

Seamos realistas. Pidamos lo imposible y llamémosle positivismo jurídico

Alberto Carrio Sampedro *

1. INTRODUCCIÓN

El propósito de este artículo es examinar la vigencia de la versión estándar del positivismo jurídico. En particular, me interesa comprobar su alcance explicativo en relación con la identificación del derecho y el problema de la interpretación. Para ello me haré eco de las críticas que el realismo jurídico genovés ha dirigido a la versión estándar. Seguiré, como hilo conductor un artículo reciente de Rafael Escudero en el que defiende que el realismo jurídico genovés no sólo refuerza la tesis del positivismo excluyente sino que ofrece la mejor versión del mismo.

El artículo se desarrollará como sigue. En el siguiente apartado expondré los argumentos que utiliza Escudero y reconstruiré la tesis de fondo que defiende. En el tercer apartado analizaré la consistencia de esta tesis a partir de las distinciones entre disposición normativa y norma por un lado, y entre validez formal y validez material por el otro, a las que se acoge Escudero. Como trataré de mostrar el concepto de validez formal/existencial, tal y como lo reconstruye Escudero, sólo puede ser defendido coherentemente desde una posición radicalmente escéptica. De lo contrario es objeto de idéntica crítica a la que Escudero somete al concepto de validez material. En el apartado cuarto propondré una lectura moderadamente realista de las tesis de la escuela genovesa que, por una parte, permiten comprender mejor el concepto de validez formal/existencial que defiende Escudero y, por otra, que el realismo jurídico genovés, para mantener su pretensión teórica, es incapaz de desligarse de la metáfora del marco propia de la versión estándar del positivismo jurídico.

Por lo demás son tantas las cosas que me unen a Rafael Escudero Alday y Roberto Jiménez Cano que no puedo más que agradecerles públicamente el apoyo personal e intelectual que siempre he encontrado en ellos y felicitarles por el esfuerzo y valentía que han mostrado al sacar adelante la Revista Telemática de Filosofía del Derecho en beneficio de todos los que nos dedicamos a esta disciplina. No hay pues mejor ocasión que la celebración del 20 aniversario de la RTFD para discutir públicamente con ellos sobre el problema de la validez del derecho y el estatus teórico del positivismo jurídico que tanto nos interesan y sobre los que mantenemos algunas discrepancias teóricas.

* Profesor de Filosofía del Derecho de la Universitat Pompeu Fabra, Barcelona (España) | alberto.carrio@upf.edu

2. PLAIN FACTS: LOS ARGUMENTOS DE ESCUDERO

La distinción entre disposiciones y normas, característica de la escuela genovesa según afirma Escudero, es determinante para analizar el concepto de validez normativa (2014: 75). Esta distinción permite clarificar las diferencias entre validez formal y material, como defiende Guastini (2011: 136), y pone de manifiesto, además, la escasa utilidad teórica y la irrelevancia práctica del concepto de validez material (Escudero 2014: 86). Varias son las razones que apoyan esta tesis. En primer lugar, esta distinción pone de manifiesto que la distancia que existe entre los enunciados normativos y las normas sólo puede ser transitada por la senda de la interpretación. Así las cosas, la validez formal sería predicable de las disposiciones normativas, de los textos sin interpretar, mientras que la validez material se referiría a las normas o, lo que es lo mismo, al resultado de la interpretación de las disposiciones normativas (Escudero 2014: 75). Para constatar la primera basta comprobar que se satisfacen los requisitos de competencia y procedimiento, el pedigree de la norma (Escudero 2014: 75). La comprobación de la validez material, por el contrario, resulta más problemática. En tanto que afecta al contenido de la norma y éste no es otra cosa que el resultado de la interpretación, determinar la validez material de las normas requiere, en el mejor de los casos, un juicio de coherencia y no contradicción con las normas superiores. Pero el problema se agrava cuando nos percatamos de que la distinción entre disposición normativa y norma alumbra otra distinción ulterior entre normas implícitas y explícitas:

“las primeras –también denominadas normas formuladas– son aquellas que encuentran su expresa formulación en alguna disposición normativa, las segundas son las que se extraen de una o varias disposiciones normativas bien mediante una mera deducción lógica de contenidos, bien mediante procedimientos interpretativos o argumentativos que van más allá de lo puro y lógicamente deductivo” (Escudero 2014: 76, Guastini 2011: 85-6 y 2013: 47-50).

