

El realismo jurídico: antídoto para el hiperformalismo legalista del iuspositivismo

Legal Realism: Antidote to the Legalistic Hyperformalism of Legal Positivism

José Samuel Chávez Castillo*

Diana Pamela Zambrano Vázquez**

Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo

Resumen

El sistema jurídico mexicano, vástago de la familia romano-germánica, como tal ha primado la doctrina codificadora romana, con matices galos y germanos, de corte a ultranza legalista que, asumiendo la teoría clásica kelseniana, pretendía garantizar la certeza jurídica con un hiper legalismo. Sin embargo, tal sistema de reglas es rígido al enfrentarse a acontecimientos que escapan del texto legal o cuando la supuesta racionalidad legislativa y discrecionalidad judicial son justificaciones poco autocríticas cuando no un mero arbitrio e, inclusive, un alejamiento de la realidad social por parte de tribunales atrapados entre los fríos muros de la ley abstracta que mandata *la bouche de la loi*¹, como máxima de la desconfianza de la época de la Revolución Francesa. El método epistemológico rígi-

¹ “Los jueces de la nación no son más que la boca que pronuncia las letras de la ley, unos seres inanimados, que no pueden moderar ni su fuerza su rigor”.

Recibido: 29 de marzo de 2025.

Aprobado: 20 de octubre de 2025.

Abstract

The Mexican legal system is an offshoot of the Roman-Germanic family, as such, in which the Roman codifying doctrine has prevailed, with Gallic and Germanic nuances, but always indistinctly of an ultra-legalistic cut, which in light of classical Kelsenian theory guarantees legal certainty, but what happens when a system of rules so rigid that it does not admit exceptions is faced with events that occur for the first time, when it is demonstrated that the much theorized and supposed rationality of the lawmaker is nothing more than a little self-critical justification of human nature prone to error and that even with the efforts of the judges to deliver justice through jurisprudential interpretation to correct what the legislator did not contemplate, or even in those cases in which it was legislated incoherently, the courts are trapped between the cold walls of the abstract law that mandates that judges are only the *bouche de la loi*, as a maxim of



do e hiper legalista omite considerar el fenómeno humano como parte y elemento en todas las relaciones jurídicas; lo cual puede provocar *el hombre malo* del que advertía el juez Oliver Wendell Holmes: que de manera malintencionada y sagaz se puedan usar las reglas del sistema legal para producir lo opuesto a sus fines. El iusnaturalismo tampoco ofrece soluciones prácticas si se limita a pretender principios universales de la naturaleza humana demasiado abstractos alejados de la realidad social concreta y, por ello, poco aplicables. El presente análisis plantea que el realismo jurídico es una opción al iuspositivismo formalista y al iusnaturalismo abstracto como un punto de encuentro: ni principios ambiguos ni leyes rígidas, sino su encuentro desde una posición iusfáctica que permita entregar una justicia realista a la sociedad.

Palabras clave: filosofía del derecho, realismo jurídico, iusrealismo, iuspositivismo, iusnaturalismo.

distrust from the time of the French Revolution. This rigid method, which forgets that it deals with human beings as parts and elements in all legal relationships, materializes the theory of the bad man of Judge Oliver Wendell Holmes, who points out that the malicious and shrewd individual who knows the rules of the system can use them to produce the opposite of his ends, which is why legal realism presents a third option to ius naturalism and ius positivism, a meeting point, neither ambiguous principles nor immutable laws, but the meeting from a position of legal and ethical logic that allows delivering real justice.

Keywords: Legal realism, Philosophy of law, Ius Positivism, Ius Realismo.

*La vida del derecho no ha sido la lógica, ésta ha sido la experiencia.
Oliver Wendell Holmes*

Introducción

Las corrientes epistemológicas del derecho, como núcleo de diversos sistemas jurídicos adoptados en el mundo, parten de planteamientos que son considerados incompatibles *ad intra* entre sí. Ello probablemente se derive de su arraigo en un devenir histórico que ha llevado a un monolitismo incapaz de concebir, al menos voluntariamente, la implementación de un sistema jurídico híbrido e integral que permita extraer las fortalezas de cada corriente teórica en aras de acercar a la humanidad a una mejor justicia sin caer en purismos epistémicos que poco o nada tienen que aportar a la situación actual. En esta tesitura, las corrientes iusfilosóficas clásicas más aceptadas, naturalismo y positivismo, han sostenido posiciones encontradas y opuestas desde sus

inicios; y, sin embargo, han tenido que aprender a convivir puesto que la teoría pura de ambas llevó a marcados fracasos para ofrecer justicia al ser humano.

El presente artículo es una investigación documental que cuestiona cómo superar las divisiones que, pese a esfuerzos integradores, aún persisten en la realidad práctica del derecho en todos sus ámbitos de aplicación. Incluso cuestiona si existe el peligro de un revisionismo hacia un entendimiento fragmentado e incompleto que impide una justicia más cercana, más apropiada a las circunstancias del aquí y el ahora. Las fuentes fueron elegidas para recuperar elementos teóricos para su análisis a la luz del contexto contemporáneo y su impacto en la realidad nacional que atraviesa profundas reformas en su estructura de administración de justicia mediante una Reforma del Poder Judicial publicada en el Diario Oficial de la Federación el 15 de septiembre de 2024 (DOF, 2024) y que ha sido aplicada en una elección controvertida durante el presente año de 2025. Esto pone una presión especial en el sistema jurídico y en quienes ejercen la función judicial y, a final de cuentas, en la sociedad misma que exige una justicia más eficiente.

La situación cobra mayor relevancia por las características del propio sistema jurídico mexicano que, por un lado realiza un cambio de paradigma reconociendo derechos fundamentales (en 2008 con la reforma penal y en 2011 con las reformas constitucional y de la Ley de Amparo); pero cuyo criterio de su máximo tribunal aún empleaba el positivismo de Kelsen como argumento central para sostener un criterio obligatorio que limitaba dichos derechos (Solicitud de Sustitución de Jurisprudencia 6/20 del 2015 y la de 14/2012). En tales criterios se emplea la teoría de Kelsen para interpretar el concepto “interés jurídico” con una visión iuspositivista, siendo que se trataba del acceso a la protección de derechos humanos que, conforme a la reforma de la que procede tal concepto, debía interpretarse *pro persona*. Estas contradicciones presentes en el sistema jurídico mexicano podrían exacerbarse con la reciente reforma del Poder Judicial (2024); lo cual también justifica la presente investigación y análisis².

2 Nota editorial: Respecto a la relevancia de esta investigación, un ejemplo es el Seminario “Hans Kelsen y el Nuevo Siglo XXI” con la mesa redonda de la temática “Positivismo de combate y el otro Kelsen” organizada por las Casas de la Cultura Jurídica de la Suprema Corte de Justicia de

En cuanto al pluralismo jurídico, el Estado mexicano reconoce a los pueblos y comunidades indígenas su propio sistema realista jurídico de usos y costumbres, lo cual fue aceptado por el sistema positivista formalista a regañadientes y, paradójicamente, por una vía iusnaturalista de reconocimiento de derechos humanos (fundamentados en la naturaleza humana inherente). Este pluralismo jurídico surgió en lo que al parecer es un modelo de hibridación entre el positivismo formal dominante y un naturalismo humanista incipiente. A estos se debe agregar la postura iusrealista al favorecer las prácticas sociales indígenas como elemento a ser considerado en la autorregulación de sus comunidades. De manera que en el sistema jurídico nacional se han puesto en pugna las tensiones teóricas de las tres corrientes epistemológicas del derecho (positivismo, naturalismo y realismo); y se mantienen a pesar de las directrices constitucionales que intentan organizarlas vía reconocimiento de derechos humanos como principios fundamentales del estado constitucional de derecho.

Pero, es pertinente destacar que aún impera en México un férreo sistema recalcitrantemente iuspositivista normativo que tiene a la legislación y al afán codificador como fuente de la verdad absoluta; ello aunque atenuado mediante elementos de tinte iusnaturalista de alto talante jurídico como se ha indicado sobre los derechos humanos que tienen alcances convencionales y constitucionales; y, desde luego, con las normas de *ius cogens* las cuales se distinguen por tener un carácter imperativo (Olasolo, 2016) y por ende no pueden ser desconocidas por nadie. Con todo, no se ha podido desterrar la fe ciega en la “letra de la ley” y la “voluntad legislativa” como dominantes en muchos ámbitos del quehacer nacional, en especial cuando grupos mayoritarios en el poder legislativo y ejecutivo llevan su agenda política a las normas jurídicas que aprueban y aplican desde los puestos de gobierno que ocupan.

Sin embargo, también es cierto que hoy en día el escepticismo ante la norma ha ido creciendo, así como una desconfianza de la impartición de justicia fruto de la misma. Si bien las bases del positivismo de corte científico han sentado su elemento legitimador en un proceso que cuenta

la Nación (SCJN, 2025). <https://www.sitios.scjn.gob.mx/casacultura/eventos-en-linea/cec-mr-sem-hans-kelsen-30oct25>

con la voluntad de la mayoría de los votantes, también es cierto que uno de sus componentes como generador es el postulado de *un legislador racional* muy distante de la realidad nacional contemporánea. Es del conocimiento público que muchas veces se legisla de forma irresponsable e irreflexiva, produciendo antinomias o resultados poco justos. Aunque al positivismo formalista no le sea cómoda esta contradicción aduciendo que habrá que indagarse *el verdadero* sentido que el legislador quiso imprimir a dicha formulación lingüística de tipo imperativa; en la realidad se trata de atribuir un sentido que el legislador no contempló o que incluso contravino otra disposición.

Consecuencia de la poco loable teoría de la racionalidad del legislador, juristas del Common Law³ no consideran que las normas detentan las propiedades formales que los dogmáticos continentales les atribuyen; pues, entre otras razones, desde el lenguaje utilizado por el legislador es imposible prever todos los supuestos con las variantes que la vida real puede presentar. Es por ello por lo que le atribuye más peso a la práctica jurídica siendo un sistema consuetudinario desde la base de los precedentes judiciales (particularmente en el iusrealismo norteamericano más que en el escandinavo).

En este sentido, si bien los iusrealistas clásicos descansan su concepto del derecho como proféticas manifestaciones sobre las decisiones judiciales, resulta pertinente que se haga un examen más a fondo de las posibilidades que esta teoría puede aportar para el sistema jurídico mexicano. Ya se ha intentado integrar el iusnaturalismo de los derechos humanos para atenuar el legalismo; pero no ha sido suficiente, y es por ello que este artículo plantea como una posible aportación a la solución considerar al iusrealismo. No se trata de afirmar que sólo la experiencia práctica jurídica es lo que otorga validez al derecho, lo cual lleva a caer en la misma discrecionalidad y arbitrio que generó el positivismo normativista cuando proclamaba “la voluntad del legislador” con fundamento de validez. Por ende, en este artículo tampoco se considera que el realismo extremista sea una solución, tal como Llewelyn acuñó el concepto del derecho, sino que, como lo señala Santiago

3 Common Law, el cuerpo del derecho consuetudinario, basado sobre las decisiones judiciales y encarnado en los expedientes de caso sentenciados, que han sido administrados por las cortes de Common Law de Inglaterra desde la Edad Media.

Nino respecto a la actividad judicial, consiste en decisiones judiciales particulares; que cuando los jueces tienen que decidir un conflicto, no tienen en cuenta otras decisiones judiciales, sino, en todo caso, los criterios, las pautas, las normas que siguieron otros jueces para adoptar sus decisiones (Nino, 2003).

Es decir, la labor judicial tiene una gama más amplia de elementos para motivar y fundar sus sentencias que la norma positiva, así como para encontrar modos prácticos de aplicar los valores y principios iusnaturalistas: acudir a la realidad social. Recuperar al centro del derecho la función que tiene que cumplir para servir a la sociedad, para encontrar lo justo en cada caso, en cada situación, en cada persona que acude a los tribunales para solicitar justicia. La norma y el valor alejados de la realidad no bastan para que la persona de a pie obtenga justicia. El iusrealismo pone en evidencia esto y puede recuperar una tradición jurídica de los tribunales a aproximarse a la sociedad a la que sirven, y acercar la norma y el valor de las leyes para atender problemáticas reales; de manera que sus decisiones se vayan ajustando según cambien las situaciones de la realidad práctica. Las transformaciones del criterio judicial pueden y deben operar adaptándose a las circunstancias de una sociedad dinámica que enfrenta problemas cambiantes y, también, adquiere prácticas sociales distintas conforme evoluciona.

Para ello, la postura más pertinente es la del iusrealismo escandinavo de Alf Ross en cuanto que el derecho debe ser considerado como el conjunto de directivas que probablemente los jueces tendrán en cuenta en la fundamentación de sus decisiones y que deben examinar si les atribuye responsabilidad o no por ciertos actos, ineludiblemente, como una cuestión ética (Santiago, 2003). Así, para analizar un caso, conforme al iusrealismo escandinavo, además de la tradición jurídica de toda la comunidad de juristas, lo cual incluye más que sólo quienes realicen funciones judiciales, se deben incluir también las prácticas sociales como otro criterio al cual se puede acudir en busca de la solución más justa.

La insuficiencia crónica del iusnaturalismo y del iuspositivismo para encontrar lo justo

Para entender cómo el iusrealismo puede aportar para ajustar al iuspositivismo imperante en el sistema jurídico mexicano, así como a la manera de integrar de manera más eficiente los derechos humanos heredados del iusnaturalismo, es necesario revisar cómo han evolucionado. Se comenzará por el iusnaturalismo porque es la corriente epistémica jurídica más antigua y se continuará con el iuspositivismo más cercano a partir del siglo XIX.

La evolución del iusnaturalismo desde sus inicios como precepto teológico emanado de la divina voluntad de fuerzas superiores pasando por el realismo metafísico aristotélico-tomista y hasta la concepción moderna como prerrogativa inherente a la condición del ser humano por el simple hecho de serlo, ha sufrido una transformación que ha permitido modelar un concepto menos mítico y subjetivo hacia uno más objetivo y realista.

Sin embargo, desde la antigüedad, el término de ley natural gozaba de dos cualidades que no han mutado: son normas universales y válidas para todos los humanos del mundo en cualquier época; son innatas, aunque no sean escritas, y no se somete el ser humano a ella, sino que nace sujeto a ella de antemano (Ayala, 2003). Es decir, la ley natural estaba inscrita en la naturaleza misma de la persona: cumplir con esta ley era cumplir con su fin propio como ser humano, es decir, asumir su naturaleza humana esencial.

