento o razón de ser a una realidad forma parte de esa misma realidad. Si examinamos el razonamiento jurídico que realizan, por ejemplo, los jueces, advertiremos que con frecuencia tienen en cuenta la razón de ser de las normas como criterio interpretativo de esas mismas normas. ¿No sería igualmente razonable pensar que la justificación o razón de ser del Derecho no es un elemento extrajurídico sino que

Como otros positivistas corregidos o renovados, J. C. Bayón busca una respuesta convincente al “argumento del contraste con la práctica”.<sup>34</sup> Es el argumento con el que se acusa al positivismo jurídico de no comprender adecuadamente la vida real de los sistemas jurídicos actuales en los que con frecuencia la existencia y el contenido del Derecho vienen determinados por consideraciones morales. Consideraciones de este tipo son, por ejemplo, las que pueden conducir a la anulación de cualquier ley que vulnere los derechos fundamentales. Es precisamente esta realidad lo que el positivismo jurídico niega o considera sólo contingente. Para superar la crítica anterior habría que reformular la tesis positivista de las fuentes sociales del Derecho, que es una especie de corolario de la tesis de la separación entre Derecho y moral, y la reformulación que propone Bayón es lo que denomina convencionalismo profundo.

Comenzaremos situando esta variante sofisticada del convencionalismo en el mapa general del positivismo jurídico, para entender mejor su alcance.

Parte Bayón de la ya clásica división de N. Bobbio entre los tres aspectos lógicamente independientes del positivismo jurídico: el positivismo ideológico, el formalismo jurídico y el positivismo metodológico o conceptual. Considera rechazables los dos primeros y de ahí deduce que la expresión positivismo jurídico debe reservarse en exclusiva para el tercero.<sup>35</sup>

Aunque es cierto que el positivismo metodológico o conceptual es el que mejor ha resistido el paso del tiempo, no debe olvidarse, a mi juicio, que el positivismo jurídico es una corriente de pensamiento históricamente determinada y no una categoría totalmente estipulativa, abierta a la configuración que cada uno quiera darle. Tan positivistas son las tesis que hoy nos parecen rechazables como aquellas otras que aún nos parecen defendibles. El hecho de que Bayón tenga esa visión del positivismo como algo en gran medida estipulativo explica que, ante la duda que finalmente le asalta sobre la autenticidad positivista del convencionalismo profundo, afirme que ese es un simple problema verbal carente de interés.<sup>36</sup>

La tesis central del positivismo metodológico es la separación conceptual entre Derecho y moral; tesis que, según explica acertadamente Bayón, puede significar cosas diversas, unas aceptables y otras no. Entre las diferentes subtesis implícitas en la idea de la desconexión o no necesaria conexión entre Derecho y moral destaca la de las fuentes sociales del Derecho, según la cual la existencia y el contenido del Derecho es algo que depende exclusivamente de hechos sociales. También esta tesis puede descomponerse en otras varias. Común denominador a todas ellas es, según explica Bayón, la tesis convencionalista, que podría considerarse “el contenido mínimo del positivismo jurídico”, no tanto porque sea genuinamente positivista cuanto porque ya no puede descomponerse más. Según la tesis convencionalista, el Derecho es una función de prácticas sociales o convenciones.

---

forma parte de ese mismo Derecho, y puede orientar su interpretación, inspirar la resolución de sus lagunas, dotar al orden jurídico de unidad de sentido sustancial, etc.?

<sup>34</sup> BAYÓN (2002a: pp. 57 y ss.).

<sup>35</sup> BAYÓN (2002b: p. 34).

<sup>36</sup> Ibid., p. 54. PÉREZ BERMEJO (2006: pp. 411-2) destaca la ambigüedad de la actitud de Bayón hacia el positivismo jurídico, al que unas veces parece querer “quintaesenciar” recuperando su mensaje básico, que identifica con el convencionalismo; mientras que otras parece abandonarlo a su suerte, adoptando el convencionalismo como una especie de sucesor o teoría alternativa.

