

INTRODUCCIÓN

En 1965 Uberto SCARPELLI se preguntaba por el significado del iuspositivismo y, más concretamente, sobre la posibilidad de ofrecer una definición unitaria del concepto «positivismo jurídico». Elaboró su respuesta atendiendo a dos aspectos. En primer lugar, pensaba que había que abandonar el intento de ofrecer tal definición desde un punto de vista científico y, así, desechar el positivismo como una tendencia o una corriente de pensamiento jurídico con pretensiones y parámetros científicos. La razón de este descarte se fundamentaba en la gran diversidad de concepciones y conclusiones —en ocasiones irreconciliables— dentro de los autores que se denominaban iuspositivistas. Pese a ello, SCARPELLI afirmó, en segundo lugar, la posibilidad de ofrecer una definición unitaria de positivismo jurídico no ya tomando en consideración los aspectos científicos de la citada tendencia iusfilosófica, sino interpretando la misma de una forma política o ideológica. De esta manera, el positivismo jurídico podría definirse como un movimiento comprometido con una forma de organización jurídico-política concreta. Ésta no sería otra que la del Estado de derecho (SCARPELLI, 1965: 101-113).

Casi treinta años después de los planteamientos de SCARPELLI, en las primeras páginas del *Post Scriptum* a la segunda edición de *El concepto de derecho*, Herbert HART escribía: «Mi objetivo en este libro [se refiere a *El concepto de derecho*, publicado en 1961, antes por tanto que las citadas reflexiones de SCARPELLI] fue proporcionar una teoría de lo que es el derecho, teoría que es, a la vez, general y descriptiva. Es *general* en el sentido que no está vinculada con ningún orden jurídico o cultura jurídica particulares, sino que busca dar una descripción explicativa y esclarecedora del derecho como institución social y política compleja, gobernada por normas (en este sentido, de aspecto “normativo”) [...] Mi explicación es *descriptiva* en que es moralmente neutral y no tiene ningún propósito justificativo: no busca justificar o recomendar en fundamen-

tos morales, o en otros, las formas o estructuras que aparecen en mi descripción general del derecho» (HART, 1994: 11-12).

Estas dos pretensiones que HART preconizó de su propia teoría del derecho, la de ser, por un lado, una teoría general y, por otro, una teoría descriptiva, no pueden dejar de conectarse con su expresa adopción del positivismo jurídico. Cabría, combinándose estos elementos, rotularse a la teoría jurídica de HART, por tanto, como una teoría positivista general y descriptiva del derecho.

Desde un punto de vista podría decirse que tanto SCARPELLI como HART estarían definiendo el positivismo jurídico sobre la base de aspectos metodológicos relativos al modo de acercarse al fenómeno jurídico o al objetivo de la propia teoría iuspositivista. El modo de SCARPELLI es comprometido, particular y prescriptivo. Desde esta perspectiva el positivismo jurídico representa una toma de postura en cuanto que apoya o se identifica con el Estado de derecho y sus valores. Supone, además, un punto de vista particular en la medida en que se adhiere a una única forma de organización jurídico-política, la de aquellos sistemas jurídicos desarrollados dentro de los esquemas del imperio de la ley. Y, por último, cabría deducir que prescribe o recomienda que todo el derecho sea como el de los Estados de derecho. Es claro que ni este modo de acercarse al fenómeno jurídico ni estos objetivos de la teoría del derecho son propios de una disciplina científica y, por ello, SCARPELLI rechaza una definición científica del positivismo jurídico.

Por su parte, HART definiría el iuspositivismo como un modo neutral, general y descriptivo de abordar el fenómeno jurídico en cuanto que no justifica ni recomienda moral o políticamente una forma jurídica determinada. No son éstos sus objetivos, así como tampoco pretende vincularse a un orden jurídico concreto. Se limita, por tanto, a explicar o esclarecer los fundamentos de cualquier sistema jurídico. Estas notas metodológicas, a diferencia de las atribuidas por SCARPELLI al positivismo jurídico, se asimilan más a los objetivos y modos de acercarse que tienen las ciencias a sus propios objetos.