Así pues, a la dificultad genérica que supone la comprobación de la validez material hay que añadir la intrínseca a las normas implícitas. En particular de “aquellas que no pueden ser referidas como plausibles significados de una específica disposición normativa” (Escudero 2014: 77). En estos casos, los intereses en juego, las convicciones morales y políticas (Guastini 2014: 62-3), y en definitiva, lo que Escudero denomina siguiendo a Comanducci, los “anteojos epistemológicos” del intérprete (Comanducci: 2010, 94, Escudero: 2014: 77), terminan por reenviar a una amplia capacidad creativa dando lugar a lo que Hart denominó “interstitial legislation” (Hart 1994: 273-74, Escudero 2014: 77)

Varios son los ejemplos de la Constitución española a los que acude Escudero para ilustrar su tesis. El derecho al trabajo recogido en el Art 35 CE y la norma de creación jurisprudencial por parte del Tribunal Constitucional según la cual es nulo el despido sin causa, sirven para ejemplificar de qué modo emergen las normas implícitas y cómo quedan al albur de la preferencia

ideológica, moral o de oportunidad del intérprete. La competencia atribuida al Presidente del Gobierno para convocar un referéndum sobre asuntos de especial relevancia que señala el Art 96 CE y la finalidad educativa y de reinserción social que tienen las penas y las medidas de seguridad según el Art 25.2 CE, demuestran que la interpretación desempeña un papel clave a la hora de determinar qué es referéndum o qué penas han de tener esa finalidad. Y puesto que carecemos de criterios robustos que indiquen cuál de las interpretaciones es la correcta, el juicio de validez material, además de adolecer de oscuridad teórica, es irrelevante en la práctica. Como demuestra el hecho de que sea cuál sea la opción por la que se decida el intérprete su reconocimiento acaba reduciéndose a una comprobación formal de los requisitos de competencia y procedimiento:

“El juicio de validez es un juicio institucional, es decir, otorgado por un órgano competente formalmente para interpretar una disposición normativa y crear una norma. Interpretar es, por tanto, otorgar validez cuando el intérprete/creador de normas es el órgano competente para ello. Así, el carácter o atributo de validez – aplicable a una disposición normativa– proviene de una cuestión meramente formal, de pedigree, independiente de cuestiones de carácter material relativas a una supuesta adecuación con un contenido predeterminado. Por consiguiente, de acuerdo con el concepto de validez como existencia jurídica de las normas, resulta erróneo hablar de “normas inválidas”, al igual que de “sentencias contra legem” o de “leyes inconstitucionales”. Las normas, o existen o no existen: *tertium non datur*. Si existen es, única y exclusivamente, porque han sido creadas por una autoridad competente para ello. Y existen en tanto en cuanto no sean derogadas o anuladas por un órgano competente para ello” (Escudero 2014: 86).

En definitiva, la tres tesis básicas del positivismo haitiano, a saber, las fuentes sociales, independencia del derecho y la moral, y discrecionalidad judicial, salen reforzadas “al combinarse con dos de los postulados propios del realismo jurídico: la indeterminación *ex ante* de las disposiciones normativas y el escepticismo interpretativo” (Escudero 2014: 87).

En mi opinión, la tesis de fondo que sostiene Escudero apunta en la dirección adecuada. Es cierto que las tesis positivistas y las del realismo jurídico genovés se fortalecen mutuamente. Pero me temo que por razones diferentes a las que señala Escudero. Como trataré de mostrar a continuación, la posición que defiende Escudero es difícilmente enmarcaba dentro del realismo jurídico genovés. Pero allí donde existe coincidencia las tesis de la escuela genovesa son incapaces de desligarse de la metáfora del marco a la que tradicionalmente se ha aferrado la versión estándar para dar cuenta del derecho. De otro modo, la tesis de Escudero y las de la escuela genovesa acabarían abrazando el escepticismo radical y, en consecuencia, abandonando su pretensión de reconstrucción racional de la práctica jurídica.