¿Pero qué es una convención? Teniendo en cuenta que caben respuestas diversas a esta pregunta, Bayón advierte que es posible formular conceptos de Derecho convencionalistas relativamente alejados de los que proponen “las versiones más usuales del positivismo jurídico”.<sup>37</sup>

Una convención no es sólo aquella práctica social sobre cuyo alcance todos los participantes están de acuerdo, sino también el conjunto de creencias y actitudes compartidas que dan sentido a la práctica. Por esa razón, la existencia de desacuerdos sobre el alcance de una práctica convencional no es razón bastante para concluir que no existe una auténtica convención. Para determinar en qué consiste, resolviendo el desacuerdo, habría que emprender una deliberación basada en ese trasfondo de convicciones o criterios compartidos que forman parte de la práctica.

Aplicada al Derecho, como fenómeno convencional que supuestamente es, esta versión profunda o abierta del convencionalismo implica que para determinar su existencia y contenido puede no bastar la simple constatación de ciertos hechos sociales. En ocasiones puede ser necesaria una deliberación coherentista que tenga en cuenta las creencias y actitudes compartidas que subyacen a la práctica jurídica.<sup>38</sup>

La pregunta que inevitablemente surge aquí es si Bayón se refiere a la moral social cuando habla de las creencias y actitudes compartidas que forman parte de esa convención social que llamamos Derecho. Si así fuera llegaríamos a la sorprendente conclusión de que es posible afirmar la existencia de una conexión necesaria entre Derecho y moral (social) sin dejar de ser positivista, afirmación ésta que efectivamente es fácil encontrar en los escritos de algunos positivistas actuales.<sup>39</sup>

Lo afirmado en los trabajos de Bayón es que entre las creencias y actitudes compartidas que forman parte del Derecho no se incluiría lo que algunos llaman “la verdadera moral” o el razonamiento moral genuino, pues éste es el que opera como instancia crítica de cualquier regla convencional.<sup>40</sup>

---

<sup>37</sup> BAYÓN (2002b: p. 50).

<sup>38</sup> Ibid., p. 53

<sup>39</sup> Cfr., por ejemplo, PRIETO SANCHIS (1997: pp. 82-3), para quien la conexión conceptual entre Derecho y moral “dice simplemente que dentro del Derecho y envolviendo al Derecho hay siempre una cierta concepción de la justicia o de la moralidad (...); pero ésta es una afirmación perfectamente asumible desde premisas positivistas, que tan sólo sostienen la separación entre el Derecho y la moral crítica o ideal”. En la misma línea se manifiestan, entre otros, PINO (1999: p. 527), llegando a decir que “el concepto positivista de Derecho implica una evidente relación entre Derecho y moral positiva”; POZZOLO (2001: pp: 156-9), para quien el positivismo metodológico o conceptual admite la conexión entre Derecho y moral positiva, pues al consistir esta moral en un conjunto de creencias éticas efectivamente aceptadas, compartidas y practicadas por un grupo social, debe considerarse, no propiamente como un valor, sino como un hecho que puede describirse como cualquier otro, de forma valorativamente neutral; DE ASÍS (2001: p 18); DORADO PORRAS (2004: pp. 83 y ss.); SCHIAVELLO (2004: p. 198). Ya ROSS (1969: p. 13) había afirmado que “no hay razón para que un positivista niegue esta mutua dependencia o cualquier otra relación posible entre el Derecho y la moral (moral positiva, hechos morales)”.

<sup>40</sup> BAYÓN (2002b: p. 54, n. 53). Bayón tiene parte de razón si lo que quiere decir es que cuando, por ejemplo, un juez está obligado a aplicar los principios de una moral institucionalizada por el Derecho como trasfondo de sus normas, se ve impelido a someterse a una autoridad moral externa a su propia conciencia, lo cual es incompatible con la autonomía sin la que no hay verdadera moral. Ahora bien, si el juez quiere aplicar

Si no entiendo mal, esto implica que sólo es moral verdadera la moral crítica. No así la moral positivada o institucional que subyace al Derecho y que suele coincidir con la moral social, es decir, con el conjunto de convicciones morales compartidas por la mayor parte de los integrantes de una comunidad política. Dado que una moral convencional, como parece serlo la moral social, excluye la autonomía, que suele considerarse el rasgo definitorio de la moral genuina, dicha moral, la moral social, no sería verdadera moral y podría, en efecto, formar parte de las creencias y actitudes compartidas que integran el Derecho.