Pues bien, partiendo de estas bases, a lo largo del presente trabajo se caracterizará al positivismo jurídico como un movimiento iusfilosófico diferenciado por una determinada actitud «metodológica» ante el derecho o, más concretamente, por un específico *modo* —más que un *método* propiamente dicho— de hacer teoría del derecho¹. La idea que guiará y que se pretenderá defender en la presente investigación se concreta en la afirmación de que el positivismo jurídico es un modo general y descriptivo de realizar teoría del derecho; o, dicho en otros términos, una teoría que tiene como meta describir el derecho de la

¹ Esta idea es, sin duda, heredera de la visión de Norberto BOBBIO sobre lo que denomina «positivismo metodológico». Como precisa este autor, el positivismo jurídico no presenta en realidad un método específico como instrumento para la investigación del derecho, «sino más bien de la delimitación del objeto de la investigación», distinguiendo «entre derecho real y derecho ideal o, utilizando otras expresiones equivalentes, entre derecho como hecho y derecho como valor, entre el derecho que es y el derecho que debe ser» (BOBBIO, 1965a: 40-41).

manera más general posible. El modo de hacer teoría del derecho y los objetivos de la misma son, de esta manera, coincidentes. En este sentido, cabría ofrecer una definición unitaria de iuspositivismo —al contrario de lo que sostuviera SCARPELLI— sobre bases «científicas» y no «ideológicas». En ningún momento se pretende discutir el estatuto epistemológico de la denominada ciencia jurídica, ni tampoco si el positivismo jurídico practica ciencia del derecho. Sólo se abordará la respuesta a la pregunta de si es posible entender el positivismo jurídico como una teoría que describe el derecho en general.

Una teoría puede definirse como una construcción intelectual que intenta establecer relaciones, explicaciones y definiciones sobre un conjunto de acontecimientos u observaciones (SANTIAGO, 1991: 126)². De acuerdo con esta definición, si el positivismo jurídico es considerado como una teoría del derecho, aquél no sería más que un conjunto de explicaciones, definiciones y sistematizaciones de determinados acontecimientos u observaciones que conforman el derecho. Un simple vistazo a la historia del positivismo jurídico no haría más que corroborar la tesis de SCARPELLI, según la cual no es posible ofrecer una definición del iuspositivismo como una teoría del derecho unitaria³. Ésta es la razón que ha llevado a prescindir, en el presente trabajo, de buscar un cuerpo de doctrina positivista a partir de una explicación sustantiva unitaria de un derecho que cambia y depende de la realidad social de cada momento histórico. Lo que se propone, entonces, no es identificar el positivismo jurídico con una teoría sustantiva concreta, sino concebirlo como un *modo* de hacer teoría, es decir, como una manera determinada de explicar, definir y sistematizar los fenómenos que dan origen al derecho. Esa manera no es otra que un modo general y descriptivo con el objetivo de explicar y definir los fenómenos que determinan la existencia del derecho.

Esto no quiere decir que no haya específicas y sustantivas teorías positivistas del derecho, sino que una teoría iuspositivista se distinguirá por el modo general y descriptivo de explicar, definir y sistematizar el conjunto de fenómenos jurídicos. La investigación que se desarrolla en estas páginas, al concebir el positivismo jurídico como un modo de hacer teoría del derecho, no se va a centrar entonces en las diferentes teorías iuspositivistas o en las diversas explicaciones, definiciones y relaciones sistemáticas que se han construido acerca del fenómeno jurídico, sino que se enfrentará a las explicaciones, definiciones y relaciones de una determinada *metodología* del derecho. En este sentido, el trabajo abordará una reflexión iusfilosófica de la metodología del positivismo jurídico.

² Existen multitud de tipologías y significados acerca de lo que se entiende por «teoría». Una aproximación a los mismos puede encontrarse en MARRADI, 1989: 77-98.

³ Acerca de la inexistencia de un cuerpo de doctrina unitario dentro del positivismo jurídico y la dependencia de cada concreta teoría con la realidad social véase GONZÁLEZ, 1979: 177. Sobre las razones de la indeterminación del concepto «positivismo jurídico» como teoría unitaria puede verse también DORADO, 2004: 21.

