

ROBERTO M. JIMÉNEZ CANO

**UNA METATEORÍA  
DEL POSITIVISMO JURÍDICO**

Prólogo de  
Gregorio Peces-Barba

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES

2008

# ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
<b>PRÓLOGO. UNA METATEORÍA RIGUROSA (Gregorio PECES-BARBA) .....</b>	11
<b>PALABRAS PREVIAS.....</b>	15
<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	17

## PRIMERA PARTE

### CUESTIONES METODOLÓGICAS EN TORNO AL POSITIVISMO JURÍDICO

<b>CAPÍTULO I.—UN MODO DE HACER TEORÍA DEL DERECHO: ELEMENTOS DE LA TENDENCIA METODOLÓGICA IUSPOSITI- VISTA.....</b>	29
<b>CAPÍTULO II.—EL ANÁLISIS DEL DERECHO COMO PUNTO CEN- TRAL DEL POSITIVISMO.....</b>	43
1. LOS SENTIDOS DEL ANÁLISIS .....	43
2. LA DISTINCIÓN ENTRE LO ANALÍTICO Y LO SINTÉTICO, ENTRE PROBLEMAS FILOSÓFICOS Y PROBLEMAS CIENTÍFICOS.....	45
3. EL SIGNIFICADO CLÁSICO DEL MÉTODO ANALÍTICO .....	51
4. LA TAREA ACTUAL DEL ANÁLISIS CONCEPTUAL: LA DESCRIP- CIÓN DEL USO ORDINARIO DE LOS CONCEPTOS .....	60
<b>CAPÍTULO III.—GENERALIDAD Y DESCRIPCIÓN EN EL POSITIVIS- MO JURÍDICO .....</b>	63
1. LA CONSTRUCCIÓN DE UNA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO....	63
1.1. Necesidad y particularidad en el concepto de derecho: su carácter hermenéutico .....	65

	<u>Pág.</u>
1.2. La posibilidad de una teoría general del derecho.....	70
2. EL DESARROLLO DE UNA TEORÍA DESCRIPTIVA DEL DERECHO.....	73
2.1. La teoría del derecho como conjunto de enunciados verdaderos.....	73
2.2. La proclamación de juicios axiológicamente neutros y sus consecuencias para la temática de la teoría del derecho .....	80
<b>CAPÍTULO IV.—POSITIVISMO JURÍDICO E IDEOLOGÍA .....</b>	<b>85</b>
1. EL POSITIVISMO ÉTICO O NORMATIVO .....	85
2. EL NEOCONSTITUCIONALISMO COMO IUSPOSITIVISMO CRÍTICO.....	93
3. EL POSITIVISMO CORREGIDO.....	99
<b>CAPÍTULO V.—LAS CRÍTICAS A LA METODOLOGÍA DEL POSITIVISMO JURÍDICO .....</b>	<b>105</b>
1. LA IMPOSIBILIDAD DE CRITERIOS COMPARTIDOS SOBRE EL CONCEPTO DE DERECHO: EL «AGUIJÓN SEMÁNTICO» .....	106
2. EL ESCASO INTERÉS DE UNA TEORÍA GENERAL.....	112
3. EL NECESARIO CARÁCTER EVALUATIVO DE LA TEORÍA DEL DERECHO .....	114
4. LA ESCASA UTILIDAD DE LA MERA LABOR DESCRIPTIVA.....	121
<b>CAPÍTULO VI.—LA INSUFICIENCIA DEL ENFOQUE ANALÍTICO: HACIA UNA NATURALIZACIÓN DEL POSITIVISMO JURÍDICO .....</b>	<b>125</b>
1. LOS LÍMITES Y OSCURIDADES DEL DISCURSO ANALÍTICO .....	126
2. NUEVAS PERSPECTIVAS EN LA TEORÍA DEL DERECHO: EL NATURALISMO FILOSÓFICO.....	129
2.1. Vertientes y corrientes en el naturalismo filosófico.....	134
2.2. El naturalismo metodológico descriptivo en la teoría del derecho .....	136
2.3. Una propuesta naturalizadora metodológicamente cooperativa.....	138
3. UNA MIRADA A LA SOCIOLOGÍA DESCRIPTIVA: RETOMAR LA SENDA DE HART .....	140
<b>CAPÍTULO VII.—UN EJEMPLO DE NATURALISMO METODOLÓGICO EN FILOSOFÍA DEL DERECHO: EL REALISMO JURÍDICO AMERICANO .....</b>	<b>147</b>
1. LA REVUELTA CONTRA EL FORMALISMO Y LA PRETENSIÓN CENTRAL DEL REALISMO JURÍDICO AMERICANO .....	149
2. UN MODO GENERAL Y DESCRIPTIVO DE ACERCARSE A LA APLICACIÓN DEL DERECHO .....	158
3. EL CONCEPTO DE DERECHO EN EL REALISMO AMERICANO ....	162