3. LAS TESIS A FONDO

En el presente apartado analizaré la tesis de fondo que sostiene Escudero según la cual la discrecionalidad judicial y la indeterminación *ex ante* de las

disposiciones normativas invalida el carácter normativo de toda teoría del derecho de raigambre positivista porque no hay más derecho que el que las autoridades jurídicas dicen que hay. Para ello examinaré en primer lugar la distinción entre disposición normativa y norma, tal y como es reconstruida por el realismo jurídico genovés. A continuación trataré de mostrar que dicha distinción no permite comprender adecuadamente la diferencia entre el concepto de validez formal y material, por un lado, y validez formal y validez como existencia por el otro. No al menos en los términos que lo hace Escudero.

3.1. La distinción disposición/norma.

De acuerdo con esta distinción, revolucionaria a decir de Chiassoni ((2011), las normas son el resultado de la interpretación de los enunciados jurídicos o “interpretaciones producto”, como las denomina Tarello (2011: 24 ss). De este modo, la interpretación se sitúa en “el centro de la experiencia jurídica” (Chiassoni 2011: 17). Es el vínculo necesario entre los dos componentes básicos del derecho, a saber, los enunciados o disposiciones normativas “contenidos en una fuente de derecho” y las normas propiamente dichas, que son “el contenido de significado de los enunciados normativos” (Guastini 2012: 39, 2014: 77).

Todos los conceptos de los que se nutre la teoría del derecho se ven afectados por esta distinción de tal modo que, como también sostiene Chiassoni, una vez que nos damos cuenta de su importancia o bien tales conceptos se redefinen secundum interpretatione o bien se admite que son elaborados salva interpretatione. *Tertium non datur* (Chiassoni 2011: 17, 2012: III).

La distinción entre fuentes y normas opera de este modo como una línea de demarcación tras la que se atrincheró el realismo jurídico genovés para lanzar el ataque contra las corrientes cognoscitivas y las radicalmente escépticas del derecho.

No cabe duda de la utilidad de esta distinción para el análisis del derecho tal y como es reconstruida por la escuela genovesa. Pero en realidad la distinción ni es novedosa ni de ascendencia genovesa. A decir verdad, antes que revolucionaria, como sugiere Chiassoni (2011), esta distinción es un lugar común de la teoría y filosofía del derecho.

Así ocurre con la perenne disputa entre iuspositivismo e iusnaturalismo, cuya divergencia no atañe al núcleo de la distinción, sino que está relacionada con las diferentes consecuencias que le atribuyen. En otras palabras, ambos coinciden en reconocer la importancia de la interpretación en la determinación del derecho y, en consecuencia, la necesidad de transitar la senda interpretativa que va de las fuentes a las normas. Y, ciertamente, afirmar que las fuentes son condición necesaria y suficiente de la existencia del derecho, como hace Escudero enarbolando la bandera del positivismo excluyente, no permite

ignorar los problemas intrínsecos del lenguaje en el que las fuentes se expresan (Vilajosana 2007: 100 ss), ni preterir los problemas de subsunción de los hechos, ni obviar, en fin, los criterios interpretativos de los que se ha dotado la práctica jurídica, como muy bien sabían positivistas de la talla de Hart y Kelsen (Hart 1994: 134 ss., Kelsen 1960: 350-2)). Tampoco la escuela genovesa ignora estos problemas a los que Guastini denomina “las fuentes de la equivocidad” (Guastini 2014: 62-3). Precisamente por ello la interpretación desempeña un papel central en la práctica jurídica de la que toda teoría positivista debe dar cuenta (Chiassoni 2016: 462).

Ahora bien, las consecuencias que se extraen de esta distinción, son de dudosa utilidad para el concepto de validez que defiende Escudero y, en el mejor de los casos, en nada se diferencian del concepto de validez que tradicionalmente ha sostenido la teoría positivista estándar.

