

## Incorporacionismo, criterio material de validez y certeza del Derecho\*

Por RAFAEL ESCUDERO ALDAY  
Universidad Carlos III de Madrid

Quiero comenzar esta respuesta a las observaciones formuladas por la profesora Victoria Iturralde a mi trabajo *Los calificativos del positivismo jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral* (Civitas, Madrid, 2004) agradeciendo la gentileza y buena disposición con la que ha aceptado discutir sobre el mismo, así como el interés con el que siempre ha seguido este trabajo. Sin duda alguna, sus opiniones contribuyen a profundizar en el debate sobre el estatuto del positivismo jurídico, en particular, y de la teoría del Derecho, en general.

### 1. LAS RAZONES DEL INCORPORACIONISMO Y SUS CRÍTICAS

Una de las discusiones principales que actualmente se abordan en el ámbito de la filosofía del Derecho es la relativa a toda la polémica generada en torno al llamado incorporacionismo o positivismo jurídico incluyente. En términos generales, se caracteriza esta posición por defender la tesis según la cual la moralidad puede determinar tanto la existencia como el contenido del Derecho, es decir, que lo que sea el

---

\* Una primera versión de este trabajo fue presentada y discutida en el Seminario del Departamento «Giovanni Tarello» de Cultura Giuridica (Sección de Filosofía y Sociología del Derecho) de la Universidad de Génova el día 20 de mayo de 2005. Agradezco a las y los participantes las críticas y observaciones al trabajo, así como por supuesto la invitación a participar en el Seminario.

Derecho puede depender de su adecuación a la moralidad. Esto supone admitir que la moral puede ser un criterio de identificación de lo jurídico; o, en términos más simples, que la moral puede ser entendida como una fuente del Derecho<sup>1</sup>.

En el interior del propio positivismo jurídico, ésta parece ser la posición mayoritariamente asumida por los autores que se declaran pertenecientes a esta teoría del Derecho, quienes suelen argüir una –o ambas– de las siguientes razones en favor de la citada tesis. En primer lugar, señalan que la incorporación de la moral al Derecho en los términos ya señalados es una realidad constatable hoy en muchos sistemas jurídicos, donde aparecen –frecuentemente con rango constitucional– referencias a principios o valores morales. Si esto es así, negar que la moral pueda ser fuente del Derecho sería negar la realidad. Entonces, una teoría del Derecho que no diera cuenta de esta circunstancia sería, simplemente, una teoría incorrecta al fracasar en su propósito de ofrecer una adecuada descripción del funcionamiento, la práctica y los problemas de los sistemas jurídicos.

La segunda razón se sitúa, en cambio, en un plano prescriptivo o normativo. Se alega que la inclusión de la moral en textos jurídicos, como pueden ser las constituciones o las leyes, es una buena forma de garantizar el cumplimiento de esos principios morales que se incorporan. Se dice, por ejemplo, que el juez constitucional cuenta así con argumentos jurídicos para declarar la inconstitucionalidad de una ley que vulnerase alguno de estos principios morales<sup>2</sup>. Argumentos con los que el juez no contaría de no existir esta incorporación o presencia de la moral en los enunciados jurídicos. Todo ello hace que, a pesar de los problemas de incertidumbre que pudieran generarse, sea preferible un Derecho donde así se incorporen a otro que carezca de este tipo de referencias.

Así pues, son éstas las dos razones sobre las que se sustenta el positivismo incluyente o incorporacionismo. Esta corriente debe, además, dedicar gran parte de su argumentación a mostrar la compatibilidad de sus afirmaciones con las premisas tradicionales del positivismo jurídico, dado que en gran medida la polémica se sitúa en el interior de esta teoría. En efecto, existen algunos autores, a quienes suele agruparse bajo la etiqueta de positivismo jurídico excluyente, que rechazan las razones en las que se apoya la tesis incorporacio-

---

<sup>1</sup> La definición del incorporacionismo o positivismo jurídico incluyente puede encontrarse en COLEMAN, J., *The Practice of Principle. In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 126-130; y WALUCHOW, W., *Inclusive Legal Positivism*, Clarendon Press, Oxford, 1994, pp. 80-84. Por supuesto que, a pesar de compartir una línea general común, existen diferencias entre ambas formas de argumentación. Un análisis de las mismas se lleva a cabo en ESCUDERO, R., *Los calificativos del positivismo jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral*, Civitas, Madrid, 2004, pp. 81-150.

<sup>2</sup> Véase la exposición de este argumento –calificado de «argumento moral»– en WALUCHOW, W., *Inclusive Legal Positivism*, *op. cit.*, pp. 88-98.

nista<sup>3</sup>. Y lo hacen mediante la refutación de las dos tesis anteriormente expuestas. Señalan, por un lado, que aceptar la posibilidad de que lo que sea el Derecho pueda depender de su adecuación a la moralidad es una descripción incorrecta del funcionamiento del mismo; e insisten, por otro, en que tal forma de entender la realidad jurídica sería, además, peligrosa en lo que a los resultados prácticos se refiere<sup>4</sup>.

En definitiva, el rechazo de las posiciones incorporacionistas descansa en una premisa básica, de la cual se derivan las conclusiones que acaban de señalarse. Consiste ésta en negar la posibilidad de que la validez de las normas jurídicas pueda ser una cuestión que se suscite al margen de su origen, *pedigree* o forma de producción. Las normas son válidas por su origen formal y no por una supuesta adecuación a ciertos contenidos morales, por mucho que aparezcan referencias a estos contenidos en textos jurídicos de rango superior como pueden ser las constituciones. El Derecho –se dice por los críticos positivistas del incorporacionismo– es una cuestión fáctica y, en consonancia, la validez de sus normas proviene única y exclusivamente de hechos, más o menos complejos, a los cuales se atribuye la capacidad para crear normas jurídicas. Según los términos de la clásica distinción entre criterios formales y materiales de validez, los positivistas excluyentes proponen rechazar la admisión de criterios materiales de validez<sup>5</sup>. A continuación se expondrán las razones en las que se basa esta última conclusión.

## 2. CONVENCION Y VALIDEZ JURÍDICA

El Derecho no es algo que pueda configurarse al margen de la aportación humana. No es, en este sentido, un producto de la naturaleza. Al contrario, su existencia depende de lo que nosotros, las personas, consideremos y queramos que sea. De ahí que no podamos enten-

<sup>3</sup> Rechazan también la propia consideración de esta teoría como positivista. No obstante, esta cuestión –la de si el incorporacionismo es o no positivismo jurídico– puede pasar a un segundo plano ante la que parece la principal: el análisis de las propuestas del positivismo incluyente, con independencia de la etiqueta que merezcan. En todo caso, si se pretende incidir en esta cuestión, resultan de extrema utilidad los argumentos que expone Ronald Dworkin para negar la etiqueta de positivismo al positivismo incluyente. Véase «Thirty Years On», *Harvard Law Review*, vol. 115, núm. 6, 2002, pp. 1650-1665.