SEGUNDA PARTE

**EL DEBATE ENTRE EL POSITIVISMO JURÍDICO  
INCLUYENTE Y EXCLUYENTE**

<b>CAPÍTULO VIII.—BASES TEÓRICAS PARA EL DEBATE: LA DISPUTA HART-DWORKIN .....</b>	<b>173</b>
1. LA TEORÍA PRÁCTICA DE LAS REGLAS Y LA REGLA DE RECO- NOCIMIENTO.....	174
2. LAS TESIS DEL POSITIVISMO JURÍDICO.....	179
3. LAS CRÍTICAS DE DWORKIN Y LAS RESPUESTAS DE HART .....	182
<b>CAPÍTULO IX.—DOS MANERAS DE IDENTIFICAR EL DERECHO: LA INCLUYENTE Y LA EXCLUYENTE.....</b>	<b>189</b>
1. EL POSITIVISMO JURÍDICO INCLUYENTE Y LA TESIS DEL HE- CHO SOCIAL .....	190
2. LA VERSIÓN FUERTE DE LA TESIS DE LAS FUENTES Y EL POSI- TIVISMO JURÍDICO EXCLUYENTE.....	196
<b>CAPÍTULO X.—LAS TESIS DEL POSITIVISMO INCLUYENTE.....</b>	<b>205</b>
1. DE LA TESIS DE LAS FUENTES SOCIALES A LA TESIS DEL HE- CHO SOCIAL: EL CONVENCIONALISMO .....	206
2. DE LA TESIS DE LA SEPARACIÓN A LA TESIS DE LA SEPARABI- LIDAD Y DE LA DISCRECIONALIDAD FUERTE A LA DÉBIL .....	214
<b>CAPÍTULO XI.—LOS PROBLEMAS METODOLÓGICOS DEL INCOR- PORACIONISMO .....</b>	<b>221</b>
1. SU PRETENSIÓN DE GENERALIDAD .....	222
2. SU SUPUESTA VENTAJA EXPLICATIVA.....	224
2.1. La polisemia del término «moral»: ¿de qué moral hablan los incor- poracionistas?.....	226
2.2. El verdadero contraste con la práctica: un ejemplo basado en las decisiones de autoridades finales.....	232
2.3. Problemas de verificación de algunos enunciados incluyentes.....	243
2.4. Problemas relativos a la neutralidad axiológica del incorporacionis- mo.....	245
<b>CAPÍTULO XII.—OTROS ARGUMENTOS EN CONTRA DEL INCOR- PORACIONISMO .....</b>	<b>249</b>
1. ARGUMENTOS DE ÍNDOLE CONCEPTUAL.....	250
1.1. La incompatibilidad entre la inclusión y la convención.....	250
1.2. Inclusión y guía de conducta (I): la tesis de la autoridad.....	256
1.3. Inclusión y guía de conducta (II): la tesis de la diferencia práctica .	262
2. ARGUMENTOS IDEOLÓGICOS.....	265