La distinción entre moral crítica, entendida como la verdadera moral, y moral social, entendida como moral falsa, es, en mi opinión, profundamente insatisfactoria. La moral social es verdadera moral excepto para quien no la comparte, es decir, para quien la contempla desde la perspectiva de otra moral, crítica respecto a la primera. La propia moral social puede funcionar como moral crítica respecto a las creencias o actitudes morales divergentes de alguna minoría. Luego, el valor de la distinción entre moral social y moral crítica es relativo.<sup>41</sup>

Para quien acepta sinceramente una moral social, ésta es sin duda verdadera moral. Es autónoma, porque, si bien procede del exterior, sólo le obliga en la medida en que la acepta en conciencia. El hecho de que sea también la moral de la mayoría es sólo una circunstancia añadida que no altera en nada su naturaleza intrínseca de auténtica moral, ni obliga a quienes la aceptan a circunscribirse a los términos de convención alguna impidiéndoles el libre razonamiento moral a partir de sus principios y valores. Quien acepta una moral social la acepta por su valor, por su poder de convicción, y no porque los otros también la acepten, a diferencia de lo que ocurre con las prácticas sociales verdaderamente convencionales (por eso mismo no creo que el Derecho sea tampoco una práctica convencional pura). El valor de la moral social no se basa en el hecho de que sea aceptada por la mayoría, sino que la mayoría la acepta porque cree en su valor moral.<sup>42</sup>

---

correctamente la moral institucionalizada, aunque personalmente no la comparta, tendrá que adoptar una actitud interna en relación con esa moral, y la adopción del punto de vista interno le obligará a desarrollar un auténtico razonamiento moral, aunque sólo sea virtual o mimético del que haría quien aceptara en conciencia la moral institucionalizada. Sobre el problema del punto de vista interno, vid. HOCEVAR (2006: pp. 197 y ss.).

<sup>41</sup> RÓDENAS (2003: p. 442), RUIZ MIGUEL (2006: p. 478) y COLOMER (2006: pp. 298-99), entre otros, apuntan opiniones análogas sobre el carácter genuinamente moral de la llamada moral social o convencional. HABERMAS (1998: p. 178), sin embargo, parece pensar de otro modo cuando afirma que “con el tránsito al nivel de fundamentación postconvencional la conciencia moral se desliga del conjunto de prácticas consagradas por la tradición; mientras que el *ethos* social global queda rebajado a pura convención, a costumbre y Derecho consuetudinario”.

<sup>42</sup> De hecho, quienes adoptan una actitud crítica hacia ciertas manifestaciones de la moral social suelen hacerlo a partir de algún principio más profundo de esa misma moral que supuestamente se estaría traicionando o malinterpretando. Al igual que es posible criticar una moral social o algún aspecto de la misma desde sus propios principios básicos, es posible criticar moralmente cualquier Derecho, aunque se reconozca su relación con la moral. No es verdad, por tanto, como afirman algunos positivistas actuales, que si se abandona la tesis de la separación conceptual se hace imposible la crítica moral al Derecho. El hecho de que exista relación entre Derecho y moral no garantiza que todas las normas jurídicas sean por definición moralmente

Más aún, puestos a decidir qué tipo de moral es más genuina: si la moral socialmente compartida o la moral individual, tan crítica como solipsista, no sería descabellado inclinarse por la primera, dado que si la moral no tuviera algún elemento comunitario, sería dificultoso realizar actos tan relevantes moralmente como exigir a alguien la conducta debida o reprocharle que no la haya realizado, pues estas acciones presuponen la aceptación compartida de ciertos principios o valores.

Frente al posible solipsismo de la moral crítica, la moral social es el resultado de la continua deliberación moral realizada a lo largo de mucho tiempo entre los miembros de un grupo social determinado. En este sentido, la moral social no sólo puede considerarse respetuosa con el requisito de la autonomía, en la medida en que se somete a la aceptación por parte de la conciencia individual, sino que también expresa en cierto modo el carácter discursivo del razonamiento moral, que exige respeto a las opiniones y argumentos de los demás.