Si a la parte de la filosofía dedicada a pensar lo que es la propia filosofía, es decir, a reflexionar sobre sí misma, su definición e historia se le ha denominado «filosofía de la filosofía», entonces la construcción metodológica destinada a definir y reflexionar sobre sí misma bien podría llamarse «metodología de la metodología»⁴. Quizá una forma más concisa de referirse a la «filosofía de la filosofía» sea la de «metafilosofía». Al fin y al cabo la metafilosofía no es más que la investigación sobre la naturaleza de la filosofía (LAZEROWITZ, 1970: 91). O, en un sentido más amplio, es el conjunto de estudios dedicados al análisis y métodos de la actividad filosófica en los cuales se engloban los trabajos que atienden al lenguaje filosófico, a la estructura o historia de la filosofía, así como todos aquellos que consideran que la filosofía ha desaparecido y tratan de sus sucesores (FERRATER, 1979: 2377-2378)⁵. Si el estudio realizado en estas páginas reflexiona sobre la actividad iusfilosófica, el lenguaje y los métodos del positivismo jurídico, se podría entender que el mismo es una parte de lo que cabría denominar metodología de la metodología jurídica, filosofía de la filosofía del derecho o metafilosofía jurídica, por citar algunas expresiones.

En la tripartición clásica realizada por Norberto BOBBIO de los temas de la filosofía del derecho esta metafilosofía jurídica se identificaría con la teoría de la ciencia jurídica⁶. Dicho autor atribuye como labor de la teoría de la ciencia jurídica el estudio de los procedimientos intelectuales de los juristas para determinar, interpretar, integrar y conciliar entre sí las reglas de un sistema jurídico (BOBBIO, 1965: 99). El paralelismo que en estas páginas introductorias se está realizando entre la metafilosofía jurídica y la teoría de la ciencia jurídica atribuye a ésta una reflexión sobre la metodología y la lógica jurídica (DÍAZ, 1971: 254; PECES-BARBA, 1983: 251). En concreto, la teoría de la ciencia jurídica se concibe de manera más ajustada con lo que el propio BOBBIO denominó metajurisprudencia (PECES-BARBA, 1983: 51). La metajurisprudencia sería, entonces, una reflexión crítica sobre la ciencia del derecho y tendría una labor tanto descriptiva como prescriptiva. La metajurisprudencia estudiaría, por un lado, la función de la ciencia jurídica y los distintos modelos teóricos del derecho, mientras que, por otro, establecería cómo deben ser tales modelos para que éstos pudieran cumplir dicha función (BOBBIO, 1967: 201-205)⁷.

Desde este punto de vista, la tarea de la metafilosofía jurídica, de la teoría de la ciencia del derecho y de la metajurisprudencia coincidiría. La utilización

⁴ Acerca de la denominación «filosofía de la filosofía» como parte de la reflexión filosófica orientada a sí misma y a qué es la propia filosofía puede verse GAOS y LARROYO, 1940: 53 y 70.

⁵ En este sentido la *perifilosofía* como estudio de los diferentes tipos, formas, clases o especies de filosofía (FERRATER, 1979: 2752-2756) puede entenderse como metafilosofía (*ibid*, 2377).

⁶ Los temas de la filosofía del derecho a juicio de BOBBIO son la teoría del derecho, la teoría de la ciencia jurídica y la teoría de la justicia. Puede verse a este respecto BOBBIO, 1965: 91-93. Esta aproximación temática fue acogida en España por gran parte de la doctrina. Baste citar como ejemplos de esta recepción los trabajos de Elías DÍAZ y Gregorio PECES-BARBA (DÍAZ, 1971: 252-256; PECES-BARBA, 1983: 251-264).

⁷ Caracterizaciones similares y otras definiciones, como la de metajurídica, pueden verse, entre otros, en GUASTINI y REBUFFA, 1988: 7-12; y GUASTINI, 1996: 60.

de una u otra denominación sería, pues, indiferente. Sin embargo, en esta investigación se ha preferido utilizar el término «metateoría» para hacer hincapié en que el discurso que se va a mantener ni versa sobre las diferentes explicaciones, definiciones y sistematizaciones del fenómeno jurídico practicadas por las diversas teorías del derecho, ni tampoco pretende comprometerse con la idea de que cabe una ciencia jurídica propiamente dicha. Se prefiere, así, hablar de teoría y no de ciencia en el campo iusfilosófico. Más aún cuando la presente investigación se circunscribe únicamente a una parte del pensamiento jurídico: la configurada como iuspositivista. En este sentido, la metateoría no es más que la metodología de la teoría. Ocuparía, pues, un segundo nivel de abstracción sobre la realidad.