	<u>Pág.</u>
2.1. La apelación a la certeza jurídica .....	265
2.2. La relevancia política del derecho.....	268
<b>CAPÍTULO XIII.—UNA PROPUESTA TEÓRICA Y METODOLÓGI- CAMENTE APROPIADA: EL POSITIVISMO JURÍDICO EXCLU- YENTE.....</b>	271
1. LA TESIS SOCIAL COMO TESIS CARACTERÍSTICA DE UNA TEO- RÍA GENERAL DEL DERECHO .....	272
2. LA TESIS SOCIAL COMO TESIS CARACTERÍSTICA DE UNA TEO- RÍA DESCRIPTIVA DEL DERECHO.....	278
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	285

## PRÓLOGO

### UNA METATEORÍA RIGUROSA

*La obra del profesor Roberto M. JIMÉNEZ CANO es un muy interesante trabajo para indagar y esclarecer los fundamentos intelectuales del positivismo jurídico, el modo positivista de hacer teoría del derecho, que es un modo descriptivo de la manera más general posible. Es, como dice el mismo JIMÉNEZ CANO, una reflexión iusfilosófica de la metodología del positivismo jurídico. En la primera parte del trabajo, «Cuestiones metodológicas en torno al positivismo jurídico», estudia un modo de hacer teoría del derecho, desde el análisis del derecho, desde el método analítico. Eso supone la consideración de los conceptos de generalidad y descripción en una teoría descriptiva del derecho. Como contrapunto señala la relación entre positivismo e ideología desde las perspectivas del positivismo ético, del neoconstitucionalismo y del positivismo corregido. Finalmente establece las críticas a la metodología del positivismo jurídico y a la insuficiencia del enfoque analítico.*

*La segunda parte recoge el debate sobre el positivismo jurídico incluyente y excluyente, es decir, si las normas jurídicas responden no sólo a la pregunta ¿quién manda? o ¿cómo se manda? para identificar su validez o si incorporan la respuesta al ¿qué se manda? para incluir la reflexión sobre contenidos morales. Para alcanzar su objetivo analiza la teoría práctica de las reglas y la regla de reconocimiento y los problemas metodológicos del incorporacionismo y al final de un rico y riguroso examen del problema, concluye con los argumentos en contra del incorporacionismo y la defensa cerrada del positivismo jurídico excluyente.*

*Ya valoré en el Tribunal de Tesis doctoral, que presidí, junto con los profesores Rafael DE ASÍS, Javier ANSUÁTEGUI, José Juan MORESO y Mario LOSANO, la excelente Tesis doctoral que presentó JIMÉNEZ CANO, y que recibió, con toda*

*justicia, un sobresaliente cum laude por unanimidad. Esta versión es la tesis íntegra pero corregida con algunas de nuestras observaciones siempre que éstas pudieran establecer matices, pero nunca contradecir su tesis principal. En todo caso nos encontramos ante una investigación seria y rigurosa, un trabajo teórico que recoge los principales problemas metateóricos de la teoría del derecho en la actualidad. Roberto M. JIMÉNEZ CANO es serio, exhaustivo, matizado, muy teórico, muy abstracto y poco histórico. El resultado es este trabajo sólido y militante de lo general y de lo descriptivo. Se comprueba un amplio número de lecturas y una buena forma de plasmarlas en el libro, aunque no recoja casi nunca el punto de vista histórico. También es evidente la pulcra dirección de su trabajo por el profesor Rafael ESCUDERO.*