<sup>4</sup> Las líneas generales del positivismo excluyente pueden encontrarse en RAZ, J., *The Ethics in the Public Domain*, Clarendon Press, Oxford, 1994, pp. 210-237; SHAPIRO, S., «Law, Morality and the Guidance of Conduct», *Legal Theory*, vol. 6, 2000, pp. 127-170; y MARMOR, A., *Positive Law and Objective Values*, Clarendon Press, Oxford, 2001, pp. 49-70.

<sup>5</sup> Lo que no significa excluir la posibilidad de que puedan existir conexiones entre el Derecho y la moral, algunas de las cuales –derivadas de la propia concepción sistemática del Derecho– serían más que contingentes. Véase, en este sentido, RAZ, J., «About Morality and the Nature of Law», *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 48, 2003, pp. 10-13.

derlo, estudiarlo ni identificarlo fuera de su consideración como un producto social. Su comprensión requiere del análisis de las prácticas, costumbres y actuaciones de los sujetos llamados a crearlo, aplicarlo y obedecerlo. A este marco general de comprensión no puede escapar tampoco todo lo relativo a su identificación. En efecto, cuál sea el Derecho válido –entendido en el sentido del que se aplica y vincula a sus destinatarios– dependerá de una práctica concordante de los operadores jurídicos al respecto, es decir, de una convención<sup>6</sup>.

A los efectos únicamente de alcanzar una mayor claridad en el análisis, podrían diferenciarse dos aspectos de esta convención. En primer término, la convención se produce sobre los lugares de los que emanan normas jurídicas o, dicho en otros términos, sobre cuáles sean las fuentes del Derecho. En efecto, el hecho de que la publicación de una ley en un «Boletín Oficial» sea fuente de normas jurídicas depende, en última instancia, de que exista la práctica general compartida de considerar que tal publicación convierte a su contenido en jurídicamente vinculante. Esta práctica general de actuación de los jueces y operadores jurídicos es lo que Hart pretendía reconstruir teóricamente a través del conocido instrumento de la regla de reconocimiento.

Existe también un segundo punto sobre el que ha de producirse esta convención. Consiste éste en el acuerdo sobre el significado de los enunciados lingüísticos emitidos por estas fuentes del Derecho. Acuerdo que se manifiesta en una práctica común por parte de los operadores jurídicos sobre el contenido de las disposiciones de los textos jurídicos<sup>7</sup>. De modo que la validez de las normas depende, entonces, de una práctica común de interpretar de forma concordante el significado de los términos lingüísticos que se contienen en esos textos jurídicos. Pues bien, determinar la existencia de esta convención es, sin duda alguna, una tarea que resulta extremadamente más complicada que la primera, máxime cuando –como es el caso de los modernos sistemas constitucionales– en estos enunciados lingüísticos

---

<sup>6</sup> Muchos autores consideran que el convencionalismo –entendido como la defensa de la tesis según la cual tanto la existencia como el contenido del Derecho es algo que depende sólo de hechos sociales– es el contenido mínimo del positivismo jurídico. Véase un ejemplo en BAYÓN, J. C., «El contenido mínimo del positivismo jurídico», en Zapatero, V. (ed.), *Horizontes de la Filosofía del Derecho. Homenaje a Luis García San Miguel*, vol. 2, Universidad de Alcalá de Henares, Madrid, 2002, p. 37.

<sup>7</sup> Tiene razón Victoria Iturralde cuando propone tener siempre presente la distinción entre enunciados normativos y proposiciones normativas, dado que con ella se logra evitar la imprecisión que podría generarse con un uso genérico del concepto de norma. Propone hablar de enunciados jurídicos –para referirse a los enunciados lingüísticos que aparecen en textos tales como leyes, sentencias o constituciones– y hacerlo de proposiciones normativas –para referirse a las expresiones lingüísticas acerca de los enunciados jurídicos. No obstante, parece reflejar mejor el lenguaje común que utilizan los juristas la distinción entre norma y proposición normativa, y de ahí que sea ésta la que se utilice en el texto en cuestión. Desde esta diferencia, la validez sería una característica predicable de las normas, pero no de las proposiciones normativas, es decir, de los enunciados que los juristas formulan acerca del Derecho válido.

se incorporan conceptos morales. En efecto, resulta más sencillo constatar que los jueces consideran la Constitución, las leyes o las costumbres jurídicamente vinculantes que constatar que todos ellos entienden lo mismo por dignidad, libre desarrollo de la personalidad o lo que sea una discriminación injusta.

Entonces, la propuesta incorporacionista se encuentra con un primer problema. Ha de demostrar que, aun existiendo estos conceptos relativos a la moral en textos jurídicos vinculantes, sigue siendo posible constatar una práctica común y convergente de considerar como válidas y, por tanto, aplicar las normas que en ellos se contienen. Pero puede suceder más bien todo lo contrario: que los operadores y autoridades difieran en torno al significado de tales términos, y que lo hagan hasta un punto en que lo que se constate sea un profundo desacuerdo sobre la forma como han de reconocerse dichos conceptos morales. Si esto fuera así, sólo a duras penas podría hablarse de convención<sup>8</sup>.

No obstante lo anterior, el positivismo incluyente necesita escapar de este problema para así continuar afirmando que, aun en estas situaciones, se constata la existencia de una convención. La vía para hacerlo se basa en la forma de entender lo que sea una convención<sup>9</sup>. Póngase como ejemplo una regla de reconocimiento en cuyos términos figura el respeto al libre desarrollo de la personalidad, y por tanto que no es Derecho aquello que no lo haga. Entonces, la convención se constata en la medida en que jueces y operadores jurídicos se muestran de acuerdo en que debe respetarse el principio de libre desarrollo de la personalidad, aunque entre ellos discrepen acerca del contenido que haya de darse a este principio. Se podrá discrepar, sí, en lo que sea más acorde con el libre desarrollo de la personalidad, o en que tal medida legislativa promueve u obstaculiza dicho principio, pero no en que siempre debe actuarse desde la base de su respeto. Existirá, pues, la práctica común y concordante de considerar como válidas las normas que satisfagan el libre desarrollo de la personalidad. Desde esta opción teórica, la moral –encarnada en este caso en el citado principio– determina el Derecho válido porque existe una convención entre autoridades y operadores jurídicos consistente en que sea así, aun cuando –se insiste– éstos puedan discrepar en cuanto a los términos de la convención.