La moral social podrá parecerse correcta o incorrecta, aceptable o inicua, al igual que la moral crítica, que no por ser crítica tiene siempre garantizada la corrección moral, pero el hecho de que la corrección de la moral social pueda siempre juzgarse desde otro punto de vista moral no es razón suficiente para negar su carácter de moral auténtica o genuina.

Volvamos de nuevo al argumento del contraste con la práctica y más concretamente a la realidad de los razonamientos morales que deben hacer jueces y juristas en general para determinar si una norma jurídica vulnera o no derechos humanos y por tanto es o no válida. Si el convencionalismo profundo está pensado para dar cuenta de realidades como esta, tendrá que sostener que esos razonamientos morales no son auténticamente morales sino simples deliberaciones sobre creencias convencionales que subyacen al Derecho (en esto consistiría lo que antes llamamos el argumento de la convención). Pero la idea de los derechos humanos no es una creencia convencional. Ni siquiera es solamente una creencia de moral positiva o de moral social, aunque de hecho muchas veces subyace al Derecho explícito y forma parte central de las creencias morales socialmente imperantes. Es una creencia que pretende gozar de validez objetiva, racional o universal. Aquí se comprueba de nuevo la imposibilidad de separar la moral en compartimentos estancos independientes entre sí.

#### IV CONCLUSIÓN

A lo largo de la exposición anterior, hemos podido comprobar que la aceptación por parte del positivismo jurídico de la idea de los derechos humanos, aunque entendidos no como derechos innatos o naturales sino como derechos o exigencias morales que sólo cobran relevancia jurídica cuando son reconocidos por el Derecho positivo en forma de derechos fundamentales, plantea serios problemas de adaptación al positivismo jurídico.

---

irreprochables. En cualquier caso, aunque fuera cierto que sólo el positivismo jurídico, por su fidelidad inquebrantable a la tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral, hace posible el examen crítico del Derecho desde el tribunal de la moral, ese supuesto mérito moral no hace al positivismo jurídico mejor como teoría del Derecho, que es lo que se supone que pretende ser. Una teoría del Derecho es mejor o peor si permite esclarecer o describir de forma más o menos fiel el fenómeno jurídico. Como dice WALUCHOW (1994: p. 87), las descripciones de la realidad no pueden ser mejores o peores en cuanto descripciones verdaderas o falsas porque tengan consecuencias moralmente peligrosas.

Problemas que afectan a su tesis central, la tesis de la separación o separabilidad entre Derecho y moral, una tesis que para cohabitar con la evidente relevancia jurídica de los derechos humanos en los Estados constitucionales actuales, ha tenido que matizarse o debilitarse muy significativamente.

Como hemos visto, las matizaciones son muy diversas, como diversas son las versiones renovadas del positivismo jurídico. Hay positivistas que reconocen abiertamente la necesidad de realizar valoraciones morales en el interior del orden jurídico. Otros reconocen incluso la existencia de una conexión necesaria entre el Derecho y la moral social, porque no la consideran verdadera moral. Otros admiten la posibilidad de que exista una relación profunda entre el Derecho y la moral genuina, pero insisten en su carácter meramente contingente.

Aparte de las concesiones anteriores, la aceptación de la doctrina de los derechos humanos por parte del positivismo jurídico, comportaría, a mi juicio, el reconocimiento implícito de un aspecto adicional de la relación entre Derecho y moral, que además no sería contingente sino necesario.

En efecto, si se acepta que los derechos humanos son exigencias morales universalmente válidas referidas al Derecho, se está aceptando la idea de que, desde el punto de vista de la moral, todo Derecho debe reconocer tales exigencias, y esta es otra vinculación necesaria entre ambos órdenes normativos, aunque, insisto, es una vinculación que se circunscribe al ámbito de lo que debe ser Derecho desde el punto de vista de la moral.<sup>43</sup>

La conclusión casi obligada de todo lo anterior es que las matizaciones, concesiones o recortes parciales en la tesis de la separación entre Derecho y moral la han debilitado tanto que prácticamente la han hecho irrelevante.