*Mi punto de vista discrepa en varios aspectos metodológicos y de contenido de la obra que presento, lo cual no supone en ningún caso negar un gran valor a un esfuerzo ingente para construir un modelo racional y abstracto, que sin duda identifica como modelo científico. En mi experiencia práctica, las vivencias que he tenido sobre la elaboración de la Constitución y sobre su desarrollo en Leyes Orgánicas han rebajado mi entusiasmo por lo teórico y lo han matizado desde la realidad. Es indudable que una buena teoría ayuda a construir la práctica, pero es también cierto que una comprensión de la práctica ayuda a realizar una buena teoría. En el estudio del derecho, la abstracción puede producir errores de bulto por la desconsideración de la realidad en el tiempo histórico. JIMÉNEZ CANO no ha tenido gran preocupación por situar el tema en un contexto ni real ni histórico. Por mi parte, sin duda por mi biografía desde principios de los setenta y por mi trabajo en la actividad política y jurídica, incorporo perfiles que son también reales y que matizan el sentido del derecho y su implantación. La historia y la experiencia cuentan, como he podido comprobar en el proceso constituyente español y en su desarrollo. Lo que parece un gran principio irrefutable por su racionalidad es desmentido en su contraste con los problemas que surgen con su implantación. La dimensión cultural e histórica del derecho modela su rigorismo racional, y el derecho vivo a veces contradice en parte su visión excesiva.*

*El derecho es derecho positivo y desde su positividad se construye su concepto. El rigorismo no ayuda siempre a entenderlo y, como casi ninguna de las buenas artes, no puede desprenderse de la moderación.*

*Es indudable el pulso que el positivismo ha dado al conocimiento de un derecho que salía del idealismo iusnaturalista. Y es también cierto que la identificación positivista añade rigor y contundencia y que la referencia al órgano de producción de las normas y al procedimiento para esa producción es un buen camino para una aproximación al concepto de derecho, pero me parece imposible la consideración abstracta de ambos factores como suficientes para definir al derecho válido. LEGAZ LACAMBRA, uno de los viejos maestros, junto con RECASÉNS SICHES y GONZÁLEZ VICÉN, supervivientes todos de la guerra civil, decía*

*juiciosamente que todo derecho representa siempre un punto de vista sobre la justicia. Yo precisaría que todo derecho tiene un fin, un objetivo, y tiene unos contenidos materiales que lo justifican y que expresan la idea última del soberano legislador. No se trata de volver al derecho natural, no es su enésima resurrección, con unos contenidos materiales unidireccionales que se identifican con lo justo, sino sólo reconocer que todo derecho tiene contenidos materiales, que es expresión de una ética pública, aunque no necesariamente la que cada uno considera como la mejor. Diríamos que todo sistema jurídico contiene una moralidad, pero que no es siempre ni para todos una única moralidad. Siempre confundimos el principio de la necesidad de una ética pública con el problema histórico de la cultura europea y atlántica que supone una construcción armónica basada en la dignidad del hombre centro del mundo y centrado en el mundo, de los derechos fundamentales y de unas instituciones basadas en el consentimiento y en la participación a través del sufragio universal, con una Constitución como norma básica puesta, apoyada en el poder democrático, como hecho fundante básico. El Estado de derecho, la separación de poderes y el principio de legalidad completan las reglas de ese sistema de ética pública que se ha construido lenta y dolorosamente, desde la superación de las sociedades teocéntricas medievales y su sustitución por sociedades antropocéntricas, que han devuelto desde el Renacimiento a la Ilustración la capacidad de autonomía y de autodeterminación a los seres humanos. Pero es verdad que ésa es una forma de vida y supone unos contenidos materiales, unos fines del derecho que otras civilizaciones actuales no comparten. Algunas de ellas sostienen la vigencia pujante de organizaciones sociales y políticas y de sistemas jurídicos teocéntricos que mantienen la superioridad de las autoridades religiosas sobre las civiles, aunque hayan adoptado formas modernas, como el sufragio, la figura de un jefe de Estado o de un parlamento.*