La primera crítica que puede hacerse a esta argumentación es que produce una trivialización de la idea de la convención. En efecto, pretende salvar la existencia de una convención allí donde puedan existir discrepancias y comportamientos divergentes. Y si una convención es algo, es precisamente acuerdo y convergencia, no desacuerdo y disparidad. Para salvar esto, lo que se hace es reconducir la convención a un nivel superior de discusión: se dice que existe la convención porque

<sup>8</sup> Esta es la razón por la que, en opinión de Dworkin, el incorporacionismo está lejos de merecer la etiqueta de positivismo jurídico. Véase, de nuevo, *Thirty Years On*, *op. cit.*, pp. 1658-1662.

<sup>9</sup> Este argumento se desarrolla, fundamentalmente, por Jules Coleman. Véase *The Practice of Principle...*, *op. cit.*, pp. 74-102.

todos están de acuerdo en considerar como válidas las normas que satisfacen el libre desarrollo de la personalidad, aun cuando se discrepe sobre el contenido de tal principio. Y así cada desacuerdo puede convertirse en acuerdo si se eleva a un nivel superior de abstracción, hasta el punto de que, por mucho que se discrepara, siempre podría haber un acuerdo y una convención, como sería en este caso la de actuar según la moral. En estas condiciones, de poco serviría el instrumento de la convención; siquiera sería útil para mostrar una diferencia entre aquellos supuestos donde sí existe una práctica social convergente y aquellos otros donde no la hay.

Quizá resulte más interesante la segunda crítica. Si la convención consiste en que la moral pueda determinar el Derecho válido, aun cuando cada autoridad u órgano competente tenga una concepción diferente de la moral, entonces toda decisión adoptada por una autoridad competente que dice respetar el principio moral de que se trate es jurídicamente válida. Y ello porque, sea cual sea el tenor concreto de la decisión resultante, en todo caso se está siguiendo la convención: actuar según la moral. De esta forma, esta crítica coloca al positivismo incluyente ante una tesitura de difícil salida. Por un lado, le acerca a la que parece ser una conclusión claramente no positivista. Se llegaría a ella si se afirmara que es la moralidad de la decisión –o, mejor dicho, la apelación a la moralidad en la decisión– el elemento que convierte en jurídicamente válida a dicha decisión. Y puede decirse que ésta –hacer depender la validez de las normas de su contenido moral– es una conclusión que se aleja de los parámetros clásicos del positivismo jurídico<sup>10</sup>. No en vano esta forma de argumentar recuerda mucho a la que Dworkin presenta como el modelo del «juez Hércules» y su teoría del Derecho como integridad.

Tampoco parece que sea muy aconsejable la segunda opción, consistente en entender que, dado que el juez siempre seguirá la moral –o por lo menos eso dice–, lo decisivo es que la decisión se haya adoptado correctamente desde un punto de vista formal. Es decir, que la decisión –en la que, sí, se apela a la moral– sea adoptada por el órgano competente, dado que existe la convención de considerar las decisiones del mismo como jurídicamente vinculantes. Entonces, sea cual sea la propuesta moral a la que el órgano en cuestión haya recurrido para dotar de contenido a su decisión, ésta es en todo caso jurídicamente válida. Si esto es así, al final se ha llegado a la misma conclusión a la que llega el positivismo excluyente y, por tanto, todo el camino emprendido por el incorporacionismo habría sido un esfuerzo baldío<sup>11</sup>. Como se verá más adelante, no es ésta la única tesitura de este tipo a la que debe enfrentarse la propuesta incorporacionista.

<sup>10</sup> Entre otros, Aldo Schiavello se muestra muy crítico con esta posible conclusión, la cual –en su opinión– facilita mucho el trabajo de los que se oponen al positivismo jurídico. Véase *Il positivismo giuridico dopo Herbert, L. A. Hart. Un'introduzione critica*, Giappichelli, Turín, 2004, pp. 160-161.

<sup>11</sup> Consúltense los términos de este dilema en BAYÓN, J. C., «Derecho, convencionalismo y controversia», en Navarro, P. y Redondo, M. C. (comps.), *La relevancia*

### 3. IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO Y VALIDEZ JURÍDICA

Se terminó el punto anterior afirmando que la validez de las normas jurídicas viene determinada exclusivamente por su origen o *pedigree*, es decir, por haber sido creadas por un sujeto del que se predica su competencia para producirlas, de acuerdo con un procedimiento que –generalmente pero no siempre– suele terminar con su publicación en un instrumento habilitado a tal efecto. A este instrumento es al que los juristas acuden para conocer el Derecho. En efecto, su origen es lo que determina la validez de las normas jurídicas, y no su contenido, por más que pueda gustar o desagradar aquello que se contempla en sus términos.

En este momento, el del conocimiento o identificación del Derecho, el pretendido criterio material no tiene nada que decir. El contenido de las normas, así como la valoración que del mismo pudiera hacerse, resulta un dato irrelevante para considerarlas como jurídicamente válidas. En consecuencia, la identificación del Derecho es una labor que se realiza sin que se recurra a ningún tipo de evaluación o valoración moral relacionada con los términos presentes en dicho Derecho<sup>12</sup>. Es, en este sentido, una cuestión meramente fáctica y en ningún caso afectada por la moral<sup>13</sup>.

Se puede afirmar, por tanto, que la existencia e identificación de las normas es un dato objetivo, dado que resulta independiente de la valoración que pueda hacerse sobre su contenido. Podría sostenerse entonces, sin caer en incoherencia alguna, que un juez se ha «equivocado» en su decisión, pero que ésta es jurídicamente válida. La sentencia resultante existe, vincula y se aplica aunque se considere que sus términos no se han ajustado a lo establecido en una norma de rango superior, como lo es por ejemplo una ley. Es ésta la premisa común bajo la que actúan los juristas y cualquier reconstrucción teórica de la misma debe, si pretende ser fiel a la realidad, reconocer este hecho y ajustarse al mismo.

*del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Gedisa, Barcelona, 2002, pp. 74-76.

<sup>12</sup> Se trata de lo que Christian Dahlman denomina el reconocimiento de las normas jurídicas en un sentido epistémico. Es en este sentido en el que ha de entenderse la tesis positivista excluyente de las fuentes sociales del Derecho: toda norma proviene de un hecho más o menos complejo, de manera que su existencia puede describirse sin recurso a la moral. Véase «Adjudicative and Epistemic Recognition», *Analisi e diritto*, 2004, pp. 237-239.