Hablar, entonces, de una investigación de carácter *meta* (*metafilosofía*, *metajurisprudencia*, *metaética*, etc.) tradicionalmente supone partir de la distinción lógica entre, por un lado, el lenguaje objeto de la investigación o lenguaje-objeto, y, por otro, el lenguaje en el que se formula la teoría del lenguaje-objeto o metalenguaje. El lenguaje-objeto no es más que el lenguaje a estudiar o analizar por el teórico. El metalenguaje, por su parte, es el discurso de la propia teoría, esto es, el lenguaje empleado por las teorías. Esto supone una jerarquía lógica de los niveles de abstracción de los lenguajes dentro del universo del discurso de acuerdo con la cual el lenguaje-objeto es inferior o más concreto y el metalenguaje es superior o más abstracto (CARNAP, 1963: 101; FERRATER, 1979: 2394). Ahora bien, en el caso de que el objeto de la investigación de una teoría fuera el lenguaje mismo dicha teoría utilizaría un metalenguaje y la teoría de la teoría (metateoría) emplearía un meta-metalenguaje (GUASTINI, 1996: 27).

En definitiva, la equiparación nominal entre «metateoría jurídica» y «metodología de la teoría del derecho» se ha trazado recientemente en el campo iusfilosófico por Julie DICKSON. De acuerdo con esta autora dicha disciplina estudia en primer lugar los objetivos de las teorías del derecho y sus criterios de éxito. En segundo lugar, también analiza las bases que sirven o deben servir para juzgar posturas iusfilosóficas rivales. Y, en tercer lugar, aborda la cuestión de si existe un método correcto para el logro de los objetivos de la teoría del derecho. Desde estas premisas, el objeto del estudio metateórico no es la naturaleza del derecho, sino la naturaleza de la teorización sobre el derecho (DICKSON, 2001: 1-18).

Aunque metateoría y metodología puedan no ser exactamente lo mismo, puesto que la primera se centra en una determinada visión del mundo y de los objetos del mundo y la segunda se circunscribe a los objetivos y a las herramientas utilizadas para conocer dichos objetos del mundo, lo cierto es que una completa reflexión sobre una determinada teoría abarca no sólo el análisis de sus propuestas sobre los objetos del mundo, sino también el de los métodos o herramientas empleados para acercarse a tales objetos. Por esta razón, en el

presente trabajo ambas perspectivas se combinan y se engloban en la denominación «metateoría».

Aclarados estos extremos, se va a entender por metateoría jurídica una disciplina que guarda funciones tanto descriptivas como prescriptivas (PECES-BARBA, 1983: 301-303). Así, en primer lugar, describe y aclara tanto las diversas teorías existentes sobre el derecho como los fines de dichas teorías y, en segundo término, prescribe lo que es aceptable y lo que no lo es en el seno de dichas teorías de acuerdo con sus propios objetivos, proponiendo, en su caso, lo que debe permanecer o modificarse. Por ejemplo, partiendo de una determinada teoría y de sus objetivos una metateoría puede proponer un cambio o una transformación en el método de aquélla para alcanzar efectivamente tales objetivos. Ahora bien, esta investigación es mucho más limitada en sus pretensiones, puesto que se centra no en los diversos modos de hacer teoría del derecho existentes, sino en lo que aquí se concibe como el modo positivista de hacer teoría del derecho; modo que ha llevado a algunos autores a concebir al propio iuspositivismo como una metateoría jurídica (SPAACK, 2003: 472).

Asentadas las anteriores premisas, la presente investigación se divide en dos partes. La primera aborda una reflexión tanto descriptiva como prescriptiva del objetivo de la teoría del derecho positivista, de su carácter y de las herramientas utilizadas para conseguir tal objetivo, aconsejando, en su caso, las transformaciones oportunas. La segunda parte, en cambio, se detiene en la explicación de las propuestas teóricas más recientes dentro del positivismo jurídico, su evaluación y reajuste para lograr el objetivo general y descriptivo de la teoría. La razón de esta división no reside, por tanto, en que una describa el positivismo jurídico como modo de acercarse al derecho y la otra critique dicha construcción teórica o prescriba una diferente. Más bien al contrario, el carácter explicativo y evaluativo se combina a lo largo de todo el trabajo.

Tampoco se puede encontrar la justificación de esta partición sobre la base de una exclusiva atención de la primera parte en cuestiones metodológicas acerca de los instrumentos o herramientas empleadas por la teoría, reservando la segunda para las propuestas teóricas más concretas acerca del objeto. Y ello porque ni la primera parte se detiene en una discusión sobre las herramientas ni la segunda se agota con la exposición de un debate acerca de la manera de identificar el objeto. Como ya se advirtió, tanto las aproximaciones metodológicas con respecto de la teoría como las explicaciones teóricas referidas al objeto están presentes a lo largo de todo el trabajo.