Posteriormente, con el iusnaturalismo denominado como inglés, si bien aún primaba el elemento teológico, ya mostraba matices de una lógica mucho más aterrizada en la condición humana; para dar paso al iusnaturalismo moderno laico y racional, en el cual “el derecho deriva de la naturaleza humana no por ser hijo de Dios sino por su calidad racional y social” (Flores, 1997, p. 1013). Así, la naturaleza humana es entendida a partir de estos dos elementos, la racionalidad y la sociabilidad; ello como parte intrínseca a la realidad esencial de toda persona, esto es, una esencia universal al género humano y que, por tanto, debe ser respetada en los ordenamientos jurídicos de todas las sociedades.

En este sentido, para que una norma jurídica fuera justa requería respetar la esencia humana esencial (planteamiento que recuperarán, en parte, los neoconstitucionalismos y la filosofía de los derechos humanos centrando como contenido fundamental del Estado constitucional a la dignidad humana). Sin embargo, definir el contenido esencial como universal implicaba un nivel de abstracción y ambigüedad que dificultaba su aplicación concreta; y, además, lo que cada sistema jurídico o solución a un caso podría definirse como acorde a dicha esencia podría derivar, también, en posibilidades contradictorias. Consecuentemente, si se quería aplicar un contenido tan abstracto primero se requería un esfuerzo de interpretación que lo pudiera aterrizar a la realidad práctica; lo cual no era fácil y, como se mencionó, podría derivar en decisiones contradictorias que, en vez de solucionar las ambigüedades de la ley natural, la agravan. Por ejemplo, conceptualizar al derecho natural como el que es intrínsecamente justo para la naturaleza humana, no permitía encontrar un sentido claro de justicia para un caso concreto.

Al respecto, en un ejercicio interpretativo sobre el objeto de estudio del derecho, la justicia, esta tiene diversas acepciones según las teorías de cada época y corriente con la que se identifiquen. Corrientes iusfilosóficas arrojan diversas respuestas al cuestionamiento de ¿qué es la justicia?; por lo que “es justo” tendrá distintas definiciones. A la perspectiva teórica se agrega la perspectiva sociocultural, pues no será lo mismo la justicia concebida desde la *sharia*⁴ musulmana que la justicia del sistema jurídico francés como vanguardia de los derechos humanos. Estas diferencias teóricas y socioculturales también se trasladan a la tradición jurídica de ambos sistemas, donde, muy probablemente, será muy distinta la impartición de justicia. De ahí que un iusnaturalismo haya tomado una interpretación racista que deshumanizaba y discriminaba a las culturas indígenas durante el colonialismo para colocar como lo “justo” a la cultura occidental eurocéntrica; mientras que otros iusnaturalismos hayan luchado por el reconocimiento de la igualdad de todas las culturas: igualmente criticables y validadas sólo si cumplen con la protección del contenido esencial de la dignidad de toda persona.

4 Ley religiosa del islam; es vista como la expresión del mandato de dios para los musulmanes y, en aplicación, constituye un sistema de deberes que incumben a todos los musulmanes en virtud de sus creencias religiosas.

Si bien una de las respuestas más recurridas por la tradición jurídica nacional para entender a la justicia “dar a cada quien lo que le corresponde o lo que merece”; ello impulsa a múltiples cuestionamientos tales como con base a qué se puede determinar el *merecimiento*. Mismo caso si se considera la justicia como equidad vinculada a un reparto de las cargas y prerrogativas de los individuos tomando como elemento legitimador *al velo de la ignorancia* conforme al cual las oportunidades se deben igualar dando más a los sectores desfavorecidos (Rawls, 2006). Aunado a lo anterior, se puede cuestionar ¿cuál es la medida de dicha equidad de lo justo en cada situación? En fin, las preguntas por la justicia, al final, habrán de posicionarse en el campo axiológico: depende de qué se considera valioso o susceptible de serlo; lo cual en el ámbito jurídico pasa a integrarse a un determinado orden de un Estado-nación.

En esta tesitura, desde la postura iusnaturalista la equidad es entendida desde la misma esencia ontológica del ser humano como:

El arte de armonizar la justicia con las otras virtudes que regulan las relaciones humanas, la justicia no puede ser contemplada aisladamente, sino en el contexto general de las relaciones humanas y del bien común, a cada uno darle lo suyo, porque así lo exige la ontología de la persona humana y la estructura misma de las relaciones humanas, pero en las relaciones humanas no todo es justicia; hay también otros deberes, que son propios de otras virtudes, la solidaridad y la caridad, la misericordia y la moderación, y otras tantas virtudes engendran también deberes que han de armonizarse con los de la justicia. (Hervada, 1988, p. 18)

Por otra parte, la escala axiológica de cada sociedad define la justicia y, sobre todo, la falta de esta, en el sistema normativo con el que regula sus relaciones; esto, a su vez, mediante valores sociales que se integran en el orden jurídico vía legislativa; y en la medida que sean materializados en las sentencias con la impartición que realizan órganos jurisdiccionales. Si bien los valores, aunque en cada sistema jurídico son diversos o su orden interno cambia (jerárquico o de coordinación), dando por resultado regímenes complejos, también es cierto que la mayoría de las democracias occidentales presuponen los estándares de la Revolución Francesa: libertad, igualdad y solidaridad (antes fraternidad) son torales del ideal de *estado de justicia*. Desde

esta etapa y, quizá por la tradición codificadora francesa (codificación napoleónica), se agregó un valor jurídico que se colocó en la cumbre del sistema continental: la seguridad jurídica. Esto también se pueden rastrear en el antecedente de las exigencias burguesas de terminar con los privilegios de la nobleza y la realeza, razón por la cual surgieron las primeras cartas constitucionales como límites al poder estatal; siendo la seguridad jurídica exageradamente central.

En ese orden de ideas, la preponderancia de la seguridad jurídica se traslada a la postura iuspositivista normativista y legalista: un sistema de normas de validez formal y jerarquizado que regule de manera precisa lo que se considera justo da certeza a toda la sociedad. Discutir desde la naturaleza humana qué es justo como postulaba el iusnaturalismo va en contra de la seguridad jurídica y, por ello, argumenta la postura positivista, no es contenido del orden jurídico ni de la ciencia del derecho. Así fue como el iusnaturalismo fue desbancado por el modelo de ciencia positivista y se dejó como único contenido jurídico a la norma legislada, dejando la discusión por los valores y la esencia humana a las teorías filosóficas.

El positivismo jurídico se enarboló como la teoría científica del derecho, capaz de brindar orden y progreso a la sociedad, con sistemas jurídicos perfectamente estructurados y precisos derivando la validez de las normas en criterios formales y jerárquicos: que se emitieran en un proceso legislativo correcto y no contradijeran a las normas superiores hasta la Constitución. En la formulación teórica el iuspositivismo aportaba este halo de precisión y neutralidad científica que se trasladaba a una seguridad jurídica en el sistema normativo, y no es que no se le considere relevante para el desarrollo de la ciencia del derecho y de los sistemas normativos modernos; pero una aplicación tan tajante de la ley positiva y vigente en jueces que se limitan a ser *la boca de la ley*, como lo hicieron los mismos franceses, o posteriormente los propios modelos kelsenianos, ha tenido desastrosos resultados para la humanidad:

El juez no es –como habría querido la tradición iluminista de base montesquivina– la mera boca de la ley; no es, digamos, una especie de muñeco de ventrílocuo que solo habla por y en nombre del legislador sin poder pronunciar él mismo palabra alguna, el juez,

por el contrario, desempeña un papel esencial en la construcción del derecho: en cuanto interprete auténtico (en el sentido kelseniano del término), habla con su voz propia. (Maldonado, 2020, p. 15)

Basta recordar el régimen del nacionalsocialismo alemán que cometió de manera legal actos de verdadera deshumanización y barbarie en contra de la propia especie, con políticas públicas fundadas en legislación positiva válida, emitida por cuerpos legislativos legitimados mediante el voto del pueblo. Estos resultados perversos de la aplicación de un sistema formal que en la superficie es legal pero que en el fondo es injusto, ha sido implementado por gobiernos emanados de la voluntad popular vía democrática y de dictaduras que han institucionalizado sus plataformas políticas autoritarias en la regulación. Es por ello que los métodos positivistas propios de las ciencias exactas y naturales no son sino una respuesta fácil para tratar de complacer a los críticos positivistas emanados de las ciencias exactas, para legitimar el derecho como ciencia siguiendo el método deductivo de dichas disciplinas.

Sin embargo, un frío modelo de justicia formal, semejante a un algoritmo inhumano, no es en sí mismo capaz, no por elección sino como limitante de su propia naturaleza, de asignar una justicia material a la compleja condición humana, seres humanos dinámicos e indeterminados a quienes se les pretende aplicar. No puede, de ninguna manera, un modelo superficial legalista y ascético encontrar un modo de llegar a la profundidad en el conocimiento de lo humano en cada caso concreto para encontrar la decisión justa; el positivismo jurídico formal, por tanto, no puede ser la forma en que se implemente la justicia.

Por otro lado, tampoco retomar el iusnaturalismo es suficiente. Ya se mencionó cómo este adolece de concreción, y esa vaguedad produce una muy difusa e imprecisa conceptualización de los derechos naturales; más importante aún cuál es su contenido en un caso concreto y quién lo determina. Ello produce dificultades para contemplarlo como suficiente para el funcionamiento de un orden jurídico, sin dejar de reconocer que sus aportaciones a los derechos humanos son invaluable. Esto pues su resurgimiento después de la Segunda Guerra Mundial ocurrió ante el positivismo legalista de los regímenes totalitarios que, aplicando el

positivismo formalista, contaron con un estado de derecho con el que legitimaron la legalidad sus actos atroces.

El iusrealismo como respuesta ecléctica para la justicia en México

Una vez que se han delineado las dos teorías jurídicas clásicas que están en la base de los sistemas jurídicos contemporáneos, resulta oportuno señalar que sería fatal hacer oídos sordos al reclamo social por la justicia. Este reclamo ha resonado más en los tribunales, donde la ciudadanía ha llevado su exigencia de una justicia que se obtenga en cada caso, en cada decisión práctica que aplica el orden jurídico en las partes de un juicio. De ahí que el realismo jurídico como tercera postura se materializó como una reacción en contra del positivismo formal y se presentó como otro modelo de encontrar la validez de la norma jurídica en su efectividad real cuando era aplicada en los tribunales y en las prácticas sociales. Una norma es válida si es aplicada por la sociedad y, en caso de disputa, por el tribunal. Para encontrar la solución justa, por tanto, se requiere conocer el sentir de la sociedad y la tradición judicial.

Trasladado esto al ámbito nacional, si bien el sistema jurídico mexicano tiene en su base un corte fuertemente legalista y formalista, al cual se ha agregado un paulatino núcleo de derechos fundamentales con el reconocimiento de los derechos humanos, aún la impartición de justicia se encuentra lejos de ser percibida por la mayoría de la población como justa. Y, aunque podría descalificarse a una sociedad como desconocedora del derecho o tacharla de ignorante, tanto desde un postura iusnaturalista como iuspositivista, el iusrealismo (en especial el escandinavo) sí permite cuestionar lo justo desde la realidad social que viven los grupos humanos. En la actualidad, desempolvando y bombardeando con todo el arsenal teórico positivista con el kelsenialismo a la vanguardia, es sabido de casos en los que un culpable fue absuelto y un inocente ignorado o hasta castigado; con un legalismo que vuelve al derecho procesal un ajedrez que muy pocos saben jugar, pero en el cual especialmente *los hombres malos*, como decía el juez Holmes son muy hábiles.

Finalmente es la propia sociedad la que tiene en sus manos la conformación del Estado y de sus órganos. Ello implica desde la regulación jurídica en general hasta los destinos de los órganos judiciales, como hoy en día lo vemos, ha sido muy difícil para el Poder Judicial Federal justificar su operación y su costo al erario público, ante los embates del Poder Ejecutivo de naturaleza absolutista que se están gestando en México.

Se cuenta con una judicatura que se palpa lejana y distante a los valores jurídicos, más como una secta de la codificación, la cual difícilmente podría convencer de lo contrario a costa de su propia supervivencia, de que con la actual interpretación y aplicación de las normas se imparte una justicia real. Incluso los juristas externos a la judicatura, pero formados en la corriente positivista se enfrentan a la titánica tarea de demostrar a las personas no letradas en el tópic, que diversas y recientes resoluciones judiciales satisficieron de alguna forma un mínimo requisito de justicia, que proteja los valores que presuntamente son el núcleo fundamental que motivan la existencia de las normas.

Si bien los motivos ocultos para socavar la autonomía del Poder Judicial Federal son diametralmente opuestos a la autenticidad de la justicia que se imparte, existen casos como el abuso de una menor de edad por parte de un familiar en el Estado de México, en el cual en la *ratio decidendi* de la sentencia, el juzgador pobremente determina que al no identificar la menor plenamente las condiciones de modo tiempo y lugar, aun cuando solo cuenta con cuatro años y se obtuvieron peritajes psicológicos que comprueban el ataque sexual, por apego a ley positiva escrita, el acusado es puesto en libertad.

Lo anterior despierta inquietud toda vez que aun cuando el mismo juez aceptó que en su opinión hubo tocamientos a la menor, el juzgador determinó que no se configuraron los medios probatorios en boca de la víctima, al no poder ella recordar el lugar ni la hora de la agresión, sin poder olvidar que cuenta con tan solo cuatro años y la evidente situación de estrés que atravesó. Al respecto, la madre de la niña le cuestiona lo siguiente: “Señoría una pregunta, usted vio a mi hija ¿no le creyó?”, a lo que el juez respondió, “Desde luego que le creí en el

tema del tocamiento, su hija jamás mencionó el tema del lugar, el día, el horario” (Jiménez, 2024).

Increíblemente el juzgador absuelve al agresor, lo cual nos lleva a observar que sigue primando el legalismo hiper formalista que protege la seguridad jurídica del presunto agresor, ello en oposición al elemento moral y por ende racional de proteger a las generaciones más jóvenes e indefensas de nuestra especie, de su depredación como acto de autopreservación, dicho caso basta para demostrar que ocurre cuando se materializa la teoría del *hombre malo* que el realismo jurídico postula y que más adelante se desentraña en este artículo.

Es necesario señalar que dichas conductas provocan fuertes heridas emocionales y conductuales vitalicias a las víctimas; es decir, un daño de difícil o nula reparación, sentando además un terrible precedente para casos venideros, con lo que ello implica para el tejido social.