Si la tesis central del positivismo jurídico se reduce a la afirmación de la contingencia de la relación entre Derecho y moral, y esto equivale a la obviedad de que el Derecho es moralmente falible, de tal modo que pueden existir sistemas jurídicos que no reconozcan los derechos humanos o que sean injustos, dicha tesis puede fácilmente aceptarse, pero parece un bagaje doctrinal pobre y poco útil para dar cuenta de la compleja realidad del fenómeno jurídico, especialmente en los actuales Estados constitucionales de Derecho.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan (2006): “Dejemos atrás el positivismo jurídico”. En RAMOS PASCUA, J. A. y RODILLA G., M. A. (eds.): *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*. Salamanca: Ed. Univ. Salamanca, pp. 765-80.

BAYÓN, Juan Carlos (2002a): “Derecho, convencionalismo y controversia”. En P. E. NAVARRO y M. C. REDONDO (eds.): *La relevancia del Derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*. Barcelona: Gedisa, pp. 57-92.

---

<sup>43</sup> Puede pensarse que la vinculación necesaria entre Derecho y moral, implícita en la idea de que todo Derecho debe reconocer ciertas exigencias morales, como las representadas por los derechos humanos, es una obviedad que ni los autores positivistas negarían, pero es igualmente obvio que no podrían aceptarla, por ejemplo, los positivistas que suscriben el agnosticismo o irracionalismo ético.

- (2002b) “El contenido mínimo del positivismo jurídico”. En V. ZAPATERO (ed.): *Horizontes de la Filosofía del Derecho. Homenaje a Luis G. San Miguel*, vol. I. Alcalá de Henares: Pub. Univ. de Alcalá.
- CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (eds.) (2005): *Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Trotta.
- BENTHAM, Jeremy (1843): “Anarchical Fallacies”. En BOWRING, J. (ed.): *The Works of Jeremy Bentham*. Edinburgh. Cito por la traducción de G. H. Ortega y M. Vancells, en COLOMER, J. M. (ed.): *Bentham. Antología*. Barcelona: Península, 1991.
- (1987): “Supply Without Burthen or Escheat Vice Taxation”. En WALDROM, J. (ed.): *Nonsense upon Stilts. Bentham, Burke and Marx on the Rights of Man*. New York: Methuen.
- BINOCHÉ, B. (1989): *Critique des droits de l’homme*. Paris: P. U. F.
- BOBBIO, Norberto (1991): “La herencia de la Gran Revolución”. En *El tiempo de los derechos*. Trad. de R. de Asís. Madrid: Sistema, pp. 157-73.
- (1992): *El problema del positivismo jurídico*. México: Fontamara.
- CELANO, Bruno (2005): “Giusnaturalismo, positivismo giuridico e pluralismo etico”. En *Materiali per una storia della cultura giuridica*, vol. XXXV, n. 1, pp. 161-183.
- COLEMAN, Jules (1996): “Authority and Reason”. En GEORGE, R. P. (ed.): *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism*. Oxford: Clarendon Press.
- COLOMER, José Luis (2006): “Teoría del Derecho, interpretación y punto de vista interno. Algunas observaciones sobre las tesis de Ronald Dworkin”. En *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a J. Delgado Pinto*, loc. cit. supra, pp. 277-302.
- COMTE, Auguste (1851): *Système de politique positive*. París.
- (1890): *Catéchisme positiviste*, París.
- DE ASÍS, Rafael (2001): *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: una aproximación dualista*. Madrid: Dykinson.
- DELGADO PINTO, José (1989): “La función de los derechos humanos en un régimen democrático (Reflexiones sobre el concepto de derechos humanos)”. En PECES-BARBA, G. (ed.): *El fundamento de los derechos humanos*. Madrid: Debate, pp. 135-44.
- DORADO MONTERO, Pedro (1909): *El Derecho y sus sacerdotes*. Madrid: Imp. de la Revista de Legislación.
- DORADO PORRAS, Javier (2004): *Iusnaturalismo y positivismo jurídico: una revisión de los argumentos en defensa del iuspositivismo*. Madrid: Dykinson.
- ESCUADERO, Rafael (2004): *Los calificativos del positivismo jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral*. Madrid: Civitas.
- FERRAJOLI, Luigi (1999): “Derechos fundamentales”. En *Derechos y garantías*. Trad. de P. A. Ibáñez y A. Greppi. Madrid: Trotta, pp. 37-72.
- (2000): *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Trad. de P. A. Ibáñez, J. C. Bayón, R. Cantarero, A. Ruiz Miguel y J. Terradillos. Madrid: Trotta (4ª ed.).
- (2001): *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Ed. por A. DE CABO y G. PISARELLO. Madrid: Trotta.
- GREENAWALT, Kent (1996): “Too Thin and Too Rich: Distinguishing Features of Legal Positivism”. En *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism*, loc. cit. supra.
- HABERMAS, Jürgen (1998): *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de teoría del discurso*. Trad. de M. J. Redondo. Madrid: Trotta.
- HART, Herbert L. A. (1958): “Positivism and the Separation of Law and Morals”. En *Harvard Law Review*, vol. 71.