<sup>13</sup> Incluso de la propia argumentación de Victoria Iturralde se desprende que, al final, la identificación de lo jurídico es algo que depende de razones exclusivamente formales. Si es el órgano competente el que decide si una norma –o, en sus palabras, un enunciado jurídico– «es» o no válida, lo determinante por tanto es que se produzca esa decisión según los cauces establecidos al efecto. Es esa decisión, y no la argumentación contenida en la misma, lo que hace que tal norma sea válida y vinculante. Efectivamente, tal declaración puede ser susceptible de crítica, en función de su mayor o menor justificación, de su escasa o prolija argumentación, o de otros factores que puedan entrar en juego. Nadie duda de la importancia de tales tareas, pero, si quiere evitarse que se produzcan confusiones, han de ser separadas de la labor de identificación de lo jurídico.

Una posición diferente –como es la que sostiene el positivismo incluyente– se encuentra en dificultades a la hora de ofrecer una explicación a situaciones como la que acaba de advertirse. Situaciones en las que la existencia de la norma es un dato perfectamente constatable por cualquiera, del mismo modo que también lo es una opinión mayoritaria que denuncia la incoherencia de lo dispuesto en esta norma con respecto a lo establecido en una norma de rango superior. Conviene advertir, desde el principio, que esta contradicción puede suceder no sólo respecto a un principio moral establecido en una norma superior, sino también en lo que a cuestiones de otra índole se refiere. Es más, bien podría suceder que un juez vulnerase un requisito de competencia y que, aún así, la sentencia fuera jurídicamente válida. Pero, el hecho de que el problema se repita con respecto a los requisitos formales o de *pedigree* no es una razón que permita la falta de respuesta al mismo cuando éste se produce en lo que al hipotético respeto a la moral se refiere. No en vano la presunta incorporación de los principios y valores morales al Derecho aumenta sobremanera un problema que puede existir, sí, en sede formal<sup>14</sup>.

Una forma de explicación a la que suelen recurrir los incorporacionistas consiste en traer a colación la ya clásica distinción entre validez y aplicabilidad de las normas jurídicas<sup>15</sup>. Se dice así que la validez de una norma requiere el respeto de los requisitos formales y materiales, mientras que es tan sólo el cumplimiento de los requisitos de forma o *pedigree* lo que determina su existencia. Y es ésta la que a su vez determina la aplicabilidad o producción de efectos jurídicos de la norma. Bien, parece que esta distinción adolece de dos problemas. El primero de ellos tiene que ver con el concepto de validez al que remite; un concepto que va más allá de la mera aplicabilidad –e incluso del de la pertenencia de la norma al sistema– y que conduce a entender aquélla como una característica de las normas que no afecta para nada a su consideración como jurídicas. Es, pues, una forma de entender la validez que en la práctica aleja este concepto de todo lo que tiene que ver con la identificación del Derecho.

El segundo de los problemas guarda relación con el sentido que quiera darse a las distinciones y clasificaciones que aparecen en el estudio del Derecho y en el lenguaje de los juristas. Y con su utilidad, algo que no parece que en este caso se cumpla. Planteada en los términos ya señalados, esta distinción entre validez y aplicabilidad carece de relevancia a efectos prácticos, dado que –válida o no– la norma

<sup>14</sup> El expuesto en el texto es, en opinión de Bruno Celano, un problema irresoluble desde el punto de vista teórico: el de la antítesis que se genera entre el carácter definitivo de una decisión, por un lado, y su corrección, por otro. Véase «Diritti, principi e valori nello Stato costituzionale di diritto: tre ipotesi di ricostruzione», *Analisi e diritto*, 2004, p. 55.

<sup>15</sup> Véanse los términos de la distinción entre ambos conceptos en GUASTINI, R., *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Giappichelli, Turín, 1996, pp. 282-285.



adquiere carácter jurídico y despliega todos sus efectos. Entonces, confunde más que ayuda a sus posibles destinatarios decirles que pueden existir normas inválidas pero que actúan como si fuesen normas válidas. No parece que sea ésta una buena pedagogía de lo jurídico.

Quizá sí tenga sentido la distinción conceptual cuando se trata de explicar diferencias reales. Por ejemplo, para explicar la aplicación de una norma derogada, o para entender mejor situaciones en las que, por ejemplo, un juez español tiene que aplicar una norma de Derecho italiano; situaciones en las que, en definitiva, se recurre a una norma que en el momento de su aplicación no pertenece al Derecho. En estos casos la distinción conceptual sí cuenta con una base empírica que la hace adecuada a los efectos de comprender mejor la realidad, pero parece inadecuada cuando no recoge diferencia alguna. Es más, en estos casos la distinción también tiene sentido porque refleja una forma clara y decidida de entender la validez. Se definiría ésta como la pertenencia de las normas, y no como su mera aplicabilidad. De esta forma se explicarían aquellos casos en los que se aplican normas no pertenecientes al sistema, bien porque se han derogado bien porque no han sido creadas por los cauces establecidos por el propio sistema, como es el supuesto de la aplicación de normas de Derecho extranjero. Pero, no se explica claramente por los incorporacionistas cuál es el concepto de validez que proponen, y los efectos jurídicos con los que se acompaña, salvo esa genérica vinculación entre validez y respeto a los contenidos de las normas jerárquicamente superiores<sup>16</sup>. En definitiva, parece más bien que esta distinción entre validez y existencia se utiliza por los incorporacionistas únicamente para «salvar» a una teoría que no reconstruye adecuadamente el fenómeno de la identificación del Derecho<sup>17</sup>.

#### 4. APLICACIÓN DEL DERECHO Y VALIDEZ JURÍDICA

Merece la pena distinguir entre la identificación del Derecho –labor para la que no se requiere recurso alguno a la moral– y su apli-

---

<sup>16</sup> Esta misma crítica puede aplicarse a la diferencia propuesta por la profesora Iturrealde entre validez y presunción de validez. Y ello porque tal distinción sigue sin dejar manifestar con toda su extensión cuáles son el significado y los efectos de ese concepto de validez que se postula.