3.2. Los conceptos de validez formal y material.

De acuerdo con Escudero la diferencia entre validez formal y material radica en que la comprobación de la primera requiere un test procedimental mientras que la segunda exige embarcarse en un complejo proceso argumentativo en el que tienen cabida las creencias e intereses de los intérpretes. De este modo, el criterio de validez material, además de ser poco edificante en términos teóricos, es completamente inútil en la práctica dado que los criterios de competencia y procedimiento terminan por ser los únicos a través de los que constatar la validez de las normas. Y dado que el cometido de una teoría positivista del derecho es reconstruir adecuadamente la práctica jurídica cumple sobradamente su tarea ateniéndose a ellos. En definitiva, no hay más normas que las que las autoridades jurídicas dicen que hay. En esto se muestra tajante Escudero:

“Las normas, o existen o no existen: *tertium non datur*. Si existen es, única y exclusivamente, porque han sido creadas por una autoridad competente para ello. Y existen en tanto en cuanto no sean derogadas o anuladas por un órgano competente para ello” (Escudero 2014: 86).

La tesis de la validez como existencia de las normas es perfectamente compatible con los postulados del realismo jurídico genovés, entre cuyas tesis básicas se encuentran ciertamente las de “la interpretación como decisión” y “la indeterminación ex-ante de las disposiciones normativas”. Pero es incompatible con el criterio de validez formal que sostiene Escudero, que es, como vimos, meramente procedimental y, en consecuencia, ajeno a la distinción entre disposición normativa y norma.

Recuérdese que de acuerdo con Escudero el criterio de validez formal se satisface a través de los requisitos de competencia y procedimiento que quedan a salvo de todo proceso interpretativo. Así las cosas, si nos atenemos a la distinción entre disposición normativa y norma, este criterio tan sólo es

aplicable a la primera. Es decir, es una propiedad de los textos sin interpretar. Sin embargo, Escudero afirma también que la existencia de las normas es idéntica a su validez. No existen en consecuencia normas inválidas, como tampoco sentencias contra *legem* ni leyes inconstitucionales por la sencilla razón de que son el resultado de la decisión del órgano competente. En definitiva, porque cumplen con los requisitos del criterio de validez formal.

En mi opinión los conceptos de validez formal y material, tal y como los define Escudero son problemáticos por varias razones. La menos relevante es que un criterio procedimental de validez resulta totalmente inocuo para la tesis incorporacionista que defiende el positivismo jurídico incluyente contra el que dispara Escudero. Valga como ejemplo la idea rawlsiana del derecho como un sistema de justicia procesal imperfecta (Rawls 1971: 85-7), o la distinción entre decisiones finales y correctas, a las que en varias ocasiones ha acudido Moreso para explorar vías de aproximación con el realismo jurídico genovés (Moreso 2009: ensayo 5).

Más llamativo resulta que el concepto de validez formal que defiende Escudero sea predicable alternativamente de las disposiciones normativas y de las normas. Como acabamos de ver, de acuerdo con la distinción entre disposición normativa y norma, las normas sólo existen como resultado de la interpretación de las disposiciones normativas. Y, si esto es así, el criterio de validez formal pierde la pureza procedimental que lo caracteriza, volviéndolo vulnerable a idénticas críticas que las que Escudero dirige al criterio de validez material. De lo contrario no hay más remedio que reconocer que el criterio de validez como existencia es, por definición, sustancialmente diferente del de validez formal. Por utilizar el mismo ejemplo que utiliza Escudero. Estaríamos ante el primer caso si el legislador español decidiera establecer la pena de cadena perpetua para los delitos de terrorismo mediante Ley Orgánica de modificación del Código Penal. En este caso, el criterio de validez formal serviría para comprobar que dicha disposición normativa pertenece al ordenamiento jurídico en tanto que respeta los criterios de competencia y procedimiento que avalan su pedigree. Pero el mismo criterio serviría también para llegar a idéntica conclusión si el legislador decidiera imponer a dichos delitos la pena de muerte. Desde luego si ambos casos resultan de dudosa compatibilidad con lo que establece el 25.2 CE, no puede acudir en auxilio del concepto de validez formal para solventar el problema. Tampoco el criterio de validez como existencia es de mucha ayuda si se circunscribe, como pretende Escudero a idénticos requisitos procedimentales que el de validez formal. Entre otras cosas porque la distinción entre disposición normativa y norma nos alerta de que aun no hay norma de la que predicar validez alguna. Así las cosas, dado que no hay normas previas a la interpretación, sea cual fuere la posible decisión del Tribunal Constitucional sobre ambos casos, estará creando una norma y con ello su validez.