Sirvan estas iniciales explicaciones para aclarar en mayor medida las razones de la división del presente trabajo en dos partes. Obedece ésta a una aproximación lógica al iuspositivismo desde lo abstracto a lo concreto, bien se traten problemas metodológicos bien se aborden cuestiones más puramente teóricas. Se entiende por cuestiones abstractas el carácter de la teoría, sus objetivos, la

naturaleza de su objeto y las herramientas para abordar su aproximación. Por su parte, se tratan como cuestiones más concretas las diferentes propuestas teóricas o tesis acerca del derecho. Se ocupa también la segunda parte de la ineludible cuestión del ajuste de estas propuestas teóricas con respecto a las cuestiones abstractas recién señaladas.

De acuerdo con estos criterios de ordenación, la primera parte de la investigación —combinando la explicación y la crítica— aborda las cuestiones metateóricas y metodológicas más abstractas o generales. Se inician éstas con la descripción del modo positivista de hacer teoría jurídica, es decir, el objetivo de la teoría positivista, concretado en su pretensión de configurarse como una teoría general y descriptiva del derecho. No se olvida aquí el estudio del sentido o sentidos en que debe entenderse este modo de hacer teoría jurídica; cuestión ésta directamente relacionada con la de la elección de las herramientas o métodos a utilizar para alcanzar tales objetivos. Ello requiere referirse necesariamente al carácter del objeto de estudio y de la propia teoría que a él se aproxima, sin descuidar el análisis de los reajustes o modificaciones que se consideran necesarios para conseguir los objetivos de generalidad y descripción ya señalados.

A continuación —y todavía dentro de la primera parte—, se expondrán y enfrentarán las críticas vertidas hacia los citados objetivos de generalidad y descripción. Críticas que se basan, en primer lugar, en una discusión sobre las que se dice son las metas propias del iuspositivismo; y, en segundo término, que ponen en cuestión incluso la propia viabilidad del positivismo como teoría del derecho. Termina la exposición de esta primera parte con el estudio de una objeción más. Esta vez, se abordará un análisis crítico de la que suele considerarse como la herramienta principal del positivismo jurídico: el análisis conceptual. Sin abandonarse éste, se propone en estas páginas un criterio que, pretendiendo ser de éxito y de cierto avance teórico, esté basado en la continuidad de la teoría positivista con las ciencias empíricas⁸.

La segunda parte del trabajo desciende un nivel lógico en la investigación para centrarse en las propuestas teóricas, es decir, en el estudio de las que se reclaman como las tesis principales del positivismo jurídico que se desarrolla en el debate teórico actual. Al igual que en la primera parte, se combinan aquí los elementos descriptivos y prescriptivos. Se inician sus páginas con la exposición de las características definitorias de las que hoy en día resultan ser las dos posiciones principales en pugna: el llamado positivismo excluyente, que sostiene que sólo hechos sociales pueden determinar la existencia y el contenido del derecho; y el positivismo incluyente, que mantiene que en ciertas ocasiones también los principios morales pueden condicionar esa existencia y con-

⁸ En este sentido se ha señalado que las teorías del derecho deben examinarse conforme a dos criterios de éxito, basándose éstos bien en razones científicas o de evidencia sensible, bien en argumentos políticos y morales. Sobre ambos tipos de criterios de éxito puede verse, entre otros, Bix, 2007: 4-5.

tenido. Ambas posiciones reclaman para sí cumplir con los objetivos generales y descriptivos de la teoría de una manera más satisfactoria que la de su rival.

La explicación de las dos versiones positivistas se realizará tomando como referencia la posición incluyente. Quizá sea su carácter relativamente novedoso o reciente el que la haga merecedora de tal posición. Sin embargo, el análisis de esta posición no abandonará durante ningún momento una perspectiva crítica con ella. Por un lado, se expondrán los argumentos por los que se considera que sus propuestas teóricas son metodológicamente incongruentes con los objetivos del positivismo jurídico concebido de la manera trazada en la primera parte del trabajo; por otro, se rechazará también la posibilidad de una compatibilidad de carácter conceptual.

Terminan las páginas que componen este trabajo con una reconstrucción crítica de las tesis del llamado positivismo excluyente, presentándose a éste como la única forma de positivismo jurídico respetuosa y coherente con su pretensión de construir una teoría del derecho basada en los rasgos de la generalidad y la descripción.