<sup>17</sup> Otro ejemplo similar de este tipo de confusiones aparece en una reciente sentencia del Tribunal Constitucional español, la STC 47/2005, de 3 de marzo, relativa a una ley autonómica valenciana en virtud de la cual se segregan centros y enseñanzas de una universidad para readscribirlos a otra. En esta sentencia el Tribunal, si bien declara la constitucionalidad de la medida, considera que en el proceso de toma de decisión de la misma no se ha cumplido lo que sería el «óptimo constitucional»; consistente, en este caso, en escuchar la posición del Consejo Social de la universidad afectada. Sin entrar en el fondo del asunto, creo que los recurrentes tienen motivos suficientes para sentirse algo más que perplejos.

cación por parte de los órganos competentes para ello. Éste es el punto donde la propuesta incorporacionista podría encontrar mayores visos de tener éxito. No en vano es innegable la presencia de principios y valores morales en textos jurídicos y, últimamente, en textos constitucionales, los cuales «irradian» –así suele decirse– su contenido por todo el sistema jurídico. De acuerdo con ello, desde el positivismo incluyente se sostiene que, a la hora de determinar el contenido del Derecho, tanto los legisladores como los jueces deben recurrir a la moral<sup>18</sup>. Es ésta, por tanto, una labor imprescindible para aplicar las disposiciones jurídicas de rango superior por parte del órgano competente para ello. Y, dado que los conceptos morales figuran en los textos jurídicos, su contenido debe ser utilizado por el órgano en cuestión a la hora de adoptar su decisión. Tal decisión no es entonces discrecional, sino que es un acto de aplicación de Derecho; y un acto, además, acerca del cual se puede predicar su corrección o incorrección<sup>19</sup>.

Conviene advertir, de entrada, que no hay nada en la propuesta del positivismo excluyente que impida aceptar esta realidad. No son infrecuentes las situaciones en las que el propio Derecho, a través de una de sus normas, requiere que una situación se resuelva de acuerdo con la moral, ni tampoco son pocas las referencias a la moral que aparecen en los modernos textos constitucionales. Tampoco cree el positivismo excluyente que las decisiones jurídicas afectadas por estas llamadas a la moral sean siempre y en todo caso decisiones discrecionales, donde no haya ningún elemento que permita calificar la actuación del operador jurídico como correcta o incorrecta<sup>20</sup>. La diferencia radica en cómo entender esas apelaciones a la moral, así como en las consecuencias que supone asumir una u otra posición.

Como su propio nombre indica, el incorporacionismo postula que los contenidos de esa moral a la que debe acudir para aplicar el Derecho pasen a formar parte del Derecho. Esto no es una mera cuestión de calificativos, dado que sólo entendiendo así la incorporación cobra sentido la afirmación de que la labor del juez no es discrecional al recurrir a esa moral. Lo sería si pudiera o tuviera que decidir conforme a estándares normativos no jurídicos. Pero no lo será si, como postula esta teoría, el contenido de la moral forma parte del Derecho

---

<sup>18</sup> Es, en los términos de Dahlman, el reconocimiento de las normas en un sentido adjudicativo, a distinguir del sentido epistémico ya analizado. En su opinión, las normas de adjudicación –que son las que el juez debe seguir a la hora de aplicar el Derecho– pueden requerir que se acuda a la moral para determinarlo. Además, es esta diferencia entre los sentidos epistémico y adjudicativo del reconocimiento la que disuelve, según sus palabras, la polémica entre positivismo jurídico incluyente y excluyente. Véase *Adjudicative and Epistemic Recognition*, *op. cit.*, p. 239.

<sup>19</sup> Compruébese esta posición en MORESO, J. J., «Positivismo giuridico e applicazione del diritto», *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, año XXXV, núm. 1, junio de 2005, pp. 234-235.

<sup>20</sup> Esta precisión puede encontrarse en REDONDO, M. C., «Sul positivismo giuridico e l'applicazione del diritto», *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, año XXXV, núm. 1, junio de 2005, p. 247.

preexistente, es decir, del material jurídico al que el juez debe recurrir para que su decisión se considere correcta desde el punto de vista jurídico. En este caso no existe discrecionalidad, es decir, no hay una creación libre de Derecho por parte del juez, sino tan sólo la mera aplicación de un Derecho que preexiste a la toma de decisión.

Los incorporacionistas predicán la objetividad del Derecho, entendida en el sentido de que resulta posible conocer de una forma objetiva el contenido del mismo, incluidos por supuesto los derechos y deberes que éste atribuye a las partes en juego. Y ello es así –continúan afirmando– aun cuando en el interior de los enunciados jurídicos estén presentes conceptos morales, es decir, aunque las normas jurídicas reenvíen a la moral para determinar su significado<sup>21</sup>. Esto hace que el positivismo incluyente vincule su destino con la teoría conocida como objetivismo moral, según la cual resulta posible conocer el significado correcto de los términos morales al margen de la opinión y creencias de los sujetos. No puede ser de otra forma, dado que las restantes opciones le conducirían a un resultado distinto al deseado.

Es obvio que, cuando se hacen referencias a principios morales, éstas no han de ser entendidas como llamadas a que el juez los aplique y desarrolle de acuerdo con su visión de la moral. Aparte de los problemas de incertidumbre que tal opción podría generar, lo cierto es que no es ésta la vía seguida por los incorporacionistas. Y ello porque, de considerarse así, estas referencias a principios o valores morales no serían otra cosa que apelaciones a la discrecionalidad del juzgador, que resolvería cada caso en función de su opción moral. Sería ésta una conclusión no querida por los positivistas incluyentes, ya que conduciría finalmente a la idea de que cada reconstrucción de la moral realizada por el juez pasaría a formar parte del Derecho. No es éste el sentido con el que los positivistas incluyentes pretenden incorporar la moral al Derecho.

Tampoco parece que depare un mejor resultado para los objetivos del positivismo incluyente entender que las referencias a la moral lo son a la moral social. Sería así si se admitiera que estos principios y valores morales han de ser incorporados de acuerdo con las prácticas y convenciones seguidas dentro del grupo afectado por la norma en cuestión. Y que, por tanto, lo que se incorpora al Derecho no es lo que debería entenderse de acuerdo con una hipotética moral objetiva y correcta, sino lo que los sujetos consideraran así a través de sus actuaciones, prácticas y convenciones. No sería, pues, una pena o un trato inhumano y degradante lo que resultara de una hipotética concepción objetiva y racional acerca de lo que sea inhumano y degradante, sino

---

<sup>21</sup> Señala Susanna Pozzolo que uno de los principales problemas de la propuesta incorporacionista es el desconocimiento de la polisemia del término «moral», dado que en ocasiones no queda claro si se refiere a la moral individual, a la social o positivizada, o a la universal u objetiva. Véase, de esta autora, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Giappichelli, Turín, 2001, pp. 153-154.

lo que las prácticas de los sujetos señalaran como tal. Baste ahora con advertir que, de adoptarse esta posición, el positivismo incluyente se encontraría con un resultado al que precisamente no querría llegar. En efecto, si la determinación de la moral que se incorpora al Derecho es una cuestión de actuaciones, prácticas y convenciones, entonces las normas jurídicas afectadas por esa moral social o convencional se determinan por y mediante hechos. Esto es, precisamente, lo que sostiene el positivismo jurídico excluyente.