Ahora bien, este criterio de validez como existencia no puede ser idéntico al de validez formal de las disposiciones normativas. No al menos

ateniéndonos al criterio de competencia y procedimiento. Si ambos son ajenos a la interpretación operan al margen de la decisión del Tribunal Constitucional. Es decir, de espaldas a la norma. De ser así los conceptos de validez formal y validez como existencia que defiende Escudero se construyen *salva interpretatione*. Si por el contrario el criterio de validez como existencia tiene en cuenta la decisión del tribunal que, sea cuál sea, toma partido por una de las interpretaciones posibles, entonces queda expuesto a idéntica crítica que el concepto de validez material.

En definitiva, los conceptos de validez formal y validez como existencia remiten a dos entidades diferentes, las disposiciones normativas y las normas entre las que no se distingue adecuadamente. Y dado que la validez de ambas se determina a través del criterio procedimental no hay espacio para la discusión jurídica porque ni el legislador ni los jueces pueden equivocarse. El derecho en este sentido existiría como un mero hecho, como afirma el escepticismo radical.

Por razones de espacio no me detendré aquí en el análisis del estatuto teórico del escepticismo radical. Tan sólo me interesa señalar que, de acuerdo con esta tesis, todo concepto de validez resulta de nula utilidad práctica y escaso alcance teórico. Entre otras cosas porque ello implica admitir que todas las normas son implícitas, o lo que es lo mismo, que no es posible una discusión coherente sobre las normas que componen el ordenamiento jurídico antes de que hayan sido interpretadas. Como es lógico, esto invalida cualquier reconstrucción racional de la práctica jurídica en tanto que ésta requiere apelar a criterios de corrección independientes desde los que evaluar la acción de los intérpretes. No porque esta sea una particularidad de la práctica jurídica, sino porque, como sabemos por Aristóteles (1999: 97-8), cualquier razonamiento práctico incorpora elementos normativos que indican qué hacer en cada momento y permite, de paso, evaluar la corrección de las acciones.

Así las cosas, el concepto de validez formal/existencial que defiende Escudero resulta también de dudosa compatibilidad con la teoría de la interpretación que actualmente defiende la escuela genovesa. Como acabamos de ver, los criterios de validez formal/existencial, tomados moderadamente en serio, desembocan en el escepticismo radical. Sin embargo, de acuerdo con Guastini el escepticismo radical tampoco ofrece una explicación satisfactoria del derecho. No porque sea una teoría del derecho descriptivamente incorrecta, sino porque llevada a sus últimas consecuencias impide reconstruir el discurso de los juristas y, en consecuencia, la práctica jurídica (Guastini 2004: 57). En tanto que todo acto decisorio es creador de normas, no hay normas que preexistan a la decisión. No hay objeto de estudio. De ahí que la tesis del escepticismo radical, muy cercana a la sostenida por Tarello, haya sido sensiblemente modificada posteriormente por Guastini para dar entrada en ella a los conceptos usuales de la práctica jurídica y en especial para dar cabida a la distinción entre el discurso del legislador y el de los jueces, entre enunciados y normas, como afirma Barberis (Guastini 2001, Barberis 2011: 206). Solo así es

posible referirse cabalmente a los diversos tipos de interpretación a los que alude Guastini en función de su diferente objeto y alcance, a saber, la interpretación de textos jurídicos, o interpretación in abstracto, y la interpretación in concreto, dirigida a hechos. La primera tiene por objeto “la identificación misma de la norma” (Guastini 2012: 56). La segunda, la calificación y clasificación de los hechos (id.). Es decir, el resultado de la primera son enunciados interpretativos “en sentido estricto”, con la forma “T significa S” (Guastini 2012: 55). El de la segunda la subsunción de un hecho en una clase más amplia. En otras palabras, una decisión sobre la extensión de un concepto en un un caso concreto (Guastini 2012: 30).

Distinguir entre los diferentes tipos de interpretación es precisamente lo que habilita la pretensión teórica de la escuela genovesa. No sólo porque de otro modo sería imposible hablar de interpretación in abstracto sin referir los enunciados del legislador, sino también porque la interpretación in concreto carecería de sentido por la sencilla razón de que se ignoraría la extensión de los conceptos dado que, por definición, no preexisten a la interpretación. Sólo así, en definitiva, es posible hablar de la práctica jurídica sin preterir ninguno de sus elementos.