Este tipo de resoluciones judiciales difícilmente son justificables a los ojos de la sociedad mexicana, consideramos que aun cuando los más feroces positivistas pudieran presentar argumentos en el marco de su teoría del derecho, en la cual toda situación jurídica encuentra explicación en el sistema jurídico, probablemente pudieran ganar el argumento al amparo del frío formalismo sin consideraciones morales, pero no sin un amargo sabor de boca, al saber que implícitamente esos mismos argumentos desembocaron en una sentencia sin responsabilidad para un abusador de infantes.

Todo este preámbulo tiene como objeto escenificar en términos prácticos la postura de los realistas del derecho, como lo postuló el ilustrísimo jurista norteamericano Oliver Wendell Holmes en la Senda de la Justicia; basta que veamos la ley desde la perspectiva del *hombre malo*, aquel que sólo está interesado en las responsabilidades y costes de su actuar antisocial, que por ende ve con ojos de juego estratégico el derecho para comprender por qué la ley positiva es insuficiente. O bien, como lo señaló el destacado juez de la Suprema Corte de los Estados Unidos, quien sentenció que si se quiere conocer la ley y nada más, se le debe mirar como el hombre malo, el que solo se interesa por las consecuencias materiales que dicho conocimiento le permite predecir, no

como un hombre bueno, quien encontrará sus razones para la conducta, ya sea en la ley o fuera de ella (Wendell, 1897).

Tristemente acorde con dicho principio realista, en nuestro país existe una cultura de la evasión de la ley. Los abogados litigantes claro que determinantemente deben conocer la ley, pero su principal ejercicio es de naturaleza dialéctica, buscan las grietas, las excepciones a las reglas, cómo burlar al sistema y cómo mínimo obtener una especie de *in dubio* hacia su cliente que le permita evadir la responsabilidad.

Este juego estratégico es uno de los principales catalizadores de la impunidad en México. El ejercicio del coste y beneficio, el cálculo de los riesgos por parte de *los hombres malos* como lo definía Holmes, les permite a anticiparse a la ley, buscar esos resquicios que puedan ser refugio, situación que el realismo jurídico sí contempla, puesto que, si bien existen pautas generales que los juzgadores deben seguir, así como los antecedentes de casos similares, también el tamiz de la ética de los actos de los hombres juega un papel fundamental en las sentencias.

Mientras que las autoridades administrativas y legislativas abusan de su poder cuando les parece conveniente, nuestros juzgadores son más tendientes al escudarse detrás del acotamiento de sus funciones para limitarse a la ley y olvidarse de la justicia. Hoy en día, pululan ejemplos parecidos al ocurrido en el Estado de México que se señalé. Los jueces penales aducen que los ministerios públicos no cumplen con presentar una investigación y acusación fortalecida, pero se limitan a declararlo *a posteriori*; los mismos jueces no juegan un papel activo como agentes del Estado determinados indirectamente por el pueblo para buscar e impartir justicia.

Abiertamente se puede afirmar que los postulados dogmáticos de la *racionalidad del legislador* (García, 1986) son falaces y opuestos a su significado, si bien no pretendemos justificar una operación de un sistema jurídico basado únicamente en costumbre porque lo consideramos primitivo, sí es notorio que el legislador no es omnisciente, coherente y muchas veces ni responsable, prueba de ello es que no ha previsto ni puede prever todos los escenarios y ramificaciones de la conducta humana. Antes que las reglas están los hechos, como lo señaló K. Llewelyn; con base a nuestra escala ética axiológica podemos

clasificar una conducta que a la luz de la norma jurídica escrita no está concretamente contemplada, como correcta o en contra de nuestro orden social.

En este orden de ideas, como respuesta a los problemas de injusticia que se presentan actualmente por un sistema positivista deshumanizado, se puede reconsiderar un papel más relevante del realismo el cual puede reconciliar al derecho con la sociedad, pues entre sus principales axiomas se encuentran la concepción del derecho como un medio para fines sociales, y no como un fin en sí mismo; de manera que cada parte del mismo ha de ser constantemente examinada por su propósito, y por su efecto, y ser juzgada a la luz de ambos y de la relación entre uno y otro (Campos, 2010).

Lo anterior permite fundamentar que el derecho no debe ser entendido como un método de deducción, sino que su propósito se extiende a un campo de acción y que, por ende, sus efectos son tan relevantes como el propósito con que se creó. Las líneas que hoy se comparten no pretenden promover la proscripción de la ley positiva. Claro que debe haber una serie de normas legitimadoras de las autoridades con acotamiento de competencias y atribuciones, pero asimismo debe permitirse a los juzgadores (en caso de que el Poder Judicial Federal subsista en términos autonómicos a las reformas que mientras se escriben estas líneas se promueven), realizar una interpretación más amplia y, a la vez, concreta en las controversias que ante ellos se ventilan.

Es decir que sus sentencias no sólo cumplan con la rigurosa letra escrita, cuando es evidente que dicha normativa va en contra de los principios éticos que el sistema ya elevó al rango de valores fundamentales; los derechos humanos reconocidos constitucional y convencionalmente son un ejemplo a nuestro parecer de un adecuado uso del realismo jurídico como método ecléctico entre naturalismo difuso y frío positivismo.

Puede aprovecharse la concepción del derecho iusrealista no como un *deber ser*, sino como un *ser* con la norma y el hecho. El derecho no es sólo el legislado por Estado ni debe provenir sólo de una legitimidad formalista que desconoce valores fundamentales por una

supuesta postura mayoritaria en las cámaras, ni, tampoco, desconectarse de la sociedad a la que debe servir con una regulación justa acorde a su situación práctica.

Esta experiencia de realidades, relativa a la conducta humana y al cumplimiento efectivo de las normas jurídicas en los fenómenos sociales (Flores, 1997), recalca que para los realistas la validez de la norma no emana del proceso legislativo, sino del efectivo cumplimiento en el orden social; asimismo, que se puede advertir este grado de efectividad, es decir a nuestro juicio, que la ley escrita determine una forma de conducta desde la deontología no la vuelve por sí norma válida, esta debe presentarse en un supuesto de la vida real con sus propias aristas y presentada ante un juez para poder considerar la validez.

Dicha teoría de la validez la postuló acertadamente Karl Llewellyn con sus *paper rules and real rules* (Llewellyn, 2011, pág. 21), situación constante en la realidad jurídica mexicana, cuantas normas no son sino auténtica letra muerta, aun habiendo pasado por el proceso legislativo formal y promulgadas por el Poder Ejecutivo, en no pocas ocasiones la misma Constitución es pasada por alto, y si bien no pretendo argumentar que se siga con esta cultura de la ilegalidad, si es cierto que en gran medida se debe al divorcio del estado y la sociedad, cada vez más distantes como lo decía Engels, lo cual se refleja cada vez más en su sistema normativo.

Si bien en épocas más recientes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha primado una emisión de jurisprudencia cada vez más robusta y constante que ha permitido dar luz, en contraste con el oscurantismo legislativo producto de sus representantes cada vez más incapaces, me permito sugerir que desde los juzgadores de menor jerarquía se debería de implementar esta libertad deliberativa, en la cual se funde no sólo la codificación sino los precedentes de sus antecesores.

Basta recordar que, de los tres poderes, el judicial es el único que requiere una capacitación académica y profesional esencial, por lo que no resulta infalible el complemento de las decisiones judiciales como fundamento único para el resolutive en casos en los cuales evidentemente se consideran las normas positivas generales, pero con la perspectiva

realista para problemas específicos, dado que ninguno es idéntico a otro por muy general que sea la consideración del legislador.

Sería altamente provechoso retomar los elementos fácticos de cada caso, puesto que no todos están previstos en la norma escrita, y verificarlos a la luz de los precedentes judiciales, para evitar tener sentencias legales pero injustas, como ha venido siendo el caso desde hace muchos años. Por ejemplo, la resolución de la Suprema Corte respecto al anatocismo al que se opuso el voto particular del entonces ministro Juventino V. Castro (que trata en su libro *La Suprema Corte de la Nación ante la Ley Injusta. Un fallo histórico respecto al llamado anatocismo*) (De la Torre, 2011).

Si bien el realismo tiene a su vez debilidades, sus principales argumentos deben ser analizados para integrar el conocimiento de la realidad social al momento de interpretar y argumentar el derecho; puesto que, al parecer de este análisis, esta teoría no consideró desplazar al positivismo normativista, sino complementarlo; claro que para ello se requiere una apertura etnojurídica.

Por otra parte, el acercamiento a las prácticas sociales como uno de los principales argumentos en pro del realismo, tampoco desconoce los principios sintetizados de manera magistral por Núñez:

es razonable afirmar que tenemos una obligación moral general de conocer las consecuencias de nuestras acciones, no modulamos culpa o responsabilidad dependiendo de si la persona conocía las consecuencias de sus actos, sino que normalmente aceptamos que los sujetos tienen la obligación de conocer, al menos en algunos ámbitos, las consecuencias de sus acciones. (Núñez, 2012, p. 743)

Es destacable que, si bien hay reglas escritas, también las hay no escritas, al menos no en papel, pero sí en la conciencia del ser humano como especie racional con dignidad y, por ende, moralidad insoslayable. Sin embargo, a quienes pudieran cuestionar que la libertad en la amplitud de la decisión judicial iría en contra de la seguridad jurídica, nos encontramos con una reflexión interesantísima que produce el mismo autor: “Una ciencia jurídica que pretende describir y predecir cómo deciden los jueces es la que se encuentra en mejor posición para garantizar el valor de la seguridad jurídica” (Núñez, 2012, p. 746).

Aquí podemos advertir que, si bien la ley positiva enmarca escenarios hipotéticos más o menos generales, aquellos resquicios que el legislador no contempló pueden ser atajados por el juzgador, refiriéndose a decisiones previas en casos similares, sentencias también a disposición de las postulantes, lo cual dota de certeza al derecho en casos que no fue bastante la normativa para aclarar todo el panorama.

El legalismo hiper formalista debe ser detenido y qué mejor que un golpe de realidad jurídica. Dicho sistema no ha dado todas las respuestas, y si bien al ser sus creadores seres imperfectos, el derecho como producto siempre lo será igualmente sin distinción de la teoría que se aplique; pero no es motivo para que se abandone la búsqueda de la justicia. Hoy en día los resultados de un estricto positivismo no han alcanzado justicia, sólo legalidad; si no se adquiere consciencia de ello al menos sería congruente renombrar los tribunales de justicia como tribunales de legalidad.

Sin embargo, renunciar a la justicia sería uno de los peores escenarios. El “realismo moral” que propugna Rawls en su Teoría de la Justicia, termina por ser una respuesta al escepticismo ético, que negaba la posibilidad de afirmar la verdad o falsedad de afirmaciones sobre lo justo o lo correcto (Caballero García, 2006, p. 21). Si el sistema jurídico mexicano cae en un escepticismo ético al grado de renunciar a lo justo por un legalismo formalista, está a un paso de perder su función prioritaria y exigencia máxima de la sociedad en la actualidad.

Conclusión

De acuerdo con lo argumentado líneas arriba, la visión epistemológica más adecuada entre el iusnaturalismo, como estudio del derecho como conjunto de valores, y del iuspositivismo, como conjunto de normas, es, precisamente el iusrealismo como la visión fáctica, el realismo jurídico o el estudio del derecho como conjunto de hechos; lo cual es lo más apropiado para que no ocurra un distanciamiento entre la sociedad y el derecho.

Ante las posiciones críticas del realismo, basta recordar que no se plantea una versión de línea dura, sino más bien una progresista moderada, no se habla de jueces infalibles o con total margen de

maniobra, sino de un marco más amplio que los renglones de la codificación.

Al respecto, que hay que tener en cuenta las nuevas corrientes neorrealistas que pueden presentar una mejor alternativa a las teorías clásicas pero insuficientes:

En el fondo, se trata de subrayar que la práctica de la interpretación es mucho más compleja de cuanto se pueda creer a primera vista; esto, ante todo, porque jueces y juristas trabajan con material diverso en el cual pueden hallarse problemas de equivocidad y de vaguedad, así como contradicciones, vacíos, etc. Esto abona, como ya se ha dicho, a la conclusión según la cual la tesis de la “objetividad” de la interpretación jurídica no es sostenible. (Maldonado, 2020, p. 21)

De lo anterior se puede destacar que son insoslayables los elementos fácticos de cada escenario jurídico y que, si bien los valores no pueden ser el núcleo, tampoco las normas generales, pues no son aplicables para la especificidad de los diversos casos; pero sí se puede encontrar una justa media, en la cual, si la norma legal va contra los valores éticos, el juzgador pueda advertirlo e inaplicarlo, no sólo cuando se trata del orden constitucional, sino de los casos más específicos.

Esta teoría ecléctica puede ser una respuesta para el futuro. Es importante que ante escenarios de emergentes gobiernos de izquierda y de derecha autoritarios en América Latina no se olvide que no todas las normas positivas que estos, apoderándose de las instituciones puedan promulgar, sean encaminadas a la justicia, sino utilizar el derecho en su modalidad más perversa, es decir como instrumento de dominación que permita someter a la población a esa doctrina legalizada y a la vez legitimada por el proceso legislativo.

Es por ello que juzgadores que tengan la oportunidad de valorar todos los aspectos de la realidad, no solo la fría norma dictada por un legislador servil al poder, son indispensables como baluartes de la justicia, recordemos que no son solo boca de la ley, sino los auténticos intérpretes de la misma. De esta forma, si bien los juristas mexicanos han sido realmente adoctrinados dentro del positivismo, las visiones reduccionistas que esta teoría presenta deben ser superadas para tener un panorama que permita vencer paradigmas nocivos, en pos

de fortalecer el sistema jurídico nacional, como un sistema plural por elección y que ello permita una función mucho más dinámica y moderna del derecho.

Lo anterior debe de permear en el sistema judicial, al permitir la propia norma que los jueces puedan allegarse tanto de oficio como forma proactiva, como cuando las partes puedan ofrecer aquellos medios de convicción de naturaleza etnojurídica que permita configurar un panorama más amplio y a la vez ceñido por la fuerza a la sencilla legalidad, que como se ha venido postulando está limitada por la propia inventiva del ser humano al ser la norma positiva una mera predicción. Por más específica que intente redactarse siempre existirán supuestos no contemplados y con particularidades propias fruto de la infinidad de variables presentes y las reacciones conductuales humanas al respecto.

Es por tanto paradójico que en un país su tribunal más alto se denomine Suprema Corte de Justicia de la Nación, máxime cuando su sistema judicial opere buscando garantizar como valor central en los litigios la estricta legalidad sin distingo entre el peso del derecho sustantivo y el adjetivo, en el cual el multicitado *hombre malo* se ha convertido en un ajedrecista experimentado.