En definitiva, la única opción que parece más ajustada a sus propósitos es la de asumir que, cuando en el Derecho aparecen conceptos morales, lo que se incorpora y forma parte del mismo es el contenido objetivo de tales principios. Es lo que se conoce con el nombre de moral ideal, correcta o racional<sup>22</sup>. Y en efecto ésta es la opción seguida, a pesar de ciertas reticencias iniciales, por la gran parte de los incorporacionistas<sup>23</sup>. Solo así –añaden– puede predicarse tanto la objetividad del Derecho como la posibilidad de afirmar que existen decisiones legislativas o judiciales erróneas. No obstante, conviene analizar con detenimiento las premisas de esta conclusión.

En primer término, resta siempre abierta la cuestión sobre la plausibilidad o no del objetivismo moral, dado que si éste se revela como una teoría incorrecta, entonces el positivismo incluyente correría la misma suerte. Ante este riesgo, una estrategia adoptada ha sido la de rebajar el listón del objetivismo y admitir que éste pueda ser compatible con la discrepancia y el desacuerdo en materia moral; e incluso con que la respuesta moral ante alguna cuestión discutida sea simplemente la de no adoptar ninguna opción, de manera que la decisión quede abierta a la voluntad del sujeto<sup>24</sup>. Entonces, del mismo modo que el Derecho sería objetivo en parte de su ámbito, dentro del cual las decisiones adoptadas no serían discrecionales, quedaría todo otro ámbito en el que puede que no exista esa objetividad, esa posibilidad cierta de ofrecer respuestas jurídicas en términos de verdad y falsedad. En este ámbito, las decisiones del legislador o del juez que dice «aplicar» un principio moral no estarían guiadas por Derecho alguno; o, también, cabrían varias soluciones jurídicas igualmente correctas, dado que varias serían asimismo las formas de entender y desarrollar

---

<sup>22</sup> Aun cuando no sea objeto de estas páginas, conviene traer a colación la advertencia de Hart sobre la vinculación de la teoría del Derecho con la teoría moral. En su opinión, el positivismo jurídico, en cuanto teoría del Derecho, debía permanecer al margen de la disputa sobre el estatuto de los principios morales y de los juicios de valor relacionados con ellos. Véase el «Postscript» a la segunda edición de *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 1994, pp. 253-254.

<sup>23</sup> Es, según Pozzolo, la única opción que les permite seguir sosteniendo la especificidad de sus tesis. En caso de no adherirse al objetivismo moral, convertirían el uso de estándares políticos y morales por parte de los jueces en un mero ejercicio de discrecionalidad. Véase *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, *op. cit.*, pp. 158-159.

<sup>24</sup> Véase este intento en MORESO, J. J. y VILAJOSANA, J. M., *Introducción a la teoría del derecho*, Marcial Pons, Barcelona, 2004, p. 200.

el principio moral en cuestión<sup>25</sup>. Será tras la adopción de la respuesta por parte del operador jurídico competente cuando se habría fijado el Derecho objetivo, pero no antes<sup>26</sup>.

Además, hay razones para afirmar que este ámbito de actuación discrecional es mayor del que en un principio podría pensarse. Y, en cualquier caso, supera la «marginalidad» por lo menos en dos sentidos<sup>27</sup>. El primero, en el cuantitativo: la posibilidad de que se produzcan nuevas situaciones a dirimir por los jueces, ante las que el Derecho existente no ofrezca solución alguna, es algo que no puede cerrarse de antemano ni restringirse a un ámbito residual. Tampoco conviene olvidar que una cosa es lo que los jueces dicen hacer –aplicar el Derecho– y otra bien diferente lo que realmente hacen, es decir, crear nuevo Derecho a partir de enunciados normativos tan genéricos que permiten cualquier tipo de interpretación. En esos casos se actúa discrecionalmente; aplicando, sí, la moral pero no el Derecho, porque no hay Derecho preexistente sobre el que basar la cuestión<sup>28</sup>.

El segundo sentido en el que conviene reubicar este tipo de situaciones es en el cualitativo. En efecto, puede que estas decisiones discrecionales se produzcan en mayor medida a la hora de desarrollar preceptos constitucionales bien por parte del legislador bien por lo que a la labor del juez constitucional se refiere. Es decir, en el punto central de la toma de decisiones políticas de una sociedad democrática. A ello ha de sumarse la que –según se alega frecuentemente– resulta ser una característica de los modernos textos constitucionales: su flexibilidad para adaptarse a desarrollos políticos y legislativos de diverso signo, según sea en cada momento la opción mayoritaria de las y los ciudadanos. Bien, si todo esto es así, nada impide que puedan considerarse tales decisiones como discrecionales, en el sentido de

<sup>25</sup> Serían supuestos en los que, a decir de Eugenio Bulygin, el intérprete no cuenta con un criterio objetivo que le guíe en su decisión, de manera que la toma por su cuenta, fijando así el contenido del Derecho. Este es uno de los sentidos –añade– en los que puede afirmarse que las decisiones judiciales contribuyen a la determinación y objetividad del Derecho. Véase «Objectivity of Law in the View of Legal Positivism», *Analisi e diritto*, 2004, pp. 225-226.

<sup>26</sup> Efectivamente coincido con Victoria Iturralde cuando afirma que la interpretación es una de las vías a través de las cuales las valoraciones penetran en el mundo jurídico. Pero, lo hacen en este momento, que es el de la fase de aplicación o determinación del Derecho y no en la de su identificación.

<sup>27</sup> El término es de Moreso, para quien la discrecionalidad se produce tan sólo en casos marginales. Véase «Positivism giuridico e applicazione del diritto», *op. cit.*, p. 234.