La distinción entre los diferentes tipos de interpretación permite también un análisis más preciso de los ejemplos de la Constitución española a los que se refiere Escudero, que requieren diferentes tipos de interpretación y refieren conceptos de validez distintos, como enseguida veremos.

4. MODERADAMENTE REALISTAS

Creo que el esfuerzo que realiza Escudero para desmontar las tesis del positivismo incorporacionista, pese a que apunta en la dirección adecuada, resulta inviable por varias razones. La primera de ellas es, como antes dije, que el criterio de validez formal/existencial al ser predicable alternativamente de las disposiciones normativas y de las normas pierde su pureza procedimental y queda expuesto a idénticas críticas que el concepto de validez material. Ello se debe a que la vaguedad no es privativa de los conceptos morales sino genérica y, en consecuencia, todos los conceptos deben ser interpretados para alumbrar normas. De ahí, que la interpretación in concreto exija decidir sobre la extensión que se les concede en cada caso, como bien muestra el ejemplo del concepto de referéndum al que se refiere Escudero. Si por el contrario se abandona esta vía y se acude en auxilio del criterio procedimental no se avanza nada en la crítica al concepto de validez material que defiende el positivismo incorporacionista y, además de no ofrecer solución alguna en referencia con este caso, genera otros problemas. Entre otras cosas porque modificar la perspectiva y describir el derecho como un conjunto de procedimientos antes que como un conjunto de reglas aplicadas (Moreso 2010: 55), deja sin resolver el problema de los hechos jurídicos irregulares (Celano 2001, Atienza y Ruiz Manero 2003: 728), además de construirse salva interpretatione.

De ahí que la estrategia del realismo genovés pase por hacer frente al problema de los hechos irregulares y afirmar que el derecho es lo que los jueces dicen que es y, a un tiempo, que estos pueden equivocarse (Ferrer 2010). Esto se debe a que el canal de comunicación entre todas las versiones del positivismo jurídico es la asunción común de que el derecho se compone de dos elementos indesligables, los enunciados y las normas. Los primeros son, por decirlo así, la materia prima o bruta, las segundas el resultado de la interpretación. Mejor, el resultado de un determinado tipo de interpretación, aquella que llevan a cabo los órganos de decisión jurídica y, en particular, los tribunales de última instancia. Dado que entre enunciados y normas no existe una correspondencia biunívoca (Tarello 2011: 25 ss), la vida derecho transcurre entre el “discurso de las fuentes” y el de los “juristas-intérpretes” (Chiassoni 2011: 15). Ser consecuente con la distinción entre enunciados y normas impide conceder prioridad absoluta a cualquiera de estos discursos. Ahora bien, esto no quiere decir que la escuela genovesa renuncie a su pretensión teórica y en tanto que tal normativa. Como Guastini señala hay interpretaciones jurídicas que no son admisibles aunque guarden su misma forma lógica:

“no a cualquier atribución de significado conviene el nombre «interpretación»: no cualquier atribución de significado puede ser subsumida bajo el concepto de interpretación” (Guastini 2014: 76).

Ello obviamente no niega que de hecho los órganos de decisión se desmarquen del “concepto de interpretación”, ni siquiera que no deban hacerlo. Pero en estos casos, no puede hablarse propiamente de interpretación sino de creación (Guastini 2014: 76). De ahí, que el ejemplo de la cadena perpetua para los delitos de terrorismo al que alude Escudero sea del todo incompatible con el concepto de interpretación que defiende la escuela genovesa. En primer lugar porque la pena de cadena perpetua no responde a la finalidad de reinserción que establece el Art. 25.2 CE. Es decir, porque la pena no es subsumible en el concepto de reinserción por muy extenso que sea. En segundo lugar, porque la lectura alternativa de este artículo que propone Escudero es lógicamente imposible y, en consecuencia, tampoco soporta la interpretación in abstracto. Ciertamente si la finalidad de las penas privativas de libertad es la reinserción quiere decirse con ello que todas las penas tienen esa finalidad ($\forall NP \in OJ \rightarrow R$). Pero al restringir el alcance del enunciado mediante la introducción de “también”, como hace Escudero, se está afirmando que algunas penas tienen esa finalidad ($\exists NP \in OJ \rightarrow R$). Lo cual, desde los propios parámetros de Guastini, sería una atribución de significado no subsumible dentro del concepto de interpretación.