Por lo tanto, la investigación etnojurídica pericial con énfasis en la justicia como valor primordial debiera ser un principio en el que todo juzgador como calificador de elementos fácticos pudiera apoyarse para motivar sus fallos, o en caso contrario plantearse como nación el legislar el renombrar al máximo tribunal del país como Suprema Corte de Legalidad de la Nación.

Referencias

- Ayala, J. M. (2003). El derecho natural antiguo y medieval. *Revista Española de Filosofía Medieval*, 10, 377-386.
- Caballero, F. (2006). La Teoría de la Justicia de John Rawls. *Iberoforum. Revista de Ciencias Sociales, Voces y contextos* (II), 1-22.
- Campos, F. (2010). Nociones fundamentales del realismo jurídico. *Revista de Ciencias Jurídicas*, (122), 191 – 220.
- De la Torre, J. A. (2011). *Iusnaturalismo histórico analógico*. Porrúa.

- Diario Oficial de la Federación [DOF]. (2024, septiembre 15). <https://transparencia-ciudadana.scjn.gob.mx/sites/default/files/page/2024-10/dof-reforma-judicial.pdf>
- Faralli, C. (2005). The Legacy of American Legal Realism. *Scandinavian studies in law* (48), 75-82.
- Encyclopedia Britannica (2025). Common Law.
- Encyclopedia Britannica (2025). Sharia.
- Flores, I.B. (1997). La concepción del derecho en las corrientes de la filosofía jurídica, *Boletín mexicano de derecho comparado*, 1(90).
- García, M. C. (1986). Metodología jurídica e interpretación: El postulado de la racionalidad del legislador. *DOXA*, 3, 101-132.
- Hervada, J. (1988). Apuntes para una exposición del realismo jurídico clásico. *Dikaion - Persona y Derecho*, 2(18), 281-300.
- Jiménez, R. (2024, febrero 26). Exhiben en redes a juez del Edomex por absolver a agresor sexual de una menor; activistas anuncian bloqueos este martes. *El Universal*.
- Llewellyn, K. N. (2011). *The Theory of Rules*. The University of Chicago Press.
- Marin, J. C. (23 noviembre 2011). *Le juge est-il toujours la bouche de la loi?* [Intervención]. Conférence débat “Club de Châtelet”, Paris, Francia.
- Mendoza, I. B. (01 de enero de 1997). La concepción del derecho en las corrientes de la filosofía jurídica. *Boletín Mexicano De Derecho Comparado*, 1(90).
- Muñoz, M. M. (2020). Presentación del dossier. Realismo jurídico contemporáneo. El realismo jurídico (Apuntes para una introducción). *Iuris Dictio*, (25), 13-25.
- Nino, C. S. (2003). *Introducción al análisis del derecho*, Colección mayor de filosofía y derecho (2º. Ed.): Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma.
- Núñez, A. (2012). *Ciencias Jurídica realista: modelos y justificación*, *Doxa: cuadernos de filosofía del derecho*, (35), 717 – 747.
- Olasolo, H. (2016). La naturaleza imperativa del principio no hay paz sin justicia respecto a los máximos responsables del fenómeno de la lesa humanidad y sus consecuencias para el ámbito de actuación de la llamada justicia de transición. En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. XLIX, (145).
- Wendell Holmes, O. (1897, marzo 25). The Path of the Law. *Harvard Law Review*, 10(8).
- Rawls, J. (2006). *Teoría de la Justicia*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación [SCJN]. (2016). Solicitud de Sustitución de Jurisprudencia 6/2015. <https://doi.org/10.17081/just.28.43.6180>.

Vaquero, Á. N. (2012). Ciencia jurídica realista: modelos y justificación. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho* (35), 717-747.

Zamora, F. C. (mayo-agosto de 2010). Nociones fundamentales del realismo jurídico. *Revista de Ciencias Jurídicas* (122), 191-220.

***José Samuel Chávez Castillo**

Formación: Licenciado en derecho por la Universidad de La Salle Campus Morelia; maestrante en derecho con opción en derecho administrativo por la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo. Ocupación: Estudiante de tiempo completo en la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y del Departamento de Idiomas, ambos de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo. Líneas de Investigación: Derecho administrativo y filosofía del derecho. Contacto: 0833495b@umich.mx Orcid: <https://orcid.org/0009-0009-1511-3802>

****Diana Pamela Zambrano Vázquez**

Formación: Doctora en derecho por la Universidad de Colima; licenciada en derecho y maestra en derecho con opción en procesal constitucional ambos por la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo. Ocupación: Profesora de la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo. Líneas de Investigación: Derechos humanos, derecho internacional humanitario, derecho internacional pública y movilidad humana. Contacto: diana.zambrano@umich.mx Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-6015-8729>

Contra la «irrelevancia» del positivismo jurídico

Against the “Irrelevance” of Legal Positivism

Jesús Everardo Rodríguez Durón*

Universidad de Guanajuato

Resumen

En el presente artículo de revisión se plantea un estudio de las principales objeciones dirigidas al positivismo jurídico en su carácter de concepción general del derecho. En especial, se alude al argumento de la irrelevancia sostenido por Manuel Atienza y Juan Ruíz Manero, conforme al cual el positivismo debería cerrar su ciclo histórico en virtud de que sus postulados serían tan banales que no alcanzarían a explicar la complejidad de los sistemas jurídicos contemporáneos. Contra esta posición, se asume la virtualidad del positivismo jurídico, y se explican las causas por las que conserva su relevancia como método para acercarse al conocimiento del derecho. Para ello, desde una perspectiva oblicua, es decir, centrada en la refutación de las objeciones formuladas por las teorías que subyacen o se hallan en la base de este, se responde al argumento de la irrelevancia a partir de una específica versión del constitucionalismo positivista afinado sobre ciertos planteamientos incluyentes vinculados con la tesis de las fuentes sociales y la separabilidad entre el derecho y la moral. **Palabras clave:** derecho como integridad, teoría del derecho, discrecionalidad,

Abstract

This review article examines the main objections to legal positivism as a general conception of law. In particular, it refers to the argument of irrelevance, advanced by Manuel Atienza and Juan Ruíz Manero, according to which positivism should close its historical cycle because its postulates are so banal that they cannot explain the complexity of contemporary legal systems. Against this position, the virtuality of legal positivism is assumed, and the reasons why it remains relevant as a method for approaching legal knowledge are explained. To this end, from an oblique perspective—that is, one focused on refuting the objections formulated by the theories that underlie or are at the basis of legal theory—the argument of irrelevance is answered based on a specific version of positivist constitutionalism based on certain inclusive approaches linked to the thesis of social sources and the separability of law and morality.

Keywords: Law as integrity, theoretical disagreements, discretion, moral skepticism, constitutional positivism, legal positivism, separation between law and morality, the thesis of social sources.

Recibido: 3 de agosto de 2025.

Aprobado: 27 de octubre de 2025.



escepticismo moral, positivismo constitucionalista, positivismo jurídico, separación entre derecho y moral, tesis de las fuentes sociales.

La banalidad del positivismo

Decir que el positivismo jurídico no vive sus épocas de esplendor es una cuestión evidente hasta para los propios positivistas. Nada menos, Eugenio Bulygin (2008) sostiene que el positivismo se mueve a la defensiva entre sus múltiples objetores, y parece haber perdido la batalla desde que el legislador, incluido el constituyente, se volvió ius-naturalista. Dentro de la panoplia de críticas, aquí quiero ocuparme de una en particular. Se trata de lo que llamaré el “argumento de la irrelevancia”. Para ello, me serviré del planteamiento polémico de Manuel Atienza y Juan Ruíz Manero, quienes aconsejan abandonar el positivismo jurídico precisamente a causa de su banalidad en el contexto actual de los sistemas jurídicos constitucionalizados.

Según los profesores alicantinos, el positivismo afirma la posibilidad de identificar el derecho con base en criterios empíricos y convencionales, a lo cual se suma la pretensión de separar —conceptual o contingentemente— el derecho de la moral. Sin embargo, la estrategia en este caso no consiste en negar las premisas antedichas, sino en aceptar sin más que ambas tesis están en lo correcto, pero son tan “manifiestamente verdaderas y constituyen una especie de acuerdo indisputado por todos aquellos que hacen teoría del derecho de forma no extravagante” (Atienza y Ruiz, 2007, p. 21), de modo que afirmarlas no hace ninguna diferencia. Por ello, la debilidad del positivismo jurídico estriba en que la teoría resulta en un sentido irrelevante y, por otro lado, en que “si se le añaden rasgos que, aun no siendo quizás definitorios sí han estado presentes en las principales manifestaciones del positivismo del siglo XX, el positivismo resulta ser un obstáculo que impide el desarrollo de una teoría y una dogmática del derecho adecuadas” (p. 21) para las condiciones actuales.

En consecuencia, la objeción de Atienza y Ruiz Manero (2007) puede resumirse de la siguiente forma:

El positivismo jurídico ha agotado ya, nos parece, su ciclo histórico. En contra de lo que han sostenido algunos autores como Ferrajoli, Comanducci o Prieto, el llamado paradigma neoconstitucionalista no puede verse como la culminación del positivismo jurídico, sino más bien como el final de esa forma de entender el derecho. El positivismo no es la teoría adecuada para dar cuenta y operar dentro de la nueva realidad del derecho del Estado constitucional, además de por los déficits a que se ha venido haciendo referencia, por un último rasgo vinculado a ellos: porque tiene (en todas sus variantes) un enfoque exclusivamente del derecho como sistema y no (también) del derecho como práctica social. (pp. 26-27)

En efecto, si las asunciones capitales de la teoría positivista se limitan a señalar que el derecho es producto de actos humanos que le imprimen un contenido históricamente variable a los sistemas jurídicos, entonces esta tesis es trivialmente verdadera y no constituye una cualidad distintiva del positivismo, ya que en realidad todas las teorías del derecho de algún modo aceptan ese presupuesto. Por otro lado, la tesis de la separación entre el derecho y la moral puede entenderse de maneras tan diversas que si se limita “a aquello que comparten todos los que se denominan positivistas, es una tesis tan mínima que tampoco constituye, desde luego, una posición distintiva en la teoría del derecho” (Atienza y Ruiz, 2007, p. 21), de modo que la mayor parte de quienes critican al positivismo estarían de acuerdo con aceptar que el derecho y la moral son dos ámbitos claramente separados. El positivismo deviene así en una categoría a la que los juristas se aferran más por la fuerza de la tradición que por cualquier otro factor racional. En suma, si la forma actual de hacer teoría del derecho requiere ocuparse de cuestiones que los positivistas están lejos de percibir en toda su complejidad, para los profesores alicantinos, bien haríamos en dejar atrás al positivismo jurídico.

Como dije, en esta contribución pondré en solfa el argumento de la irrelevancia. Con ese fin, en lo que sigue procederé a partir de dos movimientos. Primero, abordaré los frentes más comunes en los que suele desdoblarse la crítica al positivismo —apartados 2 a 4—; y luego, propondré una lectura incluyente de dicha concepción que, espero, acredite su potencial explicativo también en el contexto de los sistemas

constitucionalizados —apartados 5 y 6—. En todo caso, para refutar el argumento de la irrelevancia haré uso de una estrategia oblicua; es decir, me centraré en la tarea de desmontar las objeciones formuladas por las posiciones que subyacen o se hallan en la base de la tesis de la banalidad, para demostrar cómo una específica versión del constitucionalismo positivista afincado sobre los planteamientos incluyentes de la tesis de las fuentes sociales y la separabilidad entre el derecho y la moral, conserva su potencial explicativo como concepción general del derecho. Así, una vez que ha quedado señalado el itinerario, avanzaré sobre la primera parte.

El intento de separar lo inseparable

En el origen mismo del positivismo jurídico se encuentra la pretensión de explicar el concepto y la naturaleza del derecho mediante un modelo teórico de carácter general y descriptivo (Hart, 2008). Para conseguir semejante empresa, los positivistas tienen que presuponer una serie de operaciones y deslindes conceptuales con el propósito de despojar a su objeto de estudio —el derecho positivo— de todos aquellos elementos que le resultan extraños (Kelsen, 2013). Puestos en esa faena, por ejemplo, la mayoría de los problemas de adjudicación implicados por la aplicación de las normas a los casos concretos pasan por la clarificación del lenguaje en que el derecho se expresa. Ello es de ese modo porque las disposiciones jurídicas no escapan a los vicios de ambigüedad, vaguedad y textura abierta que asechan a los términos ordinarios empleados en su formulación. Sin embargo, al margen de la importancia concedida al análisis del lenguaje se encuentra otro punto capital para el modo positivista de hacer teoría del derecho, el cual se vincula con la tajante distinción entre el hecho y el valor. Conforme a tal dicotomía, un enunciado descriptivo sobre «cómo es el derecho» en ningún caso puede ser equivalente a la expresión de un juicio prescriptivo acerca de «cómo debería ser» un ordenamiento o sistema jurídico conforme a un orden valorativo específico.

La oposición entre el hecho y el valor o, dicho de otra forma, entre la descripción y la prescripción, tiene profundas consecuencias sobre el estatuto de la ciencia jurídica y sobre la propia definición del derecho. En cuanto al primer aspecto, el objeto de la jurisprudencia —

en la primera acepción del término (García, 2006)— implica solamente las tareas concernientes a la identificación de los enunciados primitivos que están en la base del sistema y su correspondiente reformulación a partir de un conjunto de términos formales e irreductibles, que permitan elaborar un modelo económico, mínimo y no redundante del ordenamiento bajo consideración. Según el parecer de Alchourrón y Bulygin (2013), el carácter sistematizador y exquisitamente cognoscitivo de la jurisprudencia deviene inconcuso desde el momento en que la actividad del jurista no se distingue, en cuanto a su contenido o entidad, de las operaciones realizadas por los físicos o los matemáticos en cada uno de sus campos.

Pero el asunto no termina en esto. Por fin separado del reino de las verdades eternas, según la feliz expresión de García Figueroa (2005), el ámbito de lo jurídico se releva como un producto generado por actos humanos, a través de los cuales se regula el comportamiento y que, por eso mismo, se encuentra plenamente desvinculado de las exigencias de corrección sustancial derivadas del universo de los imperativos morales (Raz, 2011). De este modo, el positivismo parece asentarse sobre la llamada tesis social —el derecho es un artefacto al que le da forma la voluntad humana— y en el corolario que deriva de aquella, es decir, en la tesis de la separación o separabilidad —conforme a la cual el derecho es independiente de la moral— (Villa, 2024). Es verdad que entre la tesis social y la tesis de la separación no existe una relación de dependencia recíproca (Raz, 2011), aunque tampoco es menos verdadero que las versiones más difundidas de la concepción jurídica positivista durante los últimos dos siglos se han caracterizado por una defensa de ambos presupuestos, ya sea como un elemento fundamental para determinar el ámbito de lo jurídico o como un corolario derivado de un modelo naturalizado de jurisprudencia.