<sup>28</sup> Por poner un ejemplo, creo que sólo así puede entenderse la decisión del Gobierno español relativa a la dispersión de los presos condenados por delitos de terrorismo. Se consideró que enviarlos a cárceles situadas casi a mil kilómetros de distancia de su lugar de residencia era una medida que no contrariaba el requisito constitucional de no imponer penas o tratos inhumanos o degradantes. Desde mi punto de vista, la constitucionalidad de la decisión sólo cabría entenderla en este sentido: una medida discrecional adoptada sobre la base de consideraciones de índole política y amparada en una indeterminación de los conceptos morales que podrían entrar en juego.

que el legislador opta por una de las muy distintas posibilidades a las que podría acogerse para desarrollar un principio o valor moral. Piénsese, por ejemplo, en temas como la constitucionalidad o no de matrimonios entre personas del mismo género, los supuestos de interrupción voluntaria de embarazos o la discutida cuestión de la paridad en las listas electorales. En estos casos –y otros tantos que podrían exponerse–, optar por una u otra solución es una decisión política, ante la que siempre podría traerse a colación una interpretación de un principio moral presente en un texto jurídico que lo justificara<sup>29</sup>.

No obstante, discrecionalidad no debe confundirse con arbitrariedad. Que el operador jurídico posea ese margen para la toma de decisiones no significa que puedan ser siempre adoptadas a su libre arbitrio, sin posibilidad alguna de control objetivo. Incluso, también allí donde los principios y valores morales estén presentes. Es en este momento en el que cobra importancia todo lo relacionado con la interpretación y la argumentación jurídica. Se necesita de esta labor, como es obvio, para diferenciar entre los casos que requieren el recurso a la discrecionalidad y los que no, por tener estos últimos una solución jurídica aplicable al caso. Y, después, para construir dicha solución conforme al material jurídico disponible. Material entre el que, por supuesto, se encuentran los enunciados lingüísticos, los precedentes, la interpretación que se ha dado a tales principios y valores morales en otras decisiones jurídicas y, asimismo, el consenso o acuerdo que exista en la comunidad acerca del significado de tales términos<sup>30</sup>. Cabe, pues, el recurso a la moral, pero no a una hipotética moral objetiva y correcta, sino a la moral social y convencional, constatable empíricamente. Una vez más, se llega al plano de los hechos, en el que permanece inalterada la tesis positivista fuerte de las fuentes sociales del Derecho<sup>31</sup>.

Pero, si en la labor de desarrollo o concretización de un principio, no resulta posible acudir a ninguna de las instancias señaladas en el párrafo anterior, es decir, no hay hecho alguno al que recurrir, o si los hechos constatados a los que sí se puede acudir sirven para justificar soluciones contrapuestas, entonces lo que sucede propiamente es un acto de creación de nuevo Derecho por parte del órgano competente para ello. Una creación de Derecho que es, por un lado, el ejercicio de una acción discrecional y, por otro, el resultado del recurso a consi-

<sup>29</sup> Claro que, este tipo de supuestos, también podría alegarse que al final existe una conexión con un principio moral incorporado en un texto jurídico. Pero, no parece que sea esta «delgada» conexión en la que estén pensando los positivistas incluyentes, dado que se trataría de la moral «positivizada», ya presente en un texto y, por tanto, reconducible a una cuestión fáctica. Otra cosa bien distinta es, como señala Iturralde, la dificultad existente a la hora de determinar su contenido.

<sup>30</sup> Y también, parafraseando los términos de Victoria Iturralde, cabe recurrir a todos esos «lugares comunes» que se mencionan, más que se usan, para justificar un resultado determinado. Ahora bien, parece más adecuado señalar que en ese caso se está ante supuestos de creación de Derecho, y no de una mera aplicación del mismo.

<sup>31</sup> Véase esta conclusión en ESCUDERO, R., *Los calificativos del positivismo jurídico...*, *op. cit.*, pp. 253-254.

deraciones morales, políticas o de cualquier otro tipo, pero no de carácter jurídico; por lo menos, hasta que se adopta la decisión. Y, llegados a este punto, resulta indiferente que se mantenga o no una concepción objetivista de la moral por parte del órgano en cuestión: se crea nuevo Derecho y se crea, no porque sea moralmente correcto, sino porque existe una decisión dotada de autoridad para ello<sup>32</sup>.

## 5. INCORPORACIONISMO Y CERTEZA DEL DERECHO

Hasta el momento lo que se ha pretendido en estas páginas es simplemente ofrecer una serie de puntos que conducen a rechazar la descripción del funcionamiento de los sistemas jurídicos realizada por parte del incorporacionismo. Resta ahora dedicar algunas líneas a la refutación del segundo gran argumento del positivismo incluyente: el que se sitúa en un plano normativo o prescriptivo. Consiste éste en afirmar que, a pesar de los problemas de certeza que pudieran generarse con un sistema jurídico plagado de conceptos morales –problemas que podrían repercutir negativamente en el principio de autonomía de la persona–, siempre será preferible a otro en donde estos conceptos y llamadas a la moral no aparezcan. Es más, puestos a elegir, garantiza mejor el principio moral de la autonomía personal un Derecho que también reserve un lugar a la argumentación moral –aun cuando, se insiste, ello suponga un cierto sacrificio para la certeza–, que no otro en el que el ideal de la certeza se convierta en una especie de absoluta obsesión por la misma<sup>33</sup>.

Este argumento de carácter prescriptivo pretende ofrecer una respuesta a un argumento opuesto, que frecuentemente se arguye por quienes insisten en considerar que el Derecho no debe ser identificado a través del recurso a la argumentación moral<sup>34</sup>. Este argumento se basa también en el principio de autonomía personal, al que se asocia con la certeza del Derecho, el *rule of law* y la existencia de normas generales, claras y perfectamente cognoscibles por sus destinatarios,

<sup>32</sup> Lo cual tampoco obsta a que se ofrezcan argumentos en favor de que esa decisión sea jurídicamente incorrecta, bien porque se considere que no había espacio para esa creación de Derecho, bien porque se arguya en favor de la existencia de material jurídico al que recurrir para resolver la cuestión. Ahora bien, en tanto no se produzca una declaración autoritativa rectificadora de tal decisión, ésta es jurídicamente válida y como tal tiene que ser identificada.

<sup>33</sup> Véase el desarrollo completo de esta argumentación incorporacionista en MORESO, J. J., «Positivismo giuridico e applicazione del diritto», *op. cit.*, pp. 235-243.

<sup>34</sup> Últimamente han sostenido este argumento, entre otros, autores como Tom Campbell y Liborio Hierro. Véanse, respectivamente, *The Legal Theory of Ethical Positivism*, Dartmouth, Aldershot, 1996, pp. 69-85; y «¿Por qué ser positivista?», *Doxa*, vol. 25, 2002, pp. 298-299. Véase una argumentación similar –presentada bajo el lema «menos neoconstitucionalismo y más neocodificación»– en LAPORTA, F. J., «La reinención de la ley», en Pozzolo, S. (ed.), *La legge e i diritti*, Giappichelli, Turín, 2002, pp. 13-28.

de manera que puedan prever las consecuencias de sus conductas con anterioridad a la realización de las mismas. Sería ésta la gran aportación del Derecho moderno y algo que, de adoptarse esta propuesta incorporacionista, sufriría un enorme menoscabo<sup>35</sup>.