Ahora bien, aceptar la tesis de la interpretación estándar, tampoco está exento de problemas para el realismo jurídico genovés (Ramírez 2012: 113-14).

Tal y como acabamos de ver el “concepto de interpretación” que defiende Guastini no se diferencia sustancialmente del “marco” al que

tradicionalmente ha acudido la teoría positivista estándar. Es cierto que la metáfora del “marco” es de gran utilidad heurística, como coinciden en señalar Kelsen y Guastini (Kelsen, 1960: 355, Guastini 2014: 76), ya que permite discriminar entre interpretaciones que caen dentro y fuera del ámbito de demarcación. Pero no lo es menos que tal utilidad se debe precisamente a la función delimitadora, es decir, normativa, que desempeña el marco al operar como “a frame principle” (Epstein 2015: 97), como Epstein define la regla de reconocimiento hartiana.

Así las cosas, la genuina discrepancia entre la versión estándar y la genovesa del positivismo se encuentra en la diferente función que una y otra atribuyen al marco. Para la versión estándar, además de la heurística, el marco desempeña una función normativa que permite predecir, aunque no asegurar, cómo se desenvuelve habitualmente la práctica jurídica. Así lo afirmaba Kelsen al diferenciar, de forma similar a como lo hace Guastini, entre interpretación de los órganos de aplicación e interpretación por parte de la ciencia jurídica. Sólo la primera queda, por definición, vinculada a un acto de voluntad mediante el que bien se elige uno de los significados posibles dentro del marco, bien se crea derecho al producir “una norma que se encuentre enteramente fuera del marco” (Kelsen 1960: 354-5). Y también Hart al reconocer que las fuentes son para los tribunales estándares a seguir a la hora de tomar una decisión que limitan pero no excluyen la discrecionalidad (Hart 1994: 147).

Para el realismo jurídico genovés el marco desempeña una función conceptual que permite distinguir y discriminar entre diversos tipos de decisiones interpretativas. Pero precisamente por ello es un instrumento inútil para describir la práctica jurídica. Su carácter conceptual lo convierte en superfluo ex-ante y carente de interés ex-post interpretatione. Pero si esto es así, el realismo jurídico genovés queda atrapado en un entramado conceptual cuyos cimientos se asientan en territorio minado.

Recuérdese que uno de los defectos sobresalientes que Guastini encuentra en las teorías cognoscitivistas es la escasa atención que prestan a la diferencia entre interpretación en abstracto e interpretación en concreto. La primera dirigida a textos, a identificar normas, y la segunda a identificar hechos y subsumirlos dentro de una clase más general. Ambos tipos de interpretación interesan, además, únicamente en el caso que provengan de los órganos de decisión jurídica. Es decir cuando se corresponden con interpretaciones “decisorias” en la terminología de Guastini, “auténticas” en la de Kelsen y “definitivas” en la de Hart. Lo que implica admitir que hay autoridades, procedimientos, orden jurídico y, en definitiva, normas previas sin cuya referencia sería imposible atribuir sentido a la práctica jurídica y carecería de todo interés tratar de reconstruirla.

Así las cosas no parece que el realismo genovés ofrezca una reconstrucción teórica que vaya mucho más allá de la teoría positivista estándar. Es cierto que el análisis conceptual de la escuela genovesa ofrece

instrumentos de defensa atractivos pero a fuerza de reconocer que el alcance teórico de una y otra pasa por la asunción común de la metáfora del marco desde la cual evaluar la práctica de los operadores jurídicos.