Hasta este punto el conjunto de cuestiones planteadas podría presentar un cariz pacífico que está lejos de tener. El balance sobre el positivismo se torna mucho más interesante cuando se suman las variables representadas por los argumentos de todas aquellas posiciones que sostienen la insuficiencia de esa concepción del derecho. Por de pronto, bastará con pasar revista a tres puntos esgrimidos en contra

del enfoque analítico asumido por los positivistas —sobre ello, véase (Villa, 2024)— y, luego, con pasar revista en torno a algunos extremos problemáticos atribuidos a la tesis de la separación.

Según las voces de los detractores del enfoque analítico en la filosofía del derecho, la pretensión del positivismo para reducir los problemas generados por la aplicación de las normas bajo la apariencia de inconvenientes relativos a la claridad del lenguaje, supone el mantenimiento de un modelo filosófico superado. Según esta primera línea de crítica sintetizada y sostenida de manera brillante por Marta Albert (2013), los positivistas continuarían anclados a la afirmación del primer Wittgenstein según la cual “de lo que no se puede hablar hay que callar” (Wittgenstein, 1987, p. 183). Y esto pese a que los presupuestos epistemológicos que la sostenían —la teoría de la ciencia del Círculo de Viena— ya han sido claramente superados. Además, el intento por construir un modelo de ciencia jurídica puramente formal y cognoscitivo no se compadece con las verdaderas cuestiones de las que se ocupa la filosofía del derecho, que en muchas ocasiones exceden el ámbito de la positividad para inquirir acerca de los temas morales relacionados con el derecho justo.

Con todo y que ello sea importante, aún falta ocuparse del principal defecto del positivismo jurídico, pues ese enfoque nos condena a “ocuparnos de cosas que nos preocupan muy secundariamente. De lo que realmente nos importa, no es posible decir nada con sentido. Lo que realmente importa no es científico” (Albert, 2013, p. 5). De modo que, paradójicamente, los juristas del positivismo se vieron aherrojados en un callejón sin salida construido por sus propias manos: de los asuntos conectados con el mundo del derecho, “solo podían ocuparse de unos cuantos” mientras que “aquellos por los que quizá estuvieran dispuestos a dar sus vidas [eran] justamente sobre los que no les cabía reflexionar, ni decir una palabra” (Albert, 2013, p. 5).

Los argumentos de Albert representan un lugar común —no en el sentido peyorativo, desde luego— en el escenario de las críticas al positivismo analítico y, sin embargo, ellos resultan infundados. Y aunque a menudo suele darse por hecho que existen vínculos entre el positivismo jurídico y el positivismo en sentido amplio, en este

punto hay que proceder con cautela para no caer en el error de llevar la equiparación entre el positivismo jurídico y el positivismo filosófico más allá de lo debido (Paulson, 2011). A decir verdad, el positivismo acuñado por el Círculo de Viena no es la cuna absoluta del positivismo jurídico de nuestros tiempos. Una equiparación de ese grado difícilmente sería acertada, habida cuenta de que el positivismo en general, es una «expresión denigrada en los círculos filosóficos actuales» y el jurídico resulta ser también una construcción mucho más elaborada que en aquel entonces (Paulson, 2011, p. 106). De hecho, es todavía un punto discutible si la filosofía del lenguaje ordinario subyacente, por ejemplo, a la teoría del derecho hartiana —en tanto representante conspicua de la *analytical jurisprudence*— es un producto exclusivo de la escuela de Oxford encabezada por John Langshaw Austin o presenta puntos de antecendencia en común con la obra desarrollada en Cambridge por «el segundo Wittgenstein» (Mora, 2019, pp. 304-306). Lo que en todo caso resulta claro es que los positivistas no mantuvieron nunca una filiación con las tesis del *Tractatus* más decidida que la de su propio autor (Villa, 2024), tan es así que la tesis de la separación no está conceptualmente unida al escepticismo moral, como ya bien se sabe (Nino, 2013; Lyons, 1998).

Otro tanto cabe decir al respecto de la acusación de que el positivismo es mudo ante lo que realmente importa en el derecho. En efecto, la separación entre el hecho y el valor, no implica que los teóricos jurídicos no tengan nada que decir, tal vez, sobre las normas injustas o las resoluciones irrazonables de los jueces. En suma, no quiere decir que los teóricos no puedan realizar tareas de política o evaluación del derecho, porque con ella lo único que se da a entender es que esas son actividades distintas, esto es, que no se trata de tareas cognoscitivas, sino prácticas y valorativas, que por otro lado no son extrañas a la actividad de los juristas. Por eso, no deben considerarse como ocupaciones inapropiadas para el teórico del derecho. Tal como lo explica Chiassoni:

los positivistas que adoptan el descriptivismo, sostienen, al mismo tiempo, la importancia de las tareas de política del derecho. Solo intentan evitar cualquier confusión entre las dos: evitar, en par-

ricular, que operaciones de política del derecho sean presentadas como operaciones científicas. (Chiassoni, 2016, p. 244)

Con lo dicho basta para descartar las objeciones al carácter analítico de la metodología positivista. No obstante, con ello apenas se habría recorrido la mitad del trayecto, pues como se recordará, otro frente de las objeciones ataca los cimientos de la tesis social y, en especial, a la separación entre el derecho y la moral. En tanto que es sobre este último rasgo donde se concentran los aspectos más acerbos de las objeciones, para los efectos buscados a estas alturas, podremos concentrar la atención solamente en ellos. Según esta manera de entender las cosas, el hecho de que las constituciones contemporáneas incluyan dentro de su catálogo de derechos a normas carácter moral (Alexy, 2011) supone “una restricción en el ámbito de los contenidos del derecho positivo. Aunque el poder quisiera mandar o prohibir determinados comportamientos mediante normas, debería respetar determinados límites, los del derecho natural, si quiere que esas normas sean auténticas normas jurídicas” (Ansuátegui, 2017, p. 178). De este modo, existe una deriva iusnaturalista en el derecho constitucional que viene determinada no tanto por la inclusión de contenidos morales en las constituciones, sino por la exclusión de esos contenidos del ámbito de la discusión política (Ansuátegui, 2017). Consecuentemente, la pretensión positivista para desvincular la naturaleza del derecho de sus profundas implicaciones morales, es vista como un fútil intento de separar lo inseparable.

Ante el argumento de la constitucionalización el positivismo podría sostener que la inclusión de contenidos morales en las constituciones es una cuestión de hecho que no presenta un carácter conceptual, desde el momento en que la regla de reconocimiento *puede* —aunque sea posible imaginar alguna que no lo haga— incluir aspectos morales entre los criterios de validez (Hart, 2008). Si esta alternativa es viable, entonces tampoco el argumento de la constitucionalización sería suficiente para determinar el abandono del positivismo como concepción del derecho. Desde ahora puedo adelantar que estoy esencialmente de acuerdo con esta solución del problema; sin embargo, demostrar la plausibilidad de un positivismo constitucionalista, exigiría extender mucho el argumento y presuponer demasiadas cosas que no se han

clarificado hasta el momento, por lo que la presentación completa de este aspecto deberá aguardar un poco más. Por ahora, lo que se impone es analizar otro frente abierto en contra de la tesis social, esta vez, desde la incapacidad del positivismo para explicar los desacuerdos entre juristas.

Una novela en cadena

Como se sabe, la teoría del derecho de Ronald Dworkin representa no solamente una crítica general al positivismo jurídico, sino que también entraña una concepción del derecho por sí misma (Dworkin, 2012a y 2012b; Arango, 2016). Por ello, no es extraño que el movimiento seguido por el jurista americano para alcanzar este propósito se haya concretado en tres movimientos, que constituyen los grandes sectores de su obra escrita. En el primer momento, Dworkin ataca la suficiencia de la regla de reconocimiento para dar cuenta de la existencia de principios morales en el derecho. Luego, mediante el argumento del «aguijón semántico», califica al positivismo jurídico como una teoría basada en criterios fácticos que es incapaz de explicar los desacuerdos teóricos entre juristas. Finalmente, en sustitución de lo anterior, Dworkin presenta una teoría del derecho como integridad fundada en la unidad del valor (Bonorino, 2010).

Tanto la tesis de los principios como el resto de los argumentos de Dworkin en contra del positivismo hartiano ya resultan conocidos con relativa suficiencia, por lo que puede omitirse una mención más detenida. En lo que sí es preciso detenerse es en el punto donde se resalta la existencia de desacuerdos teóricos entre juristas y la teoría del derecho como integridad, en cuanto que representan aspectos de trascendencia para comprender el sentido de la reflexión dworkiniana durante su periodo de madurez (Arango, 2016).

Para comenzar, conviene no perder de vista que la teoría de Dworkin, se estructura con base en un análisis de los casos difíciles resueltos por la Corte de los Estados Unidos (Rojas, 2006). Por esta causa, el papel de la jurisdicción representa un componente fundamental para la concepción del derecho como integridad. Este punto es importante porque aquí comienzan a separarse los caminos respecto de la posición general del positivismo jurídico. En efecto, con arreglo a lo sostenido por

aquella doctrina, cuando los jueces se encuentran ante un caso para el cual el derecho no depara una solución claramente determinada, ellos pueden resolver el asunto mediante un ejercicio de discrecionalidad que el propio ordenamiento les reconoce (Bulygin, 2015). No obstante, en contraposición, Dworkin afirma que aun en estos casos el juez se encuentra vinculado por el derecho, esta vez bajo el imperio de los principios existentes en el ordenamiento, los cuales determinan siempre una única respuesta correcta para cada caso (Arango, 2016). Entonces, bajo ninguna consideración podría aceptarse el postulado positivista según el cual en algunos supuestos el juez se limita a aplicar el derecho preexistente, mientras que en otros —los especialmente complejos— la judicatura efectivamente crea derecho mediante un ejercicio legislativo intersticial (Hart, 2014). Esta particularidad de la jurisdicción en clave positivista se expresa, verbigracia, en las canónicas palabras de Hart:

(...) he retratado la teoría del derecho (...) como acosada por dos extremos, la pesadilla y el noble sueño: el punto de vista de que los jueces siempre crean y nunca encuentran el derecho que imponen a las partes en el proceso, y el punto de vista opuesto, según el cual nunca los jueces crean derecho. Como otras pesadillas y otros sueños, los dos son, en mi opinión, ilusiones, aunque tienen muchas cosas que enseñar a los juristas en sus horas de vigilia. La verdad, tal vez trivial, es que a veces los jueces hacen una cosa y otras veces otra. (Hart, 2000, p. 348).

Ahora bien, la crítica de Dworkin es interesante no solo por su ataque a la tesis de la discrecionalidad, sino por el modelo de jurisdicción que se propone en su lugar. En efecto, el autor de *Law's Empire* no se limita a objetar el poder creativo de los jueces ante las situaciones complejas, sino que afirma categóricamente la existencia de una sola respuesta correcta para cada asunto litigioso, sin importar lo complejo o sencillo que resulte ser bajo la lupa del proceso judicial (Arango, 2016). Para Dworkin el derecho se releva como una práctica interpretativa a partir de la cual se precluye la existencia de casos sin solución.

Bajo la conceptualización del derecho como interpretación, en todos los problemas donde se invoca la presencia de las normas jurídicas con el propósito de dirimir una situación controvertida, cada uno de los participantes presentará diferentes posturas sobre lo qué es el derecho

y ofrecerá razones en defensa de las mismas (Calsamiglia, 1992). La eventual diferencia de razones respecto de un mismo asunto se explica porque cada actor en la práctica entiende lo que ella permite o requiere en función de ciertas proposiciones que solo tienen sentido dentro y a través de dicha actividad. Las proposiciones a las que Dworkin hace referencia pueden ser de dos especies: (1) las proposiciones jurídicas y (2) los fundamentos de derecho. Las primeras son afirmaciones sobre el contenido del derecho en un sistema jurídico particular, mientras que los fundamentos de derecho existen en un ordenamiento, verbigracia, si la autoridad ha dictado una ley o código donde se sustente la proposición de que se trate (Shapiro, 2012).

En este contexto, la práctica del derecho consiste en gran medida en el uso y discusión de dichas proposiciones jurídicas (Arango, 2016) y, por eso, la principal actividad de la filosofía del derecho debe ser el análisis de los diferentes tipos de argumentación que los operadores del ordenamiento emplean en sus razonamientos. Sin embargo, la teoría positivista ha descuidado esa actividad bajo el desgastado recurso de la discrecionalidad (Dworkin, 2012). En realidad, los problemas suscitados por la aplicación del derecho no se refieren, como estiman los positivistas, a si una norma ha sido dictada o no, o a si, conforme a determinados criterios semánticos, un caso pertenece al ámbito de dominio de una disposición; sino, más bien, a la determinación de cuáles son las proposiciones jurídicas que proporcionan la mejor justificación para el uso de la coacción en los casos concretos. Lo que el positivismo no alcanza a explicar es el hecho de que los juristas, con vista a un mismo sistema de fundamentos jurídicos, a menudo discrepan sobre lo que el derecho ordena, permite o prohíbe; esto es, sobre cuáles proposiciones jurídicas son verdaderas o falsas en un sistema determinado (Arango, 2016).

Los desacuerdos teóricos a los que alude Dworkin son disputas genuinas y recurrentes que ocupan gran parte de las preocupaciones de cualquier participante en la práctica social guiada a través de normas. Su origen se encuentra en el propio carácter del derecho como una actividad interpretativa constructiva. En este sentido, las interpretaciones constructivas son procesos mediante los cuales se impone un propósito

a un objeto o práctica con el fin de hacer de ese objeto o práctica el mejor ejemplo de la forma o género a la que se supone que pertenece. Dicho en breve, un propósito hace que un objeto sea lo mejor que puede llegar a ser (Dworkin, 2008). Para eso, el propósito debe ajustarse al objeto para justificarlo mejor que ninguna otra interpretación alternativa. El ajuste al objeto existe cuando la interpretación aconseja que el objeto —en nuestro caso, el derecho— exista o que tenga las propiedades que tiene; mientras que el propósito implicado en la práctica constructiva estará justificado en cuanto se considere que el objeto o la práctica en cuestión merece ser perseguida o alcanzada mediante una labor constante y coordinada. En suma, bajo la conceptualización del derecho como una práctica interpretativa es posible proporcionar no solo la mejor imagen del sistema jurídico, sino también prever una explicación plausible de los desacuerdos teóricos entre juristas.