- (1963): *El concepto de Derecho*. Trad. de G. R. Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- (1967): "Legal Positivism". En *The Encyclopedia of Philosophy*, vol. IV, pp. 418-20. New York/London.
- (1980): "El nuevo desafío al positivismo jurídico". Trad. de L. Hierro, F. Laporta y J. R. de Páramo. *Sistema*, vol. 36, 1980, pp. 3-18.
- HOCEVAR GONZÁLEZ, Mayda (2006): "Los casos central y periféricos y el punto de vista moral del punto de vista interno en la teoría del Derecho de J. Finnis". En *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a J. Delgado Pinto*, loc. cit. supra, pp. 197-215.
- KELSEN, Hans (1997): *Teoría pura del Derecho*, trad. de M. Nilve. Buenos Aires: Eudeba (3ª ed.).
- PECES-BARBA, Gregorio (1999): *Derechos sociales y positivismo jurídico (Estudios de filosofía jurídica y política)*. Madrid: Dykinson.
- PÉREZ BERMEJO, Juan Manuel (2006): "El convencionalismo como sucesor: noticia de una discusión en torno a la herencia del positivismo". En *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a J. Delgado Pinto*, loc. cit. supra, pp. 411-45.
- PINO, Giorgio (1999): "The Place of Legal Positivism in Contemporary Constitutional States". En *Law and Philosophy*, vol. 18, pp. 513-36.
- POZZOLO, Susana (2001): *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*. Torino: Giappichelli.
- PRIETO SANCHIS, Luis (1997): *Constitucionalismo y positivismo*. México: Fontamara.
- ROBLES, Gregorio (1982): "Análisis crítico de los supuestos teóricos y del valor político de los derechos humanos". En *Epistemología y Derecho*. Madrid: Pirámide.
- (1989): "Los derechos humanos ante la teoría del Derecho". En PECES-BARBA, G. (ed.): *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid: Debate, pp. 311-19.
- (1992): *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*. Madrid: Civitas.
- RÓDENAS, Ángeles (2003): "¿Qué queda del positivismo jurídico?" En *Doxa*, vol. 26.
- (2006): "El positivismo jurídico y las tensiones internas al Derecho". En *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a J. Delgado Pinto*, loc. cit. supra, pp. 447-56.
- ROSS, Alf (1963): *Sobre el Derecho y la justicia*. Trad. de G. R. Carrió. Buenos Aires: Eudeba.
- (1969): "El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el Derecho natural". En *El concepto de validez y otros ensayos*, trad. de G. R. Carrió y O. Paschero. Buenos Aires: Centro Editor de América Latina.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso (2006): "Positivismo ideológico e ideología positivista". En *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a J. Delgado Pinto*, loc. cit. supra, pp. 457-79.
- SCHIAVELLO, Aldo (2004): *Il positivismo giuridico dopo Herbert L. A. Hart. Un'introduzione critica*. Torino: Giappichelli.
- SQUELLA, Agustín (1995): *Positivismo jurídico, democracia y derechos humanos*. México: Fontamara.
- WALUCHOW, W. J. (1994): *Inclusive Legal Positivism*. Oxford: Clarendon Press.