5. CONCLUSION

En el presente artículo he tratado de mostrar que el concepto de validez formal/existencial tal y como es expuesto por Escudero es inocuo para la tesis de validez material que defiende el positivismo jurídico incluyente. La viabilidad de este criterio pasa por distinguir adecuadamente entre validez como existencia y validez formal que refieren entidades diferentes. De este modo un análisis cuidadoso del concepto de validez formal/existencial permite comprobar que o bien el criterio existencial queda sujeto a idénticas críticas que el concepto de validez material, o bien el criterio de validez formal/material se construye *salva interpretatione*. Por otra parte, he tratado de mostrar que la distinción entre disposición normativa y norma y los diferentes tipos de interpretación a los que se refiere Guastini permiten afinar el concepto de validez sin preterir el discurso de las fuentes ni el de las normas. Ello se debe a una moderación del escepticismo genovés que lo hace abrazar la metáfora del marco de la que se ha servido tradicionalmente la teoría positivista estándar. En este sentido defendí, para terminar, una lectura moderadamente realista del positivismo jurídico que si bien refuerza mutuamente la versión estándar y la del realismo jurídico moderado, obliga a este último a rendirse ante la afirmación hartiana de que una teoría genuinamente positivista no se construye únicamente a partir de *plain facts* (Hart 1994: 248 ss).

BIBLIOGRAFÍA

ARISTÓTELES, (1999)[1949], *Ética a Nicómaco*, Araujo M y /Marías, J. (eds.), Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1999, 7a ed.

CARRIO SAMPEDRO, A. (2012), *Valor de ley. Un análisis de la validez de la ley en la democracia constitucional*. Madrid, Congreso de los Diputados.

CHIASSONI, P. (2011), “Disposición y norma: una distinción revolucionaria”, en Susanna Pozzolo Rafael Escudero (eds), *Disposición vs. Norma*, Lima, Palestra, pp. 7-17.

CHIASSONI, P. (2016), *El discreto placer del positivismo jurídico*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia.

EPSTEIN, B. (2015), *The Ant Trap: Rebuilding the Foundations of the Social Sciences*. Oxford. Oxford University Press.

ESCUADERO, R. (2004). *Los calificativos del positivismo jurídico*. El debate sobre la incorporación de la moral, Madrid, Civitas.

– (2014), “Disposición normativa, norma y criterio material de validez (un paso más en la relación entre realismo jurídico y positivismo jurídico excluyente”, en *Analisi e Diritto*, pp. 73-90.

FERRER, J. (2010), "Sobre la posibilidad del error judicial y los desacuerdos irrecusables en el derecho. Once comentarios a las tesis de Juan José Moreso", en MORESO, J., PRIETO SANCHÍS, L. Y FERRER BELTRÁN, J., *Los desacuerdos en el derecho*. Madrid: Fundación coloquio jurídico europeo, pp. 147-82.

GUASTINI, R. (2011a). "Contribución a la teoría del ordenamiento jurídico", en Ferrer, J., Ratti, G. B. (eds.), *El realismo jurídico genovés*, Madrid, Marcial Pons, 81-115.

– (2011b). "Disposición vs. Norma", en Pozzolo, S., Escudero, R. (eds.), *Disposición vs. Norma*, Lima, Palestra, 133-156.

– (2013). *Distinguendo ancora*, Madrid, Marcial Pons.

– (2014), *Interpretar y argumentar*, trad. de Silvina Álvarez, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

JIMÉNEZ CANO, R. (2008). *Una metateoría del positivismo jurídico*, Madrid, Marcial Pons.

HART, H.L.A. (1994), *The Concept of Law*, Oxford: Oxford University Press, 1994, 2ª.

KELSEN, H (1960), *Teoría pura del Derecho*, trad. esp., por la que se cita, de *Reine Rechtslehre, zweite, vollständing neu bearbeitete und erweiterte Auflage*, a cargo de Vernengo, R., 11a edición, México: Porrúa, 2000.

MORESO, J.J. (2009), *La constitución: modelo para armar*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons.

– (2010), "La doctrina de Julia Roberts y los desacuerdos irrecusables", en MORESO, J., PRIETO SANCHÍS, L. Y FERRER BELTRÁN, J., *Los desacuerdos en el derecho*. Madrid: Fundación coloquio jurídico europeo, pp. 49-86.

RAMÍREZ, L (2012), "El desvelo de la pesadilla. Una respuesta a "El escepticismo ante las reglas replanteado", en *Discusiones* (11), pp. 87-116.

TARELLO, G. (2011), "La semántica del néustico. Observaciones sobre la 'parte descriptiva' de los enunciados prescriptivos", en Ferrer, J., Ratti, G. (eds.), *El realismo jurídico genovés*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, pp. 15-39.