Según el modelo del derecho como integridad, la práctica jurídica ha de justificar al derecho bajo su mejor luz posible, sin que con ello se separe de la tradición representada en los precedentes que sustenten al sistema de referencia. Para explicar esta construcción dual, Dworkin recurre a la metáfora de la *novela en cadena*. Imagine que un grupo de novelistas ha sido llamado a realizar un proyecto literario, de modo que cada uno sortea el número del capítulo que le corresponderá escribir en la obra colectiva. El escritor que obtenga el número menor en el sorteo deberá escribir la primera entrega de la obra, la cual será enviada al siguiente participante para que, a su vez, redacte el capítulo siguiente y así sucesivamente hasta que todos hayan completado su intervención. En todo caso, los novelistas —a excepción del primero— tienen la doble responsabilidad de interpretar y crear. Cada uno de ellos debe leer todo lo que se ha elaborado con anterioridad para así establecer, en el sentido interpretativo, en qué consiste la novela en el momento de ser creada, sin tener la intención de comenzar la obra desde el principio (Dworkin, 2008).

Según Dworkin, cuando el derecho se enfrenta a los casos difíciles su aplicación se asemeja al ejercicio practicado por los novelistas de nuestro ejemplo. En esos casos, cada uno de los jueces debe repasar lo que otros jueces han dictado en el pasado, no solo para saber qué han

dicho, sino para asegurarse de que la nueva decisión encuadre con la obra general escrita a lo largo de los años. Cada juez debe verse a sí mismo, al sentenciar un nuevo caso, como un eslabón en la compleja cadena de una empresa en la que todas aquellas innumerables sentencias, decisiones, estructuras, convenciones y prácticas son la historia. “Su responsabilidad es continuar esa historia hacia el futuro gracias a su labor hoy” (Dworkin, 2008, p. 167). Cada juez ante un caso, debe interpretar lo que ha venido ocurriendo hasta antes porque tiene la responsabilidad de hacer progresar la empresa del derecho y proyectarle su mejor luz “antes de tomar de golpe su propio camino” (Dworkin, 2008, p. 167).

Sin embargo, hay todavía una cuestión que Dworkin tiene que enfrentar, pues aún bajo el supuesto de que la imagen de los jueces como un eslabón de los novelistas en cadena sea correcta, no es claro que de ello derive siempre una sola respuesta correcta para cada caso. Por ello, Dworkin tiene que imaginar a un juez mitológico, dotado de un conocimiento ilimitado del derecho y con tiempo y claridad mental infinitas para estudiar con detenimiento todos los asuntos complejos sometidos a su potestad, a fin de determinar, sin margen de error, la única respuesta que el derecho —en tanto empresa interpretativa— depara para cada uno de esos casos. Naturalmente en qué medida los jueces de carne y hueso se asemejen a tal juez Hércules es una cuestión que permanece abierta para la teoría dworkiniana.

Ahora bien, me parece que el positivismo podría aceptar sin cortapisas que el ordenamiento no solo está compuesto por reglas, esto es por mandatos definitivos, sino también por principios según los cuales se recoge alguna dimensión de la moralidad. De hecho, la existencia de una regla de reconocimiento nada dice en contra de que ciertos contenidos morales puedan formar parte de los parámetros de validez del derecho (Hart, 2008). Si ello es de ese modo, entonces la primera crítica dworkiniana demostraría mucho menos de lo pretendido por su autor, y eso sería sufriente para descartarla como una crítica absoluta a la tesis de social sostenida por el positivismo.

Ahora bien, las cosas se complican desde el momento en que, al menos en una primera lectura, Dworkin parece sostener una teoría de la adjudicación particularmente exigente y paradójicamente muy parecida

a los modelos mecánicos de la jurisdicción sostenidos por Montesquieu y Beccaria. Como se sabe, para el autor de *El espíritu de las leyes* los jueces son seres que se limitan a pronunciar las palabras de la ley, pero que no pueden modular ni su fuerza ni su rigor (Montesquieu, 2006). Mientras que, para el célebre pensador italiano, la aplicación del derecho se concibe como una operación exquisitamente silogística (Beccaria, 2008). Pues bien, aun a pesar de que la argumentación de Dworkin sea mucho más sugerente y se base en metáforas fuertemente persuasivas, en el fondo la tesis de la única respuesta correcta no se encuentra muy alejada de la imagen del juez acotado y mecanicista que se limita a encontrar la «única respuesta» determinada por el derecho.

Para demostrar que las cosas son más complejas de lo que Dworkin sostiene basta revisar el papel de la jurisdicción en el Estado constitucional. En la actualidad, se dejan bajo la protección judicial decisiones sobre las cuales anteriormente se encargaba el poder político, lo cual da lugar a un mayor rango de aplicación de principios y valores que suponen un grado importante de indeterminación normativa. Frente a una magistratura cada vez más activa y consiente de su papel, el congreso y la administración han perdido influencia sobre la actividad de los tribunales supremos. Las relaciones del poder judicial con el poder político se han intensificado en el contexto del Estado moderno en la medida en que la judicatura ha servido mejor que otros poderes para procesar las demandas de la población. En parte por esa y otras causas, se ha abandonado la percepción inanimada de la jurisdicción para ceder el paso a una tendencia de acercamiento entre los poderes que, de otra parte, es característica de la sujeción del Estado al derecho. Tal como lo advierten Guarnieri y Pederzoli, queda claro que las fronteras entre la jurisdicción, la legislación y la administración tienden a borrarse. El hecho de que el juez sea también un legislador se considera ya hoy como una obvia banalidad. Los ámbitos de discrecionalidad de que dispone y las mismas características del procedimiento de decisión le llevan de hecho a participar en la formulación de las políticas públicas (Guarnieri y Pederzoli, 2009).

La propia existencia de principios es una fuente de discrecionalidad judicial consustancial a los ordenamientos, especialmente de carácter constitucional. En esa misma proporción la tesis de la única respuesta correcta sostenida por Dworkin se antoja como cada vez más complicada de realizar. En dicha tesitura, si la única respuesta correcta quiere sobrevivir a la tormenta, no puede asumirse como una tesis conceptual, sino solamente como una idea regulativa. Esta interpretación del tema, tal como es presentada por Robert Alexy, me parece correcta. Según el autor alemán, para que la tesis de la unidad de respuesta fuera acertada, tendrían que satisfacerse cinco idealizaciones: tiempo ilimitado, información ilimitada, claridad lingüística-conceptual ilimitada, capacidad ilimitada para el cambio de roles; y carencia ilimitada de prejuicios; por lo que concluye que no existe ningún procedimiento que permita llegar en cada caso a una única respuesta correcta. Sin embargo, como todos estos requisitos solo pueden cumplirse de manera aproximada, entonces la tesis en comentario solamente es exitosa si se concibe como un ideal regulativo de la función judicial, que puede alcanzarse en algunos casos, pero no en otros (Alexy, 2010).

Si la tesis de la única respuesta solo puede ser entendida bajo la presentación del ideal regulativo, entonces nada obsta para afirmar que, bajo ciertas condiciones, los jueces efectivamente crean derecho, y que cuando lo hacen deberán aducir razones generales que justifiquen la decisión y presenten al actuar del juez como el de un legislador escrupuloso al optar según sus determinadas creencias y valores. En la medida en que los jueces procedan en esta forma, estará justificado que se les autorice a seguir parámetros o razones de decisión no dictados expresamente por el derecho, a pesar de que tales parámetros puedan llegar a diferir de aquellos seguidos por otros jueces enfrentados a análogos casos difíciles. Ante dos casos para los cuales el derecho no depara ninguna solución predeterminada, los jueces podrían arribar a sentencias distintas igualmente correctas, con tal de que el operador proceda con la debida diligencia y se fundamente en las razones generales proporcionadas por la prudencia jurídica (Hart, 2014).

En suma, la existencia de una única respuesta correcta —para algunos casos fáciles— no afectaría la corrección de la tesis de la

discrecionalidad, al grado de que aquella podría ser aceptada por los positivistas sin abandonar los presupuestos esenciales de su concepción del derecho. Y si las cosas son de este modo, entonces la teoría de la adjudicación sostenida por el positivismo, se revela también en este aspecto como superior al desafío dworkiniano.

Positividad y corrección

A pesar de la enorme atención recibida por la teoría del derecho de Ronald Dworkin, no puede pasar desapercibido que la obra del autor americano se concentra solo en el análisis de la discusión jurídica en el ámbito anglosajón (Carrió, 2006). El efecto de este fenómeno es doble: por una parte, pone de manifiesto que el desarrollo del positivismo jurídico en la tradición continental no puede ser preterido en ningún estudio sobre el tema; y, de otra parte, revela que dentro de ese mismo ámbito geográfico existen alternativas al positivismo mucho más potentes que la propia teoría dworkiniana. Este es el caso, por ejemplo, de la teoría del derecho no-positivista de Robert Alexy.

La obra de Alexy se puede definir como un intento por institucionalizar los ideales de razón y justicia característicos del Estado constitucional. Por esa causa, Alexy es considerado como el más destacado representante de la «segunda escuela de Kiel», esto es, la categoría que agrupa a los juristas, que bajo los auspicios del propio Alexy —en oposición a los profesores del nacionalsocialismo que los precedieron— se han vinculado en torno al desarrollo científico del principialismo, la argumentación jurídica y el enfoque no-positivista sobre el concepto del derecho (Nava, 2015).

Ahora bien, aunque Alexy sostiene una perspectiva no-positivista, ello no implica que oscurezca otros elementos propios de la juridicidad. La apreciación de este hecho es la clave de la tesis sobre la doble naturaleza del derecho sostenida por el jurista alemán. De acuerdo con ella, derecho posee una dimensión real o fáctica y una dimensión ideal o crítica. La primera se manifiesta por los elementos de la legalidad conforme al ordenamiento y de la eficacia social. En tanto que el aspecto ideal o crítico está dado por la pretensión de corrección moral. Cuando se define al derecho solamente a partir de los elementos fácticos, se sostiene

una teoría positivista. Sin embargo, cuando se agrega la corrección moral como tercer elemento, el cuadro cambia hacía un concepto no-positivista del derecho; de modo que “la tesis de la doble naturaleza implica el no-positivismo” (Alexy, 2017, p. 25).

La obra de Alexy gira en torno a tres puntos capitales, a saber, la teoría de la argumentación jurídica, la conceptualización de los derechos fundamentales con arreglo a la teoría de los principios y la elaboración de un concepto de derecho no-positivista (Nava, 2015). Cada uno de estos aspectos se corresponde con alguna de sus obras mayores en orden de antigüedad, por lo que conviene seguir ese mismo criterio de exposición, a fin de captar la propia evolución del pensamiento del bienquisto profesor alemán y, como, en conjunto su obra desemboca en una concepción no-positivista del derecho.

Por lo que hace al primer aspecto, Alexy sostiene que el discurso jurídico es una especie del discurso práctico general, esto es, un discurso a través del cual reflexionamos sobre lo que debemos hacer y sobre las justificaciones que encontramos para ello (Alexy, 2011). De este modo, la teoría de la argumentación parece reconciliar dos aspectos aparentemente contradictorios que se hallan conectados con la tesis de la doble naturaleza. En efecto, la argumentación jurídica no sería posible sin la presencia de argumentos prácticos generales y tampoco podría realizarse sin atender y tomar en serio la validez del derecho positivo (Nava Tovar, 2015). Bajo este esquema, la teoría del discurso se presenta como un recurso analítico y normativo a través del cual es posible fundar racionalmente tanto la corrección de las decisiones tomadas en los contextos jurídicos como el análisis de la estructura lógica de los argumentos ofrecidos.

Según la teoría alexyana, un enunciado normativo será correcto cuando pueda ser el resultado de un determinado procedimiento, es decir, de un discurso racional regido por ciertas reglas de razón, de fundamentación y de distribución de cargas entre los participantes. En ese tenor, el modelo preconizado por Alexy posee una naturaleza procedimental; y en esa misma medida debe hacerse cargo de un par de objeciones que salen a su paso. En primer lugar, es necesario demostrar que tales reglas satisfacen el requisito de universalidad a fin de que

puedan ser tenidas en cuenta; y, luego, es preciso demostrar que una teoría procesal está en aptitud de garantizar la corrección de las decisiones prácticas. Sin embargo, a diferencia de lo que sostienen sus críticos, la teoría del discurso no intenta definir como absolutas determinadas reglas de una comunidad política, sino únicamente afirmar el carácter inmanente y trascendente de ciertos cuestionamientos y presupuestos básicos del lenguaje que se dan dentro de las comunidades y abarcan todas las formas de vida. Por ello, las reglas de la argumentación están justificadas en cuanto se vinculan con la autonomía de los sujetos y desde el momento en que garantizan el acceso igualitario a un debate donde predomina la coerción no coactiva del mejor argumento (Nava, 2015.). Si las cosas son así, entonces la teoría también quedaría a buen recaudo de la objeción relativa a la formalidad, en tanto que la posibilidad de arribar a un resultado acertado depende solamente del seguimiento de ciertas reglas conforme a las cuales se estructura el discurso justificativo (Nava, 2015.).

No obstante, este no es el único grupo de objeciones que se han dirigido a la teoría de la argumentación. Desde el momento en que Alexy sostiene la tesis del caso especial, esto es, que el derecho es solo un ámbito de aplicación del discurso práctico general, se corre el peligro de arrasar con la sustantividad propia de la práctica jurídica. Según los criterios más interesantes en este sentido, la tesis del caso especial incrementa el riesgo de diluir al discurso jurídico en el campo de la moral, ya que Alexy parece aceptar ciertas tesis emparentadas con el derecho natural. Sin embargo, estas críticas fallan el blanco. Si se lee con atención la obra de Alexy, no es difícil concluir que la relación entre el discurso práctico y la argumentación jurídica es solamente de género a especie, ya que subsisten ciertas características específicas del discurso jurídico, tales como el razonamiento a partir de las normas positivas o el uso de precedentes, que en su conjunto impiden la pérdida de singularidad de la argumentación jurídica dentro de los territorios morales. Además, tal como se advertirá más adelante, aunque Alexy sostiene una conexión entre el derecho y la moral, dicha vinculación sólo niega el carácter jurídico a las normas que superan un carácter extraordinariamente injusto. De este modo, incluso bajo la aplicación

de la tesis de la vinculación, en la teoría de Alexy habría espacio, por ejemplo, para ciertas normas en algún sentido injustas —inmorales— siempre que tales no superen dicho umbral extremo.