*El pluralismo de sistemas de ética pública que expresan contenidos diferentes y fines diferentes para los ordenamientos jurídicos que coexisten en la comunidad de naciones en la actualidad no se resuelve excluyendo a esos contenidos de la identificación del derecho válido, sino reconociendo su presencia genérica en la norma de identificación de normas, aunque no optando por el sistema más común en nuestra cultura política y jurídica, sino contentándonos con que es un ámbito necesario que existe en todos los sistemas, aunque no podamos en rigor identificarlo con el que nosotros preferimos. Es verdad que podemos intentar justificarlo por su racionalidad y por su vocación de universalidad pero no podemos construir un sistema que abarque todos los derechos posibles con la ética pública democrática de la modernidad. Esta dificultad no debe llevarnos a suprimir la dimensión de ética pública como necesaria para identificar la validez del derecho, sino sólo a reconocer que existen otros modelos históricos y que éstos constituyen también sistemas jurídicos, que pretenden el monopolio en el uso de la fuerza legítima, dirimir los conflictos desde terceros imparciales, controlar la violencia y producir seguridad jurídica, aun-*



*que no lo hagan con el sistema que han construido en la modernidad nuestras sociedades occidentales.*

*Trabajos como éste de JIMÉNEZ CANO son necesarios y esclarecedores sobre el funcionamiento de nuestros sistemas, pero no hagamos del edificio positivista un nuevo iusnaturalismo, edificio perfecto, sin perfiles históricos ni sociales, válido para cualquier cultura y para cualquier tiempo. La misma crítica de identificación de la ética pública democrática como única posible se puede hacer al positivismo excluyente si se pretende situarlo fuera de la historia y de la cultura política y jurídica de un momento concreto de la humanidad. La soberbia histórica y la defensa de una verdad científica no situada en el tiempo produce en las ciencias sociales y jurídicas posibilidades de error y conclusiones de imposible verificación.*

Gregorio PECES-BARBA MARTÍNEZ  
Catedrático de Filosofía del Derecho  
Universidad Carlos III de Madrid

## PALABRAS PREVIAS

El presente trabajo se corresponde, básicamente, con la investigación que fue presentada para la obtención del grado de doctor el día 28 de enero de 2008 en la Universidad Carlos III de Madrid, ante un tribunal presidido por el profesor Gregorio PECES-BARBA y compuesto, además, por los profesores Mario G. LOSANO, José Juan MORESO, Rafael DE ASÍS y Francisco Javier ANSUÁTEGUI, que entonces obtuvo la calificación de sobresaliente *cum laude* por unanimidad. Quiero agradecer a estos profesores su gentileza por haber formado parte de dicho tribunal, las observaciones y los comentarios que me realizaron, así como el interés y la generosidad que han mostrado por mi trabajo y persona.

No quiero dejar de mencionar a mis compañeros del Área de Filosofía del Derecho y del Instituto Universitario de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas» de la Universidad Carlos III de Madrid y, en particular, al profesor Eusebio FERNÁNDEZ, con quienes tengo la suerte de seguir aprendiendo y compartiendo una enriquecedora actividad académica y personal.

A Rafael ESCUDERO, mi director de investigación doctoral y uno de los pocos positivistas excluyentes que quedan en España, tanto por su guía, esfuerzo y dedicación como por su amistad.

A mis padres, por la comprensión, el cariño y el cobijo que me han ofrecido durante todos estos años.

Al profesor Fernando Ángel MORENO, amigo, esperando que momentos como los vividos cerca de la Puerta de Tannhäuser no se pierdan en el tiempo como lágrimas en la lluvia. Es hora de vivir.

A todos los que, de un modo u otro, han participado en la *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*.

## 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 derecho<sup>1</sup>. 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

---

<sup>1</sup> 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)<sup>2</sup>. 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 unitaria<sup>3</sup>. 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.

---

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> 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»<sup>4</sup>. 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)<sup>5</sup>. 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 jurídica<sup>6</sup>. 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)<sup>7</sup>.

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

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> 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).

<sup>6</sup> 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).

<sup>7</sup> 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 empíricas<sup>8</sup>.

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-

---

<sup>8</sup> 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.