Elegir entre una u otra argumentación no es algo que pueda plantearse en términos absolutos. Ambas posiciones tendrían argumentos para justificar la opción por cada una de ellas. Y, sin duda, la elección por una de ellas no puede dejar de reconocer las aportaciones que desde la otra podrían hacerse. Quizá la elección no deba plantearse en términos absolutos. No obstante, pueden ofrecerse algunos argumentos que conducirían a rechazar las virtudes de esa pretensión prescriptiva o normativa característica del positivismo incluyente. A ello se dedicarían estas últimas líneas.

En primer lugar, la propuesta incorporacionista siembra el camino para que se produzcan intentos de manipulación moral por parte de las autoridades competentes para aplicar y desarrollar estos principios y valores constitucionalizados. Bajo esta expresión se pretende hacer referencia a los intentos de legitimar una decisión jurídica sobre la base del pretendido respeto a un valor moral<sup>36</sup>. Esto parece especialmente grave cuando se trata del juez constitucional, dado que con su actuación puede enmendar la plana al legislador, que en las democracias modernas –por lo menos formalmente– es el representante de la voluntad general. Dos son los problemas que podrían producirse de asumirse la propuesta incorporacionista: el primero, que el tribunal constitucional podría arropar con el manto de la moral objetiva una decisión adoptada sobre la base de la creencia moral de sus miembros. No cabe duda que la moral goza de una suerte de *vis atractiva* y que una apelación a sus términos permite justificar la decisión adoptada con mayor facilidad que si se apelara, por ejemplo, a cuestiones políticas o de oportunidad<sup>37</sup>. El segundo, que a través de esta opción se terminaría por conceder al juez constitucional un poder que bien podría calificarse de insoportable, en el sentido de que siempre podría justificar sus decisiones bajo el atributo de la objetividad e imponerlas frente a las del legislador<sup>38</sup>.

<sup>35</sup> Señala Paolo Comanducci que la falta de certeza es una peligrosa consecuencia de la ideología «neoconstitucionalista», debido –entre otros factores– a la insistencia en realizar una interpretación moral de la Constitución. Los parecidos con el incorporacionismo son más que notables. Véase «Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico», en Carbonell, M. (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003, p. 91.

<sup>36</sup> Conviene advertir que ya Hart había rechazado expresamente la existencia de «legisladores morales». Compruébese en *El concepto de derecho* (1961), 1.ª ed., trad. G. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1977, pp. 217-218.

<sup>37</sup> Esta posibilidad recuerda a lo que tradicionalmente se llamó el «positivismo ideológico», descrito como aquella teoría según la cual la juridicidad de una norma determina directamente su moralidad.

<sup>38</sup> Este problema fue expuesto hace ya tiempo por Hans Kelsen, lo que le llevó a proponer la ausencia en los textos constitucionales de este tipo de cláusulas de apertura a la moral. Véase «La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia consti-



Tampoco cabe desconocer, en segundo término, que la línea de separación entre creación de Derecho y aplicación del mismo se difumina enormemente si se sostiene la pretensión teórica de que la moral objetiva determine el Derecho. Y ello porque, dado el tenor de los principios y valores morales que se incorporan en los modernos sistemas jurídicos, prácticamente todas las decisiones jurídicas adoptadas podrían caer –sin necesidad de forzar demasiado la interpretación de sus enunciados– bajo la esfera de alguno de esos principios. Entonces, no habría creación de Derecho, por lo menos en un sentido fuerte del término. Lo que habría, a lo sumo, sería una especie de labor de adecuación y de justificación de la decisión sobre la base del principio elegido. Pero siempre estaríamos hablando de la aplicación de un principio moral positivizado, es decir, de un Derecho que preexiste a la decisión.

Frente a esto, puede alegarse la necesidad de mantener y exponer con claridad algunas diferencias. El Derecho es, además de un conjunto de enunciados que aparecen en textos jurídicos a los que se reconoce la capacidad de crear normas vinculantes, una institución política que requiere de la confianza de los sujetos afectados por ella<sup>39</sup>. Y una buena forma de fomentarla y mantenerla es a través de la claridad, marcando con nitidez los límites del mismo y, por supuesto, las diferencias entre sus normas y las de la moral. Del mismo modo que nunca afirmaríamos que el Derecho italiano forma parte del Derecho español, aunque a veces sus disposiciones sean aplicadas por un juez español, tampoco sería correcto afirmar que la moral forma parte del Derecho, por mucho que a veces se tenga que recurrir a ella para resolver un conflicto. Parece más adecuado, a los efectos de alcanzar esa imprescindible confianza de los ciudadanos, afirmar que el Derecho tiene límites, que en ocasiones dichos límites han de ser traspasados y que, en esos casos, el propio Derecho permite un reenvío a la moral, es decir, una actuación discrecional por parte del órgano competente. Se evitarán así posibles confusiones y manipulaciones.

Finalmente, la opción por la certeza o por la argumentación moral es una opción que no puede resolverse de antemano y de una forma abstracta. Habrá que atender a los contenidos concretos del sistema jurídico del que se esté hablando y, sobre todo, a la realidad institucional que lo rodea. Es, pues, una cuestión que en el último extremo depende de elementos característicos de eso que llamamos política. Quizá sea preferible un sistema abierto a consideraciones morales por parte de los jueces si se cuenta con un poder judicial proclive a desarrollar esos principios y valores de acuerdo con la concepción que

tucional)» (1928), trad. J. Ruiz Manero, en Kelsen, H., *Estudios sobre la democracia y el socialismo*, Debate, Madrid, 1988, pp. 141-143.

<sup>39</sup> El argumento que se expone a continuación puede encontrarse diseñado con carácter genérico en RAZ, J., «Incorporation by Law», *Legal Theory*, vol. 10, 2004, pp. 14-17.

tenga el sujeto que se plantea la cuestión. Pero si no es así, si el desarrollo que presumiblemente harán los jueces de esos principios no se corresponde con lo que el sujeto consideraría correcto, entonces lo preferible es la aplicación del Derecho de la forma más ajustada posible. En suma, plantear con claridad los presupuestos de los términos de esta opción es, desde mi punto de vista, otro argumento más en favor del llamado positivismo excluyente.

## **IV**

### **CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA**