En otro orden de ideas, por lo que toca a la teoría de los principios, Alexy asegura que existe una relación interna entre los derechos fundamentales y el razonamiento jurídico. En este punto, la primera cuestión a destacar es que, frente a la elusión del problema de la fundamentación, Alexy propone un ejercicio de justificación a partir de una metafísica positiva con sentido constructivo, racional y universal (Alexy, 2011). Así las cosas, los derechos quedarían justificados a partir del juego de dar y pedir razones por medio del cual se hace explícito lo que subyace a la praxis humana. Esto implica que las prácticas discursivas se presentan en la totalidad del mundo como una característica netamente humana a la cual no se puede renunciar sin despojarse de un rasgo de identidad; por tanto, los derechos fundamentales nacen de los propios rasgos que nos confieren identidad como personas (Alexy, 2011).

Si los derechos fundamentales se conceptualizan conforme a la teoría de los principios, entonces ellos resultan ser mandatos de optimización que ordenan que una conducta se realice en la mayor posibilidad de las condiciones jurídicas y fácticas (Alexy, 2011). En este aspecto, existe un cierto acercamiento con la teoría dworkiniana; sin embargo, diferencia del jurista americano, Alexy es enfático al señalar que no puede existir una teoría del derecho que no dé cuenta de las posibles y frecuentes colisiones entre principios y tampoco sin una teoría de la adjudicación que permita establecer las pautas para resolver esta clase de concurrencias (Alexy, 2011). De esta forma, aunque el profesor alemán concibe a los derechos fundamentales como mandatos de optimización, no niega que ciertos bienes colectivos puedan ser reputados como tales, al tiempo que funda su teoría sobre la base de la libertad, la igualdad y el deber de proporcionalidad.

Justo en el campo de la solución a las colisiones entre principios se encuentra una de las partes más interesantes de la teoría de Alexy, ya que es aquí donde configura las exigencias del principio de proporcionalidad y la ponderación (Alexy, 2011). A través de la proporcionalidad se estructura el procedimiento interpretativo para la determinación del

contenido de los derechos fundamentales que resulta vinculante para el legislador. Para ello, es menester desplegar un análisis secuencial para decidir si una medida que interfiere derechos es idónea, necesaria y proporcionada en sentido estricto (Bernal, 2014). Ahora, para conocer si una medida es proporcional en sentido estricto es menester sopesar —ponderar— los principios que entran en colisión en un caso concreto a fin de determinar cuál de ellos tiene un peso mayor en las circunstancias específicas y, por lo tanto, cuál de ellos determina la solución del caso (Nava, 2015).

Si los derechos fundamentales son exigencias a ser optimizadas, entonces la teoría está atenazada por el riesgo de exigir demasiado o representar demasiado poco. Los derechos representan demasiado porque podrían conducir a un escenario en donde la constitución lo disciplinara todo asfixiando el campo para la determinación legislativa. Por el contrario, representaría demasiado poco si la expectativa de cumplimiento de los derechos pudiera ser relativizada a partir de ponderaciones judiciales en cada caso. Ante estas dos objeciones, Nava Tovar sostiene que la teoría de Alexy no conduce a ninguna de estas soluciones, pues en ella está implícita una visión procedimental sustantiva de la constitución donde se garantizan márgenes de acción estructurales y epistémicos para que el legislador, a través de un ejercicio de libre configuración, determine lo que exige cada derecho dentro del marco de lo que no viene exigido ni resulta prohibido por el texto constitucional (Nava, 2015).

Finalmente, como tercer gran apartado de su obra, Alexy sostiene una teoría del derecho de carácter no-positivista. Según este enfoque existen relaciones conceptuales y necesarias entre el derecho y la moral, tal como lo muestra la tesis de la doble naturaleza del derecho. Con arreglo a esta tesis, el aspecto ideal de la práctica jurídica se encuentra conectado con la idea de la pretensión de corrección. Según el profesor tudesco, tanto los sistemas jurídicos en su conjunto como las normas jurídicas y las decisiones individualizadas necesariamente erigen una pretensión de corrección moral. En la pretensión de corrección se encuentra uno de los vínculos más estrechos entre Alexy y el argumento de la injusticia formulado por Radbruch durante la etapa final de su vida,

el cual podría sintetizarse en la afirmación de que la injusticia extrema no es derecho (Alexy, 2011).

A partir de un análisis de los delitos cometidos durante el nacionalsocialismo y por los centinelas del muro de Berlín durante la Guerra Fría, Alexy considera que existe un umbral en donde la injusticia de las normas es en tal grado extrema que les priva por completo del atributo de la juridicidad (Alexy, 2011). Es justo aquí donde resulta más claramente la tesis de la doble naturaleza, pues la teoría no-positivista de Alexy solo negaría el carácter jurídico a una clase especial y restringida de normas extremadamente injustas y no a cualquier norma que presentara un defecto moral tolerable. Así, el concepto de derecho resulta fortalecido no solo por la existencia de una dimensión real, representada por la vigencia y la eficacia social, sino también por la pretensión de corrección moral, que evidencia su conexión con ciertos aspectos valorativos relevantes (Nava, 2015).

Ahora bien, ¿cuál debería ser la actitud positivista frente a la teoría de Robert Alexy? En principio, por lo que hace a la teoría de la argumentación jurídica, ella representa un aspecto infravalorado por el positivismo. Sin embargo, tal situación no debe conducir al abandono del positivismo como concepción del derecho, sino más bien a su fortalecimiento mediante la teorización de los aspectos omitidos. Con arreglo a esta forma de entender el asunto, si bien es cierto que “las teorías de Kelsen, Ross, Bobbio, Hart, Alchourrón y Bulygin no proporcionan una teoría del razonamiento jurídico en los Estados constitucionales” (Chiassoni, 2016, p. 236), ello no implica que no tengan algo que decir sobre el derecho contemporáneo. “Ellas contienen ideas valiosas acerca de la interpretación y del razonamiento jurídico en general: y, por lo tanto, útiles para comprender cómo es, cómo funciona, el derecho tanto en los Estados legislativos de derecho como en los Estados constitucionales” (p. 236).

Por otro lado, si bien Alexy sostiene la existencia de un vínculo entre el derecho y la moral, ello no implica que el positivismo jurídico esté impedido para receptar tanto la tesis de la pretensión de corrección como la existencia de conexiones de hecho entre el derecho y la moral. En efecto, si el positivismo no se encuentra comprometido con una conexión

identificativa entre el derecho y la moral, ni está reñido con la afirmación sobre el valor moral contingente del derecho; y tampoco resulta necesario para ser positivista sostener alguna especie de escepticismo moral, tal como ya lo he referido más arriba. Entonces no habría inconveniente para aceptar la tesis de la pretensión de corrección y tampoco, incluso, la posibilidad de alguna (o algunas) relaciones no necesarias entre el derecho y la moral.

No obstante, que la teoría no-positivista de Alexy no logre desbancar al positivismo no implica que deba ser descartada sin más. Por el contrario, ella debe ser tomada en serio no únicamente desde las filas del constitucionalismo argumentativo a que da lugar, sino principalmente desde el frente positivista, porque ningún jurista que sostenga la tesis social y la separación entre el derecho y la moral, podrá dejar de ajustar cuentas con Robert Alexy.

El constitucionalismo positivista

Consideradas en su conjunto, tanto la teoría del derecho como integridad y la tesis en torno a la naturaleza dual del derecho coinciden en su identificación sobre la insuficiencia del positivismo como concepción jurídica general y apuntarían a favor de sostener el argumento de la irrelevancia anunciado al principio. Es cierto que ambos enfoques recorren caminos diversos, principalmente en función de su distinta génesis intelectual, aunque al final del sendero los dos concluyen en un punto común representado por su rechazo al positivismo jurídico. Si la presentación realizada hasta ahora fuera la única posible, indudablemente nos encontraríamos ante el ocaso de una doctrina que gozó del predominio teórico durante los últimos dos siglos, pero que ahora pasaría a ocupar un volumen más en el estante de la historia de las ideas jurídicas. No obstante —y tal vez para fortuna de los positivistas—, esta no es la única manera de presentar el asunto. Una alternativa, específicamente con miras a incorporar los rasgos del proceso de constitucionalización como parte del paradigma positivista todavía es posible. Si esto es así, entonces el positivismo jurídico no es forzosamente incompatible con las exigencias de los sistemas constitucionales que sirven de banco de prueba al argumento de la irrelevancia. Todavía queda

un camino viable para alguna especie de constitucionalismo positivista, y para demostrarlo me serviré de un conocido trabajo de Luis Prieto Sanchís (2005).

En *Constitucionalismo y positivismo* (2005) antes de entrar a la «defensa» de su tesis capital, Prieto comienza por denunciar los efectos del prejuicio antipositivista. Según su opinión, la mayoría de las objeciones en contra de esta corriente son desfavorables por poco meditadas. En más ocasiones de las que recomienda la prudencia, los críticos se encargan de discutir tesis que los positivistas en realidad nunca han sostenido o que se mueven en planos distintos al auténtico centro de la concepción jurídica cuestionada (Prieto, 2005). Este sería el caso de Radbruch cuando culpa al positivismo de ser el causante de los horrores del nazismo (García, 2003), o cuando se considera que el positivismo asume un modelo de adjudicación mecanicista, más cercano a los postulados de la Escuela de la Exégesis, que a la tesis de la discrecionalidad compartida por la mayoría de los exponentes actuales de aquella doctrina.

Si a este “prejuicio antipositivista” (García, 1998, p. 368) se suma que a menudo el proceso de constitucionalización es asociado con una carga positiva, desde el momento que modifica el estatuto de la ciencia jurídica y la conformación de los ordenamientos —porque si el derecho habrá de responder a ciertas exigencias de valor, entonces los juristas al acercarse a su objeto de conocimiento no solo colaborarían con una obra del poder, sino que estarían prestando sus servicios a una empresa *justa*—, es más fácil comprender que los espacios del positivismo sean cada vez más exiguos, no porque en realidad lo sean, sino porque así se quiere hacer parecer por los «nuevos amigos de la constitución».

Mencionadas este par de cuestiones introductorias, el segundo paso para demostrar la posibilidad del constitucionalismo positivista, supone desmitificar el uso de los conceptos implicados (Prieto, 2005). Como se sabe, el constitucionalismo puede entenderse en tres sentidos diversos: ya sea como teoría del derecho, como metodología, o bien como una ideológica jurídica (Comanducci, 2009). Como teoría del derecho, el neoconstitucionalismo aspira a describir los logros del proceso de constitucionalización, por lo que dicha doctrina se presenta como

una alternativa respecto a la teoría positivista tradicional mediante la asunción de un modelo de la constitución concebida como norma. En su orden, el neoconstitucionalismo metodológico se caracteriza por sostener la tesis de la conexión necesaria, identificativa o justificativa entre el derecho y la moral; y finalmente, en su faceta ideológica, la corriente en estudio asume un enfoque que no solo describe los logros del proceso de constitucionalización, sino que además “los valora positivamente y propugna su defensa y ampliación” (Comanducci, 2009, p. 50).

Si ahora aplicamos estas categorías a la clásica distinción señalada por Bobbio en torno las formas en que se puede hablar del positivismo jurídico, resultará que también existen tres variantes no necesariamente conectadas en las que una teoría del derecho podría participar de los postulados de esa corriente (Prieto, 2005). Según la primera de esas acepciones, conforme a un determinado enfoque metodológico, es preciso distinguir entre el derecho como un hecho social y el derecho como una idea de valor, de modo que la teoría únicamente debe ocuparse del derecho realmente existente, mas no del derecho ideal o valorativamente deseable (Bobbio, 2009). En segundo lugar, de acuerdo con la acepción del positivismo como teoría, se entiende una “concepción particular del derecho que vincula el fenómeno jurídico a la formación de un poder soberano capaz de ejercitar la coacción” (Bobbio, 2009, p. 49). Finalmente, en su cariz ideológico, el positivismo jurídico afirma que el derecho «que es», por el solo hecho de existir adquiere un valor positivo, favorable a su obediencia; es decir, “prescindiendo de toda consideración acerca de su correspondencia con el derecho ideal” (p. 52).

Así las cosas, la única acepción que representa el sentido focal del positivismo jurídico es la que se vincula con un cierto enfoque metodológico para distinguir el derecho que es frente al derecho que debería ser conforme a algún aspecto valorativo. Pero esta asunción no se encuentra vinculada con ninguna tesis estatalista ni tampoco presupone la existencia de un deber moral de obediencia respecto del derecho positivo. En consecuencia, si se contrastan los tres planos en que puede ser entendido el proceso de constitucionalización con el sentido focal del positivismo como método, se podrán extraer una serie de interesantes consecuencias.

En primer lugar, respecto de las versiones del constitucionalismo teórico e ideológico, los positivistas podrían observar satisfactoriamente los logros del proceso de constitucionalización e incluso contribuir en su teorización mediante una descripción detallada de los mismos. Pero ello no implica caer en el exceso de sustituir la adhesión al positivismo ideológico —que postulaba el deber de obediencia del derecho por el solo hecho de ser positivo— para entronizar ahora una observancia acrítica de la constitución por la vía de una vinculación moral. Esto quiere decir que las normas derivadas de la constitución no son percibidas favorablemente solo por creer que tienen una carga positiva comunicada automáticamente por la regla fundamental, sino porque satisfacen los criterios establecidos por aquella, tanto en lo que respecta a su forma de producción como en lo que hace a su contenido concreto (Prieto, 2005).

Esto reduce la magnitud de los desencuentros entre ambas corrientes. Ahora el punto de la *litis* se centra en la manera en cómo la tesis de la separación —tan querida por el positivismo— puede resistir a los afanes de la vinculación entre el derecho y la moral sostenida por los neoconstitucionalistas. Pero, aunque ello nos coloca de lleno ante el verdadero problema a dilucidar, pronto resalta un punto de acuerdo entre los contendientes. En efecto, tanto los valedores de la separación como los adalides de la conexión entre el derecho y la moral, estarían de acuerdo en que dicha vinculación no puede implicar sin más una completa confusión entre ambos dominios del comportamiento (Prieto, 2005). Suponer semejante cosa conllevaría a que cualquier defecto moral privaría del carácter jurídico a las normas legales, lo cual es inaceptable para todos. En consecuencia, la tesis de la vinculación tendría que reformularse conforme a cualquiera de estas dos hipótesis: sea como una tesis sobre la especificidad del razonamiento jurídico o como una afirmación relacionada con la unidad de la razón práctica.

Según la primera de las versiones expuestas, en los sistemas constitucionalizados el razonamiento jurídico viene a ser una especie del razonamiento moral. Sorprendentemente si la tesis de la vinculación se quiere mantener en esos términos, el positivismo podría conceder el punto sin problemas, con tal de que la remisión al ámbito de la moralidad se realice solo en los sistemas jurídicos que satisfacen dos condiciones

necesarias y conjuntamente suficientes: en primer lugar, que se trate de sistemas constitucionalizados donde existan tales referencias a la moral; y que se considere al razonamiento jurídico como una especie del razonamiento moral sólo en los casos donde la ley fundamental expresamente emplee semejantes referencias morales.

Por el contrario, si la relación entre el derecho y la moral se refiere a una proposición acerca del razonamiento práctico general, su fortuna dependerá de las razones favorables que puedan esgrimirse en torno a la unidad del razonamiento práctico. Pero nuevamente, los positivistas —o al menos algunos de ellos— no quedarían mal parados si un objetivismo moral mínimo resulta demostrado. En efecto, de acuerdo con algunas versiones del positivismo jurídico incluyente, la unidad del razonamiento práctico es plausible y en realidad resulta bastante inocua. En última instancia, la unidad del razonamiento, como se ha dicho, parece requerir de un cierto objetivismo moral a partir del cual sea posible arribar a determinados acuerdos prácticos en el derecho. Es aquí donde el positivismo incluyente asienta el golpe y sostiene que es posible arribar a esos acuerdos desde el momento en que reparamos en el hecho de que los jueces son agentes morales y cuando toman decisiones que afectan el bienestar de terceros (lo que ocurre virtualmente siempre en las decisiones judiciales) deben (un deber moral) fundarlas en normas morales.

Sin embargo, el deber de fundamentación moral de las decisiones judiciales no supone que el derecho deje de ser una cuestión de hechos sociales, ni mucho menos que la vinculación entre el derecho y la moral se presente como un asunto conceptual. Contrariamente a ello, tales relaciones son un asunto de hecho relacionado con la eficacia del sistema jurídico, pues si el derecho pretende ser exitoso al momento de cumplir su función en la resolución de los problemas de coordinación de la vida social, no podría desconocerse que constantemente existen traslapes con el contenido de una moral social e históricamente determinada. En conclusión, si la vinculación del derecho es un asunto contingente y predicable no con relación a un orden de valores eternos e inmutables, sino sociales e históricamente demarcados, entonces no se alcanza a ver ningún inconveniente al desarrollo de un constitucionalismo positivista

(Prieto, 2005). Esto es de un constitucionalismo conocedor de que la constitución encarna un consenso de moralidad pública, por cierto, no solo entre funcionarios, y de que, por tanto, expresa decisiones abiertamente morales (Prieto, 2005). Y si las cosas son así, entonces el positivismo jurídico se revela como una concepción superior a sus más cercanos contrincantes.

Cómo refutar el argumento de la irrelevancia

En la última línea del apartado anterior deslicé la conclusión de que el positivismo es una concepción jurídica superior a sus más cercanas competidoras, pero no dije nada más. Tal situación podría mover a la desazón a cualquiera que haya seguido el desarrollo de la cuestión hasta aquí. ¿Por qué el positivismo jurídico es una concepción superior frente a sus más cercanas competidoras? ¿Esto es una afirmación objetiva o se corresponde más bien a un juicio de valor subjetivo? Es hora de afrontar ambas interrogantes y, de paso, responder la pregunta de por qué no deberíamos dejar atrás al positivismo jurídico.

En general, la objeción que subyace en las críticas al positivismo tiene que ver con su aparente imposibilidad para dar cuenta de la existencia de criterios morales de validez. Sin embargo, ello no sería así en todos los escenarios posibles. Como sabemos, la jurisprudencia conceptual se encarga de explicar el concepto del derecho tal como lo determinan nuestras prácticas lingüísticas; por lo tanto, mientras que nuestras prácticas lingüísticas ordinarias permitan la posibilidad de un sistema jurídico con criterios morales de validez, entonces la posibilidad de que —como factor contingente— la regla de reconocimiento pueda incluir criterios morales de validez, no es una cuestión imposible. Nada menos, en un reciente y estimulante libro, Kenneth Einar Himma sostiene explícitamente un parecer semejante, cuando dice que “si no hay otras razones de peso para pensar que es conceptualmente imposible que un sistema jurídico incorpore criterios morales de validez, la tesis de la incorporación parece ser verdadera en lo que respecta a nuestro concepto de derecho” (Himma, 2025, p. 242). Esa es la tesis de fondo que se ha tratado de demostrar a lo largo de esta contribución

Bajo semejante entendimiento, ante la recomendación de Atienza y Ruiz Manero, se podría replicar que no es necesario abandonar al positivismo, en cuanto que dicha concepción del derecho no deviene incapaz, por ejemplo, para explicar nuestras prácticas constitucionales. A ello hay que sumar, también, el mayor potencial explicativo del positivismo en la medida que presenta un concepto de derecho más sencillo y menos engorroso que los enfoques no-positivistas (García, 1998). Si el derecho se define solamente en virtud de la tesis social y de la tesis de la separación como una instancia de la primera, claramente se evita cualquier consideración metafísica sobre la esencia de lo jurídico, al tiempo que se responde a los usos corrientes que la propia palabra «derecho» presenta en el lenguaje ordinario.

Una definición positivista del derecho no requiere de la elucubración previa de qué sea lo justo o con arreglo a qué orden de valores ese concepto deba ser determinado, situación que es previa y fundamental, por ejemplo, para el iusnaturalismo. Sin embargo, que el positivismo evite cualquier consideración ética, no quiere decir que también abjure de todo compromiso moral. El positivista constata lo que históricamente se ha entendido o considerado como derecho en un sistema de referencia, pero ello no supone que por ello justifique también la aplicación de un derecho injusto. Como lo dice García Amado (2003), ante la iniquidad, el parecer del positivista y del no-positivista es semejante “el juez que se ve en la tesitura de aplicar una ley inicua dimite si es positivista puro y duro; permanece en su plaza y la declara nula si es iusnaturalista. Pero ninguno, honestamente, la aplicaría” (p. 284).

Por otro lado, curiosamente el concepto no-positivista del derecho estaría en un riesgo mayor de caer en el despotismo tan atribuido al positivismo jurídico del medio siglo. Si el no-positivismo reconoce un contenido de justicia a todos los ordenamientos a los que se les da el calificativo de jurídicos, entonces tácitamente estaría modificando la intensión y la extensión del concepto del derecho. Como explica García Figueroa (1998), con la intensión de un concepto se hace referencia a las propiedades que definen a una cosa, mientras que la extensión expresa el conjunto de elementos a los que el concepto cubre o a los que se refiere. Bajo esta tesitura, en la intensión del concepto no-positivista del derecho

se presupone un «cierto contenido de justicia» pero sin que la extensión del concepto sea modificada.

El problema es que la extensión del término derecho usada por los no-positivistas sigue estando determinada típicamente por los criterios señalados por el positivismo jurídico, con lo cual se llegaría al contrasentido de sostener un concepto de derecho con una intensión no-positivista, pero con una extensión claramente positivista. Y el resultado no puede ser más inaceptable: se llegaría al extremo de considerar como ejemplos de ordenamientos jurídicos a sistemas que garantizan un mínimo de justicia que apenas supere el límite inferior antes de la ausencia de esa propiedad (García, 1998). Ese es el sentido de la expresión, incluso del segundo Radbruch, según la cual la existencia de la ley siempre es mejor que su ausencia.

En la medida que el concepto de derecho positivista, determinado por la tesis social, la tesis de la separación y la de la discrecionalidad, presenta una mayor capacidad explicativa y un menor riesgo de incurrir en confusiones, derivadas de la aceptación acrítica de prácticamente cualquier sistema jurídico, ella presenta una palmaria superioridad explicativa. En suma, la tesis social —y sus desdoblamientos visibles en la tesis de la separación y la discrecionalidad— representan el último bastión del positivismo jurídico, y mientras ellas no caigan tampoco lo hará la concepción del derecho que ellas contribuyen a mantener en pie. En tanto eso sea de este modo, no sería sensato abandonar estos elementos aún relevantes del positivismo jurídico.

Referencias

- Albert, M. (2013). ¿Qué es el derecho? La ontología jurídica de Adolf Reinach. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alchourrón, C. y Bulygin, E. (2013). *Sistemas normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*. Astrea-Universidad de Medellín.
- Alexy, R. (2010). Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. En *Derecho y razón práctica*, (4.ª ed.). Fontamara.
- Alexy, R. (2011). La doble naturaleza del derecho. En Bernal Pulido, Carlos. (Ed.), *La doble dimensión del derecho. Autoridad y razón en la obra de Robert Alexy*. Palestra.

- Alexy, R. (2017). Los principales elementos de mi filosofía del derecho. En *La doble naturaleza del derecho*. Trotta.
- Ansuátegui, F. J. (2017). Sobre la tensión entre constitucionalismo y democracia. En Mora Sifuentes, F. *Democracia. Ensayos de filosofía política y jurídica* (2.ª ed.). Fontamara.
- Arango, R. (2016). ¿Hay respuestas correctas en el derecho? (2.ª ed.). Siglo del Hombre Editores/Universidad de los Andes.
- Atienza, M. y Ruiz, J. (2007). Dejemos atrás el positivismo jurídico. *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, (27). ITAM/Fontamara.
- Beccaria (2008). *Tratado de los delitos y de las penas*. Porrúa.
- Bernal, C. (2014). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. (4.ª ed.). Universidad Externado de Colombia.
- Bobbio, N. (2009). *El problema del positivismo jurídico*. (1.ª ed.). Fontamara.
- Bonorino, P. (2010), *Dworkin*. Ara Editores.
- Bulygin, E. (2008). Discurso pronunciado por el Dr. Eugenio Bulygin con motivo de su investidura como doctor honoris causa por la Universidad de Alicante. *Academia. Revista sobre enseñanza del derecho* (12).
- Bulygin, E. (2015). El positivismo jurídico. En *Cátedra Ernesto Garzón Valdés 2005*, (2.ª ed.). Fontamara.
- Calsamiglia, A. (1992). El concepto de integridad en Dworkin. *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, (12).
- Carrió, G. (2006). *Notas sobre derecho y lenguaje*. (5.ª ed.). Lexis-Nexis/Abeledo-Perrot.
- Chiassoni, P. (2016). *El discreto placer del positivismo jurídico*. Universidad Externado de Colombia.
- Comanducci, P. (2009). Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. En Carbonell, M. (Ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*. (4.ª ed.). IIJ/UNAM-Trotta.
- Dworkin, R. (2008). Cómo el derecho se parece a la literatura. En *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*. Siglo del Hombre Editores/Universidad de los Andes.
- Dworkin, R. (2012a). *Los derechos en serio*. Ariel.
- Dworkin, R. (2012b). *El imperio de la justicia*. (2.ª ed.). Gedisa.
- García, J. A. (2003). *Ensayos de filosofía jurídica*. Temis.
- García, A. (1998). Reseña a *Constitucionalismo y positivismo*. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (54).

- García, A. (2005). Derecho, metafísica y naturaleza. Alexy en la región de las verdades eternas. En Bernal Pulido, C. (Ed.). *La doble dimensión del derecho. Autoridad y razón en la obra de Robert Alexy*. Palestra.
- García, E. (2006). *Introducción al estudio del derecho*. (59.º ed.). Porrúa.
- Guarnieri, C. y Pederzoli, P. (2009). *Jueces y política*. Taurus.
- Hart, H.L.A. (1977). American Jurisprudence Through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream. *Georgia Law Review*, 11(5). https://digitalcommons.law.uga.edu/lectures_pre_arch_lectures_sibley/33
- Hart, H.L.A. (2000). Una mirada inglesa a la teoría del derecho norteamericana: La pesadilla y el noble sueño. En Casanovas, P. y Moreso, J. J. *El ámbito de lo jurídico*. Crítica.
- Hart, H. L. A. (2008). *Postscriptum* a “El concepto de derecho”. En *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*. Siglo del Hombre Editores/ Universidad de los Andes.
- Hart, H. L. A. (2014). Discrecionalidad. *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho* (37).
- Himma, K. E. (2025). *Moralidad y naturaleza del derecho*. Puno, Zela.
- Kelsen, H. (2013). *La teoría pura del derecho. El método y los conceptos fundamentales*. Colofón.
- Lyons, D. (1998). *Aspectos morales de la teoría jurídica. Ensayos sobre la ley, la justicia y la responsabilidad política*. Gedisa.
- Montesquieu (2006). *Del espíritu de las leyes*. Tecnos.
- Mora, F. (2019). H. L. A. Hart: Vida y contexto filosófico. *Problema. Anuario de filosofía y teoría del derecho*, (13). IIJ/UNAM.
- Nava, A. (2015). *La institucionalización de la razón. La filosofía del derecho de Robert Alexy*. Universidad Autónoma Metropolitana.
- Nino, C. S. (2013). *Algunos modelos metodológicos de «ciencia» jurídica*. Fontamara.
- Paulson, S. (2011). El sentido mismo del positivismo jurídico. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, (102).
- Prieto, L. (2005). *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara.
- Raz, J. (2011). *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*. Ediciones Coyoacán.
- Rojas, V. M. (2006). El concepto de derecho de Ronald Dworkin. *Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM*, (246).
- Shapiro, S. (2012). El debate “Hart-Dworkin”: Una breve guía para perplejos. En Melero de la Torre, M. (Ed.), *Dworkin y sus críticos. El debate sobre el imperio de la ley*. Tirant lo Blanch.

Villa, V. (2024). *Historia de la filosofía del derecho analítica*, Puno, Zela.
Wittgenstein, L. (1987). *Tractatus logicus-philosophicus*. Alianza Editorial.

***Jesús Everardo Rodríguez Durón**

Formación: Doctor en derecho por la Universidad de Guanajuato; miembro del Sistema Nacional de Investigadores de la Secretaría de Ciencia, Humanidades, Tecnología e Innovación (SNII/SECIHTI). Ocupación: Profesor de las maestrías en justicia constitucional y ciencias jurídico penales, así como del doctorado interinstitucional en derechos humanos de la Universidad de Guanajuato. Líneas de investigación: Teoría y filosofía del derecho; derecho constitucional; teoría de los derechos fundamentales, justicia constitucional. Contacto: everardord@hotmail.com; ORCID: <https://orcid.org/0009-0005-6970-2697>